Santiago, dos de enero de dos mil trece.

Vistos:

En estos autos rol 3993-2012 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 Quiñenco S.A. 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.

A fojas 73 la sociedad Quiñenco S.A. formula consulta al Tribunal antes mencionado a quien solicita declarar que la operación de concentración horizontal en la industria nacional de la distribución y comercialización de combustibles líquidos aludida precedentemente puede perfeccionarse pura y simplemente porque no infringe las disposiciones del Decreto Ley N° 211.

A fojas 263 la Empresa Nacional de Energía Enex S.A. aporta antecedentes al procedimiento de consulta.

A fojas 277 Petróleos Trasandinos S.A. pide se le tenga por interviniente y aporta antecedentes en el proceso de consulta.

A fojas 320 la Fiscalía Nacional Económica evacua

informe en el que analiza la fusión sometida al conocimiento del Tribunal, sosteniendo que de aprobarse la operación consultada ésta debía sujetarse a lo menos a dos medidas de mitigación, a saber: a) Quiñenco deberá desprenderse de la estación de servicio Enex/Shell o Terpel que genere mayor volumen de ventas en las comunas de San José de la Mariquina, Illapel, Pucón, Valdivia, Concón y Rancagua, enajenaciones que deberán efectuarse por separado a través de un proceso de licitación pública, sin precio de reserva y dentro de un plazo no superior a 6 meses desde que concluya la consulta, no pudiendo dichas estaciones de servicio ser adquiridas por personas jurídicas o naturales directa o indirectamente relacionadas con Quiñenco, y no pudiendo ésta ejercer ningún tipo de influencia sobre la gestión o administración de la totalidad o parte de dichas EDS por un plazo de 10 años; y, b) Quiñenco deberá tomar las medidas para que, en los contratos de capacidad de almacenamiento celebrados por Terpel con Enap y Oxiquim respecto de las plantas de Maipú, Linares, Quintero y Coronel, se otorgue una opción a terceros que puedan requerir capacidad de almacenamiento dentro de un plazo no superior a 6 meses desde que concluya la consulta.

A fs. 1144 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia y rechazó la operación de concentración consultada, dictaminando que ésta es

contraria a las normas del Decreto Ley N° 211; acoge parcialmente la solicitud de Organización Terpel Chile S.A. ampliando el plazo para enajenar sus activos en cinco meses contados desde el vencimiento del plazo fijado para ello por la Resolución N° 34/2011, declarando finalmente que se mantienen vigentes todas y cada una de las obligaciones impuestas en la resolución citada las deben ser cumplidas íntegramente.

Se acordó lo anterior contra el voto de los ministros señores Menchaca y Peña, quienes estuvieron por aprobar la operación sometida a consulta.

Contra esta sentencia las empresas Terpel Chile S.A., Quiñenco S.A., Enex S.A. y Petróleos Trasandinos S.A. interpusieron recursos de reclamación, solicitando que éstos sean acogidos y se enmiende la sentencia declarándose que la operación consultada debe ser aprobada ya que cumple con las normas sobre libre competencia; asimismo, el primero de los recurrentes pide que el plazo adicional para llevar a cabo la enajenación de los activos de Organización Terpel Chile S.A. sea de 18 meses o el plazo que esta Corte estime pertinente.

Se trajeron los autos en relación a fojas 1396.

CONSIDERANDO:

En cuanto a los recursos de reclamación intentados:

Primero: Que a fojas 1257 Organización Terpel Chile S.A. deduce recurso de reclamación contra la Resolución N° 39/2012, dictada con fecha 26 de abril del año en curso, solicitando se declare que la proyectada adquisición de sus activos por parte de Quiñenco S.A. se ajusta a las normas de la libre competencia, y asimismo se declare que el plazo adicional otorgado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para tal efecto sea de 18 meses o el que se estime prudente, contados desde la fecha en que se encuentre ejecutoriada la sentencia que resuelva el presente recurso.

Explica que la resolución que impugna representa un quiebre en la jurisprudencia del tribunal del ramo, cuestión que afecta la certeza jurídica y la priva de su legítimo derecho a desarrollar una actividad económica lícita. En este sentido, la sentencia estima ilegal la operación consultada y, aludiendo a la libre competencia y al temor que los actores del mercado se coludan, establece barreras tan significativas a los competidores de Copec que les impide competir adecuadamente con ésta, en circunstancias que la operación consultada inyecta competencia al mercado y beneficia a los consumidores. Añade que se estima ilícita la operación por la simple observación de que el mercado es concentrado, existen barreras, se comparte infraestructura, el producto es

homogéneo y el precio conocido, vulnerando así el artículo 3 inciso 1° del D.L. N° 211, mientras el voto de minoría presupone lo contrario, es decir, que tales operaciones no son en principio contrarias a la libre competencia, toda vez que la regla general en nuestro derecho es la libertad de emprendimiento y el derecho de propiedad. Agrega que los antecedentes aportados por la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio Nacional del Consumidor, el Ministerio de Energía y los economistas que indica, son coincidentes con más o menos matices con lo sustentado por el voto de minoría.

Describe a continuación la operación consultada en cuanto al mercado, sus partícipes, al carácter forzado de la venta de los activos de Terpel Chile y la obligación de ser ésta consultada. Así las cosas, al sostener el tribunal que la presunción de ilicitud emana de la Resolución N° 34 –que resuelve la consulta planteada por Copec acerca de su participación en Terpel Colombia- por qué entonces ordena consultar dicha operación si ya había decidido no permitir fusiones en este mercado. Por otro lado, afirma que la operación de que se trata no ha sido objeto de rechazo por parte de ningún agente público ni económico.

Luego discurre acerca del alcance de la limitación de derechos autorizada por el D.L. N° 211, señalando que ésta debe ser interpretada restrictivamente y que la

intervención de los órganos de la libre competencia es de última ratio, siendo la regla general el principio establecido en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. En efecto, indica que las operaciones de concentración se presumen lícitas y que es un principio económico y jurídico básico la libre circulación de los bienes, que permite que éstos sean transados y acaben en manos de quienes más los valoren; por el contrario, la presunción de ilegalidad afecta la garantía del debido proceso, pues exige la prueba de hechos negativos –que la operación no ocasionará una disminución de la entidad competitiva- y altera el onus probandi. Sostiene que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no puede estimar insuficiente la prueba si se aportaron todos los antecedentes requeridos para la consulta y no pidió prueba adicional pudiendo hacerlo, de modo que no procede exigirle a su parte el deber de aportar antecedentes desconocidos.

Asimismo, dicha presunción es contraria a la referida garantía para desarrollar cualquier actividad económica del numeral 21, en cuanto establece a priori la prohibición y, de modo excepcional, el derecho y la libertad. Explica que de la operación consultada resultaría Shell con una participación de mercado de un 24%, en contraste con el 59% de Copec, y argumenta que a nivel comparado –Unión Europea-

se ha establecido que las operaciones de concentración entre empresas con una participación de mercado limitada no suponen un obstáculo para la competencia efectiva en la medida que la entidad respectiva después de la fusión no alcance una participación que supere el 25%; en consecuencia, en un mercado más extenso que el nuestro se presume que una operación cuyos umbrales no supera dicho porcentaje no genera problemas a la libre competencia.

Por lo demás, la presunción en comento se estima también contraria a las garantías contenidas en el artículo 19 numerales 22, 23 y 24 de la Constitución Política.

