

INFORME EN DERECHO

I. MATERIA Y ANTECEDENTES DEL INFORME

Copec S.A. (en adelante, "Copec") nos ha solicitado un informe en derecho sobre la procedencia de que el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC") efectúe un llamado a conciliación en el procedimiento no contencioso caratulado "*Consulta de FNE sobre operación conjunta de plantas de almacenamiento de combustibles líquidos*", Rol NC N° 517-2022.

Para emitir el presente informe en derecho, se tuvieron a la vista los siguientes antecedentes del procedimiento recién individualizado:

1. Consulta presentada por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, "FNE") ante el TDLC para que se pronuncie acerca de si los contratos de operación conjunta de ciertas plantas de almacenamiento de combustibles líquidos y la actuación práctica que se verifica bajo ese contexto entre Copec, la Empresa Nacional de Energía Enx S.A. (en adelante, "Enx") y Esmax Distribución SpA (en adelante, "Esmax"), se ajustan o no al Decreto Ley N° 211 de 1973 (en adelante, "DL 211");
2. Resolución del TDLC de 29 de noviembre de 2022 que no admitió a tramitación el asunto consultado bajo el procedimiento no contencioso por estimar que la FNE reprochó a Copec, Enx y Esmax el incurrir en conductas contrarias a la libre competencia que deberían ser juzgadas bajo el procedimiento contencioso establecido en los artículos 19 a 29 del DL 211;¹
3. Recurso de reclamación interpuesto por la FNE para ante la Excma. Corte Suprema, solicitando que se dejara sin efecto la resolución del número anterior y que, en su lugar, se acogiera a tramitación la consulta presentada bajo el procedimiento no contencioso del artículo 31 del DL 211;
4. Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 21 de julio de 2023 que acogió el recurso de reclamación del número anterior y ordenó que la consulta de la FNE fuera acogida a tramitación bajo el procedimiento no contencioso por considerar que el análisis de admisibilidad sobre el libelo de consulta debe ser de carácter formal;²
5. Resolución del TDLC de 07 de agosto de 2023 que, en cumplimiento de la resolución del número anterior, dio inicio a la tramitación de un procedimiento no contencioso en razón de la consulta presentada; y

¹ Véase, en particular, los considerandos N°s 14 y 19 a 21 de la resolución del TDLC de 29 de noviembre de 2022.

² Véase CS, 21.07.2023, Rol N° 171.797-2022, c. 5.

6. Aporte de antecedentes presentado por Copec, solicitando el rechazo íntegro de la consulta presentada por la FNE.

II. LOS MECANISMOS ADECUADOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO IMPERATIVO GENERAL DE LA TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS EN LIBRE COMPETENCIA

1. La garantía fundamental de la tutela efectiva de los derechos exige la utilización de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos

Como es sabido, el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República (en adelante, "CPR") asegura a todas las personas la garantía fundamental a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Este derecho fundamental, como enseña la doctrina procesal, comprende la garantía de *la tutela efectiva de los derechos*;³ la cual debe ser entendida de una manera amplia con miras a comprender dentro del sistema de justicia a la utilización de los llamados "*mecanismos alternativos de resolución de conflictos*"⁴ (es decir, a las formas de solución autocompositiva de las controversias jurídicas, como son la conciliación, la mediación, la transacción, el avenimiento, entre otras), en tanto tales permiten resolver los conflictos jurídicos de forma más adecuada conforme a las exigencias de la justicia. De ahí que a estos métodos de resolución de controversias también se les haya llamado "*mecanismos adecuados de resolución de conflictos*".

Reafirmando lo anterior, y siguiendo los derroteros del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la doctrina procesal nacional más destacada ha señalado que:

"(...) el derecho de acceso a la justicia (o tutela judicial efectiva) debe ser entendido de una manera amplia, de modo tal que el Estado debe proveer a los justiciables de una 'oferta integral e integrada de mecanismos de acceso a la justicia', entre los cuales se cuenta los mecanismos alternativos que pueden ser insertados en el sistema, 'como

³ En este sentido, se ha señalado que "El derecho a la tutela judicial debe entenderse reconocido en el artículo 19 N° 3 inciso 1° CPR. (...) El reconocimiento del derecho a la tutela judicial en el artículo 19 N° 3 inc. 1° CPR fue por lo demás objeto de análisis en la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución, la que en su sesión N° 100 señaló que no valía la pena incluir una cláusula que expresamente reconociera que 'toda persona puede ocurrir a los Tribunales para hacer valer sus derechos y dispondrá de recurso efectivo contra actos que los violen', como alguien pensó agregar al texto constitucional, porque ese derecho de acceso a la justicia ya estaba contenido en el inciso 1° del art. 19 N° 3 CPR." BORDALÍ S., Andrés, *Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho a la Tutela Judicial*, en "Revista Chilena de Derecho", Vol. N° 38, N° 2, pp. 316-317. A esto se agrega por el autor citado que "Tenemos de este modo que el derecho a la tutela judicial que se reconoce en el artículo 19 N° 3 inc. 1° CPR se compone de los siguientes contenidos: a) Derecho de acceso a la justicia." *Ibid.*, p. 329.

