

Santiago, veintiuno de julio de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos, Rol Corte Suprema N° 171.797-2022, se trajeron en relación para conocer de la reclamación presentada por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en contra de la resolución de veintinueve de noviembre de dos mil veintidós, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) que no admitió a tramitación la consulta promovida, por considerar que la pretensión resulta propia de un procedimiento contencioso.

Antecedentes:

I.- Consulta

El procedimiento, se inicia con la consulta interpuesta por la FNE, a fin que el TDLC emita un pronunciamiento acerca de si los contratos de operación conjunta que celebran entre sí las empresas de las plantas de almacenamiento de combustibles líquidos, Compañía de Petróleos de Chile S.A. ("Copec"), Empresa Nacional de Energía S.A. ("Enex") y Esmax Distribución SpA ("Esmax") o éstas con la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) y la actuación práctica que de ellas se verifican para el suministro de combustible a esas plantas, se ajusta al Decreto Ley N° 211, estableciendo - de ser necesario- los términos, condiciones y medidas que deberán cumplir tales hechos, actos y contratos, para ajustarse a la libre competencia.

La FNE, en lo pertinente, explicó que la industria del combustible líquido, se divide en una serie de mercados y sub mercados y que los principales agentes son



las empresas Copec, Enx y Esmx, quienes participan básicamente en todos los segmentos que los conforman y que, para los efectos de esta consulta, destaca los mercados de almacenamiento y distribución (mayorista-minorista) atendido que estos últimos -los de distribución- son altamente dependientes de la competencia que se produzca en el mercado de almacenamiento.

Asimismo, precisó que, para el abastecimiento de combustibles por parte de ENAP se requiere la suscripción de contratos anuales de suministro, los cuales estipulan una programación - anual, mensual, por producto y planta- en las compras de combustibles y que éstos se complementan con una serie de anexos, entre ellos, uno denominado de Programación y Coordinación de Suministro, que tiene como objetivo delinear los pasos y acciones para las operaciones de entrega y recepción de combustibles en las distintas plantas de almacenamiento.

La FNE expuso que, las referidas empresas, en su calidad de dueñas de plantas de abastecimiento, han celebrado contratos de operación conjunta, que implican el uso y administración común que realizan de dichas plantas. Expuso que, esta actuación conjunta y la interacción entre ellas a través de otros anexos y contratos derivados, como los suscritos con ENAP, les ha permitido compartir en forma desagregada y periódica, una serie de información sensible relacionada con volúmenes y planes de inversión y ejecutar actos jurídicos, tales como, préstamos, ventas, facilidades, etc., todo lo cual, a pesar de estar prohibido en dichos contratos y



protocolos, en la práctica, igualmente, se ejecutan afectando la libre competencia.

En ese contexto, concluye que, los problemas estructurales que presentan los mercados de almacenamiento y distribución mayorista y minorista de combustibles, esto es, que se encuentran "*altamente concentrados, con barreras a la entrada y expansión de nuevos competidores*", generan riesgos de coordinación y de exclusión de competidores, que se acrecientan a través de los contratos de operación conjunta que alude.

Por otro lado, expuso que las eficiencias operativas que las empresas aludieron respecto de los contratos en comento, tales como, la optimización de la logística de abastecimiento; el evitar la duplicidad ineficiente de infraestructura y la explotación de economías de escala, a juicio de la FNE, no serían suficientes para mitigar los riesgos detectados a la libre competencia.

Por último, expuso que las medidas conductuales planteadas por las empresas, destinadas a mitigar los riesgos detectados por la Fiscalía, no son efectivas ni proporcionales a los riesgos identificados y, en su lugar, propuso una serie de otras medidas que pide al TDLC establezca, para ajustar el actuar de las incumbentes con el sistema de libre competencia.

II.- Resolución TDLC.

Con fecha veintinueve de noviembre de dos mil veintidós se dictó la resolución impugnada, la cual, en primer lugar, asienta que el procedimiento consultivo es



eminentemente preventivo, a efectos de evitar que una conducta actual o potencial pueda tener efectos anticompetitivos y no tiene por objeto juzgar responsabilidad por conductas consideradas ilícitas.