La reclamante considera que la resolución impugnada desconoce los efectos de la operación en el mercado, esto es, que su segunda y cuarta empresa –Shell y Terpel- fusionadas tendrían una participación menor que la de la empresa dominante –Copec-. Además afirma que dicha operación no representa riesgos para la libre competencia, en el entendido de riesgos de abuso unilateral o de colusión y coordinación, sumado a que la situación de mercado posterior a la fusión es similar a la ya existente. Sostiene que, por tanto, el razonamiento del TDLC afecta el debido proceso y la presunción de inocencia, impidiendo la operación fundada en una supuesta colusión futura e hipotética de Shell y Copec.

Señala que la constatación de existir riesgos insalvables se basa en una simple especulación calificada como probable, mientras que para establecer la existencia de las eficiencias sostenidas por las partes se exige la necesidad de que se justifiquen "irrefutables economías de escala" o que las eficiencias se acrediten "con una alta probabilidad y en un plazo razonable", transcribiendo los razonamientos del voto de minoría que discrepan de ello y explicando cómo el de mayoría comete errores en su apreciación.

Posteriormente afirma que las operaciones de fusión, si bien generan un efecto de concentración en el mercado, no producen necesariamente consecuencias negativas, es decir, no implican una reducción de la intensidad competitiva; en cambio, la sentencia presupone que un menor número de competidores disminuirá el grado de competencia, en circunstancias que su intensidad no se determina necesariamente por el número de actores, y fundamenta su aserto en el hecho de que, existiendo en la práctica cuatro competidores, no se ha logrado desafiar la posición dominante de Copec en el mercado.

Asimismo, cuestiona el argumento relativo a la preferencia del crecimiento orgánico de las empresas, por cuanto paralelamente sostiene la imposibilidad de crecer en las zonas de mayor demanda –barreras de entrada al mercado

y posición dominante de Copec-. Así las cosas, dicha hipótesis consolida la posición dominante de la empresa aludida, mientras que la operación es el medio más eficiente para contrarrestar su poder de mercado. En efecto, ella resulta más conveniente a los consumidores, pues luego de la fusión la empresa tendrá todos los incentivos para traspasarles eficiencias, mientras le permita ser más competitiva y disputar segmentos del mercado en que hoy no participa o lo hace débilmente. Asimismo, asevera que la operación generará una mejor alternativa de aprovisionamiento para clientes industriales y transportistas, generará mayor competencia para Enap –lo que se traduce en mejores condiciones para los consumidores finales- y no significará un aumento de los precios para ellos.

Finalmente, en lo relativo a la solicitud de prorrogar el plazo para llevar a cabo el proceso de venta de Terpel Chile, explica que el término originalmente dispuesto sigue corriendo, debiendo la empresa conducir un nuevo proceso de venta bajo las mismas condiciones fijadas en la resolución que impugna, siendo aún más difícil que la primera vez llevar a cabo tal proceso por la disminución del número de potenciales compradores y debido a que ya han transcurrido 6 meses desde la interposición de la consulta.

Segundo: Que Quiñenco S.A. interpone a fojas 1290 recurso de reclamación contra la antedicha Resolución N° 39/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pidiendo sea ésta revocada y se declare que la operación de concentración horizontal en el mercado nacional de la distribución y comercialización de combustibles líquidos relativa a la adquisición por su parte de todos los activos tangibles e intangibles de Petróleos Trasandinos S.A., "Petrans", y de Operaciones y Servicios Terpel Limitada, a quienes denomina conjuntamente "Terpel Chile", no es contraria a las disposiciones del D.L. N° 211 y, por tanto, puede llevarse a cabo en forma pura y simple.

Hace presente que se adhiere y hace suyo en todas sus partes el voto de minoría de la resolución en comento, en cuanto concluye que la operación consultada no es contraria al decreto ley referido. Por tanto, puede llevarse a cabo en forma pura y simple. Por el contrario, estima que el fallo es ilegal, arbitrario y no se funda en los antecedentes legales y económicos allegados al proceso, sino que en meras suspicacias que invierten el onus probandi en su perjuicio y desconocen la presunción de buena fe e inocencia de la empresa, atribuyéndole supuestas intenciones anticompetitivas coordinadas del todo inaceptables.

Indica que cinco economistas concluyeron en estos autos que la intensidad competitiva se mantendría exactamente igual que en la actualidad una vez que se llevara a efecto la operación consultada, sin que se haya establecido en el proceso sobre antecedentes sólidos la "inherente probabilidad" de que se produzca una restricción de aquélla.

Alude, asimismo, a la solicitud de ciertas medidas de mitigación por parte de la Fiscalía Nacional Económica, que el voto de minoría consideró que no eran estrictamente necesarias, mientras que ninguno de los restantes intervinientes pidió que se declarara la operación como contraria al D.L. N° 211. Por lo demás, explica, se trata de la primera vez que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rechaza por los motivos que se expresan por la mayoría una operación de concentración horizontal en que la entidad fusionada no adquiere una posición dominante en el respectivo mercado relevante.

Estima que la adquisición de Terpel Chile por parte de Enex/Shell da pleno y cabal cumplimiento a lo ordenado en la Resolución N° 34, en cuanto a que su enajenación permita el surgimiento de una entidad competitiva, viable y totalmente independiente de Copec y Terpel Colombia, pudiendo rivalizar eficazmente con la primera de ellas en el mercado.

Así las cosas, estima que la resolución reclamada sólo beneficia a Copec, permitiéndole consolidar y perpetuar su posición dominante, imponiéndole a los demás interesados una severísima barrera a la salida del mercado –también a su entrada- que lesiona gravemente su derecho de propiedad y su libertad de emprendimiento.

Sintetiza sus alegaciones en que: a) la resolución de que se trata se aparta y contradice la Resolución N° 34, su antecedente inmediato y causa de este proceso, en la cual se estableció la obligación de consultar si la enajenación de Terpel Chile era o no contraria al D.L. N° 211, si en el proceso de adjudicación resultaba favorecido algún actor que ya participara en el mercado, presuponiendo que era perfecta y legalmente posible dicha enajenación; b) la operación consultada permitirá que real y efectivamente exista una entidad competitiva, viable y totalmente independiente de Copec, capaz de disputarle con éxito su posición dominante en el mercado; c) la operación de que se trata no crea una posición dominante en el mercado para la entidad fusionada; d) es contrario a derecho suponer que la operación deba calificarse como infractora del D.L. N° 211, salvo prueba sólida y fehaciente de contrario; e) no es aceptable en derecho que la resolución reclamada atribuya a su parte caprichosamente la intención de coludirse con Copec, toda vez que dicha imputación es infundada, gratuita

y no se sustenta en los antecedentes allegados al proceso; y f) la eventual existencia de un peligro concreto de que se vulneren las disposiciones del decreto ley citado debe estar claramente acreditado mediante los antecedentes que obran en el proceso.

Argumenta que la resolución reclamada presume la ilegalidad de la operación consultada, entendiéndola contraria a la libre competencia, en circunstancias que el mercado de que se trata siempre ha sido concentrado y con características oligopólicas, pero extremadamente competitivo a la vez. Además el tribunal invierte la carga de la prueba, sosteniendo que existirían riesgos anticompetitivos que se basan en meras suspicacias o sospechas no respaldadas en los antecedentes allegados al proceso, cuando, a juicio de la reclamante, la operación cumple a cabalidad con el objetivo declarado y perseguido por la Resolución N° 34, como ya se indicó.

