

Santiago, veintiséis de octubre del año dos mil cinco.

Vistos: En estos autos rol N°3.327-05 el Fiscal Nacional Económico, don Pedro Mattar Porcile, dedujo Recurso de Reclamación, en conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 27 del DFL N°1, de Economía, del año 2.005, que fija el texto actualizado de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, contra la sentencia N°18/2005, pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Mediante dicha sentencia se acogieron los recursos de reclamación interpuestos por las denunciadas Compañía de Petróleos de Chile S.A. (Copec), Esso Chile Petrolera Ltda. (Esso), Shell Chile S.A. (Schell) y Petróleos Transandinos YPF S.A. (YPF), contra el Dictamen N°218/1, de 08 de abril de 2003, de la Comisión Preventiva de la V Región, el que revocó. Al mismo tiempo, rechazó el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 25, en contra de las compañías ya señaladas, salvo en cuanto se disponen las medidas que se indican. A fojas 472 rola el aludido Dictamen N°218/1, en el que se concluye que las denunciadas estaban ejerciendo algún grado de comportamiento concertado, con la finalidad de ampliar, asegurar y sostener sus márgenes de beneficio, en razón de lo cual resolvió instruir las a poner término de inmediato a todo acuerdo o concertación entre ellas. Se hace constar que todas las compañías denunciadas reclamaron del dictamen de la Comisión Preventiva de la V Región. Luego, por resolución dictada con fecha 04 de junio de 2.003, la H. Comisión Resolutiva resolvió abocarse al conocimiento del dictamen emitido por la mencionada Comisión Preventiva referente al mercado de los combustibles líquidos en la Quinta Región, y a petición de Esso resolvió acumular dichos antecedentes a estos autos. En contra del referido dictamen y del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica se interpusieron sendos recursos de reclamación por las compañías denunciadas. A fs.1122 el Tribunal antes mencionado trajo los autos en relación, fijando día y hora para la vista de la causa. La sentencia recurrida, por su parte, acogió los distintos recursos de reclamación deducidos por cada una de las compañías y revoca el dictamen N°218/1 de la Comisión Preventiva de la V Región y, además, rechazó el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de las mismas, sin perjuicio de decretar las medidas que allí se indican, las que deberán ser cumplidas por las demandadas. A fs.1.464 don Pedro Mattar Porcile, Fiscal Nacional Económico, deduce Recurso de reclamación para ante la Excm. Corte Suprema, en contra de la sentencia N°18/2005.... Pide que este Tribunal enmiende, conforme a Derecho la sentencia...acogiendo el requerimiento interpuesto por esta Fiscalía y todas las medidas solicitadas en el mismo. A fs.1.444 se trajeron los autos en relación. Considerando: 1°) Que la reclamación deducida por el Fiscal Nacional Económico se basó en que la sentencia reclamada, pese a coincidir el H. Tribunal con la Fiscalía Nacional Económica en la mayor parte de los antecedentes en que se fundó el requerimiento, termina por rechazar éste, por haber estimado que, en su concepto, dichos antecedentes no son aptos para establecer los hechos pertinentes, esto es, la circunstancia que, en el período a que se refiere el requerimiento, las empresas distribuidoras de combustibles líquidos utilizaron su poder de mercado, ejerciendo algún grado de comportamiento concertado, con la finalidad de ampliar, asegurar y sostener sus márgenes de beneficio, con independencia de las señales del mercado, del tamaño de cada empresa y de las condiciones de acceso al mercado, lo cual constituye una infracción a las disposiciones contenidas en la Ley de Defensa de la Libre Competencia. 2°) Que en el recurso se afirma que la sentencia ahora reclamada concuerda con los siguientes antecedentes en que se fundamenta el requerimiento, relacionados con las características del mercado de la distribución mayorista de los combustibles líquidos de la Región Metropolitana. En primer lugar, que dicho mercado es altamente concentrado, y en él, cuatro empresas representan, aproximadamente un 90% de las ventas totales. En segundo lugar, que, en este mismo mercado, existen barreras a la entrada, en la etapa del

