

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN Nº 6 /2005.

SANTIAGO, cinco de mayo de dos mil cinco.

PROCEDIMIENTO: NO CONTENCIOSO

ROL: N° 38-04

CONSULTANTE: SHELL CHILE S.A.I.C.

OBJETO: CONSULTA SOBRE OFICIO N° 2725, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AERONAUTICA CIVIL.

CONTENIDO:

I) VISTOS

- 1. ANTECEDENTES**
- 2. PARTES INTERVINIENTES**
- 3. CONSULTA**
- 4. ARGUMENTOS Y CONCLUSIONES PRESENTADAS EN EL EXPEDIENTE**

II) CONSIDERANDOS

- 5. MERCADO RELEVANTE**
- 6. BARRERAS A LA ENTRADA**
- 7. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA**

III) RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

I) VISTOS:

1. ANTECEDENTES.-

A fs. 223, Shell Chile S.A.C.I. formula una consulta respecto de la política adoptada por la Dirección General de Aeronáutica Civil, en adelante DGAC, manifestada en una serie de actos administrativos mediante los cuales dicha autoridad, esgrimiendo como pretexto supuestas razones de seguridad no soportadas por ningún estudio técnico, pretende crear un monopolio para la distribución y venta de combustibles en los aeropuertos nacionales a favor de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propietarios de las redes hidrantes.

A fs. 256 informa la Fiscalía Nacional Económica en los términos que se señalan en la parte expositiva de esta resolución.

A fs. 282 Esso Chile Petrolera aporta antecedentes a esta consulta en los términos que se señalarán.

A fs. 285 Compañía de Petróleos Copec Chile S.A. aporta antecedentes en los términos que se indicarán.

A fs. 296 la Dirección General de Aeronáutica Civil aporta antecedentes en relación a la consulta.

A fs. 426 con fecha 25 de enero de 2005, se efectúa la audiencia pública a que se refiere el artículo 31 del texto refundido del DL 211.

A fs. 407 se disponen por el Tribunal medidas para recabar antecedentes, las que son complementadas con las solicitadas a fs, 546

2. PARTES INTERVINIENTES.

Consultante: Shell Chile S.A.C.I.

Otros intervinientes: Fiscalía Nacional Económica, Esso Chile Petrolera, Compañía de Petróleos Copec Chile S.A. y la Dirección General de Aeronáutica Civil.

3.- CONSULTA.-

Shell solicita tener por formulada la consulta de tal manera que este Tribunal estudie y se pronuncie respecto si:

1.- Es válido que la DGAC constituya un monopolio en el mercado del abastecimiento de combustibles de aviación, eliminando el uso de camiones reabastecedores de combustible (*refuellers*) y privando a Shell de una actividad económica lícita, alegando razones de seguridad que no funda, forzándole a salir del mercado del abastecimiento de combustibles en los aeropuertos de las ciudades de Iquique, Antofagasta, Puerto Montt y Punta Arenas.

2.- De ser así, debió la DGAC consultar con la autoridad de defensa de la libre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia antes de dictar su nueva política para que ésta fije las condiciones de operación de las redes hidrantes convertidas en monopolio natural en virtud de un acto de la DGAC.

4.- ARGUMENTOS Y CONCLUSIONES PRESENTADAS EN EL EXPEDIENTE POR LOS INTERVINIENTES

A fs. 233, Shell Chile S.A.C.I. señala que, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 C N° 2 del DL 211, formula una consulta respecto de la política adoptada por la Dirección General de Aeronáutica Civil, en adelante DGAC, manifestada en una serie de actos administrativos mediante los cuales dicha autoridad, esgrimiendo como pretexto supuestas razones de seguridad no soportadas por ningún estudio técnico, pretende crear un monopolio para la distribución y venta de combustibles en los aeropuertos nacionales a favor de los propietarios de redes hidrantes.

En cuanto a los hechos, señala que en Chile la distribución y abastecimiento de combustibles a aeronaves se lleva a cabo en los diversos aeropuertos del país por titulares de concesiones otorgadas por la autoridad competente, esto es, la DGAC. Actualmente, son titulares de concesiones que permiten abastecer combustibles a los aviones las empresas Shell Chile, Esso Chile, Copec e YPF.

Por otro lado, la distribución y abastecimiento de combustibles a aeronaves se ejecuta a través de dos tipos de procedimientos distintos:

a) por medio de camiones *refuellers*: mecanismo que consiste en el uso de vehículos similares a un camión-estanco de gasolina para aprovisionar bombas de gasolina. Dicho camión transporta el combustible para aviones a reacción en un estanco montado sobre su chasis. Se conecta al avión y bombea, monitorea y controla la entrada de combustible al avión. Este es el sistema que se emplea mayoritariamente en el mundo.

b) por medio de redes hidrantes: este sistema consiste en el abastecimiento a través de redes subterráneas (oleoductos) desde estanques ubicados fuera de la losa del aeropuerto a bocas o *pits* de estanques ubicados dentro de la losa, a los cuales se conectan los aviones a través de un vehículo servidor de hidrantes.