Cuestiona el eventual riesgo de colusión al que alude la resolución, señalando que, tratándose de conductas externas, debe comprobarse su efectividad mediante los antecedentes que se acompañan al proceso. En este sentido, postula que considerar el hecho de compartir Copec y Enex/Shell estanques de almacenamiento de combustibles como un indicio de colusión, es un razonamiento que desconoce que se trata de una conducta lícita y que, en muchos casos,

ese compartir es necesario para que exista competencia eficaz. Asimismo, resulta contradictorio que la resolución sugiera a Terpel Chile celebrar *joint ventures* con Enex/Shell y/o Petrobras para efectuar importaciones conjuntas de combustibles. A ello añade que Copec y Enex/Shell ya comparten instalaciones de almacenamiento, cuestión que no aparece como consecuencia de la operación consultada.

En relación a la forma de publicitar los precios en el mercado, acusa a la resolución de olvidar que el modo en que ello se efectúa se encuentra expresa e imperativamente regulado por la normativa sectorial y otras normas de carácter general. Cita al efecto la Resolución Exenta N° 60 de la Comisión Nacional de Energía y la Ley N° 19.496. Y en cuanto a la homogeneidad de los productos comercializados –sumado a la transparencia de los precios– afirma que ello no implica un riesgo de colusión, sino que, por el contrario, favorece una competencia intensísima en precios.

Finalmente, sostiene que la resolución reclamada representa un manifiesto sobre como debe "ordenarse" el mercado, olvidándose de la función que la ley le ha encomendado al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, concretamente, en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, y desconociendo el principio de legalidad consagrado en los

artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

Tercero: Que la Empresa Nacional de Energía Enex S.A. a fojas 1357 deduce recurso de reclamación contra la Resolución N° 39 ya citada, solicitando se la revoque y se declare en su lugar que la operación consultada –adquisición por parte de Quiñenco, a través de su filial Enex, de los activos de Terpel- no es contraria a las normas del Decreto Ley N° 211 y puede ser ejecutada de inmediato, sin restricciones ni mitigaciones, por cuanto la aludida resolución incurre en una errada evaluación de los hechos y el derecho, infringiendo disposiciones constitucionales y legales junto con principios generales de derecho y de equidad, restringiéndosele el legítimo derecho a desarrollar una actividad lícita y de competir libremente y en mejor forma en el mercado nacional de los combustibles líquidos.

A su juicio, la resolución se funda en el error común y reiterado de las personas que opinan sobre el mercado de distribución de los combustibles sin conocerlo, entendiendo que existen barreras de entrada, cuestión que controvierte con ejemplos prácticos. Asimismo, yerra en considerar que en los segmentos de distribución mayorista y minorista del mercado de los combustibles líquidos hay una expansión de competidores, pues de entenderse que se refiere a que los

participantes del mercado se están expandiendo, esa afirmación resulta del todo errónea ya que el único competidor relevante en expansión es Copec.

Luego estima errado considerar que la operación aumentaría los riesgos de coordinación entre las empresas, porque no ve en qué cambiaría el panorama actual con la fusión de dos empresas que, juntas, no alcanzan siquiera la mitad de participación de mercado del líder y además existen otros participantes cuya influencia no debe ser menospreciada. Asimismo, discute el supuesto riesgo de coordinación producto de las operaciones conjuntas entre Copec y Enex, explicando que ellas son una práctica mundial generalizada y de antigua data en esta industria. A su vez, en cuanto a que la desaparición de un rival importante haría decrecer la intensidad de la competencia, indica que ni Terpel, Enex o Petrobras tienen tal carácter, siendo Copec el único rival importante, con un 60% de participación de mercado.

Respecto a las posibilidades de crecer orgánicamente, sostiene que la venta de los activos de Terpel se estableció como medida de mitigación en la Resolución N° 34/2011 y que la posición dominante de Copec vuelve difícil a las demás empresas disputar su presencia en el mercado mediante la simple inversión y crecimiento, al menos en el

corto o mediano plazo. En una hipotética proyección futura, vislumbra alcanzar Enex dicha posición en al menos 47 años.

Postula que otro error en la resolución es considerar que existe un interés privado que pugna con el público de resguardar la libre competencia, puesto que la operación consultada tendría como principal efecto el introducir competencia a un mercado con un único actor dominante. Por lo demás, acusa haber omitido el tribunal analizar el hecho público y conocido de tener Copec cerca del 60% de participación en el mercado de que se trata.

Por otro lado, estima infringidas en la resolución reclamada las siguientes garantías constitucionales: de desarrollar cualquier actividad lícita, siendo la regla general en nuestro derecho la libertad de emprendimiento y el derecho de propiedad, que no pueden ser limitados por temores infundados, y la garantía del debido proceso, al menos en lo relativo a la prueba rendida en autos y su ponderación, estimándola insuficiente y exigiendo un nivel de certeza que no está en la ley, sin haber tampoco ejercido la facultad que le confiere el artículo 31 N° 5 del D.L. N° 211 y, en cambio, dio pleno valor a sus propias convicciones, sin acreditación alguna al respecto. Igualmente acusa infringido el principio de la buena fe, toda vez que la principal razón para denegar la operación consultada es la posibilidad futura de que exista un

acuerdo colusorio entre Copec y la entidad fusionada, presumiendo así la mala fe, además, futura.

Cuarto: Que por su parte Petróleos Trasandinos S.A. a fojas 1373 deduce recurso de reclamación contra la Resolución N° 39/2012, pidiendo se declare que la adquisición de los activos de Organización Terpel Chile S.A. por Quiñenco S.A. se ajusta a las normas de la libre competencia y puede ser realizada sin condiciones.

Sostiene que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha excedido sus facultades y, por ello, la decisión adoptada adolece de nulidad de derecho público, pues vulnera los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República en relación a la institucionalidad establecida en el D.L. N° 211, que describe.

Explica que el legislador no le ha otorgado al tribunal potestades suficientes para prohibir la realización de una actividad económica lícita e indica que interpretar en sentido adverso el artículo 18 N° 2 del decreto ley ya citado implicaría vulnerar la garantía constitucional del artículo 19 N° 26, lo que colige de los antecedentes históricos y legislativos de la antedicha disposición. Desarrolla a continuación los alcances de la potestad consultiva conferida por tal norma, en virtud de la cual el tribunal debe conocer de una operación concreta y determinada, identificando las consecuencias que de ella

se generen en el mercado, mientras que, en la especie, no existe un análisis de verosimilitud ni concreción de los riesgos invocados ni tampoco de probabilidad de materialización del riesgo de colusión, así como tampoco se analiza cómo el bien jurídico protegido se verá realmente afectado por dicha operación.

Además de acusar la alteración de la naturaleza del procedimiento consultivo en comento, considera afectados principios constitucionales básicos, como son: no respetar el estándar mínimo para la afectación de derechos; atribuirse potestades normativas al presumir ilícitas las operaciones de concentración; vulnerar el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental mediante la imposición de una discriminación arbitraria, limitándose a ciertas empresas la posibilidad de intervenir con una participación inferior a la mitad del principal actor del mercado; infringir la garantía constitucional del artículo 19 N° 3, en cuanto se presume la ilicitud afectando con ello la presunción de inocencia, e impone la prueba de hechos negativos –que la operación consultada no ocasionará una disminución de la intensidad competitiva-; igualmente, las garantías de los numerales 21, 23, 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Finalmente, estima haberse incurrido por la resolución en una manifiesta falta al deber de imparcialidad, dando

por establecida la existencia de riesgos insalvables en la operación consultada, fundándose en una simple especulación que califica de probable; además, aplica teorías económicas ajenas a la naturaleza del asunto planteado y utiliza la información de un modo parcial y antojadizo, pues ningún órgano objetó la operación, salvo la sugerencia de la Fiscalía Nacional Económica que propone su aprobación bajo ciertas condiciones.