⁴ Estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos son conocidos en el mundo anglosajón como "ADR" por sus siglas en inglés (*Alternative Dispute Resolution*).

audiencias obligatorias de conciliación, mediación o arbitraje previas al inicio del proceso formal’.”⁵⁻⁶

Por lo demás, esto es consistente con lo que sostenía Carlos Peña hace más de veinticinco años, al señalar que:

“(…) una política de justicia debe tener como objetivo el brindar a los ciudadanos una genuina posibilidad de protección, no necesariamente jurisdiccional, de los propios derechos.”⁷

Esto se ve explicado por el hecho de que “(…) las condiciones sociales inducidas por los procesos de modernización exigen redefinir el óptimo social en materia de justicia hasta incluir una oferta heterogénea de protección y de tutela”,⁸ por lo que “(…) los sistemas alternativos vienen exigidos no sólo por una eficiente política de acceso, sino por la especial naturaleza de cierto tipo de conflictos.”⁹⁻¹⁰

⁵ VARGAS P., Macarena, *Caso Pamela de las Mercedes Bahamondes Moreno. Tribunal Constitucional. Sentencia de 10 de julio de 2012*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, p. 314 (El subrayado es nuestro). Lo mismo daría a entender nuestro Tribunal Constitucional al descartar que un trámite previo de mediación obligatoria impuesto por la ley pudiera atentar en contra de la garantía constitucional a la igual protección de los derechos, en tanto la mediación puede desembocar en un acuerdo constitutivo de un equivalente jurisdiccional que resuelve el conflicto jurídico con efectos equivalentes a los que produce una sentencia emanada de un órgano jurisdiccional, por lo que la misma también tendería a dar satisfacción a las pretensiones de las partes y sería un complemento necesario de la garantía fundamental que está bajo análisis. Véase, en este sentido, TC, 10.07.2012, Rol N° 2.042-2011-INA, c. 30 y 32. Por lo mismo, Macarena Vargas critica fuertemente el voto de minoría de este fallo del Tribunal Constitucional, el cual era contrario a la introducción de la mediación obligatoria en materia de salud, señalando que el mismo “(…) denota una mirada muy limitada del derecho a la tutela judicial efectiva, centrándola exclusivamente en la vía jurisdiccional, aproximación que parece estar en franca retirada.” VARGAS P., Macarena, *op. cit.*, p. 315.

⁶ En sentido similar, se ha señalado que “(…) la JUSTICIA comprende una dimensión más amplia que se vincula con la solución eficaz de los mismos, considerando una amplia gama de mecanismos, que debieran utilizarse en forma secuencial, considerando al juicio efectivamente como una *última ratio*.” LAGOS O, María Soledad, *Resolución de Conflictos en Chile a 50 Años de la Propuesta del Sistema Multipuertas de Frank Sander*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 37, 2017, p. 141. Por lo mismo, “Simplemente partir de la Constitución y el rol de los derechos fundamentales entre ellos de ‘debida tutela jurisdiccional’ pueden ser uno de los soportes para ‘reconstruir’ el acercamiento y presentación de los MARC.” PÉREZ R., Álvaro & COPANI, Juan, *Los Llamados Medios Alternativos de Resolución de Conflictos vistos desde el Proceso Civil: ¿La justa realización del derecho material vs. la resolución de conflictos?*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII*, 2006, p. 162.

⁷ PEÑA, Carlos, *Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos*, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 1994, p. 7.

⁸ *Ibid.*, p. 1.

⁹ *Loc. cit.*

¹⁰ “Así, pues, no sólo existen razones de bienestar, sino, además, razones que atingen a la naturaleza misma de los conflictos, para favorecer las formas alternativas de resolución de disputas.” *Ibid.*, p. 15.

Por lo mismo, reconociendo esta necesaria política de promoción de los mecanismos adecuados de resolución de conflictos jurídicos y los deberes que vienen impuestos para el Estado por la garantía fundamental de la tutela efectiva de los derechos, nuestro legislador consagró una norma general que impone a todos los jueces el deber promover la autocomposición en los procesos judiciales.

De esta forma, la Ley N° 21.394 de 30 de noviembre de 2021 introdujo un nuevo artículo 3 bis al Código de Procedimiento Civil (en adelante, "CPC"), el cual establece que:

"Es deber de los abogados, de los funcionarios de la administración de justicia y de los jueces, promover el empleo de métodos autocompositivos de resolución de conflictos, como la conciliación, la mediación, entre otros."

Como se puede apreciar, esta es una norma general que pretende trascender el ámbito del proceso civil, por cuanto está destinada a constituir una disposición común a todo tipo de procedimiento judicial, conforme se desprende de su propio texto y ubicación. En este sentido, cabe destacar que esta norma legal no sólo cuenta con un lenguaje amplio, sino que se ha ubicado en el Título I de "Reglas generales" del Libro I de "Disposiciones comunes a todo procedimiento" del CPC, precisamente a continuación de las reglas legales que establecen la supletoriedad de las disposiciones ordinarias de dicho cuerpo legal a todo tipo de procedimiento que no esté sujeto a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza.

Por lo mismo, se puede apreciar que este artículo 3 bis del CPC consagra un deber que es extensible a todos los tipos de jueces para que promuevan el mecanismo de solución de conflictos que sea más adecuado para resolver las disputas en cuestión, atendiendo a todos los intereses relevantes involucrados.

2. Los mecanismos autocompositivos de resolución de casos de libre competencia en Chile

Teniendo presente lo anterior, resulta relevante destacar que en materia de libre competencia nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido expresamente dos mecanismos de resolución de conflictos de carácter autocompositivo, a saber: **i)** los acuerdos extrajudiciales;¹¹ y **ii)** la conciliación.

Como ha destacado la doctrina y la jurisprudencia respecto de los primeros, estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos resultan procedentes tanto

¹¹ Conforme ha destacado la doctrina, uno de los elementos esenciales de los acuerdos extrajudiciales es la existencia de un acuerdo, el cual constituye la médula de la autocomposición. Véase VALDÉS P., Domingo, *Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia*, en *Revista de Derecho Público* N° 73, 2010, p. 223.

respecto de los asuntos contenciosos, como respecto de los asuntos no contenciosos, ya que ellos:

“(…) tienen por finalidad la eficiencia del sistema antimonopólico nacional al perseguir la desjudicialización de los procedimientos contenciosos y no contenciosos que eventualmente podrían ser conocidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”¹²