Una operación de abastecimiento con hidrante requiere cierta forma de almacenamiento de combustible a granel, como sería una zona de almacenaje de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

combustible o un patio de estanques, equipo de bombeo, sistema de distribución de tuberías y bocas de salida de los hidrantes dentro de la zona de estacionamiento de los aviones. El combustible es alimentado desde la zona de almacenaje hacia cada punto de hidrante. Cuando se debe abastecer un avión, se conecta un vehículo surtidor del hidrante al punto del hidrante en el piso y con el punto de abastecimiento del avión. El surtidor del hidrante no transporta combustible para aviones a reacción, pues su función es controlar la cantidad transferida y regular la presión del combustible que ingresa al avión. El surtidor de hidrante no tiene capacidad de bombeo, ya que el combustible es presurizado por las bombas ubicadas en el patio de estanques.

En el aeropuerto internacional de Santiago se emplea el sistema de redes hidrantes. La instalación en el aeropuerto de Santiago es de propiedad de la Sociedad de Inversiones de Aviación Limitada (SIAV) quien presta servicios de almacenamiento a los usuarios que lo requieran.

En cambio, en los aeropuertos de las restantes regiones del país se emplea el sistema combinado de redes hidrantes y camiones *refueller*. Por una parte, se encuentra el consorcio integrado por las empresas Air BP Copec S.A. y Esso Chile, que es propietaria de las redes hidrantes y las opera y, por la otra, Shell abastece a las aeronaves de combustibles mediante camiones *refuellers*.

En cuanto a la situación actual de Shell, señala que abastece de combustible a los aviones empleando las redes hidrantes de SIAV, si se trata del aeropuerto de Santiago, o bien operando a través de camiones *refuellers* si se trata de otros aeropuertos del país, todo ello en virtud de concesiones que le han sido conferidas en conformidad a la ley.

Actualmente es titular de concesiones que le permiten abastecer de combustible a los aviones utilizando camiones *refuellers* en los siguientes aeropuertos:

- a) Diego Aracena, Iquique, concesión que expira el 31 de agosto de 2008;
- b) Cerro Moreno, Antofagasta, concesión que expiró el 31 de enero de 2005;
- c) El Tepual, Puerto Montt, concesión que expiró el 31 de enero de 2005; y,
- d) Carlos Ibáñez del Campo, Punta Arenas, concesión que expira el 31 de diciembre de 2010.

Por su parte, las concesiones otorgadas a terceros para efectos de abastecer de combustible a los aviones en los mismos cuatro aeropuertos, pero empleando el sistema de redes hidrantes, expiran el 12 de diciembre de 2014, tratándose de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Iquique; el 31 de diciembre de 2010, tratándose de Antofagasta; el 31 de julio de 2016, tratándose de Puerto Montt y el 31 de diciembre de 2015, tratándose de Punta Arenas.

Por otro lado, pretextando motivos de seguridad que no han sido justificados por ningún estudio técnico, y dejando entrever que el tema de fondo tendría que ver con la rentabilidad de las redes hidrantes, la DGAC dictó el oficio N° 06/1/1/2725 de fecha 12 de junio de 2002, en virtud del cual modificó el mercado del abastecimiento de combustibles de aviación en aeropuertos en Chile, estableciendo que, por norma de seguridad aeronáutica, sólo se autorizará el abastecimiento de combustible de aviación a través de camiones *refuellers* en aquellos aeropuertos y/o aeródromos que no cuenten con red hidrante y sólo en casos excepcionales, debidamente acreditados por la Jefatura de la respectiva unidad, en posiciones de estacionamiento remoto que no cuenten con el *pit* correspondiente.

Asimismo, el mencionado oficio dispuso que aquellas concesiones otorgadas para el abastecimiento de combustible de aviación a través de camiones *refuellers*, mantendrán su vigencia hasta la fecha de término señalada en su respectiva resolución de otorgamiento, fecha en la cual no serán renovadas. En todo caso, en los aeropuertos en que no existen redes hidrantes, seguirán operando los camiones *refuellers* y se crea de esta manera un monopolio a favor de los propietarios de redes hidrantes en todos los aeropuertos del país que cuenten con este sistema.