A su juicio, en cambio, la operación consultada es procompetitiva; tiene lugar entre los actores que detentan el segundo y cuarto lugar del mercado, que juntos no alcanzan ni la mitad de la participación de Copec, cuya posición dominante ningún actor ha podido desafiar hasta la fecha. Además, postula que la operación generará eficiencias que benefician a los consumidores, toda vez que la entidad fusionada podrá ser más competitiva.

Quinto: Que estos antecedentes se iniciaron el día 10 de noviembre de 2011 conforme a lo ordenado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Resolución N° 34/2011, oportunidad en la que Terpel Chile S.A. y Quiñenco S.A. consultan al tribunal la operación de adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las Sociedades Petróleos Transandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada, ambas propietarias del total de los activos de Terpel Chile, toda vez que Quiñenco S.A. es

controladora de la Empresa Nacional de Energía ENEX S.A., compañía que participa directamente en el mercado de la distribución de combustibles líquidos a través de la marca Shell, consulta que dio origen al procedimiento no contencioso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del D.L. N° 211 en relación con el artículo 18 numeral 2) del mismo cuerpo legal.

Sexto: Que para situar los hechos expuestos al conocimiento de esta Corte resulta necesario señalar que por Resolución N° 34/2011 de 26 de mayo de 2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la que resolvió la consulta de Copec S.A. sobre los efectos de su participación en Organización Terpel S.A. y lo que ello implicaba en la actividad competitiva del mercado de los combustibles, Copec S.A. manifestó en dicha oportunidad al tribunal su voluntad de desprenderse de la participación indirecta que tenía en Terpel Chile S.A. En la referida resolución el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia determinó que Copec S.A. debía enajenar los activos de Terpel Chile en un determinado plazo y bajo ciertas condiciones que dicen relación, por una parte, con resguardos tendientes a asegurar una gestión absolutamente independiente entre Copec y Terpel Chile y, por la otra, dispone la forma en que Copec debería materializar su

desvinculación de Terpel Chile, el Tribunal estableció que la enajenación de la totalidad de los activos de Terpel Chile debía permitir el surgimiento de una entidad competitiva, viable y totalmente independiente tanto de Copec como de Terpel Colombia, señalando que en caso de que la enajenación de los activos de Terpel Chile se realice a alguna empresa que participe directa o indirectamente en el mercado de la refinación o distribución de combustibles líquidos, o a sus matrices o personas relacionadas, se debía consultar al Tribunal dicha operación en forma previa a su materialización, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211.

Séptimo: Que por sentencia de 26 de abril de 2012 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rechazó la operación consultada tomando en cuenta que "*al desaparecer un competidor relevante en el mercado, como lo es Terpel, se estima que se reducirá la intensidad de la competencia en el mismo, lo que no se espera que suceda si no se verifica la operación consultada. En efecto, en este último caso, es razonable pensar que Shell, con su nueva estructura de propiedad, con conocimiento del mercado chileno y con contactos y relaciones en diversos sectores industriales, tendrá incentivos y espaldas financieras suficientes para crecer orgánicamente en el mediano plazo, debiendo atraer a clientes y a distribuidores minoristas*

con mejores precios y condiciones, incrementando así el grado de competencia en los mercados estudiados".

Se señala también la sentencia recurrida que "*considera beneficioso para la competencia que, en esta industria oligopólica, con segmentos en los que existen barreras a la entrada significativas y en el que es escasa la sustituibilidad de la oferta –principalmente en la distribución minorista– se preserve el mayor número posible de empresas independientes que rivalicen, rompiendo de esta forma la tendencia a la concentración*".

Por ello es que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia desestima la solicitud expresando que "*la desaparición de un rival importante sumada a la baja probabilidad de que sea reemplazado en un plazo razonable por otro, a juicio de este Tribunal, hará decrecer la intensidad de la competencia en los mercados afectados, por lo que no se justifica la aprobación de la operación consultada, de manera pura y simple. Tampoco se vislumbran condiciones o medidas de mitigación que logren restablecer la competencia a los niveles hoy existentes. Así, por ejemplo, las medidas de desinversión propuestas por el Fiscal Nacional Económico no permiten la entrada de entidades competitivas viables que compense la salida de un actor importante. Por lo expuesto, se ha presentado en autos un caso en el que el interés privado de llevar a cabo*

una actividad económica pugna con el interés público de resguardar la libre competencia, razón por la cual este Tribunal debe actuar en virtud de lo dispuesto en el artículo 5°, en relación con los artículos 1° y 2°, todos del Decreto Ley N° 211 y prevenir las lesiones y restricciones a dicho bien jurídico previstas en el artículo 3° del mismo cuerpo legal".

Así el fallo recurrido en lo pertinente declara "*que la operación consultada es contraria a las disposiciones del Decreto Ley N° 211 y que, por lo tanto, no deberá materializarse, manteniéndose en consecuencia vigentes todas y cada una de las condiciones establecidas en la Resolución N° 34/2011*", accediendo a lo solicitado por Organización Terpel Chile S.A. sólo en cuanto "*el plazo de cumplimiento establecido para la medida contenida en el resuelvo N° 1 de la Resolución citada, esto es, aquella que ordena a Organización Terpel S.A. (Terpel Colombia) "completar la enajenación, como una unidad, de la totalidad de los activos tangibles e intangibles que conforman el patrimonio de Organización Terpel Chile Limitada (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, esto es, desde el 20 de diciembre de 2010", será extendido en cinco meses adicionales, esto es, un*

lapso similar a la duración que tuvo el procedimiento de consulta ante este Tribunal que culmina con la presente resolución, término que se contará desde el vencimiento del plazo original".

Octavo: Que el contenido de las alegaciones vertidas en los recursos de reclamación exige establecer el marco jurídico en que se ha desarrollado el presente procedimiento, como también el concerniente al ejercicio de las atribuciones o potestades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

A este respecto y para contextualizar el marco jurídico en que se inserta la operación consultada, es indispensable reproducir algunas disposiciones del D.L. N° 211:

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 numeral 2) indica: "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que

puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos".

Finalmente el artículo 31 previene: "El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2) y 3) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento:

1) El decreto que ordene la iniciación del procedimiento se publicará en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal y se notificará, por oficio, a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia, para que, en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes.

Tratándose de materias que se relacionen especialmente con zonas determinadas, podrá ordenar que la notificación también se practique mediante la publicación de un aviso en los periódicos locales respectivos.

El Tribunal arbitrará siempre las condiciones necesarias para que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente.

2) Vencido el plazo anterior, quienes hayan ejecutado o celebrado, o se propongan ejecutar o celebrar los hechos, actos o contratos consultados, podrán evaluar las recomendaciones que hubiere efectuado la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de aporte de antecedentes y comunicar por escrito al Tribunal su concordancia con las mismas.