En este contexto, indica que *"Se desprende de la Consulta que la FNE no solo solicita un pronunciamiento a este Tribunal acerca de la forma en que las cláusulas de los contratos celebrados por Copec, Enx y Esmx inciden en la estructura del mercado, y acerca de si su contenido y aplicación serían susceptibles de facilitar eventuales conductas anticompetitivas (v.gr., Excma. Corte Suprema, resolución de 10 de mayo de 2021, Rol N° 138.221-2020, c. 11°); sino que además, sin perjuicio de utilizar tiempos verbales condicionales para describir los hechos y actos objeto de la Consulta, la Fiscalía imputa directamente que existe entre las tres empresas competidoras un traspaso de información comercialmente sensible, con alta frecuencia y periodicidad, sin que hubieran justificado que esto fuera necesario para operar las plantas comunes. La FNE sostiene que con ello estas tres empresas habrían incumplido las medidas dispuestas en sus contratos y protocolos para precaver una infracción a la competencia, las que, en todo caso, califica como insuficientes para mitigar los riesgos detectados.*

Que, de este modo, la Consulta no tiene por objeto que este Tribunal prevenga que un determinado hecho, acto o convención existente o por celebrarse pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos, tal como ha indicado la



Excma. Corte Suprema (v.gr., resolución de 10 de mayo de 2021, Rol N° 138.221-2020, c. 7°; resolución de 13 de noviembre de 2019, Rol N° 4.108-2018, c. 8°), sino que supone una imputación que podría ameritar una sanción con ocasión de la conducta anticompetitiva que, según la Fiscalía, se habría concretado.

Que, en consecuencia, de haberse ejecutado una o varias conductas concretas que afecten la competencia o tiendan a ello, tal como la Fiscalía desarrolla en su Consulta, la potestad consultiva no es la vía para analizarlas, sino que, por el contrario, ellas deben ser juzgadas por medio del ejercicio de la función jurisdiccional contenida en el artículo 18 N° 1 del D.L. N° 211, bajo el procedimiento establecido en los artículos 19 a 29 del mismo cuerpo legal”.

III.- Reclamación.

Respecto de la decisión anterior, la FNE dedujo reclamación, en la cual expuso que aquella incurre en las siguientes faltas y errores:

(i) Altera el contenido, mérito y petitorio de la consulta, desconociendo, a partir de una interpretación sesgada, su naturaleza no contenciosa. Indica que la consulta propuesta por su parte es prístina, cuyo objeto es que el TDLC se pronuncie si los contratos de operación conjunta que celebraron las consultadas y su aplicación práctica, se ajustan al Decreto Ley N° 211, proponiendo condiciones preventivas, en caso de ser necesarias. No existiendo en su libelo, ningún reproche ni solicitud de sanción y utilizando siempre el verbo potencial para



expresar las situaciones que "podrían infringir la libre competencia", de manera que señala que no es efectivo, como lo expuso el TDLC, que la consulta FNE haya imputado ilícitos que podrían ameritar una sanción y/o efectuado calificaciones jurídicas, desconociendo la clara y simple petición preventiva que se formuló mediante la consulta.

(ii) Desconoce el sentido y alcance del artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, según el cual, la consulta es plenamente procedente cuando los actos consultados pueden atentar contra la libre competencia, porque un presupuesto indispensable para estar ante un procedimiento no contencioso, es que existan hechos, actos o contratos que "puedan infringir las disposiciones de esta ley". En otras palabras, señala que, esa potencialidad anticompetitiva, es un objeto esencial del procedimiento y como tal, deben ser un elemento para evaluar la admisibilidad de un procedimiento no contencioso y no para descartar su inicio, como dice ocurrió incorrectamente en la especie.

(iii) Señala que, la resolución del TDLC, restringe la función preventiva que el legislador le ha entregado, en el marco de una consulta. Expone que, tanto esta Corte como la doctrina especializada, concuerdan en la consulta tiene un alcance amplio en relación a su función preventiva, que no es otro que: *"prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la*



existencia de los mismos, si se encuentran ejecutándose, porque lo buscado es restablecer la competencia”.

(iv) La resolución recurrida, desvirtúa el trámite de admisibilidad, al realizar un control que va más allá de lo meramente formal de la consulta, desconociendo la jurisprudencia de esta Corte que cita.

Por último, indica que, la consulta que presentó cumple todos los requisitos legales y jurisprudenciales para la procedencia de ese mecanismo preventivo, y al efecto reitera lo expuesto en dicho libelo, precisando cómo, a su juicio, se constatan dichas exigencias formales.