transporte de los combustibles líquidos, coincidiendo, además, con la Fiscalía en la circunstancia de que tres compañías mayoristas participen en la propiedad de Sonacol, dueña del oleoducto Con Con-Maipú, del que una empresa entrante al mercado no goza, lo que constituye una específica barrera a la entrada. En tercer lugar, que como lo sostiene la Fiscalía, también existen barreras a la entrada en la distribución minorista de los combustibles líquidos, determinados por la dificultad de acceso a terrenos donde construir nuevas estaciones de servicio, y a la escasa movilidad de las estaciones existentes, cuyos terrenos en un 90% están bajo el control de las requeridas, de modo que un empresario entrante requiere adquirir, necesariamente, estaciones de servicio de alguno de los operadores ya existentes. En cuarto lugar, que existe coincidencia con la sentencia en cuanto a que hay un alto grado de integración vertical de las cuatro distribuidoras mayoristas en el mercado de la distribución minorista (un 90%), lo que facilita la colusión de precios, y que las estaciones de servicio, bajo control de las distribuidoras mayoristas, pueden actuar como reguladoras de precios al público; En quinto lugar, que el impedimento en que se encuentran los particulares, de constituir servidumbres legales para la instalación de oleoductos, constituye una discriminación arbitraria, amparada por la ley; 3º) Que, continuando con su reclamo, el Fiscal Nacional Económico señala que en la práctica, de la lectura de la sentencia reclamada, se desprende que se está exigiendo prueba directa de la colusión tácita, pretensión que es típica de todos quienes incurren en esa conducta, conocedores de que, de ser acogida como requisito para dictaminar la existencia de un acuerdo, conduciría, en la práctica, a que casi nunca se podría sancionar esta conducta, cuyos actores mucho se cuidan de no hacerla explícita. Agrega que esta adecuación del discernimiento probatorio a las especiales características de las conductas colusorias, ha determinado que la jurisprudencia internacional haya construido el concepto de la práctica conscientemente concertada entre los actores del mercado; 4º) Que, añade el Fiscal, la sentencia reclamada es contraria al sentido y alcance de las normas de defensa de la libre competencia en los siguientes aspectos. En cuanto aplica la enumeración del artículo 3º del D.F.L. N°1, de Economía, del año 2.005, como si fuera un catálogo taxativo y cerrado de figuras típicas, en circunstancias que, de su lectura, aparece que se trata de una enumeración a vía ejemplar. Que, en consecuencia, no considera aquellas conductas en que las empresas, debido a las características estructurales del mercado y/o a la coordinación o acuerdo tácito entre ellas, prescinden de la obligación de someterse a las reglas de la libre competencia. Exige, en los puntos de prueba, acertadamente según la Fiscalía, acreditar la existencia de diversas características estructurales que facilitan la colusión y las conductas anticompetitivas, y posteriormente, en la sentencia se tiene por acreditado que las requeridas presentan comportamientos en que ha disminuido la intensidad competitiva y que se traducen en una renuncia a competir; pero, según el reclamante, pese a estas consideraciones, prescinde de valorar tales características y comportamientos como un antecedente que acredita la colusión. Que en opinión de la reclamante, las diferencias de precio y de tendencias de precio en la Región Metropolitana, respecto de la zona Poniente en particular, fueron acreditadas; 5º) Que, finalmente, el reclamante sostiene que los sentenciadores concluyeron que la estructura del mercado de que se trata, en la Quinta Región, es anticompetitiva, facilitando la existencia de conductas atentatorias a la libre competencia, que se ve materializado en precios al público cuyo exceso no es justificado por las empresas distribuidoras mayoristas, lo cual se explica precisamente por esta disminución de la intensidad competitiva; pero, luego de tales aseveraciones, el tribunal se abstiene de sancionar hechos que su propia sentencia tiene por acreditados, bajo el argumento de que este resultado anticompetitivo no representa prueba directa de un acuerdo entre competidores. Por todo lo previamente expuesto, el Fiscal Nacional pide que se acoja el requerimiento interpuesto y todas las medidas solicitadas en el mismo; 6º) Que la Fiscalía Nacional Económica denunció a las compañías, ya mencionadas, por la

conducta de colusión tácita en que éstas habrían incurrido en el período comprendido entre los meses de febrero de 2.001 y septiembre de 2.002. Funda su denuncia argumentando, en síntesis, que los márgenes de comercialización aumentaron en el período que indica, respecto de los meses que señala, por cuanto habría existido restricción en la demanda; que se detectó una asimetría en el traspaso a público de los cambios en los precios de los combustibles efectuados por Enap, transmitiéndose a los consumidores con mayor rapidez las alzas que las bajas; que se observó una similitud entre los precios de las distintas marcas, así como en su evolución; que se observó un comportamiento desigual en la zona poniente de la Región Metropolitana, donde el margen de comercialización cayó durante el año 2.002, a diferencia de lo sucedido en las otras zonas, situación atribuida a la existencia de una estación de servicio independiente en dicho sector poniente, de propiedad del señor José Luis Capdevilla. Que a juicio del Fiscal Nacional Económico ello ocurre, entre otras razones, por tratarse de un mercado altamente concentrado, donde tres empresas