“Cabe recordar que, luego de la reforma efectuada por la Ley 20.361 al DL 211, la FNE puede consultar, de propia iniciativa, al TDLC acerca de un hecho, acto o convención a ejecutarse por un(os) tercero(s). Luego, resulta lógico concluir que quien se halla involucrado en una investigación y llega a un acuerdo extrajudicial con la FNE es porque prefiere anticiparse a las resultas de una eventual consulta o de un eventual requerimiento ante el TDLC, y

b. Así lo consigna la historia fidedigna de la Ley 20.361 al referirse a la letra ñ) del artículo 39 y establecer que la finalidad de estas convenciones es: “desjudicializar casos de competencia, es decir, permitir llegar a acuerdos extrajudiciales en términos similares a las soluciones alternativas a que puede llegar el Ministerio Público, contando siempre con la autorización del tribunal”. Luego, se trata de casos que hubieran podido acabar siendo conocidos por el TDLC y que, en virtud de estas convenciones, no llegan a ser objeto de la actividad que este tribunal especializado podría desplegar a través de un procedimiento consultivo o de un proceso contencioso.”¹³

“En otras palabras, nada impide que entre los posibles acuerdos extrajudiciales se halle un *pactum de non petendo* relativo al derecho de consulta que asiste a la FNE luego de la reforma efectuada por la Ley 20.361 al DL 211.”¹⁴

Por ello, “Los *pactum de non petendo* presentan, en el ámbito de la libre competencia, una doble modalidad: la clásica, según la cual la FNE acordaría no ejercer el derecho de acción antimonopólica y otra, de más reciente cuño, según la cual la FNE asumiría el compromiso de no ejercer el derecho de consulta antimonopólica.”¹⁵

Como explica Domingo Valdés, existen diversos argumentos que demuestran la procedencia de los acuerdos extrajudiciales respecto de los asuntos no contenciosos.

¹² VALDÉS P., Domingo, *Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia*, op. cit., p. 221.

¹³ Ibid., p. 224.

¹⁴ Ibid., p. 225.

¹⁵ Ibid., p. 225 (Nota al pie N° 11).

En este sentido, este autor nacional ha señalado respecto de los acuerdos extrajudiciales consagrados en la letra ñ) del artículo 39 del DL 211 que:

“a. la mentada letra ñ) contempla acuerdos *extrajudiciales* y lo extrajudicial se contrapone a toda actividad judicial, tanto en su forma contenciosa como no contenciosa. De allí que estos acuerdos pueden ser *equivalentes* a una decisión jurisdiccional del TDLC como a una decisión no contenciosa del TDLC

b. la historia fidedigna de esta letra ñ) nos señala que la finalidad de estas convenciones es: “*desjudicializar casos de competencia*”, descripción ésta que muestra una notable precisión. En efecto, no se aludió a desjudicializar conflictos o litigios antimonopólicos sino que *casos de competencia*, lo cual denota una manifiesta intención de comprender no solo demandas sino que también consultas antimonopólicas; y

c. nada se señala en la letra ñ) del artículo 39 del DL 211 en orden a exceptuar casos de competencia de naturaleza no contenciosa o consultiva; más aún, si así se interpretase ello resultaría contradictorio con la finalidad de descargar al TDLC de parte de los múltiples procedimientos que se ventilan ante este tribunal especializado.”¹⁶

Lo señalado por este autor nacional ha sido ratificado, por lo demás, por el H. TDLC a propósito del acuerdo extrajudicial celebrado entre la FNE, Nestlé S.A., Nestlé Chile S.A., Pfizer Inc. y Pfizer Chile S.A. en el proceso Rol AE-07-2013, al declarar que:

“(…) no distinguiendo el legislador la clase de investigación sobre la cual es posible que el Fiscal Nacional Económico suscriba acuerdos extrajudiciales, no cabe hacerlo entonces a este Tribunal;

Cuarto: Que, en efecto, si la intención del legislador hubiese sido la de limitar el ejercicio de la facultad conferida al Fiscal Nacional Económico en la letra ñ) del artículo 39 a investigaciones que versaren sobre un determinado tipo o clase de conducta, hecho, acto, contrato o convención, así lo debió haber señalado expresamente (…)

Quinto: Que, además de lo anterior, no existe ninguna disposición legal que obligue a la FNE a consultar, en virtud del artículo 18 N° 2, a través del procedimiento establecido en el artículo 31, aquellas investigaciones

¹⁶ VALDÉS P., Domingo, *Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia*, op. cit., pp. 227-228.

de la FNE que recaigan en operaciones de concentración, sea que éstas se hayan materializado o no”.¹⁷

Por tanto, el TDLC concluyó que los acuerdos extrajudiciales deben ser procedentes respecto de los asuntos no contenciosos; lo que resulta natural debido a que si dichos medios autocompositivos son procedentes respecto de graves atentados en contra de la libre competencia (constitutivos de asuntos contenciosos), con mayor razón deben proceder respecto de una facultad preventiva de riesgos anticompetitivos (constitutivos de asuntos no contenciosos).

Y, considerando que “*donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición*”, a idéntica conclusión debe llegarse respecto de la conciliación, la cual debe considerarse admisible tanto respecto de los asuntos contenciosos, como de los asuntos no contenciosos.

Por lo demás, esto es consistente con lo que la doctrina especializada sostiene que debe primar para la solución de los casos de competencia, ya que:

“(…) existe una prelación natural, fundada en el principio de la eficiencia que rige la actividad de la FNE, para la prevención de dudas y conflictos antimonopólicos en los cuales interviene dicho ente público administrativo. Esta prelación comienza con las fórmulas menos onerosas para acabar con las más costosas. Cabe advertir que, de conformidad con el marco normativo general que rige a la FNE y que fuera antes expuesto, esta autoridad pública no puede solo considerar los costos propios al evaluar las alternativas de solución de dudas y de conflictos, esto es, los costos de la FNE en un acuerdo extrajudicial pre-procesal o pre-procedimental versus los costos de la FNE en una consulta o en un litigio, sino que en estos últimos casos debe también ponderar los costos globales del sistema antimonopólico, esto es, los que respectivamente asumen el TDLC y la Excma Corte Suprema con motivo de una consulta o un litigio referido a la libre competencia. Los recursos del sistema antimonopólico son escasos y la FNE tiene el deber de emplearlos con miras a la mayor eficiencia combinando el mínimo insumo de costos posible con la mayor velocidad en la solución de dudas o conflictos vinculados a la libre competencia.

