

**Cuando la defensa de la competencia inhibe la libertad de emprender. Consulta Terpel-Quiñenco.**

Tribunal	Corte Suprema
Rol	3993-2012
Fecha	2 de enero de 2013
Materia	Derecho Económico
Submateria	Libre competencia y fusión empresarial
Procedimiento	Consulta
Hechos	En estos autos la Organización Terpel Chile S.A., empresa de distribución de combustible minorista, sometió a consulta del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de Q.S. de los activos de Petróleos Transandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada, sociedades de propiedad de Organización Terpel Chile S.A., solicitándole declarar que la operación consultada cumple con las normas de la libre competencia y que puede ser realizada sin condiciones.
Tema central discutido	En el caso de la consulta de Organización Terpel Chile S.A. por la adquisición de los activos de Petróleos Transandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada por parte de Q.S., ¿cuál fue la decisión final del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y cuáles fueron las medidas de mitigación impuestas para garantizar la libre competencia en el mercado?
Considerandos relevantes	<p>DÉCIMO TERCERO: Que en primer término se hace necesario determinar si la enajenación de los activos de Organización Terpel Chile, que es una venta obligatoria -conforme ya fue reseñado- para dar cumplimiento a la Resolución N-o 34 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es o puede ser contraria a las disposiciones del D. N-o 211.</p> <p>Por lo expuesto es pertinente determinar qué se entiende por fusión, o por operación de concentración horizontal, la que se ha definido por la doctrina como: "una modificación inmediata de la estructura de la industria en la que se produce, ya sea que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse en una sola entidad con mayor participación en un mercado cuyos índices de concentración aumentan. El aumento de dicha concentración puede tener básicamente dos efectos sobre el comportamiento de los agentes económicos: por una lado, crea una nueva entidad que puede tener mayor poder de mercado que el que tenían individualmente cada una de las empresas preexistentes; por otro, disminuye el número de competidores efectivos y de ese modo puede volver más fácil la aparición de las prácticas colusivas" (C.G., Defensa de la Competencia", pag. 395)</p> <p>Conforme a lo reseñado, es útil sentar como premisa básica que las operaciones de concentración horizontal no pueden ser catalogadas como contrarias a la libre competencia per se, sin antecedentes precisos que así lo demuestran. Por el contrario, solo se pueden prohibir cuando existan antecedentes serios que permitan arribar a la conclusión de que una operación de concentración</p>

	<p>determinada producirá efectos contrarios a la libre competencia.</p> <p>DÉCIMO QUINTO: Que como se ha señalado por esta Corte en causas sobre consultas por operaciones como la de autos, se ha establecido que no es posible concluir que al producirse una fusión como la pretendida por los reclamantes, en la que efectivamente se produce una mayor concentración del mercado de los combustibles, ella deba ser calificada como una operación contraria a la libre competencia en forma anticipada, es decir antes de que se haya efectuado la operación de concentración, porque las circunstancias particulares y sus consecuencias deberán verse necesariamente luego de producido el proceso y operando las empresas involucradas, fusión que podría tener incluso efectos beneficiosos para los consumidores.</p> <p>Por lo expuesto es preciso determinar si en el presente caso la operación consultada efectivamente puede aparejar riesgos debido a la concentración de actores en el mercado.</p> <p>DÉCIMO NOVENO: Que la premisa consignada en el fallo que se revisa en cuanto a que uno de los efectos de la fusión consultada es que esta implicaría una baja importante en la competitividad entre los actores del mercado de los combustibles, no puede ser considerada como de real significación, pues según ya se ha dejado claramente establecido no es factible para las empresas que pretenden fusionarse adquirir una relevancia que signifique acercarse siquiera al 50% de Copec.</p> <p>De manera que al no encontrarse acreditado de forma clara y precisa que uno de los efectos de la pretendida fusión será la coordinación futura de empresas que operan en el mercado de la distribución de los combustibles, y no estando facultado el tribunal para hacer un juicio ex ante, porque como se ha señalado involucra presumir sin antecedentes concretos el ánimo de coludirse, y al estar en esta instancia cumpliendo con la función consultiva, no corresponde que el tribunal ejerza en esta su potestad sancionatoria, extraña a un procedimiento no contencioso como el conocido, toda vez que no existe conducta que por esta vía deba ser reprimida.</p> <p>VIGÉSIMO SEXTO: Que las eficiencias reseñadas conforme se explicito por la Fiscalía Nacional Económica pueden otorgar a la entidad resultante de la fusión una competitividad mayor que la actual, si cada una se mantiene por separado, lo que a la postre implica desafiar con mejores herramientas al líder del mercado Copec.</p> <p>Así en la doctrina se advierte que: "Si el objetivo de la fusión o adquisición en cambio es el mejoramiento en el nivel de eficiencia productiva dicho fenómeno puede provenir de diversas fuentes. En primer lugar, el nuevo grupo económico puede utilizar más eficientemente sus recursos evitando duplicaciones en las tareas realizadas, incorporar tecnologías más económicas que solo se justifican cuando el nivel de producción es más alto, aumentar la especialización de su personal y de sus equipos, o aprovechar ciertas sinergias originadas en la producción o comercialización de varios bienes o de abastecimiento de distintos mercados" (C.G., "Defensa de la Competencia", pag. 397).</p> <p>De lo expuesto fluye con claridad que, a diferencia de lo expresado en el fallo impugnado, existen eficiencias importantes asociadas a la operación que permiten sostener, en esta etapa previa a la materialización de la pretendida fusión, que la misma puede implicar beneficios que serán traspasados a los consumidores finales y que se verán reflejados en los precios de los combustibles.</p>
Decisión	Acogidos.

Resumen del comentario	<p>La participación de COPEC en Terpel Colombia le obligaba, por resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), a enajenar la totalidad de sus activos en Terpel Chile (básicamente, estaciones de servicio) a un solo adquirente. Al haber encontrado un posible comprador en Quiñenco, que participaba indirectamente en la propiedad de Shell, debió consultar nuevamente ante el TDLC por tratarse de un incumbente. La operación consultada fue rechazada por el Tribunal en la Resolución N°39/2012, pero la decisión fue posteriormente revocada por la Excm. Corte Suprema. La actuación de la Corte Suprema fue a juicio de esta autora acertada, coincidiendo en lo esencial con los votos de minoría del TDLC. En la sentencia se estableció correctamente que las operaciones de concentración no son necesariamente contrarias a la libre competencia y que su prohibición debe basarse en antecedentes precisos y no meras presunciones, reproche directo al voto de mayoría del Tribunal. El fallo enfatiza además aspectos claves para futuros análisis de operaciones de concentración, que dicen relación con la presunción de buena fe, las garantías de debido proceso y la acreditación de eficiencias. La autora hace especial hincapié en que la actividad jurisdiccional no debe tener por objeto prohibir a priori actos que persiguen mayor eficiencia o retorno, sino prevenir y sancionar conductas contrarias a la libre competencia cuando éstas verdaderamente ocurren o amenazan hacerlo. Actuar en contrario podría constituir una amenaza a la libertad de emprendimiento y el derecho de propiedad, pilares fundamentales para el crecimiento y desarrollo del país.</p>
Susana Jiménez Schuster	
Sentencias Destacadas 2013	