

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ACERCA DE CONSULTA SOBRE TERPEL CHILE

UN COMENTARIO CRÍTICO

ALVARO ARAYA IBÁÑEZ*

INTRODUCCIÓN

Con fecha 22 de junio de 2010, la Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. (“Copec”), solicitó un pronunciamiento al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC” o el “Tribunal”) referido a los efectos en Chile de su participación en Terpel Colombia y medidas de mitigación, en relación con la normativa de libre competencia contenida en el Decreto Ley N° 211 (“DL 211”).

La consultante informó que adquirió una participación accionaria indirecta del 22,11% en la sociedad colombiana denominada “Organización Terpel S.A.” (“Terpel Colombia”), por la posibilidad de expandirse internacionalmente dada la presencia de Terpel Colombia “en la actividad de distribución de combustibles líquidos, lubricantes y gas natural vehicular en Colombia” y que “en otros países de América Latina.”¹ Terpel Colombia es propietaria, a su vez, de la totalidad de los derechos de Organización Terpel Chile Limitada (“Terpel Chile”).

Posteriormente, el día 20 de diciembre de 2010 Copec, por medio de una OPA² lanzada en Colombia, adquirió el control indirecto total de Terpel Colombia, o con ello el control total de Terpel Chile.

Copec manifestó su voluntad en orden a que Terpel Colombia se desprenda de su filial chilena, Terpel Chile, en el plazo de dos años contados desde la fecha de la resolución respectiva del Tribunal, “con el objeto de evitar riesgos para la competencia en los mercados chilenos.”³ Asimismo, Copec propuso que durante el tiempo que tarde la desinversión indicada, sea aplique una serie de medidas de mitigación que somete a la aprobación del Tribunal y que son las siguientes: “a) que los directores de las sociedades controladoras de Terpel Chile⁴ se abstengan absolutamente de

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Finanzas, Universidad de Chile. Socio de Novoa & Araya Abogados.

¹ Sección 2, Parte Expositiva.

² Oferta Pública de Adquisición de Acciones.

³ Sección 7.4, Parte Considerativa.

⁴ Terpel Colombia, SIE y Proenergía.

conocer o intervenir en la gestión, resultados o negocios de Terpel Chile; b) que la gestión y decisiones relacionadas con Terpel Chile se radiquen en comités especiales, integrados exclusivamente por los directores de Terpel Colombia, SIE y Proenergía, respectivamente, que no sean dependientes o relacionados con Copec; c) que los directores y funcionarios de Terpel Chile y de Terpel Colombia, se encuentren absolutamente impedidos de entregar cualquier información relacionada con Terpel Chile a personas que sean dependientes o relacionados con Copec; d) que Copec instruya a sus ejecutivos y dependientes para que: (i) se abstengan de solicitar información relacionada con Terpel Chile a los directores o funcionarios de esta última compañía; (ii) se abstengan de entregar cualquier información de los negocios de Copec a los directores o funcionarios de Terpel Chile; y (iii) se abstengan de realizar cualquier negociación comercial con Terpel Chile, salvo aquellas iniciadas con anterioridad a la operación internacional en cuestión; e) que la integración del directorio de Terpel Chile sea decidida exclusivamente por el comité especial de Terpel Colombia; f) que se mantenga la plana gerencial y ejecutiva de Terpel Chile y, si fuese necesario reemplazar alguno de sus gerentes o ejecutivos, dicha designación sea exclusivamente materia del comité especial de Terpel Colombia, previo proceso de selección a cargo de head hunters; y, h) que los auditores externos de Copec sean siempre distintos de aquellos que auditan a Terpel Chile; a través de Proenergía y SIE.”⁵

En atención al tipo de consulta y su oportunidad, el Tribunal se abocó a “analizar los efectos que la operación descrita tendrá en los distintos mercados chilenos en los que incide, para posteriormente considerar la suficiencia de las medidas de mitigación propuestas por la consultante y la necesidad de agregar otras condiciones a las mismas.”