3) Vencido el plazo señalado en el número 1, el Tribunal deberá citar a una audiencia pública, la cual se llevará a efecto dentro de un plazo no inferior a quince días ni superior a treinta días contado desde la notificación, la que se practicará mediante un aviso publicado en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal, para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión.

En caso de efectuarse la comunicación a que se refiere el número 2, el Tribunal tendrá un plazo de quince días para citar a la audiencia pública, contados desde que haya sido recibida dicha comunicación, la que deberá llevarse a efecto de conformidad con lo señalado en el párrafo precedente.

4) Si las autoridades, organismos o personas referidos en los números anteriores no informaren en los plazos que

el Tribunal les fijare al efecto, éste podrá prescindir del informe.

5) De oficio o a petición del interesado, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes.

Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1".

Por su parte el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Resolución N° 24/2008 señala: "7. En Chile, el legislador optó por no establecer un sistema de control preventivo obligatorio de operaciones de concentración económica, como existe en muchos países del mundo. Ello, si bien implica el riesgo de que eventualmente se lleve a cabo sin previa consulta una operación de concentración que afecte gravemente la libre competencia, con los costos privados y sociales que implicaría su revisión y sanción a posteriori, evita por otra parte los costos y demoras en la

ejecución de negocios que implican las consultas previas en una gran mayoría de casos en que dichas operaciones no son en modo alguno contrarias a la libre competencia.

8. Según lo dispuesto en el artículo 18 número 2) del Decreto Ley No 211, el legislador otorgó a este Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención, que presenten para su conocimiento quienes se proponen ejecutarlo o celebrarlo, pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o a 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 Decreto Ley No 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos que voluntariamente lo consulten, respecto de la compatibilidad entre los efectos, actuales o potenciales, de dicho hecho, acto o convención, y la libre competencia en uno o más mercados en particular y, por lo tanto, respecto de su juridicidad. El Decreto Ley No 211 estableció también la posibilidad de que terceros interesados puedan demandar o el Fiscal Nacional Económico requerir, en caso que estimen que una operación no consultada -se haya perfeccionado o no- tienda a impedir la libre competencia.

9. La posibilidad de control de operaciones de concentración se funda en que éstas crean una nueva entidad

que puede tener mayor poder de mercado que el que tenían individualmente las empresas antes de integrarse, disminuyendo el número de competidores, facilitando prácticas colusivas o abusos de posición dominante y, en el caso de la integración vertical, modificando las relaciones económicas entre los distintos actores del mercado, con el posible efecto de que se extienda el poder de mercado de una de estas empresas, al mercado en que participa la otra con la cual se integra.

10. Como las empresas pretenden maximizar beneficios, pueden querer integrarse para obtener un mayor poder de mercado, para aumentar la eficiencia, aprovechando eventuales economías de escala o de ámbito, o para lograr una combinación de estos elementos. Por ello, para cumplir con su atribución preventiva en relación con una determinada operación de concentración como la de autos, este Tribunal debe analizar la estructura de los mercados en los que participan los agentes económicos que han sometido los hechos, actos y convenciones correspondientes a su conocimiento. Pero este análisis debe referirse a situaciones concretas, atendiendo sus particularidades, efectuando caso a caso la valoración respecto de lo favorable o perjudicial que pueda ser para la competencia una determinada operación de concentración en una industria o mercado.

11. Esa valoración estará determinada, fundamentalmente, por el poder de mercado que alcancen o puedan alcanzar uno o más agentes económicos producto de una fusión o adquisición empresarial, por una parte, y por los efectos, actuales o potenciales, que dicho poder de mercado produzca o pueda llegar a producir en la competencia, por la otra.

12. En nuestro ordenamiento jurídico, tal como sucede en el derecho comparado de la competencia, no existe una valoración negativa a priori de la concentración de empresas. Es por eso que en los procedimientos de control de concentración empresarial, este Tribunal, junto con realizar un estudio –necesariamente prospectivo– para concluir si una operación determinada tiene o no la aptitud de provocar, con una significativa probabilidad, efectos anticompetitivos, considerará también aquellos elementos y factores que puedan contrapesar el poder económico que dicha operación de concentración pueda generar o incrementar. Ello, con el objeto de formarse un juicio acerca de si tales contrapesos pueden eliminar –o a lo menos minimizar– el riesgo de creación de efectos perniciosos para la competencia" (Resolución de fecha 31 de enero de 2008, consulta Fusión Falabella-D&S).

Encontrándose claramente establecido el marco jurídico aplicable a la operación de concentración horizontal consultada, esta Corte comenzará el análisis de las

imputaciones vertidas en los reclamos interpuestos en contra de la resolución N° 39/2012.

EN CUANTO A LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO ALEGADA POR PETRANS.

Noveno: Que respecto a la alegación hecha en su reclamo por Petróleos Trasandinos S.A., resulta necesario consignar que la naturaleza del procedimiento involucrado es "no contencioso" principalmente porque no cuenta con las características y principios que informan el previsto en los artículos 18 N° 1 y 19 a 29 del D.L. N° 211.

En este orden de ideas cabe señalar cuáles son las facultades que ha ejercido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el presente caso.

No hay duda de que el Tribunal referido a la luz de los citados artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211 se encuentra facultado para aprobar las consultas sometidas a su conocimiento, estando autorizado también para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta de una operación de concentración o fusión, o denegar la solicitud que le fuese hecha. Así en la historia fidedigna del establecimiento del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 se expresa que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de su facultad consultiva se encuentra autorizado para aprobar un acto, contrato o hecho pura y

simplemente, aprobarlo con condiciones e incluso puede pronunciarse negativamente respecto de la operación sometida a consulta.

Décimo: Que por otra parte es claro que al tratarse de un procedimiento no contencioso éste finaliza al dictarse la pertinente resolución que pone término a la instancia, de manera que dicha resolución para todos los efectos jurídicos constituye una "sentencia", que puso fin a la consulta y que como tal es impugnable por la vía del recurso de reclamación.

Undécimo: Que las circunstancias precitadas conducen a esta Corte a desestimar la alegación de Petróleos Trasandinos S.A. referida a la nulidad de derecho público de que adolecería la Resolución N° 39/2012 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en razón de que la referida resolución es para todos los efectos legales una sentencia dictada en un procedimiento no contencioso en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del tribunal para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto y que no tiene por finalidad sancionar un injusto monopólico específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino

que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso. La potestad consultiva busca 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 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 CUANTO AL FONDO.

Duodécimo: Que por intermedio de los recursos en estudio las recurrentes reprochan que la sentencia recurrida presume a priori el carácter ilícito de la operación consultada, suponiendo que al existir en el mercado de la distribución de combustibles –luego de verificada la fusión- una concentración de los actores de dicho mercado, ésta por regla general sería negativa porque podría implicar riesgos para la libre competencia.

En tal sentido los reclamantes sostienen que la premisa en la que se sustenta el fallo impugnado impone a las consultantes la necesidad de probar que la operación no generará efectos sobre la libre competencia.

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° 34 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es o puede ser contraria a las disposiciones del D.L. N° 211.

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" (Coloma Germán, "Defensa de la Competencia", pág. 395)

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 demuestren. Por el contrario, sólo se pueden prohibir cuando existan antecedentes serios que permitan arribar a la conclusión de que una operación de concentración determinada producirá efectos contrarios a la libre competencia.