Así, la prelación basada en el principio de la eficiencia se inicia con opciones autocompositivas, continúa con variantes mixtas, esto es, en parte autocompositivas y en parte heterocompositivas, y acaba con alternativas puramente heterocompositivas. A nuestro juicio esta prelación podría esbozarse como sigue:

¹⁷ TDLC, 27.03.2013, Rol AE-07-2013, c. 2-5.

1. Intentar acuerdos extrajudiciales en estadios pre-procesales o pre-procedimentales a través de los cuales se previenen consultas y demandas antimonopólicas. Ésta es precisamente la novedad que introduce la Ley 20.361 a través de la incorporación de una letra ñ) al artículo 39 del Decreto Ley 211.

2. Intentar acuerdos extrajudiciales o judiciales en estadios procesales o procedimentales ventilados ante el TDLC o ante la Excma Corte Suprema. Así, por ejemplo, la conciliación está concebida como un trámite obligatorio según el cual el TDLC llama a las partes a buscar una conciliación antimonopólica una vez agotada la fase de discusión; se trata de un acuerdo judicial en un estadio procesal.

3. Conducir los procedimientos ventilados ante el TDLC hasta su término, esto es, hasta la dictación de una resolución o de una sentencia y agotar los recursos procesales, según corresponda. Ésta es la tercera alternativa porque, sin lugar a dudas, es la más onerosa para los intervinientes o las partes toda vez que se trata de una fórmula puramente heterocompositiva.”¹⁸

Por lo mismo, en forma consistente con lo que ha sido señalado hasta este punto, se puede apreciar cómo se ha planteado que los casos de libre competencia deben ser resueltos: **(i)** en primer lugar, mediante acuerdos extrajudiciales; **(ii)** en segundo lugar, mediante la conciliación; y **(iii)** en tercer y último lugar, mediante una sentencia definitiva o resolución de término; sin importar en todos estos casos si estamos ante un asunto contencioso o no contencioso.

Por lo demás, cabe destacar que la Excma. Corte Suprema ha confirmado lo anterior en materia de libre competencia, por cuanto ella ha llamado a conciliación reiteradamente en casos relativos a asuntos no contenciosos. Así ocurrió, por ejemplo, en el procedimiento no contencioso caratulado “*Consulta de Ferrocarril del Pacífico S.A. sobre Terminal Intermodal Barrancas*” (Rol NC N° 464-2020 ante el TDLC e Ingreso Rol N° 4.041-2022 ante la Excma. Corte Suprema), en que mediante resolución de 24 de agosto de 2022 se llamó a las partes a una audiencia de conciliación.¹⁹ Por lo demás, cabe resaltar que esta audiencia fue extendiéndose hasta arribar a un exitoso acuerdo total de conciliación, en virtud de la cual se puso término al procedimiento no contencioso mencionado (conforme consta en el acta de audiencia de conciliación de 2 de diciembre de 2022).

¹⁸ VALDÉS P., Domingo, *Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia*, op. cit., pp. 234-235 (El subrayado es nuestro).

¹⁹ Otro ejemplo puede apreciarse en el procedimiento no contencioso caratulado “*Consulta de Farmacias Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.*” (Rol NC N° 435-2016 ante el TDLC e Ingreso Rol N° 24.828-2018 ante la Excma. Corte Suprema).

Por lo mismo, resulta consistente con lo anterior que el TDLC también esté facultado para efectuar llamados a conciliación en procedimientos no contenciosos (en su rol de tribunal de primera o única instancia que tiene contacto directo con todos los intervinientes y, en especial, ante la solicitud de alguno de ellos), de forma de no dejar exclusivamente al máximo tribunal la tarea de trabajar con las partes en la construcción de los acuerdos capaces de solucionar adecuadamente los casos de competencia planteados ante el TDLC (precisamente como el órgano técnico y especializado encargado de atender, en primer lugar, el asunto consultado).

A lo anterior no podría oponerse la ausencia de una regla legal expresa que señale explícitamente que la conciliación resulta procedente en el procedimiento no contencioso ante el TDLC, de la misma manera que en el derecho comparado no se ha considerado que la ausencia de reglas explícitas sobre la aplicación de la mediación en el derecho de la competencia impida su uso en este ámbito. Así, en este sentido, cabe tener presente que en el derecho alemán se ha señalado que:

“The fact that there are no explicit rules on the application of mediation in competition law, however, does not mean that the use of this instrument is excluded. The BKartA, in the earlier phases of competition law proceedings, and the court, in appeals proceedings, are not barred from resorting to mediation as a means of dispute resolution.”²⁰

En este sentido cabe tener presente que el artículo 31 del DL 211 sólo establecería reglas procedimentales mínimas para el procedimiento no contencioso de consulta, pero no excluiría la aplicación de las reglas ordinarias básicas aplicables a todo procedimiento (que puedan ser complementarias de los objetivos de la potestad consultiva). Así, por lo demás, también lo revelaría el hecho de que la Excma. Corte Suprema hubiera aplicado reiteradamente reglas del Libro I del CPC respecto del procedimiento no contencioso, como resultan ser las normas legales del recurso de hecho para permitir la impugnación de resoluciones que declararon improcedente un recurso de reclamación.²¹

Por último, conforme ha destacado la doctrina especializada, cabe recordar que el procedimiento no contencioso del artículo 31 del DL 211 debe ajustarse a las exigencias del debido proceso, ya que:

²⁰ Traducción libre: “Sin embargo, el hecho de que no haya reglas explícitas sobre la aplicación de la mediación en el derecho de la competencia no significa que el uso de este instrumento esté excluido. La Bundeskartellamt [la autoridad alemana responsable de la protección de la competencia], en las etapas tempranas de los procedimientos legales de competencia, y la Corte, en los procesos de apelación, no están impedidas de recurrir a la mediación como un medio de resolución de disputas.” ZIMMER, Daniel & HÖFT, Jan C., *Alternative Dispute Resolution in Antitrust Cases? On the Role of Mediation in US Antitrust and EU and German Competition Law*, p. 8. Disponible en https://www.zbw.eu/econis-archiv/bitstream/11159/284477/1/EBP075109700_0.pdf.