Con fecha 26 de mayo de 2011,⁶ el Tribunal resolvió declarar que el asunto consultado por Copec, relativo a los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Organización Terpel S.A., se ajusta a las normas del DL 211, siempre que cumpla con una serie de condiciones relacionadas principalmente con la enajenación de Terpel Chile. Las condiciones fueron:

- 1) Terpel Colombia deberá completar la enajenación, como una unidad, de la totalidad de los activos tangibles e intangibles que conforman el patrimonio de Terpel Chile y que son propios del giro de esta última empresa, a un mismo adquirente y en el plazo de 18 meses contados desde la fecha de toma de control de Terpel Colombia por la consultante.⁷
- 2) La consultante deberá arbitrar todas las medidas necesarias para que el Sr. Fiscal Nacional Económico sea oportunamente informado, con la reserva o confidencialidad del caso, acerca de los resultados de cada una de las etapas del proceso que está llevando a cabo Terpel Colombia, denominado “subasta controlada en dos etapas”, con el fin de que dicha autoridad cuente con la información necesaria para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga.
- 3) En caso que en el proceso señalado en la condición precedente se pretenda enajenar los activos de Terpel Chile a alguna empresa que participe directa o indirectamente en el mercado de la refinación o la distribución de combustibles líquidos, o a sus matrices o

⁵ Ídem.

⁶ La consulta se resolvió en el plazo de 11 meses.

⁷ Que se produjo el 20 de diciembre de 2010. El plazo expiraba, entonces, el 20 de junio de 2012 (13 meses de plazo efectivo a contar de la Resolución)

personas relacionadas, se deberá consultar a este Tribunal tal operación, en forma previa a su materialización, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del DL 211.

- 4) En tanto no se complete la desvinculación total de Copec respecto de Terpel Chile:
 - a. Los directores de Terpel Colombia, SIE y Proenergía, que sean dependientes o relacionados con Copec, deberán abstenerse absolutamente de conocer o intervenir en la gestión, resultados o negocios de Terpel Chile;
 - b. La gestión y decisiones relacionadas con esta última deberán radicarse en comités especiales, integrados exclusivamente por los directores de Terpel Colombia, SIE y Proenergía, respectivamente, que no sean dependientes o relacionados con Copec;
 - c. Los directores y funcionarios de Terpel Chile y de Terpel Colombia, deberán abstenerse de entregar cualquier información relacionada con Terpel Chile a personas que sean dependientes o relacionadas con Copec;
 - d. Copec deberá instruir a sus ejecutivos y dependientes para que: i) se abstengan de solicitar información relacionada con Terpel Chile a los directores o funcionarios de esta última compañía, o de intervenir de cualquier forma en su administración; ii) se abstengan de entregar cualquier información de los negocios de Copec a los directores o funcionarios de Terpel Chile; y iii) se abstengan de realizar cualquier negociación comercial con Terpel Chile, salvo aquellas iniciadas con anterioridad al ingreso de Copec en la propiedad de Terpel Colombia;
 - e. La integración del directorio de Terpel Chile deberá ser decidida por un comité especial de Terpel Colombia de aquellos aludidos en la letra b) precedente;
 - f. Deberá mantenerse la plana ejecutiva y gerencial de Terpel Chile y, en el caso de que fuese necesario reemplazar alguno de sus gerentes o ejecutivos, la designación de su reemplazante deberá ser materia exclusiva de un comité especial de aquellos aludidos en la letra b) precedente, y a cargo de una empresa de “head hunter” de reconocido prestigio internacional;
 - g. Los auditores de Terpel Chile deberán ser siempre distintos de los que auditen a la consultante.
- 5) La consultante deberá presentar al Sr. Fiscal Nacional Económico, en el plazo de 30 días corridos contados desde la fecha de la resolución, un plan detallado de cumplimiento efectivo de todas las condiciones precedentes, en el que se señalarán los medios por los que se instruirá acerca de ellas a todas las personas y organismos pertinentes al interior de Copec, Terpel Colombia y Terpel Chile, así como las medidas de monitoreo, fiscalización y sanciones por incumplimiento que se adoptarán al respecto. Su aplicación deberá ser supervisada por el Sr. Fiscal Nacional Económico. Asimismo, la consultante deberá publicitar a través de los mecanismos contemplados en las normas que rigen los gobiernos corporativos, así como publicar en su sitio web principal, tales medidas y el plan de cumplimiento señalado. La consultante deberá arbitrar todas las medidas necesarias para que Terpel Chile también adopte las disposiciones de publicidad señaladas precedentemente.
- 6) La consultante no podrá realizar acto o contrato alguno que implique la disminución de la participación de mercado de Terpel Chile en su favor. Especialmente, y a modo ejemplar, la consultante deberá abstenerse de celebrar cualquier acto o contrato que implique el traspaso