Décimo cuarto: Que señalado lo anterior y para analizar los efectos de la operación consultada se debe determinar si existen los riesgos anticompetitivos -que se describen en la sentencia recurrida- producto de la fusión entre empresas que operan dentro del mercado de los combustibles. En este punto es necesario señalar que en la Resolución N° 34/2011 no se prohibió que la adquisición de los activos de Organización Terpel Chile S.A. se hiciera por alguno de los participantes del mercado de refinación o distribución de combustibles, sino que la resolución ya individualizada dispone que dicha operación debía ser consultada al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en forma previa a su materialización conforme dispone el artículo 18 N° 2 del D.L. N°211. Este es precisamente el punto en estudio, pues los reclamantes dando cumplimiento a una Resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia han consultado una operación de concentración

horizontal entre participantes del mercado de los combustibles líquidos.

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.

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.

Décimo sexto: Que el mercado relevante en el caso de autos es el de la distribución de combustibles líquidos en los segmentos industriales y minoristas. En dicho mercado existe claramente un actor dominante y este es Copec S.A., encontrándose el resto de los intervinientes muy por debajo

de quien detenta la posición preponderante en la distribución de los combustibles.

Es el propio fallo impugnado el que da cuenta de la hegemonía de Copec dentro del mercado de los combustibles, dejando en claro que dicha empresa es la única de las que opera en el mercado nacional que tiene la capacidad de importar por sí sola combustible al país. Con ello queda de manifiesto que el resto de los intervinientes que actúan en el mercado relevante se encuentran muy por debajo de Copec.

Tal premisa resulta relevante para analizar las eficiencias que puede aparejar la fusión consultada, por cuanto al existir un líder indiscutido en el mercado como es Copec y por efecto de la fusión se verían incrementadas por una mayor concentración de los agentes que operan en el mercado de los combustibles, sin que estos intervinientes logren alcanzar un porcentaje que sea cercano al de la empresa con supremacía dentro del mercado relevante.

Décimo séptimo: Que de lo expresado en el considerando que antecede es necesario despejar la interrogante que surge del fallo recurrido en lo que respecta a la posible coordinación entre las empresas distribuidoras de combustible, tomando para ello como punto de partida la mayor concentración una vez verificada la fusión consultada.

Tal riesgo implica, como se manifiesta en el considerando tercero del voto de minoría de la sentencia que por esta vía se revisa, "una especie de presunción de que toda operación de concentración en este mercado sería negativa". Dicha premisa como ya se dijo implica una calificación negativa a priori, toda vez que las circunstancias particulares y los efectos en el mercado sólo se verán una vez que la operación de concentración horizontal se haya efectuado.

De los antecedentes del proceso queda meridianamente claro que el mercado de los combustibles es un mercado concentrado y con características oligopólicas, sin que ello implique que no sea un mercado competitivo, de manera que al no existir evidencia concreta de que la fusión pueda aumentar los riesgos de la coordinación entre los actores, no es posible ex ante presumir una conducta que finalmente derive en el ilícito colusorio que se ha establecido en el fallo recurrido.

Décimo octavo: Que con respecto a la desaparición de un rival importante como es Terpel Chile en el mercado, lo que se sumaría a la baja probabilidad de un pronto reemplazo, situación que implicaría una baja en la competencia del mercado de los combustibles, cabe consignar que para los reclamantes tal afirmación es errada. Ello porque Terpel no puede ser catalogado como un rival

relevante del mercado, ni tampoco lo es Enex ni Petrobras, ni ninguna de las empresas que intervienen en el mercado de distribución de combustibles, pues la única empresa con una importancia significativa es Copec que tiene más del 60% de participación de mercado, de forma que lo buscado con la operación de concentración es competir con la empresa líder para así crecer orgánicamente. Tales afirmaciones no han sido desvirtuadas por ninguna de las instituciones que han participado en este proceso.

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 ésta 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.

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 ésta 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.

Vigésimo: Que para los reclamantes la sentencia, al presumir un eventual dolo futuro por la posible coordinación entre los intervinientes del mercado, en particular de Copec y Shell-Terpel, afecta el debido proceso consagrado en nuestra Carta Fundamental.

Dicha vulneración se materializa a su juicio porque el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha estimado que las pruebas aportadas por los consultantes son insuficientes, exigiendo un nivel de certeza que no se encuentra recogido en la ley ni se ajusta a las normas de la sana crítica.

En este punto necesariamente se debe señalar que el proceso de consulta como ya ha sido expresado es un procedimiento no contencioso, de manera que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cuenta con la facultad consagrada en el artículo 31 N° 5 del D.L. N° 211 que dispone que, ya sea de oficio o a petición del interesado, puede recabar y solicitar los antecedentes que estime pertinentes.

Vigésimo primero: Que de autos queda de manifiesto que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia solicitó los antecedentes que estimó en su oportunidad necesarios para la resolución de la consulta sometida a su conocimiento.

Vigésimo segundo: Que conforme a lo que se ha expuesto, habiendo sido descartado que la operación de concentración horizontal consultada pudiere ser contraria a las normas que regulan la libre competencia, necesario resulta entonces analizar si la misma presenta beneficios para el mercado de la distribución de combustibles.

Tal como se ha descrito en la doctrina, las fusiones no pueden ser ex ante catalogadas como contrarias a la libre competencia y se debe partir de la premisa que la operación busca que se maximicen los beneficios para las empresas que se encuentran en proceso de concentración, ya sea para tener en conjunto un mayor poder de mercado como para mejorar el nivel de su propia eficiencia productiva, lo que implica la posibilidad de disminuir sus costos.

Vigésimo tercero: Que en cuanto a las eficiencias de la operación consultada se señaló en lo medular que se verían reflejadas en los siguientes aspectos:

a) la operación generaría eficiencias tanto de costos como de ingresos, derivadas de la mayor extensión de la red de estaciones de servicio como de clientes industriales y los mayores volúmenes comercializados;

b) la integración de la red de estaciones de servicio y clientes industriales permitirá optimizar la red logística de transporte y almacenamiento, la estandarización de una marca y un uso más eficiente de los recursos de marketing, generando ahorros de costos y mayores ingresos derivados de economías de escala y densidad;

c) la operación permitiría un uso más eficiente del sistema de almacenamiento de la entidad fusionada, pudiendo mejorar el manejo de inventarios, el despacho de los productos o los sistemas de mantención y operación de las plantas, con los consiguientes ahorros de costos que ello significa;

d) mayor desarrollo de marca, pues la operación comprende la autorización de uso de la marca Terpel por un período determinado de tiempo;

e) la mayor extensión de red de estaciones de servicio permitirá desarrollar e integrar sistemas de comercialización más avanzados; y,

f) la integración de la demanda por suministro de combustibles refinados de ambas partes de la operación permitirá a la entidad fusionada realizar importaciones de productos refinados en forma independiente y en condiciones competitivas, generando potenciales ahorros de costos respecto del precio del producto adquirido a ENAP.

Vigésimo cuarto: Que en el control preventivo de operaciones de concentración como el de autos se hace necesario, como se señala en el fallo que se revisa, evaluar los efectos que una concentración empresarial tendrá en los precios, que en este caso es el de los combustibles, todo lo cual se debe realizar con miras a los beneficios que ello puede aparejar a los consumidores finales de dicho mercado, de manera que si existen eficiencias que impliquen bajar los costos para los usuarios al generar la fusión cambios estructurales que aumenten los incentivos para las empresas sin necesidad de comunicación, ello permite concluir que implícitamente se genera una mayor competencia.