²¹ Véase, en este sentido, CS, 27.06.2023, Rol N° 170.486-2022; y CS, 01.06.2023, Rol N° 7.895-2023.

“El que esta potestad consultiva sea de naturaleza administrativa no es óbice para que deba ajustarse a un procedimiento racional y justo, según lo ordena el art. 19, N° 3, inciso quinto, parte segunda de la Constitución Política de la República, que es precisamente la función que debe cumplir el art. 31 del Decreto Ley 211. Lo anterior resulta evidente si se atiende a las consecuencias jurídicas de las respuestas entregadas por el Tribunal Antimonopólico en relación con las consultas que le son formuladas.”²²

Por tanto, en forma consistente con lo expuesto al comienzo de este informe en derecho, resulta que la procedencia del llamado a conciliación en un procedimiento no contencioso viene exigida como un requerimiento del debido proceso, en tanto la aplicación de los métodos alternativos de resolución de conflictos constituye la manera de asegurar la igual protección de los derechos cuando aquellos mecanismos constituyen la forma más adecuada de resolver los casos de competencia (constituyendo un deber de todos los jueces, incluidos los que conforman el TDLC, el promover el empleo de métodos autocompositivos de resolución de conflictos como la conciliación, conforme a lo establecido en el artículo 3 bis del CPC).

3. Los factores que hacen necesario acudir a un mecanismo alternativo de resolución en el área de libre competencia para una tutela efectiva de los derechos

A diferencia de lo que pudiera creerse, los casos de libre competencia no resultan ajenos a la aplicación de los métodos alternativos de resolución de conflictos. De hecho, por el contrario, en el derecho comparado se ha señalado que:

“(…) ‘[w]ithout a doubt, antitrust cases are prime candidates for ADR’.”²³

Esto se debe a que los casos de libre competencia presentan varias de las características que hacen ideal la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos para permitir una composición justa de los asuntos (especialmente cuando no existe una necesidad imperiosa de sanciones), en atención a que muchas veces dichos casos involucran: **i)** asuntos que admiten soluciones de suma no nula; **ii)** relaciones permanentes entre agentes de mercado; **iii)** vinculación con otros ámbitos sectoriales y múltiples partes; y **iv)** una necesidad de ahorro de costos y de tiempo para la resolución de las cuestiones involucradas, así como una mayor permanencia, celeridad y satisfacción respecto del logro de los objetivos perseguidos en materias de libre competencia con mecanismos autocompositivos.

²² VALDÉS P., Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 616-617.

²³ Traducción libre: “(…) sin duda, los casos de libre competencia son candidatos ideales para la resolución alternativa de disputas”. ZIMMER, Daniel & HÖFT, Jan C., *op. cit.*, p. 1.

3.1. La ventaja de los ADR respecto de asuntos que admiten soluciones de suma no nula

Como ha señalado Carlos Peña, para el adecuado tratamiento de los asuntos que pueden suscitar una controversia entre distintos agentes, resulta fundamental distinguir entre **i)** los que admiten soluciones del tipo “todo o nada”, es decir, de “suma cero”, en que las ganancias de una de las partes equivale necesariamente a la pérdida de la otra; y **ii)** los que admiten soluciones intermedias, es decir, de “suma no nula”, en que existen salidas que permiten que todas las partes ganen mediante una actitud constructiva y propositiva.²⁴

Como destaca este autor nacional, la adjudicación propia de la decisión jurisdiccional no resulta adecuada para los asuntos de “suma no nula”, ya que ella provoca insatisfacción y genera nuevos conflictos,²⁵ desaprovechando la oportunidad de generar valor mediante una actuación propositiva y constructiva de las partes involucradas. Por tanto, en estos casos, resulta mucho más adecuado el empleo de las formas autocompositivas de solución (como son la mediación y la conciliación), en tanto tales permiten que las partes cambien su aproximación adversarial hacia el asunto controvertido por una actitud constructiva hacia el mismo, lo que les permite superarlo y generar valor social.

Como destacan Álvaro Pérez y Juan Copani:

“Siendo los principales interesados las partes, quienes mejor conocen lo que desean para sí, son quienes pueden sopesar con mayor calidad y criterio la posibilidad y vías para arribar a una solución. Si bien no será el que inicialmente aspiraron, al menos será un resultado que se asentará en un consenso que dará legitimidad a ese resultado. (...) Finalmente, la solución amistosa juega un especial rol no sólo sobre lo que se decide de acuerdo al pasado, sino para qué y su posibilidad de realización en el futuro. La solución a encontrarse es de común acuerdo sobre lo pasado pero orientada hacia el futuro. Así se logra siempre un acuerdo de costo positivo ‘win-win solution’.”²⁶

De esta manera, en el ámbito de la libre competencia se ha señalado que:

“En lo concerniente a la innovación en el diseño de compromisos, puede sostenerse que en el caso de los acuerdos administrativos, una agencia de competencia cuenta con una herramienta que le permite mayor flexibilidad para remediar supuestas infracciones. Por esta vía es posible,

²⁴ Véase PEÑA, Carlos, *op. cit.*, pp. 13-14.