de clientes industriales de Terpel Chile a Copec y de adquirir e integrar a su red, bajo cualquier título, estaciones de servicio de propiedad de Terpel Chile. Todo lo anterior, hasta un año después de la toma de control de Terpel Chile por el adquirente. Por el mismo plazo, abstenerse de celebrar actos o contratos tendientes a adquirir los derechos derivados de contratos comerciales suscritos por Terpel con cualquier persona de derecho público o privado.

- 7) Terpel Chile deberá continuar con su plan de inversiones e informar trimestralmente a la FNE acerca del cumplimiento efectivo de tal plan, hasta la efectiva toma de control por su nuevo adquirente; y
- 8) Finalmente, el Sr. Fiscal Nacional Económico, en el marco de sus atribuciones legales, deberá fiscalizar activamente el cumplimiento de las condiciones impuestas en esta resolución y, en general, que Copec y Terpel Chile se mantengan, hasta completar la venta de la totalidad de los activos de esta última, como competidores totalmente independientes en lo que dice relación con su administración y actividades.⁸

El propósito de este trabajo es analizar críticamente la resolución del Tribunal, intentando ponderar la entidad de los riesgos que detectó el propio Tribunal y dilucidar si las medidas adoptadas tienen el potencial de eliminar o al menos mitigar suficientemente dichos riesgos, y determinar asimismo si el Tribunal contaba con alternativas reales de decisión, dada la oportunidad de la consulta y la conducta de la empresa consultante.

I. LOS RIESGOS DE LA OPERACIÓN

Como es habitual, el Tribunal procedió a analizar los distintos mercados y submercados que eventualmente se puedan ver afectados por la operación consultada. A saber: (i) refinación e importación de combustibles líquidos, (ii) su transporte y almacenamiento, (iii) la distribución mayorista y (iv) minorista de tales carburantes.

Dado que el propio consultante quien está comprometiendo espontáneamente la desinversión en Terpel Chile, el Tribunal argumenta que “no ha sido necesario realizar un análisis de la extensión y profundidad que se habrían requerido en caso contrario”.⁹ Sin embargo, del estudio que efectúa sí concluye que la existencia de una elevada concentración en los mercados mayorista y minorista de combustibles líquidos, lo que “combinado con significativos niveles de integración vertical entre los actores de ambos mercados” y la “existencia de barreras a la entrada... puede tener como resultado una débil presión competitiva y, por lo tanto, puede facilitar conductas contrarias a la legislación contenida en el Decreto Ley N° 211.”¹⁰

⁸ Parte Resolutiva (el subrayado es añadido).

⁹ Sección 9.1, Parte Considerativa.

¹⁰ Ídem. El Tribunal cita, al respecto: “i) la necesidad de altos niveles de transparencia en el precio de paridad de importación de productos refinados y su método de cálculo a efectos de facilitar la entrada y expansión de competidores; ii) el riesgo de comportamientos estratégicos exclusorios en el segmento del almacenamiento de combustibles; iii) la alta concentración de los canales mayorista y minorista de comercialización de combustibles líquidos, que se vería agravada con la operación consultada en autos; y, iv) los riesgos de

A pesar de lo anterior, en términos específicos y concretos el Tribunal identifica las amenazas de esta operación de concentración para la competencia en el mercado de los combustibles, señalando que existen “riesgos significativos... derivados del elevado grado de concentración y de barreras a la entrada que se observan en las distintas actividades de refinación, logística y distribución a nivel regional y nacional.”¹¹

Señala que Copec “tiene una participación preponderante en los segmentos de distribución mayorista y minorista de combustibles líquidos y la adquisición indirecta del control de Terpel Chile aumentará dicha participación hasta que no se verifique su enajenación, generando riesgos de coordinación con otros actores de los mercados de distribución mayorista y minorista y de abuso unilateral en el ámbito de la distribución minorista por medio de estaciones de servicio.”¹²

Agrega que contribuyen a “facilitar las actuaciones coordinadas de los actores de la industria, la homogeneidad de los productos transados y la facilidad de monitoreo de la competencia dada la integración vertical y la forma de publicitar precios en la industria minorista.”¹³

En opinión del Tribunal, los riesgos recién enumerados se verán suficientemente mitigados con la enajenación de los activos de Terpel Chile y las medidas adicionales que se establecen en su resolución.