Ante este oficio, Shell presentó una carta a la DGAC con fecha 12 de julio de 2002, objetando la política adoptada por esta última, en la cual le solicitó a la autoridad que, a lo menos, igualara los plazos de las concesiones de abastecimiento de combustibles, tomando como referencia la fecha del concesionario que tenga el mayor plazo de duración, permitiendo de esta manera que la prestación de servicios de abastecimiento de combustibles de aviación se siga prestando en términos transparentes y de sana competencia.

Con fecha 3 de febrero de 2004 presentó una nueva carta ante la DGAC, solicitando a esta última que diera respuesta a la carta antes señalada.

Mediante oficio N° 0720, de 17 de febrero de 2004, la DGAC dio respuesta a las cartas indicadas, rechazando la solicitud planteada y reiterando el criterio de dicha entidad en orden a considerar más seguro el abastecimiento de combustible de aviación través del sistema de redes hidrantes, autorizando en forma excepcional el sistema *refueller* en aquellos aeropuertos en los cuales no existe red hidrante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Shell envió una nueva carta a la DGAC con fecha 21 de julio de 2004, en la que se reiteró la solicitud a la autoridad de prorrogar los plazos de las concesiones de abastecimiento de combustibles de aviación otorgadas a Shell en cada uno de los aeropuertos de Chile, tomándose como referencia la fecha de las concesiones de redes hidrantes actualmente en uso.

Mediante Oficio N° 3323, de fecha 5 de agosto de 2004, la DGAC reiteró que mantenía plenamente vigentes los lineamientos establecidos en el oficio N° 2725 en el sentido que, en aquellos aeropuertos en que existen concesiones otorgadas para el abastecimiento de combustibles de aviación a través de camiones *refueller*, mantendrán su vigencia establecida en la respectiva resolución de otorgamiento, fecha en la cual una vez terminadas éstas no serán renovadas.

Mediante oficio N° 4656, de fecha 31 de agosto de 2004, la DGAC dio respuesta a la carta de Shell indicada anteriormente, reiterando que mantenía plenamente vigentes los lineamientos establecidos en el oficio señalado y rechazando la solicitud de prórroga del plazo de concesiones.

Como fundamento de la consulta, Shell señala primeramente que la DGAC no tiene facultades para crear monopolios. Indica que en la especie se elimina una actividad económica discriminatoriamente mediante un mero acto administrativo, en circunstancias que el Art. 19 N° 22 de la Constitución Política del Estado no habilita a la autoridad para eliminar actividades económicas, a lo más podrá beneficiar o gravar alguna en la medida que ello no signifique un actuar discriminatorio y a través de una ley.

Por otro lado, Shell señala que el Oficio N° 2725 vulnera el artículo 4° del DL 211. Señala que este acto administrativo es abiertamente ilegal y discriminatorio, cuyos efectos lesionarán la libre competencia en el mercado del abastecimiento de combustibles de aviación en aeropuertos chilenos, toda vez que está creando un monopolio a favor de los propietarios de las redes hidrantes al eliminar los camiones *refuellers*, monopolio que no se constituye por ley, sino por un mero acto administrativo, lo que constituye una práctica expresamente prohibida por el legislador.

Además, según Shell, el Oficio N° 2725 excede las facultades de la DGAC, pues el Título II de la Ley N° 16.752 contempla las facultades de ésta que, en general, se refieren a la dirección y administración de los aeródromos públicos y de los servicios destinados a la ayuda y protección de la navegación aérea, pero en ningún caso se le faculta para otorgar monopolios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, el monopolio creado por la DGAC afecta la libre competencia, ya que elimina una actividad legítima y segura como es el abastecimiento de combustible de aviación mediante el uso de camiones *refuellers*, lo que consagra un monopolio en el mercado del abastecimiento de combustible de aviación, servicio que sólo se podrá prestar con la operación de redes hidrantes, lo que desde el punto de vista logístico no es aceptable, ya que cualquier desperfecto, avería o rotura que afecte a una red, dejará como no operativo todo el sistema de abastecimiento de combustibles a las aeronaves, que se tendrán que quedar en tierra.

Además, el monopolio creado favorece al ineficiente por sobre el eficiente, dado que sanciona la operación de los camiones *refuellers*, la cual ha funcionado con éxito hasta el momento aumentado el nivel competitividad entre las empresas proveedoras de combustibles de aviación, lo que ha significado un menor costo para las líneas aéreas y en definitiva, se ha traducido en un menor precio de los pasajes aéreos.

Siempre según Shell, dicho monopolio genera asimismo una barrera a la entrada al mercado del abastecimiento de combustibles de aviación, toda vez que sólo se podría ingresar al mercado de las redes hidrantes duplicando las actuales existentes, solución que es impracticable, porque significaría obtener un permiso de la autoridad para romper la losa de la pista correspondiente para instalar otra red de abastecimiento que no tiene justificación.