Vigésimo quinto: Que conforme a los antecedentes técnicos agregados a estos autos, en particular de lo señalado por la Fiscalía Nacional Económica en su informe de fojas 320, se considera que las consultantes acreditaron razonablemente la existencia de eficiencias aparejadas a la operación de concentración.

En efecto, se estimó por parte de la Fiscalía Nacional Económica que la fusión podría permitir a la compradora alcanzar volúmenes mínimos eficientes para lograr así la realización de la importación directa de combustibles por vía marítima, lo que conlleva una colocación del producto de manera más rápida en el mercado interno y minimiza los

riesgos que se asocian a la variación interna de los precios del combustible. Con ello la consultante aumenta su probabilidad de realizar importaciones, lo que potencialmente genera una mayor competencia en este segmento del mercado.

Además, con respecto al mercado del almacenamiento la entidad fusionada no necesita incrementar su capacidad porque cuenta con capacidad suficiente en sus plantas para absorber los volúmenes de Terpel, lo que puede implicar para la compradora ahorros en almacenamiento por el incremento de la rotación del combustible y así obtener una disminución en los costos unitarios de almacenaje, lo que también permitiría optimizar la gestión y el manejo de inventarios. Sumado a ello está la externalidad positiva para la industria general de los combustibles, porque al terminar los contratos de arrendamiento que tiene Terpel se aumenta la capacidad de almacenamiento de otros actores del mercado.

Por otra parte y en lo que dice relación al transporte del combustible, es factible que con la operación se logre un menor costo de transporte asociado a la mayor utilización de la flota de camiones, al igual que ahorros en marketing por parte de las fusionadas.

Vigésimo sexto: Que las eficiencias reseñadas conforme se explicitó 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.

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 pude 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 sólo se justifican cuando el nivel de producción es más alto, aumentar la especialización de su personal y de sus equipos, o aprovechar ciertas sinergías originadas en la producción o comercialización de varios bienes o de abastecimiento de distintos mercados" (Coloma Germán, "Defensa de la Competencia", pág. 397).

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.

Vigésimo séptimo: Que despejado lo anterior, esto es,

la existencia de eficiencias aparejadas a la operación, corresponde entonces analizar si la operación de concentración horizontal que se busca materializar implica riesgos para el mercado de los combustibles, ya sea porque desaparece uno de sus actores o porque las barreras de entrada al mismo sean muy altas.

En efecto, lo que se pretende es que la aprobación de la fusión consultada no repercuta de manera negativa en los consumidores del mercado de los combustibles, por una parte; y, en segundo término, busca evitar que al existir menor cantidad de intervinientes con capacidad real de competir en el mercado se llegue a vulnerar la libre competencia, lo que se manifestaría en la eventual coordinación de las empresas que lideran el mercado de los combustibles.

Vigésimo octavo: Que para despejar las dudas que se han planteado en el razonamiento que precede se hace necesario recurrir a los antecedentes agregados a los autos.

En este orden de ideas resulta importante destacar, como lo hace el voto de minoría de la sentencia recurrida, que ninguno de los intervinientes del proceso estuvo por rechazar la operación consultada.

A fojas 235 la Asociación de Distribuidores de Combustibles de Chile ADICO S.A. indica que su preocupación

es la alta concentración que existe en el mercado de los combustibles en nuestro país. Dio cuenta de que luego de la fusión Copec, y Quiñenco controlarían más del 70% del mercado. Señala que su mayor preocupación es que con la alta concentración económica producto de la operación se pudiese provocar una mayor colusión al momento de ser fijados los precios de venta del combustible.

A fojas 281 y siguientes el Ministerio de Energía aporta antecedentes a los autos, haciendo una distinción entre cada una de las etapas del mercado de los combustibles en el país. Destaca los aspectos positivos de la fusión en materia de almacenamiento, transporte, distribución y comercialización, tomando en cuenta que en términos de volumen de ventas Copec es el líder del mercado con una participación nacional superior al 62%, Enex se encuentra en segundo lugar con un 17% y Petrobras y Terpel comparten el tercer lugar cada uno con un 10%. Por otra parte destaca que en cuanto a los precios y la posible disminución de éstos, ello es esperable por los mayores volúmenes que se comercializan y por las ventajas de costos para la empresa fusionada, lo que se podría ver reflejado en precios más competitivos.

Por su parte el Servicio Nacional del Consumidor a fojas 292 en su informe expresa que si bien la operación consultada permitiría cumplir con la Resolución N° 34/ 2011

del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ve un beneficio mayor si Terpel se enajenara a un nuevo competidor que entrase al mercado, con lo que surgiría una entidad competitiva distinta de las que actualmente participan en la distribución de combustibles, con lo que la oferta se ampliaría, disminuyendo el riesgo de coordinación entre los agentes del mercado. Sin perjuicio de lo expresado, estima que la operación consultada traerá más beneficios que riesgos para el mercado, sin dejar de lado el rol fiscalizador que atañe al propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como a la Fiscalía Nacional Económica.

Vigésimo noveno: Que la Fiscalía Nacional Económica evacua su informe a fojas 320, complementado a fojas 576, expresando en síntesis que la operación consultada debe ser aprobada siempre que se impongan medidas de mitigación.

En lo pertinente señala en primer término que con la fusión se verán afectados el mercado del almacenamiento de los combustibles líquidos, el mercado de la distribución de combustibles a clientes industriales y el mercado de la distribución minorista de combustibles líquidos a través de estaciones de servicio.

Por otra parte señala que existen barreras de entrada a los mercados afectados, tanto para la instalación de terminales marítimos, constituidas por la habilidad técnica

requerida para el amarre de naves, la obtención de una concesión marítima y las exigencias medioambientales, como para la instalación de plantas de almacenamiento, constituidas por los planos reguladores tanto regionales como comunales, exigencias técnicas y normativas y medioambientales, y para la instalación de estaciones de servicio que estarían constituidas por los planos reguladores, que limitan o prohíben la construcción de dichas estaciones, así como la integración vertical entre los distribuidores mayoristas de combustibles líquidos y las estaciones consignatarias.

Expresa que los riesgos de coordinación entre los actores del mercado se pueden reflejar en forma de colusión o por medio de prácticas concertadas. Tales reproches se podrían dar a juicio del fiscalizador por el bajo número de competidores que existe en el mercado de los combustibles, la homogeneidad del producto, la presencia de barreras de entrada, la gran interacción entre competidores que les permite monitorear los precios que cada uno de ellos fija.

Sin perjuicio de lo señalado estima que en lo referente al mercado de la importación de combustibles líquidos la entidad fusionada puede llegar a tener mayor potencial para realizar ésta en forma directa, lo que generaría mayor competencia en ese segmento.

Es así como si bien reconoce que la operación de

concentración puede traer aparejado un riesgo mayor de coordinación, ello no es equiparable a la intención de incurrir en una conducta anticompetitiva futura, ya que la fusión genera cambios estructurales que incluso pueden ser beneficiosos para el mercado -como lo planteó en su alegato- por lo que estima que al existir eficiencias aparajedas a la operación ésta puede ser aprobada, siempre que se impongan medidas de mitigación.