II. LAS MEDIDAS DESTINADAS A ENFRENTAR LOS RIESGOS DE LA OPERACIÓN

Como puede apreciarse ya, el Tribunal consideró que, no obstante la estructura del mercado relevante, la participación en él del consultante y los evidentes riesgos de conductas anticompetitivas, sí podía tolerarse esta restricción horizontal en la medida de que sea transitoria y que se cumpla con ciertas condiciones durante el período en que Copec controle Terpel Chile y hasta determinado plazo después de la desinversión.

1. En cuanto a la enajenación de Terpel Chile.

De acuerdo al Tribunal, “para que la venta de Terpel Chile sea una medida efectiva de mitigación de los efectos negativos que la concentración en análisis ocasiona para la competencia en los mercados chilenos, debe efectuarse de la siguiente forma: i) que se enajenen como una unidad todos los activos tangibles e intangibles de Terpel Chile propios de su giro, a un solo adquirente; ii) que la venta en cuestión permita el surgimiento de una entidad competitiva viable y totalmente independiente, tanto de la consultante como de Terpel Colombia, a objeto de que pueda rivalizar eficazmente con la primera; y, iii) que el plazo de enajenación sea el más breve posible.”¹⁴

conductas anticompetitivas derivados de la alta concentración del canal industrial en el que la consultante tiene una importante participación.”

¹¹ Sección 10.1, Parte Considerativa.

¹² Sección 10.2, Parte Considerativa.

¹³ Sección 10.3, Parte Considerativa.

¹⁴ Sección 11.2, Parte Considerativa (el subrayado es añadido).

Para estos efectos, se exige que:

- a) Terpel Colombia deberá enajenar la totalidad de los activos tangibles e intangibles que conforman el patrimonio de Terpel Chile y que son propios del giro de esta última empresa, a un mismo adquirente.
- b) El proceso de venta deberá ser debidamente supervisado por el Sr. Fiscal Nacional Económico.
- c) Con el objeto de evitar una excesiva concentración de los mercados, deberá someterse a consulta, la enajenación de Terpel Chile o de sus activos a alguna de las empresas que, al momento de dicha operación, participan directa o indirectamente en el mercado de la refinación y la distribución mayorista de combustibles líquidos.
- d) Finalmente, en lo concerniente al plazo de enajenación, para reducir los riesgos anticompetitivos y con el objeto de minimizar el riesgo de que los activos de Terpel Chile pierdan valor y con ello se vea comprometida la capacidad competitiva de quien los adquiera, se impone la obligación de que la transferencia de tales activos sea completada dentro del término de 18 meses, contados desde el día 20 de diciembre de 2010 (fecha de la toma de control de Terpel Colombia por la consultante).

2. En cuanto al período que transcurra hasta la enajenación de los activos de Terpel Chile.

El Tribunal considera necesario mitigar las amenazas a la libre competencia que se producirán mientras Copec controle a Terpel Chile.

Para dichos efectos, el Tribunal declara que las medidas de mitigación propuestas por Copec para el período de transición son esencialmente “acertadas”¹⁵. Sin embargo, reconoce también que ellas requieren ser complementadas con algunas otras, “destinadas a asegurar el estricto cumplimiento de las mismas, preservar el valor de los activos de Terpel Chile y, en general, precaver riesgos para la competencia.”¹⁶.

En concreto, se exige que:¹⁷

- a) Deberá presentarse al Sr. Fiscal Nacional Económico, en el plazo de 30 días corridos contados desde la fecha de la resolución, un plan detallado de cumplimiento efectivo de todas las medidas propuestas, cuya aplicación será supervisada por el Sr. Fiscal Nacional Económico.
- b) Se prohibirá a la consultante realizar acto o contrato alguno que implique la disminución de la participación de mercado de Terpel Chile en su favor, hasta un año después de la toma de control de Terpel Chile. Por el mismo plazo, deberá abstenerse de celebrar actos o contratos tendientes a adquirir los derechos derivados de contratos suscritos por Terpel Chile.
- c) Terpel Chile deberá continuar con su plan de inversiones e informar trimestralmente a la FNE acerca del cumplimiento efectivo de tal plan, hasta su enajenación al nuevo adquirente.