A fs. 256 informa la Fiscalía Nacional Económica e indica:

En relación a la imputación que hace la consultante de establecer un monopolio por la vía de no renovar las concesiones para proveer combustible a través de camiones *refueller* que posee en los aeropuertos al vencimiento, considera que el término de las concesiones referidas por parte de la DGAC, no trae aparejado como consecuencia directa ni indirecta la creación de un monopolio, ni tampoco que esta circunstancia implique necesaria y forzosamente la salida de Shell del mercado de aprovisionamiento de combustibles, por las siguientes razones:

Que el solo establecimiento, en forma exclusiva, del sistema de abastecimiento a través de redes y la consecuente eliminación del sistema de camiones, no implica en la teoría ni en la práctica la creación de un monopolio en la prestación del servicio de aprovisionamiento de combustibles. Señala que las concesiones de Shell coexisten con la distribución mediante redes hidrantes que son explotadas por las empresas Air BP Copec S.A. y Esso Chile Petrolera Ltda. Cuando las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesiones de aprovisionamiento por medio de camiones ya no existan en los aeropuertos, subsistirá el sistema de redes hidrantes, utilizado por las mismas dos empresas que lo explotan, las cuales, desde una perspectiva comercial, compiten por la venta del combustible de aviación.

Si bien estas empresas han constituido un consorcio de mera administración del sistema de almacenamiento y distribución de combustibles en los aeropuertos por medio de las redes hidrantes, la gestión comercial de sus partícipes es independiente y, en consecuencia, hay competencia entre ellos por la venta de combustibles a los clientes que operan las aeronaves.

La existencia de este consorcio o acuerdo empresarial que construyó y explota actualmente el sistema de almacenamiento y distribución en los aeropuertos tiene una explicación esencialmente económica, derivada de la cuantía de las inversiones que exigió la implementación de dicho sistema, especialmente en infraestructura. Consecuencialmente, las razones de rentabilidad no justificarían la duplicación de instalaciones, especialmente tratándose de estanques y oleoductos.

Conforme a lo anterior, el término de las concesiones otorgadas a Shell, sólo genera un cambio en el modo de abastecer combustible a las aeronaves y no un monopolio ya que es esencia de éste, para el caso en comento, la entrega del aprovisionamiento en forma exclusiva y excluyente a un agente o conglomerado, lo que no se daría en la especie, atendida la posibilidad cierta de que aquellos que ejercían la actividad mediante camiones, lo hagan en el futuro a través del sistema de redes existentes.

Por otro lado, el término de la concesión de los camiones *refuellers* no importaría la salida forzosa de Shell del mercado.

Señala que ha quedado en evidencia que el cambio en la forma de entregar el combustible de aviación, por sí sola, no debiera producir como consecuencia necesaria y forzosa la salida de Shell del mercado ya que dicho cambio se orienta exclusivamente a las formas de transporte de combustible y carguío del mismo.

Así, desde la perspectiva de la competencia, lo verdaderamente trascendente sería determinar las condiciones que deberían asegurarse a Shell o a otra empresa, para ingresar al sistema de distribución por red hidrante en todos los aeropuertos, tal como lo hace habitualmente en Santiago, para lo cual sería necesario conocer la opinión de los agentes operadores de las redes existentes en ellos.

Es conveniente resaltar, señala la Fiscalía Nacional Económica, que el consultante

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no planteó esta posibilidad en su escrito sino que manifestó únicamente su interés por seguir operando en el mercado de distribución de combustibles a través de sus camiones *refueller*.

En esta materia cobra especial relevancia el conjunto de facultades legales que tiene la DGAC, relativas a la seguridad de las operaciones aeronáuticas en plataforma. Si bien la seguridad es una materia a la que se debería abocar el informe de esa DGAC, la FNE tiene conocimiento de que el sistema de distribución de combustible por medio de redes hidrantes resulta ser menos riesgoso que el abastecimiento por camiones.

En suma, señala:

a) el término de las concesiones que la DGAC ha otorgado a Shell en los aeropuertos de Iquique, Antofagasta, Puerto Montt y Punta Arenas, no daría lugar a la creación de un monopolio, ya que en la venta y distribución de combustibles en dichos terminales participan, a lo menos, las empresas Air BP Copec S.A. y Esso Chile Petrolera Ltda., que aunque utilizan la misma red, compiten comercialmente;

b) existiendo dos empresas que operan por medio de la red hidrante, compitiendo por la venta de combustibles y teniendo en cuenta la concurrencia competitiva de todos los proveedores a través de la red única del Aeropuerto Arturo Merino Benítez, la Política de Combustibles de la DGAC, en sus aspectos técnicos y de seguridad no constituiría un asunto que requiera de la aprobación previa de este Tribunal.

c) Lo relevante en este caso, que no ha sido planteado por la consultante, es determinar la forma y condiciones en que Shell y/u otros agentes podrían ingresar a dichas redes para competir con las empresas que ya prestan el servicio por este medio en los aeropuertos materia de la consulta.