Trigésimo: Que conforme a lo expuesto entre los principales aspectos que deben ser considerados al momento de analizar como afectará una operación de concentración horizontal en un determinado mercado, se debe visualizar no sólo la concentración de éste, las barreras de entrada del mismo y el riesgo de comportamiento anticompetitivo resultante de la fusión en sí misma, sino también el eventual beneficio que se puede producir por las eficiencias que la operación puede significar.

Conforme a lo que se ha dicho, es claro que si bien el mercado de los combustibles es oligopólico ello no es impedimento para la entrada de nuevos competidores, en particular de aquellos que revisten la calidad de distribuidores minoristas y que realizan en estaciones de servicio su actividad central.

En efecto, es la propia Fiscalía Nacional Económica quien trata el impacto de la fusión a nivel de las

denominadas estaciones blancas -estaciones de servicio independientes- por cuanto sus gastos en posicionamiento de marca y administración son ostensiblemente más bajos que los de las grandes cadenas de combustible, y porque su competitividad se asocia a que ENAP no discrimina en la venta de combustibles, de modo tal que el mayor poder de compra de las grandes empresas no es un obstáculo o un desincentivo para competir de forma independiente.

Trigésimo primero: Que luego de analizar los factores de riesgo de la operación consultada, así como las posibles eficiencias que generaría la fusión entre dos empresas del mercado de los combustibles, es posible a juicio de esta Corte determinar -en esta etapa preliminar- que no existen fundamentos concretos que permitan arribar a la convicción de que la operación consultada tendrá efectos negativos o perniciosos para la libre competencia.

Tal conclusión lleva a estos sentenciadores a efectuar un pronunciamiento contrario al sostenido en la sentencia reclamada, ello porque del análisis de cada uno de los factores que se desarrollaron en los razonamientos que anteceden se estima que la prohibición de la operación no es proporcional al eventual riesgo que se trata de evitar.

Trigésimo segundo: Que a la luz de lo expresado en el informe evacuado por la Fiscalía Nacional Económica y de lo expresado por su representante en estrados, es necesario

determinar la pertinencia de imponer medidas de mitigación.

En este punto cabe señalar que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conociendo de operaciones de concentración, ha impuesto medidas de mitigación que han importado enajenación de activos o la modificación o cancelación de ciertos actos y determinados contratos como condición para materializar una fusión. Tal jurisprudencia pone de manifiesto que en estos casos se ha condicionado la aprobación de la consulta a distintas medidas, a saber:

1) En la consulta de la operación "Telefónica Móviles S.A. y Bellsouth", la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 4 de enero de 2005 condicionó la operación a la transferencia de concesiones de parte de Telefónica Móviles que, consideradas en su conjunto, le otorguen el uso y goce de un bloque de frecuencias de espectro radioeléctrico equivalentes a 25 MHZ, en la banda de 800 MHZ, en la forma y con los requisitos exigidos por la Ley General de Telecomunicaciones (Resolución de término 2-2005 que recayó en la causa rol NC 01-04). La Corte Suprema rechazó los recursos de reclamación el 15 de julio de 2005 en los autos Rol N° 396-2005.

2) En la consulta de la fusión de Metrópolis Intercom S.A. y VTR SA., la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 25 de octubre de 2004 ordenó que el

grupo controlador de la empresa fusionada no podrá participar, ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas, en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile, debiendo proceder a la enajenación de cualquier participación que mantenga actualmente en sociedades que exploten ese giro, dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha de la resolución (Resolución de término 01/2004 que recayó sobre la causa NC 02-2004). Con fecha 10 de marzo de 2005 la Corte Suprema declaró inadmisible el recurso de reclamación en autos Rol N° 5298-2004.

3) En la consulta de GLR Chile Limitada por compra de la totalidad de acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 27 de julio de 2007 ordenó a la consultante desprenderse de una o dos concesiones de radiodifusión en determinadas ciudades de Chile (Resolución de término N° 20-07 que recayó sobre la causa NC 173-06). Con fecha 22 de noviembre de 2007 la Corte Suprema rechazó los recursos de reclamación en autos Rol N° 4578-2007.

Trigésimo tercero: Que, en consecuencia, y conforme a lo expresado se aprobará la fusión entre Organización Terpel Chile S.A. y Quiñenco S.A., sujeta a las siguientes medidas de mitigación:

a) En primer término se debe efectuar la desinversión de estaciones de servicio en todas aquellas comunas en que operan tanto Enex como Terpel y en las que, producto de la operación consultada, la variación del índice de concentración supera los umbrales establecidos en la Guía sobre Operaciones de Concentración elaborada por la Fiscalía Nacional Económica. Tal desinversión deberá ser realizada mediante una licitación pública, sin precio de reserva, en el plazo de 6 meses contados desde que se lleve a cabo la operación consultada.

b) Además, en lo referente a los contratos de arrendamiento y capacidad de almacenamiento celebrados por Terpel Chile, ellos deben ser finiquitados en el mismo plazo señalado para la desinversón, de manera que cualquier persona natural o jurídica pueda requerir capacidad de almacenamiento en dichas instalaciones para utilizarlas en sus operaciones.

Trigésimo cuarto: Que por otra parte y conforme ya ha sido determinado por esta Corte al conocer de los recursos de reclamación interpuestos en contra de la Resolución N° 37/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia "cabe destacar que en atención a la naturaleza del procedimiento de autos nada impide que si cambian las circunstancias de hecho sea modificado el alcance de las medidas reclamadas, es decir, las medidas adoptadas no

inhiben ni a la Fiscalía Nacional Económica ni al propio Tribunal para volver a pronunciarse al respecto si de hechos nuevos surgiere la necesidad de hacerlo. Tanto más cuanto que sólo una vez materializada la operación de concentración se podrá evaluar el funcionamiento y efectividad de las medidas de mitigación aplicadas como conjunto con efectos combinados de modo que las condiciones de competencia efectiva se mantengan en forma permanente en un mercado relevante".

De acuerdo a lo señalado y encontrándose actualmente la operación consultada en fase de aprobación, no existe impedimento para que una vez que la misma se haya concretado los organismos pertinentes puedan efectuar un nuevo análisis para comprobar que las medidas ordenadas cumplen la función de prevenir cualquier tipo de atentado contra la libre competencia, sin perjuicio incluso de que en ese nuevo estadio procesal, esto es, una vez efectuada la fusión se fiscalice el correcto funcionamiento y mantenimiento del orden público económico.

Trigésimo quinto: Que por lo expuesto se omite pronunciamiento respecto de la petición subsidiaria de otorgar un mayor plazo para la realización de la venta de los activos de Organización Terpel Chile S.A.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N°2 y 31 del D.F.L. N°1 del año 2005 del

Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, **se acogen** los recursos de reclamación deducidos a fojas 1257, 1290, 1357 y 1373 por Organización Terpel Chile S.A., Quiñenco S.A., Enex S.A. y Petrans S.A., respectivamente, en contra de la Resolución N°39/2012 de veintiséis de abril del presente año, escrita a fojas 1144 y **se declara** que se accede a la operación consultada, esto es la compra por parte de Quiñenco S.A. de los activos de Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada, sociedades de propiedad de Organización Terpel Chile S.A., debiendo cumplir las consultantes con las medidas de mitigación expresamente señaladas en el considerando trigésimo tercero de esta sentencia.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del ministro señor Carreño.

Rol N° 3993-2012.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y los Ministros Suplentes Sr. Juan Escobar Z., y Sr. Alfredo Pfeiffer R. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Escobar por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 02 de enero de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a dos de enero de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.