²⁵ Véase *Loc. cit.*

²⁶ PÉREZ R., Álvaro & COPANI, Juan, *op. cit.*, p. 168.

bajo una óptica optimista, obtener compromisos claramente beneficiosos.”²⁷

Como destaca Juan José Romero, siguiendo a Christine Parker, los acuerdos en esta área “(...) son valiosos porque constituyen una alternativa a las acciones coercitivas tradicionales para hacer cumplir [la ley]. Su potencial puede ser descrito de mejor manera como [un instrumento] de justicia restaurativa (...). Una justicia restaurativa requiere que todas las partes (el regulador, la entidad y aquellos afectados por la infracción) puedan estar conjuntamente empoderadas para lograr acuerdos o compromisos que vayan más allá de lo que una corte [de justicia] ordenaría.”²⁸

Por ello, “(...) enforceable undertakings should be welcomed as a form of negotiation and bargaining that promotes responsiveness, flexibility and efficiency in regulatory enforcement.”²⁹

Y, por lo mismo, se ha señalado por personeros de entidades de libre competencia “(...) that enforceable undertakings provide the scope to discuss corporate compliance with businesses in a constructive, less adversarial way to 'try and genuinely fix the problem'. They allow for more innovative, expansive and preventive remedies than court orders.”³⁰

De esta manera, como en estos asuntos son posibles múltiples soluciones distintas de “suma no nula”, los agentes de mercado y los agentes regulatorios involucrados pueden diseñar y llegar a compromisos de mayor valor que una solución adjudicativa de “suma cero”, lo que hace especialmente adecuado el uso de métodos autocompositivos como la mediación y la conciliación.

²⁷ ROMERO G., Juan José, *Ejecución y Cumplimiento de un Marco Normativo de Libre Competencia. Influencias y Opciones de Diseño*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 205.

²⁸ *Ibid.*, p. 206.

²⁹ Traducción libre: “(...) los compromisos ejecutables deberían ser bienvenidos como una forma de negociación y transacción que promueve la responsabilidad, la flexibilidad y la eficiencia en la ejecución regulatoria.” PARKER, Christine, *Restorative Justice in Business Regulation? The Australian Competition and Consumer Commissions Use of Enforceable Undertakings*, en *The Modern Law Review*, Vol. 67, No. 2, 2004, p. 227.

³⁰ Traducción libre: “(...) que los compromisos ejecutables brindan la oportunidad de discutir un *compliance* corporativo con las empresas en una forma constructiva y menos adversarial para ‘tratar y arreglar genuinamente el problema’. Ellos permiten adoptar remedios más innovativos, expansivos y preventivos que las órdenes judiciales.” *Ibid.*, p. 219.

3.2. La ventaja de los ADR respecto de casos que comprenden relaciones permanentes que se extienden a futuro

De manera consistente con lo anterior, cabe tener presente que también se ha señalado que las formas autocompositivas de solución de conflictos son superiores en los casos de relaciones permanentes, ya que tales no son de “suma cero”, sino que admiten soluciones constructivas.³¹ En este sentido, se ha señalado que la ventaja de las formas autocompositivas de resolución de conflictos es que ellas pueden adoptar una aproximación prospectiva, enfocada en la creación de soluciones constructivas que permitan mantener de mejor manera una relación futura.³²

Como destaca Carlos Peña en nuestro país:

“(…) ciertos tipos de conflictos, donde no hay que reparar una situación pasada sino resolver “hacia adelante” con verdadera visión a futuro – hablamos de relaciones de duración o coexistentiales (verbigracia (...) contratos de larga duración donde la gran inversión económica de las partes recomienda eludir el drama judicial con la consecuente ruptura del vínculo, entre muchas otras)– resultan la materia prima más propia de los “llamados” MARC, puesto que evitan la resolución con criterios exteriores de razón y sinrazón.”³³

Esto es especialmente relevante en el ámbito de los asuntos no contenciosos en materia de libre competencia, ya que en tales casos el TDLC está en la difícil tarea de tener que fijar condiciones para que los hechos, actos o contratos consultados sean compatibles con la libre competencia conforme al desarrollo futuro de la industria y, sobre todo, en contextos de mercados fuertemente regulados como en el presente caso, en que las decisiones adoptadas pueden generar efectos sistémicos con impactos regulatorios.

Por lo mismo, en línea con lo anterior, se ha destacado que en el ámbito de libre competencia las medidas autocompositivas favorecen el diseño de remedios innovativos que permiten cambiar de mejor forma el alineamiento de los incentivos, de modo que la ocurrencia de futuras infracciones (o situaciones de riesgo para la libre competencia) sea menos probable.³⁴ De ahí que el uso de mecanismos

³¹ Como plantea Carlos Peña, en estos conflictos de suma no nula, “Cuando un tribunal los resuelve -vgr. adjudicando derechos a alguna de las partes y negándoselos a la otra- se obtiene una tasa de beneficio menor que la que se lograría de alcanzar la solución cooperativa y a un costo mucho mayor que a veces se hace inútil cuando las partes, luego de la adjudicación judicial, deciden abandonarla por ineficiente o porque el conflicto, en vez de acabar, se exacerbó.” Véase PEÑA, Carlos, *op. cit.*, p. 14.

³² Véase BLAKE, Susan, BROWNE, Julie & SIME, Stuart, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, 3ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 15 y 44.

³³ PÉREZ R., Álvaro & COPANI, Juan, *op. cit.*, p. 161.

³⁴ Véase ROMERO G., Juan José, *op. cit.*, p. 205 (Nota al pie N° 264).

alternativos de resolución de conflictos como la mediación y conciliación sea el más adecuado para permitir delinear soluciones innovativas que vayan más allá del caso particular y que sean adecuadas para hacer menos probable nuevas intervenciones a futuro, alcanzando adecuados balances entre los objetivos de libre competencia y aquellos regulatorios involucrados.