A fs. 282, ESSO CHILE PETROLERA señala que recibió, al igual que las restantes empresas distribuidoras de combustibles líquidos, el Oficio N° 2725 de la DGAC, y al respecto señaló su total conformidad y oportunamente comunicó a la DGAC su total disposición para invitar a Shell Chile en el uso conjunto de las cañerías e hidrantes que en la actualidad comparte con las empresas Copec y Air BP.

La visión de Shell es coincidente con aquella de la DGAC ya que, si bien es cierto que existen numerosos aeropuertos internacionales donde la práctica de usar camiones *refuellers* sigue estando permitida, ello responde a la amplitud de su

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

diseño donde, en razón de la extensión de sus plataformas para estacionamientos de aeronaves, se permite a los *refuellers* maniobras de aproximación más seguras, atendido su requerimiento de mayor grado de giro.

Sin embargo, para el caso de los aeropuertos nacionales con plataformas antiguas, en los que el espacio entre aeronaves resulta estrecho, especialmente ahora con la implementación de mangas de embarque y el aumento de vuelos con aeronaves de mayor tamaño, la operación de *servicers* (sic) constituye una modalidad más confiable y segura para su operación. Especialmente, tratándose de aeropuertos adonde ya existe la necesaria infraestructura de cañerías subterráneas, resulta evidente la seguridad que ofrece la operación bajo la modalidad de hidrantes, tanto para precaver el riesgo de accidentes, como para precaver potenciales acciones de violencia o terrorismo.

Desde el punto de vista de la libre competencia, obviamente les parece reñido con la equidad el hecho que, luego de exigirse a Esso la obligación de efectuar significativas inversiones para operar en los aeropuertos del país, aprovechándose de una modificación transitoria de la misma, en 1999 se autorizó a Shell la operación con camiones *refuellers* y, de este modo, obtuvo licencia para operar en diferentes aeropuertos del país con una inversión sustancialmente inferior a la que fuera inicialmente exigida a Esso.

A fs. 285, COPEC aporta antecedentes y señala que los actuales titulares de concesiones en los aeropuertos de Arica, Iquique, Antofagasta, Santiago, Concepción, La Serena, Puerto Montt y Punta Arenas que operan con redes hidrantes son las compañías Esso Chile y Air BP Copec, compañías que tienen un convenio de operación conjunta, situación que en ningún caso impide su competencia en el mercado. Se trata de operaciones conjuntas que integran los aspectos operacionales de abastecer aeronaves pero que en ningún caso inhiben la competencia de estas compañías en las licitaciones de las líneas aéreas.

Por otro lado, añade, sorprende que Shell señale que este tipo de operación conjunta constituya un monopolio, en circunstancias que ella misma participa en una entidad que es similar a la comunidad antes señalada. Se trata de SIAV, que es dueña de los estanques de almacenamiento y de las redes hidrantes del aeropuerto de Santiago, donde se da la mayor competencia entre las compañías distribuidoras.

La situación o modalidad bajo la cual operarán los aeropuertos de Antofagasta y Puerto Montt una vez que se terminen las concesiones de Shell es similar a la que existe en Santiago, donde existe una única compañía que opera los estanques de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

almacenamiento y la red hidrante ha prestado servicios a quienes lo soliciten para atender a sus respectivos clientes.

Sorprende que Shell no haga mención a los aeropuertos de Antofagasta y Puerto Montt, en los cuales se terminan sus concesiones de Shell con camiones *refuellers* a instancias de la DGAC, quien hoy tiene la operación conjunta de la red hidrante de dichos aeropuertos, vale decir, Esso y Air BP le plantearon formalmente a Shell en presencia de la DGAC que se integrara a dicha operación conjunta. Dicho planteamiento buscaba generar una situación similar a la de SIAV en Pudahuel.

A fs. 296, la Dirección General de Aeronáutica Civil informa y señala que es efectivo que mediante el Oficio N° 2725, de 12 de junio de 2002, informó a las empresas prestadoras del servicios en cuestión la aplicación de una determinada política para el abastecimiento de combustible en los aeropuertos y aeródromos del país, solicitándole a los afectados dar cumplimiento a sus disposiciones y comunicar los acuerdos que en función de ello aprobaren.