Considerando:

Primero: Que, de manera previa a iniciar el análisis concreto del arbitrio impugnatorio, resulta relevante destacar, como se ha dicho en fallos anteriores, que el Decreto Ley N° 211 presenta una finalidad de carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la tutela, reglamentación y resguardo de la libre competencia, que forma parte del orden público económico desarrollado en la Constitución, generando un marco regulatorio respecto de la actividad del Estado y de los particulares, en torno a la protección de las garantías individuales (SCS Roles N° 346-2013, N° 4.108-2018, N° 31.502-2018, entre otros).

Dicha norma, tiene distintas funciones respecto de la prerrogativa en estudio, puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetando



tanto por los particulares como por el Estado. Sin embargo, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, dado que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares quienes, esgrimiendo su propia libertad, pretendan alcanzar y ejercer un poder indebido en el mercado, violentando así, no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, consecuencia que, en último término, se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

Así, el sistema jurídico establecido en Chile, integra los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado y propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma, que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado.

Segundo: Que, es en este contexto, que se entiende la existencia y relevancia de la jurisdicción de carácter voluntario que se entrega al TDLC, respecto de la cual puede indicarse que "el legislador al establecer un procedimiento de jurisdicción voluntaria lo hace



exactamente para garantizar la protección de un derecho socialmente relevante" (SCS Rol N° 40.775-2021).

Ahora bien, el marco jurídico que rige el presente procedimiento se enmarca, esencialmente, dentro de las siguientes disposiciones:

El artículo 5° señala: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia"*.

A su turno, el artículo 18 indica: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:*

(...) 2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos".

Tercero: Que, para resolver el asunto propuesto, resulta necesario fijar los fines y principios que informan a la institución de la consulta y, en particular, determinar la naturaleza del examen de admisibilidad que de la misma, ha de efectuar el TDLC para los efectos de proceder a su posterior tramitación.



En ese orden de ideas, cabe reiterar lo declarado por esta Corte (SCS Roles N°s 138.221-2020, 181-2020, 125.657-2020, entre otros) en cuanto a que, a través del citado artículo 18 numeral 2° del Decreto Ley N° 211, el legislador otorgó al TDLC la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención que se presente para su conocimiento pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva, tiene por objeto entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del citado Decreto Ley N° 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos relacionados con el mercado relevante.

Asimismo, se ha agregado que *"la potestad consultiva cumple una función preventiva en cuanto precaver que un determinado hecho, acto o convención pueda atentar contra la libre competencia si se llegara a materializar"*, sin perjuicio de los actos que se estén ejecutando, porque así lo dispone la ley (SCS Rol N° 4.797-2008 y 432-2018).

Cuarto: Que, la doctrina ha señalado al respecto que *"los asuntos relacionados con todo tipo de hechos, actos o contratos de agentes económicos que puedan afectar negativamente el proceso competitivo en los mercados pueden ser consultados. Esto comprende desde los que digan relación con los niveles de concentración que existan en determinadas industrias, hasta los relativos a actos materiales, como las diversas actuaciones de personas, asociaciones o empresas que puedan facilitar comportamientos anticompetitivos o generar efectos*



adversos para la libre competencia. Por cierto, toda la amplia gama de actos jurídicos que puedan incidir negativamente en el desempeño competitivo de los agentes que participan en un mercado pueden ser incluidos aquí". (Javier Velozo A. y Daniela González D. Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Centro de Libre Competencia UC, Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile, 2011, pág. 33).

Quinto: Que, asentado lo anterior, queda en evidencia y, siguiendo la jurisprudencia de esta Corte, que el análisis de admisibilidad respecto del libelo de la consulta, es de carácter formal no pudiendo exceder dicho examen, *in limine*, a una ponderación del mérito de las alegaciones como tampoco de las peticiones contenidas en la consulta (SCS Rol N° 10.557-2014), porque aquello importaría resolver el fondo, sin permitirle a la incumbente exponer sus propias defensas y/o propuestas de solución al conflicto planteado o incluso alegar que no existe la potencial infracción a la libre competencia que se expone por la consultante.