representan aproximadamente un 90% de las ventas totales y en el que existen barreras significativas a la entrada de nuevos participantes. Añade que las barreras no estarían propiamente en la distribución mayorista, sino que en las etapas previas, del transporte y del almacenamiento, y en la posterior, de la distribución minorista, pero surtiría efecto en la distribución mayorista dada la integración vertical que existe entre dichas actividades; 7º) Que, a lo consignado precedentemente, se suma el Dictamen N°218/1 de la H. Comisión Preventiva de la V Región, de 08 de abril de 2.003 y que rola a fojas 472, el que concluye que las denunciadas estaban ejerciendo algún grado de comportamiento concertado, con la finalidad de ampliar, asegurar y sostener sus márgenes de beneficio, en razón de lo cual resolvió instruir las a poner término de inmediato a todo acuerdo o concertación entre ellas; 8º) Que el artículo 3º del D.L. N°211 estatuye que El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:... c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante; 9º) Que las conductas que se han reprochado por la Fiscalía Nacional Económica, como se dijo, se refieren a la supuesta colusión tácita entre las distintas compañías denunciadas para la fijación del valor de venta al público de los combustibles líquidos, lo que se comprobaría al haberse detectado una asimetría en el traspaso a público de los cambios en los precios de los combustibles efectuados por Enap, transmitiéndose a los consumidores con mayor rapidez las alzas que las bajas; también se evidenciaría al observar una gran similitud entre los precios de las distintas marcas, así como su evolución; y lo propio se advertiría al observar un comportamiento desigual en la zona poniente de la Región Metropolitana, donde cayó fuertemente el margen de comercialización en el período que se indica, situación ésta que se atribuye a la presencia de una estación de servicio independiente en dicho sector, propiedad de don José Luis Capdevilla; 10º) Que la sentencia reclamada, en su motivación décimo séptima, expresa que con el fin de analizar si hubo colusión entre las denunciadas, se analizó la información sobre precios de venta al público proporcionada por el Servicio Nacional del Consumidor, para estimar el margen bruto de comercialización en las distintas zonas geográficas de la Región Metropolitana, concluyendo que, a juicio de los sentenciadores, el alza en el margen durante el período que indica, podría explicarse por diversas razones, una de ellas sería un aumento en la demanda, derivada posiblemente de factores estacionales. Otra podría ser que la baja en los precios en los combustibles durante otro período que señala no haya sido traspasada a los clientes, producto de una colusión entre las

requeridas. Una tercera posibilidad es que el alza en los precios 2.001-2.002 de los combustibles en dichos años haya incidido en los costos de inventario. Se agrega en el fallo que no existe en el expediente información alguna que permita determinar cuanto influyen los distintos factores en los costos totales, lo que impide determinar cuán relevantes son los márgenes porcentajes en comparación a los márgenes absolutos. En efecto, dice, en sus alegaciones las propias requeridas destacaron que la inversión necesaria para instalar una estación de servicio es muy alta, por lo que también debiera incidir en forma significativa en los costos del negocio. La sentencia termina señalando que en el expediente no se aportaron antecedentes cuantitativos suficientes que permitan optar por una de las posibilidades expuestas anteriormente; 11°) Que la afirmación antes estampada permite afirmar a esta Corte, que la comparte, pues los cargos formulados no lograron ser establecidos ni probados, desde que el mencionado artículo 3° letra c) del Decreto Ley N°211 establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado. Por lo tanto, no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, o sea el producto de actuaciones meramente coincidentes entre las distintas compañías, pues no puede sancionárseles por supuestas o presuntas colusiones tácitas como fue calificada la actuación de éstas por la propia Fiscalía Nacional Económica. En efecto, la lectura y análisis de los diversos antecedentes y probanzas del expediente, sólo permite formular hipótesis de colusiones tácitas entre las denunciadas, pero en ningún caso extraer conclusiones definitivas, que es lo que se necesitaría para poder tipificar un hecho descrito en la norma legal y producto de ello imponer sanciones; 12°) Que, por lo demás, la circunstancia de que las estaciones de servicios, de una u otra compañía, tengan precios muy similares en cada una de las distintas zonas geográficas del país, y que evolucionen de forma similar, no es algo novedoso o sospechoso, ya que los combustibles líquidos, en este caso las bencinas, son un producto homogéneo que los consumidores identifican como tal, resultando