Frente a este oficio Shell nada manifestó, salvo una carta de fecha 12 de julio de 2002, en la que no objeta el fondo de la política en comento ni imputa conducta monopólica alguna a la DGAC, sino que se remite a pedir extensión de los plazos de sus concesiones. Esta solicitud fue rechazada por no existir fundamento para una prórroga al no haberse efectuado inversiones que la justificaran. Recién en 2004, es decir, dos años después del último oficio remitido por la DGAC, Shell ha venido a cuestionar la política de abastecimiento de combustibles, atribuyéndole el efecto de crear un monopolio por el hecho de anunciar que sólo se renovarían las concesiones para camiones en aquellos aeropuertos que no cuenten con red hidrante o, en casos excepcionales, para posiciones de estacionamiento remoto que no cuenten con conexión subterránea.

Los fundamentos de la política adoptada radican básicamente en motivos de seguridad aeroportuaria; en la necesidad de responder a las innovaciones impuestas por la política de concesiones de obras públicas aplicada por el Gobierno a los aeropuertos; en la correspondencia requerida entre las inversiones efectuadas por los concesionarios y las condiciones contractuales que las rigen; y en criterios de ordenamiento y uniformidad en el funcionamiento de los recintos.

Los argumentos de Shell para rechazar la aplicación de la política de la autoridad aeronáutica sobre abastecimiento de combustible de aviación se resumen en dos ideas a) la DGAC carecería de facultades legales para constituir un monopolio y b) el sistema de abastecimiento por camiones no es más inseguro que el de redes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hidrantes.

En relación al primer argumento, señala que el establecimiento de la política de provisión de combustible de aeronaves no ha vulnerado disposición legal alguna, ya que se ha actuado en estricta conformidad a las potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a la DGAC y en cuya virtud es perfectamente lícito condicionar el ejercicio de una actividad económica.

Respecto del segundo argumento, Shell sostiene que los motivos de seguridad invocados por la DGAC al fijar la política en cuestión serían solo un pretexto y que no estaría demostrado que el abastecimiento de combustible por medio de camiones sea peligroso o inseguro. Según indica la DGAC, de la sola lectura del párrafo 7 del Oficio cuestionado se desprende claramente que la DGAC no ha prohibido en forma absoluta el uso de camiones, sino que su operación continúa permitida tanto en aeródromos que no cuenten con redes subterráneas como incluso en aquellos que las poseen, sólo que en este último únicamente para posiciones de estacionamiento remoto.

Desde el punto de vista económico, señala que los argumentos dados por Shell resultan cuestionables desde tres perspectivas: en primer lugar, es falso que la política instaurada por la DGAC cree un monopolio en la prestación del servicio de combustibles de aviación, ello no sólo porque el sistema de camiones continuará existiendo bajo ciertas condiciones, sino también porque en el sistema de redes hidrantes existen al menos dos prestadores del servicio que compiten entre sí, cual es el caso de Esso y Air BP Copec, empresas que comparten la red de ductos pero prestan el servicio y mantienen control de sus ventas en forma independiente.

En segundo lugar, gran parte de los fundamentos de Shell se basan en la incidencia del sistema de abastecimiento en el precio final del combustible, en circunstancias que hoy los precios ofrecidos a sus clientes por los distintos proveedores son relativamente similares, independientemente del medio de abastecimiento de combustible que empleen.

En tercer lugar, no es efectivo que con la política de DGAC se creen barreras a la entrada al mercado de provisión de combustible a las aeronaves. Baste mencionar que desde la aprobación de la política en comento se han celebrado diversas reuniones entre las empresas de aprovisionamiento de combustible, con la intención de propiciar un mecanismo de operación conjunta en similares términos del que explotan las mismas empresas en el aeropuerto de Pudahuel, formulándose a Shell ofertas concretas para participar en un mecanismo de *joint operation* de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

redes hidrantes con Esso y Air BP en todos los aeródromos del país que dispusieran de dichas instalaciones, bajo las mismas condiciones aplicables entre estas dos últimas empresas, es decir, sin cobros excesivos o discriminatorios que pudieran ser interpretados como una barrera de entrada. Del mismo modo, cuando llegue la oportunidad de licitar nuevamente el servicio de abastecimiento de combustible mediante redes subterráneas, la DGAC garantizará en las respectivas bases administrativas un acceso igualitario, equitativo y no discriminatorio al mercado.

A fs. 313, Shell evacua el traslado del informe de la FNE y señala que la política de la DGAC sí constituye un monopolio, toda vez que existe un mercado que puede ser definido como el mercado de los sistemas de abastecimiento o infraestructura para proveer combustibles para aviones y otro que se refiere a la provisión de combustibles propiamente tal. Desde el punto de vista geográfico, si un proveedor cobra un precio muy alto en un determinado aeropuerto, es posible que un avión vuele con el doble de carga para no tener que abastecerse en dicho aeropuerto para su vuelo de retorno o pueda hacer escala en otro aeropuerto para abastecerse, sin embargo dichas operaciones son altamente ineficientes, por lo que el ámbito geográfico debe circunscribirse a cada aeropuerto, porque el efecto sustitución entre aeropuertos es muy bajo.