¹⁵ Sección 12.1, Parte Considerativa.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Sección 12, Parte Considerativa (el subrayado es añadido).

- d) El Sr. Fiscal Nacional Económico fiscalizará activamente el cumplimiento de las condiciones impuestas en esta resolución y, en general, que Copec y Terpel Chile se mantengan hasta la venta de los activos de esta última como competidores totalmente independientes en lo que dice relación con su administración y actividades comerciales.

III. SUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS

Tal como se indicó, al Tribunal no le asiste ninguna duda respecto de que la operación de concentración materia de la consulta es altamente inconveniente, en términos de las amenazas que conlleva para la libre competencia.

Sin embargo, el Tribunal no analiza en absoluto la opción de prohibirla. Ello se debe en la práctica a varias razones, incluyendo el que la propia empresa consultante se comprometiera de inmediato a desinvertir, que no hubo presentaciones de partes interesadas que solicitaran derechamente la prohibición de la operación, que al *momento de la presentación de la consulta* la operación ya se había adquirido indirectamente un 22,1% de Terpel Chile y que al *momento de la resolución* ya se había concretado la adquisición del 100% de dicha empresa.

Independiente de lo anterior, cabe preguntarse si no hubiese sido más apropiado que el Tribunal hubiera estudiado y decidido si la operación misma era procedente, y no exclusivamente cuáles serían las condiciones de una futura desinversión y de las medidas para mitigar los efectos nocivos en el tiempo intermedio.

La estrategia de la consultante fue en extremo exitosa, toda vez que en los hechos pudo concretar una operación *global* que tenía un efecto *local* claramente cuestionable en términos de libre competencia. Si la operación hubiese sido exclusivamente local, no hubiese sido autorizada, por sus efectos en el mercado de la distribución minorista y mayorista de combustibles líquidos. Podría argumentarse que precisamente porque era una operación global, no resultaba razonable cuestionarla o dificultarla al prohibir que ella incluyera los activos de Terpel Chile. Es decir, podría sostenerse que los beneficios de la operación en términos globales justifican ciertos riesgos transitorios respecto de la libre competencia y que si el Tribunal obstaculiza una operación como ésta, en el fondo limita el potencial desarrollo internacional de una empresa chilena. Sin embargo, esa argumentación sería absolutamente errada: el Tribunal debe velar por la libre competencia en Chile, no por el desarrollo internacional de las empresas chilenas.

Establecido lo anterior, y asumiendo que el Tribunal no pudo o no quiso prohibir la operación, cabe ahora preguntarse si las medidas impuestas son razonables y pueda esperarse que tengan el efecto buscado.

En nuestra opinión, la mayor dificultad del contenido de la resolución que comentamos dice relación con la realidad económica, la que termina imponiéndose en la práctica. La verdad es que por mucho que exista una obligación de venta en un plazo determinado, si en los hechos no existen interesados o éstos son otros incumbentes en el mismo mercado, es bastante previsible que la fusión entre Copec y Terpel Chile tenga una duración mayor que la prevista y, por lo mismo, sus efectos sean más graves que los anticipados. De hecho, el propio Tribunal resolvió declarar que la venta de

Terpel Chile a Quiñenco S.A.¹⁸ es contraria a las normas del DL 211 y tuvo que ampliar el plazo para enajenar los activos de Terpel Chile, en cinco meses.¹⁹

Por otra parte, a nuestro juicio existen incentivos económicos claros para que las medidas que se aplican durante el período de transición no se cumplan estrictamente, tanto por su dificultad de y costo monitoreo, cuanto porque la carencia de un controlador activo de Terpel Chile puede conducir a una pérdida de la empresa y a que su conducta práctica no represente una rivalidad competitiva real con Copec.

¹⁸ Luksic/Shell.

¹⁹ El día 27 de abril de 2012, en un fallo dividido de tres votos en contra y dos votos a favor. El fallo fue reclamada ante la Corte Suprema.