3.3. La ventaja de los ADR respecto de casos vinculados con otros asuntos y partes

Por otro lado, cabe destacar que también se ha resaltado la superioridad de las formas autocompositivas de resolución de conflictos en los casos en que un asunto está vinculado con otros distintos y/o en que pueden estar involucradas diversas partes e intereses, en tanto tales mecanismos alternativos de resolución de conflictos permitirían desarrollar una solución holística capaz de atender a todas las aristas y personas involucradas.³⁵⁻³⁶

Como se ha destacado, en estos casos, los mecanismos autocompositivos de solución de conflictos, como la mediación y la conciliación, podrían ayudar al permitir encontrar un mejor balance entre los diversos intereses, asuntos y partes involucradas mediante la propuesta de soluciones creativas que van más allá de las que permiten las normas legales en cada proceso adjudicativo en particular.³⁷

En este sentido se ha resaltado que un tribunal sólo puede ordenar judicialmente lo que está dentro de sus poderes y competencia y únicamente con respecto a los asuntos que se han sometido al mismo, mientras que las formas autocompositivas de solución de conflictos (como la conciliación) permiten proponer cualquier tipo de solución (en la medida que sea aceptada por las partes³⁸ y que no atente contra la libre competencia en un caso como el presente).

Esto mismo ha sido alabado en el ámbito de la libre competencia respecto de los acuerdos extrajudiciales, al señalarse que:

³⁵ En este sentido, se ha resaltado que: "The resolution of one dispute may have an effect on other disputes involving one or both parties. If so, this linkage will enter into their calculations, and may so complicate negotiations as to lead to an impasse." Traducción libre: "La resolución de una disputa puede tener un efecto en otras disputas que involucran a una o ambas partes. Si tal es el caso, este vínculo entrará en sus cálculos y podría complicar las negociaciones, llevando a un impase." SANDER, Frank & GOLDBERG, Stephen, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, en "Negotiation Journal", N° 10, 1994, pp. 57-58.

³⁶ En este sentido, se ha resaltado que: "When there are multiple parties, with diverse interests, the problems are similar to those raised by diverse constituencies and by issue linkages." Traducción libre: "Cuando hay múltiples partes, con diversos intereses, los problemas son similares a los que surgen por diversas bases constituyentes y cuestiones vinculadas." *Ibid.*, p. 58.

³⁷ Véase *Ibid.*, p. 58.

³⁸ Véase BLAKE, Susan, BROWNE, Julie & SIME, Stuart, *op. cit.*, p. 14.

“(…) la ventaja del acuerdo extrajudicial debidamente aprobado por el TDLC por sobre una resolución o una sentencia dictada por el TDLC con motivo de una consulta o una demanda antimonopólicas, según corresponda, radica en que dicho acuerdo extrajudicial puede involucrar e incluir aspectos que no han sido objeto de consulta o requerimiento. En efecto, en una resolución o en una sentencia el TDLC está limitado por su competencia específica y, por tanto, en riesgo de *ultra petita* o *extra petita* en caso de excederse de aquélla. Así, otra de las importantes ventajas del acuerdo extrajudicial por sobre la actividad consultiva o sentenciadora del TDLC deriva de la circunstancia de que aquél es plurilateral y se halla definido por las partes intervinientes, en tanto que en las resoluciones y sentencias las soluciones son determinadas unilateralmente por el TDLC.”³⁹

Por otro lado, en la misma línea se ha destacado la importancia de la conciliación en el ámbito de la libre competencia cuando existen varias personas involucradas, en tanto se ha dicho que:

“El llamado general [a conciliación] es particularmente relevante tratándose de una relación procesal múltiple, ya que permite que todas las partes, tanto activas como pasivas, dispongan de una razonable oportunidad procesal de conciliar.”⁴⁰

Por lo tanto, lo anterior demostraría que el TDLC puede ayudar a las partes a llegar a una solución innovativa que permita satisfacer adecuadamente a todos los intereses involucrados en este caso.

3.4. La ventaja de los ADR en términos de costos, tiempo y cumplimiento voluntario

Finalmente, cabe tener presente que se ha destacado que las formas autocompositivas de resolución de conflictos también podrían presentar enormes ventajas en términos de gastos y de tiempo, en tanto tales permiten ahorrar en los costos de la litigación y en el tiempo invertido, así como en la ejecución futura de las determinaciones alcanzadas, en tanto las soluciones aceptadas voluntariamente por las partes adquieren un nivel de compromiso mayor que hace muchas veces innecesaria a la ejecución forzada.⁴¹⁻⁴²

³⁹ VALDÉS P., Domingo, *Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia*, op. cit., p. 231.

⁴⁰ VALDÉS P., Domingo, *La conciliación antimonopólica*, en *Revista de Derecho Público* - Vol. 81, 2º semestre, 2014, pp. 163-164 [El agregado entre corchetes es nuestro].

⁴¹ Véase SANDER, Frank & GOLDBERG, Stephen, op. cit., p. 54.

⁴² En este sentido, como ventajas de las formas autocompositivas de resolución de conflictos (ADR), se ha resaltado que: **i)** “Using ADR may be significantly cheaper than going to court, especially if the case is settled at a relatively early stage before costs build up, and if a relatively inexpensive method

Estos puntos han sido especialmente resaltados en el ámbito de la libre competencia, en tanto se ha señalado que:

“The use of settlements can deliver two potential enforcement gains: speed and lower costs. A settlement may enable the competition authority to obtain **earlier results**. (...) The second potential enforcement gain results from **cost savings**. If a shorter, more streamlined procedure can be followed, and if there are no or fewer appeals, less administrative resources will have to be spent per case, which means, if the competition authority's budget is fixed, that more antitrust infringements can be detected and dealt with.”⁴³⁻⁴⁴