Hoy en los aeropuertos de Antofagasta, Iquique, Puerto Montt y Punta Arenas hay dos sistemas de abastecimiento que compiten entre sí. De implementarse la política de la DGAC sólo quedará uno una vez que venzan las concesiones de los camiones.

Una vez constituido el monopolio, cobra relevancia la observación de la FNE en cuanto a regular el acceso a dicho monopolio sobre las redes, a fin de que el monopolio sobre las redes no se constituya a la vez en monopolio sobre el abastecimiento de combustible.

Los camiones no son inseguros, ni menos seguros que las redes: ni la DGAC ni Copec ni Esso aportaron un solo documento que justificara la inseguridad de los camiones, sin embargo, dicen saber que los camiones son más inseguros y para ello dan diversas razones, sin que aporten algún antecedentes que sirva para avalarlo.

Concluye Shell señalando:

- a) Que los camiones son seguros, habiendo realizado más de 53.000

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

operaciones sin incidentes en Chile;

- b) Que la política de la DGAC elimina los camiones para rentabilizar las redes hidrantes concesionadas a Esso y Copec;
- c) Que al prohibirse los camiones se constituye un monopolio en los cuatro aeropuertos donde hoy operan los camiones, que sólo podrán proveer combustible mediante redes hidrantes;
- d) Que la eliminación de los camiones significará menor competencia y aumento en los precios para poder rentabilizar costos operacionales de un proceso de abastecimiento más ineficiente;
- e) Que lo anterior perjudicará a los usuarios que deberán pagar mayor precio que el actual; y,
- f) Que no se encuentra dentro de las facultades de la DGAC actuar de árbitro en el mercado ni hacer una asignación de recursos más ineficiente amparada en supuestas razones de seguridad que no son reales.

II) CONSIDERANDOS:

5. MERCADO RELEVANTE.

PRIMERO: Que, según se desprende de autos, este Tribunal considera que el mercado relevante es el de aprovisionamiento de combustibles a aeronaves comerciales en aeropuertos. Dado que los costos de aprovisionar combustible a una nave en un aeropuerto diferente al de su origen o destino son significativos, se puede concluir que el mercado geográfico se circunscribe a cada aeropuerto.

6. BARRERAS A LA ENTRADA.

SEGUNDO: Que para participar en el mercado relevante se requiere de un medio técnico para hacer llegar el combustible a cada avión. Hasta antes del oficio N° 2725 de la DGAC existían dos modalidades para hacerlo: las redes hidrantes y los camiones abastecedores de combustible o *refuellers*. Las condiciones para utilizar estos últimos dependen exclusivamente del precio, determinado en un mercado sujeto a competencia. En cambio, el acceso a las redes hidrantes depende de condiciones impuestas por los dueños de éstas, ya que no parece posible duplicar ese tipo de infraestructura en un aeropuerto. Así, el oficio N° 2725, a juicio de este Tribunal, confiere a las redes hidrantes un carácter de facilidad esencial, al ser éstas, una vez caducadas las concesiones para camiones *refuellers*, el único medio apto para participar en el mercado relevante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TERCERO: Que la existencia de una facilidad esencial para proveer un servicio puede fácilmente convertirse en una barrera a la entrada, especialmente cuando tal facilidad esencial es controlada, directa o indirectamente, por actores que compiten en el respectivo mercado relevante, como es el caso de autos. En efecto, si la facilidad esencial se hubiera otorgado a un tercero que no participa en el mercado del abastecimiento de combustibles a aviones, posiblemente encarecería el producto final, pero no constituiría en sí una barrera a la entrada, ya que todos los actores tendrían igual oportunidad de participar en el mercado relevante referido. En tal caso, los efectos de la creación de una facilidad esencial se podrían haber eliminado o reducido a través de una competencia *ex ante*, mediante una licitación pública basada en el precio del servicio que prestan las redes o por medio de la regulación de tal precio, si el legislador así lo hubiera establecido. En este caso, en que los dueños de la facilidad esencial son algunos de los participantes en el mercado relevante, las condiciones exigibles a los concesionarios no sólo debieran referirse al precio sino también a las condiciones generales de acceso a la red.

7.- EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA.