En otras palabras y, para los efectos de remarcar la diferencia entre el examen de admisibilidad y el análisis de fondo que ha de efectuar el TDLC para resolver la consulta, resulta pertinente destacar que, el ejercicio de la potestad consultiva, no impide el análisis de la conformidad de ciertos hechos y/o actos con la



legislación que rige la materia, siempre y cuando éstos sean determinados de manera concreta y no exista una imputación formal y directa respecto de un ilícito competitivo como tampoco una pretensión sancionatoria relacionada con ellos. Aspectos formales, que deberá contener el libelo que contenga la consulta y serán visados por el tribunal para los efectos de acceder a su tramitación, pero aquello, no importa que durante la tramitación del procedimiento de la consulta, el TDLC arribe a la conclusión, del mérito de la consulta, que aquella es improcedente.

Debiendo si, dejarse establecido que la consulta no puede, en todo caso, instrumentalizarse, utilizándola para una decisión anticipada de un asunto contencioso y así restringir las posibilidades de defensa de la contraria, puesto que las medidas que es posible adoptar en uno y otro procedimiento tienen una naturaleza distinta, tratándose en este caso de disposiciones meramente preventivas, destinadas a evitar eventuales infracciones a la libre competencia y no a juzgar responsabilidad. El asunto sometido al conocimiento del tribunal, no debe implicar - como se dijo- la existencia de una controversia entre partes, sino sólo la petición para que se emita un pronunciamiento judicial de calificación o determinación de la posible disconformidad entre ciertos hechos singulares y la libre competencia, apreciada en un mercado relevante concreto.

Sexto: Que, por tanto, habiéndose expuesto por la FNE que los contratos de ejecución conjunta que realizan



las incumbentes, les permiten efectuar un intercambio de información sensible, que a su juicio, podrían generar riesgos de coordinación y exclusión de competidores en los mercados de almacenamiento y distribución de los combustibles líquidos, permite dar por superado la admisibilidad que se viene estudiando, al contener el libelo los requisitos formales que la consulta requiere. Restándole, en ese escenario, al TDLC examinar lo sustancial de la consulta, analizando si los hechos que en ella se exponen, efectivamente, así planteados, podrían o generan los riesgos anticompetitivos que explicó y que le permitan accionar los mecanismos legales que, el ordenamiento jurídico, a través de la consulta le permite adoptar, en cumplimiento de su deber de prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico o, también, advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico, en su caso, por así disponerlo la ley.

Sin perjuicio de, por el contrario -se insiste- y, atendido ese mismo análisis, concluir el TDLC que, la consulta no se ajusta a la naturaleza y fines del instituto en estudio, con el fin de resguardar el debido proceso a favor de los comparecientes.

Séptimo: Que esta Corte, por otra parte, teniendo presente el lapso que tomó el desarrollo de la



investigación administrativa que precedió a esta consulta que, conforme lo expusieron las partes, fue superior a cinco años y, en especial, la incidencia que el asunto tiene en la economía, se recomienda al TDLC que su tramitación se efectúe con la mayor celeridad posible, disponiéndolo de oficio tal como lo ordena el artículo 31 del Decreto Ley N° 211 con el objeto que se llegue a una pronta y oportuna decisión.

Octavo: Que, en consecuencia, corresponde acoger el recurso de reclamación, para disponer que la consulta planteada por la FNE, sea declarada admisible, tramitada y analizada por el TDLC, previa solicitud de informe a los agentes económicos relacionados, además de los antecedentes necesarios para un adecuado conocimiento, en los términos y con la celeridad que se han venido exponiendo en los motivos precedentes.

Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 y 31 del Decreto Ley N°211, se resuelve que **se acoge** el recurso de reclamación deducido por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la resolución de veintinueve de noviembre de dos mil veintidós, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y, en consecuencia, se dispone que la consulta planteada queda acogida a tramitación, a fin de que dicho Tribunal resuelva si se verifica un riesgo actual o potencial de conductas anticompetitivas en el mercado relevante presentado en relación a los contratos de operación conjunta que se indicó y en la forma que lo propuso la reclamante, y sin perjuicio de



los recursos que la ley franquea a los afectados por dicha resolución.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Matus.

Rol N° 171.797-2022.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E., y Sr. Jean Pierre Matus A. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Ministros Sra. Vivanco y Sr. Matus por estar con permiso.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Adelita Inés Ravanales A., Mario Carroza E. Santiago, veintiuno de julio de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veintiuno de julio de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