muy difícil que existieran precios sustancialmente distintos entre una y otra estación de servicio, aunque se encuentren alejadas geográficamente una de otra; 13°) Que, por otra parte, la Fiscalía Nacional Económica tampoco logró probar la existencia de barreras a la entrada al negocio de distribución de combustibles, en cuanto al almacenamiento de combustibles, puesto que no acreditó que EMALCO no dispusiere de capacidad suficiente de almacenaje de combustibles líquidos; por el contrario, conforme se estableció en autos, dicha empresa posee terrenos y estanques más que suficientes para el depósito o almacenamiento temporal de los mismos, pudiendo incluso construir otros estanques; 14°) Que tampoco se encuentra suficientemente probado la existencia de una barrera a la entrada al negocio de distribución de que se trata, como consecuencia de la participación que tendrían tres de las compañías denunciadas en la propiedad de SONACOL, empresa propietaria de los oleoductos para el transporte de los combustibles, ya que ello también puede ser efectuado, y se realiza en algunos casos a través de camiones estanco. Por lo demás, en los autos no existen antecedentes que permitan establecer que las tarifas de SONACOL no reflejen los costos o sean abusivas; 15°) Que, tal como se dijo en la sentencia reclamada, por ahora, no se encuentra establecida la existencia de una integración vertical entre distribución minorista y mayorista que traiga como consecuencia un atentado contra la libre competencia. En efecto, la existencia de dicho tipo de integración no tiene como finalidad atacar contra la libertad de competencia, sino que más bien persigue aumentar la eficiencia de las estaciones de servicio, para así favorecer a los destinatarios, evitando también la doble marginalización y así reducir los precios a los consumidores finales; 16°) Que siempre en este mismo aspecto, la sentencia recurrida ha llegado a establecer que si bien las señaladas conductas de integración vertical no atacan actualmente contra la libre competencia, pueden llegar a constituirse en una amenaza a la misma, por lo que instruye a la Fiscalía Nacional Económica para que supervigile el desenvolvimiento de las relaciones

comerciales entre mayoristas y minoristas; 17º) Que las referidas conclusiones a que arriba el fallo reclamado son las correctas, y determinan que esta Corte también llegue al convencimiento de que las actuaciones reprochadas no pueden ser estimadas constitutivas de infracción al artículo 3 letra c) del D.L. N°211, como lo pretende el Fiscal Nacional Económico en su recurso de reclamación; 18º) Que, de otro lado, hay que dejar claramente sentado que la disposición legal en comento exige que las actuaciones sean realizadas con el objeto de..., esto es, se requiere que haya una finalidad claramente perseguida y demostrada en el respectivo proceso, porque en esta materia el dolo debe probarse, ya que no se está frente a una figura penal, de manera de poder aplicar la norma del artículo 1º del Código Penal. Por lo tanto, si no se probó la intención positiva de obtener alguna de las finalidades ya dichas, las que, como se vio, analizadas una a una, tampoco permiten llegar a esa conclusión; 19º) Que, de otro lado, y sin perjuicio de lo manifestado, lo cierto es que el actual texto del Decreto Ley N°211, luego de su modificación por la ley N°19.911, publicada en el Diario Oficial de 14 de noviembre del año dos mil tres y que comenzó a regir noventa días después, de acuerdo con su disposición primera transitoria, esto es, en febrero de 2004, no puede ser aplicado en el presente caso en lo concerniente al fondo, ya que se trata de disposiciones relativas a la configuración de tipos infraccionales, y por lo tanto rigen para lo futuro, no pudiendo aplicarse a conductas ejecutadas con anterioridad a la vigencia del texto legal de que se trata; 20 'b0) Que, acorde a lo reflexionado, el aludido recurso de reclamación no puede prosperar y debe ser rechazado. En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 2º de la Ley N°19.911; 1º, 2º 3º, 17, 18, 22 y 26 del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, publicado en el Diario Oficial con fecha 07 de marzo de 2.005, se declara: Que se rechaza el recurso de reclamación interpuesto por el Fiscal Nacional Económico don Pedro Mattar Porcile, mediante la presentación de fs.1.464, contra la sentencia N°18/2.005 del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de diez de junio último, escrita a fs.1.373. Regístrese y devuélvase, con sus agregados. Redacción a cargo del Ministro Sr. Yurac. Rol N°3.327-2005. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Domingo Yurac, Sr. Milton Juica, Srta. María Antonia Morales y Sr. Jaime Rodríguez Espoz. No firman el Sr. Gálvez y Srta. Morales, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por estar ambos en comisión de servicios. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos Meneses Pizarro.