CUARTO: Que Shell ha consultado a este Tribunal si es válido que la DGAC constituya un monopolio en el mercado del abastecimiento de combustibles de aviación, eliminando el uso de los camiones *refuellers*, alegando razones de seguridad, forzándole a salir del mercado del abastecimiento de combustibles en los aeropuertos de las ciudades de Iquique, Antofagasta, Puerto Montt y Punta Arenas.

QUINTO: Que, a juicio de este Tribunal, no se ha comprobado en autos la existencia o no de razones técnicas que ameriten prohibir el abastecimiento del mercado por medio de camiones. Tampoco es posible descartar que esta prohibición esté orientada principalmente a rentabilizar las inversiones ya efectuadas en la infraestructura de las redes hidrantes. Si bien es la DGAC quien, en caso de existir razones técnicas o de seguridad para ello, tiene atribuciones para imponer condiciones o requisitos al ejercicio de esta actividad económica, no debiera imponerlas en ausencia de tales razones, pues con ello se tiende a entorpecer la libre competencia. Incluso, en el caso de existir las razones antes mencionadas, la DGAC debiera ejercer sus atribuciones de modo tal de minimizar los efectos restrictivos de la libre competencia que una medida como esta implican.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SEXTO: Que el oficio N° 2725, objeto de esta consulta, tiende a afectar el ejercicio de la libre competencia al conferir a uno de los medios de abastecimiento el carácter de facilidad esencial para participar en el mercado y eventualmente podría facilitar la colusión entre los proveedores que a la vez son propietarios de las redes.

SEPTIMO: Que no ha quedado suficientemente acreditado en autos que el precio de esta facilidad esencial refleje los verdaderos costos de inversión y operación, ni menos si estos precios u otras condiciones de acceso discriminan en contra de terceros no propietarios de dicha facilidad esencial o constituyen barreras a la entrada al mercado relevante.

OCTAVO: Que no existen en estos autos antecedentes acerca de si la licitación y posterior adjudicación de las redes hidrantes, por parte de la DGAC, se efectuó con la apropiada regulación, la que debiera haber surgido de las bases de la licitación respectiva, lo que no fue tampoco materia de la consulta de autos.

NOVENO: Que asimismo se ha solicitado a este Tribunal pronunciarse acerca de si la DGAC debió consultar a este Tribunal, antes de establecer su nueva política, las condiciones de operación de las redes hidrantes, convertidas a juicio de la consultante en monopolio natural en virtud de un acto de la DGAC.

DECIMO: Que este Tribunal estima que, más que constituirse un monopolio natural en el mercado relevante, lo que se ha hecho es convertir los sistemas de abastecimiento de combustible en una facilidad esencial del mismo. Dado que la forma en que se opere tal facilidad esencial puede tener efectos en la libre competencia, hubiera sido conveniente que la DGAC consultara en forma previa sus condiciones de licitación. No obstante lo anterior, la DGAC no se encontraba legalmente obligada a efectuar tal consulta, por lo que este Tribunal no puede reprocharle tal omisión, sin perjuicio que, en lo sucesivo, estima recomendable que así lo haga.

III) RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL.

1.- Que en respuesta a la consulta realizada por Shell sobre si es legítimo que la DGAC constituya un monopolio en el mercado del abastecimiento de combustibles de aviación, eliminando el uso de los camiones *refuellers*, este Tribunal estima que la DGAC no ha constituido un monopolio propiamente tal, ya que las empresas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propietarias de las redes podrían competir entre sí y porque, además, existen condiciones de acceso a terceros. Sin perjuicio de lo anterior, la decisión de la DGAC tiende a afectar las condiciones de competencia en este mercado al darle el carácter de facilidad esencial a las redes hidrantes. Por ello, si existen razones técnicas o de seguridad -asunto que no ha sido acreditado en este procedimiento- debió adoptar su decisión de manera tal de asegurar que el precio cobrado a terceros y las condiciones de acceso a las redes hidrantes no fueran discriminatorias y, asimismo, que su precio no se constituya en una barrera de acceso al mercado de abastecimiento de combustibles a aeronaves para quienes no son propietarios de dichas redes.

2.- Que, resolviendo acerca de si la DGAC debió consultar en forma previa, este Tribunal estima que, para asegurar que se minimizaran los efectos anticompetitivos de esta restricción, habría sido conveniente que dicha entidad consultara sobre las condiciones a imponer a los propietarios de las redes hidrantes, aun cuando la ley no la obliga a realizar dicha consulta. Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda a la DGAC que en lo sucesivo consulte en forma previa a este Tribunal las bases de licitación para el otorgamiento de concesiones para operar redes hidrantes en los aeropuertos nacionales, si se produjeran.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 38-04.

Pronunciada por los Ministros señores Jara (Presidente), Sra. Butelmann, Sr. Depolo, Sr. Menchaca y Sr. Peña. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa, Secretario Abogado.