Por lo mismo se ha dicho que “(...) la FNE al intentar solucionar un conflicto antimonopólico deberá procurar la rapidez y simplificación de los trámites, esto es, deberá optar por aquellas fórmulas más ágiles y directas en la solución de aquél.”⁴⁵

such as negotiation is used.” Traducción libre: “Usar ADR puede ser significativamente más barato que ir a un tribunal, especialmente si el caso es transado en una etapa relativamente temprana, antes de que los costos se acumulen, y si se utiliza un método relativamente barato, como la negociación.”; **ii**) “Some forms of ADR, such as negotiation and mediation, can be conducted quite quickly and quite soon after the dispute arises. (...) Speed of settlement can substantially reduce the stress and distraction that may be caused to the parties in the case.” Traducción libre: “Algunas formas de ADR, como la negociación y la mediación, pueden ser conducidas con bastante rapidez y prontitud después de que surge la disputa. (...) La rapidez de la transacción puede reducir substancialmente el estrés y la distracción que puede ser causada a las partes en el caso.”; y **iii**) “A potential advantage of ADR is that because the parties agree to the process (in the case of adjudicative ADR) and in many cases also agree to the outcome (in non-adjudicative ADR) there is less likely to be a difficulty with enforcement.” Traducción libre: “Una potencial ventaja del ADR es que existe menor probabilidad de que exista una dificultad con la ejecución debido a que las partes acordaron someterse al proceso (en el caso de un ADR adjudicativo) o en muchos casos también acordaron en el resultado (en un ADR no-adjudicativo).” BLAKE, Susan, BROWNE, Julie & SIME, Stuart, *op. cit.*, pp. 13 y 47.

⁴³ Traducción libre: “El uso de transacciones puede proveer dos ventajas potenciales de cumplimiento: rapidez y costos más bajos. Una transacción puede permitir a una autoridad de competencia obtener resultados prontamente. (...) La segunda ventaja potencial de cumplimiento resulta del ahorro de costos. Si un procedimiento más corto y directo puede ser seguido y si no hay apelaciones o hay menos, menos recursos administrativos tendrán que ser gastados por cada caso, lo que significa, si el presupuesto de la autoridad de competencia es fijo, que más infracciones anticompetitivas podrán ser detectadas y tratadas.” WILS, Wouter P.J., *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 31, No. 3, 2008, p. 12.

⁴⁴ En el mismo sentido se ha señalado que “(...) una mayor rapidez para poner fin a supuestas infracciones no sólo permite incrementar la eficiencia en el uso de los recursos, sino que también puede llegar a generar algún tipo de efecto disuasorio”, el cual podría venir “(...) derivado de la mayor probabilidad de detección de conductas anticompetitivas producto de la liberación de recursos y el consiguiente incremento de eficiencia de la entidad de competencia.” ROMERO G., Juan José, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁵ VALDÉS P., Domingo, *Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia*, *op. cit.*, p. 232.

“Esta tendencia es la que se conoce como *desjudicialización* de consultas y demandas de libre competencia, trasladándose así la solución de las mismas desde fórmulas heterocompositivas hacia alternativas de naturaleza autocompositiva.

En el caso chileno, esta búsqueda de la *desjudicialización* de los casos de competencia no solo tiene por objeto reducir la carga del TDLC, sino que adicionalmente conferir a la FNE nuevas potestades para aumentar “*la rapidez de la intervención del sistema de defensa de la competencia*”. En otras palabras, el Legislador Antimonopólico ordena que la FNE sea proactiva en el empleo de sus nuevas potestades públicas a fin de coadyuvar a las tareas del TDLC en el ámbito de sus respectivas competencias, pero también con el objeto de evitar los costos y dilaciones que entrañaría trasladar todas las dudas y conflictos antimonopólicos a un procedimiento que habría de ventilarse ante el TDLC.”⁴⁶

4. La necesidad de llamar a conciliación para resolver el asunto no contencioso del caso bajo análisis

En razón de todo lo anterior, se puede apreciar que resulta imperativo efectuar en el presente caso un llamado a conciliación, en tanto el asunto consultado en autos presenta todas las características que hacen indispensable su solución mediante un acuerdo autocompositivo.

En primer lugar, se puede apreciar que el asunto no contencioso objeto de la consulta admite soluciones intermedias autocompositivas, en tanto se ha solicitado por la FNE la fijación de condiciones conductuales y estructurales de forma abierta, dejando al TDLC la facultad de determinar en concreto qué términos, condiciones y medidas deberían implementarse –en caso de ser necesarias– para que los hechos, actos y contratos consultados se consideren ajustados a la libre competencia.

Por otro lado, Copec ha manifestado en su aporte de antecedentes estar disponible para realizar mejoras a sus políticas de *compliance*, así como a aceptar mitigaciones conductuales que el TDLC estime pertinentes (como correctos cortafuegos, protocolos de libre competencia, compromisos vinculantes y auditorías e información a la FNE), con la finalidad de perfeccionar los resguardos que ya se han diseñado e implementado para contrarrestar cualquier riesgo para la libre competencia.

Por tanto, se puede apreciar que en el presente caso existen las condiciones para que el TDLC pueda llamar a las partes a conciliación, con miras a cambiar su

⁴⁶ VALDÉS P., Domingo, *Acuerdos Extrajudiciales Antimonopólicos y Principio de Eficiencia*, op. cit., pp. 233-234.

aproximación adversarial hacia el asunto consultado por una mirada que permita la construcción de una solución óptima e innovativa que sea acorde a la libre competencia, bajo la dirección del TDLC, y que tenga en cuenta los diversos intereses regulatorios y de los distintos actores del mercado, logrando así generar un valor social en que todas las aristas regulatorias resulten atendidas, de forma de permitir un correcto desenvolvimiento de la industria en beneficio de todo el país. Además, la participación de la FNE en el proceso de conciliación, en su calidad de interviniente, garantizará que se tutele el interés común de la colectividad en lo económico conforme a sus potestades respectivas⁴⁷ y, por lo demás, la decisión del TDLC asegurará que cualquier acuerdo autocompositivo que se alcance sea acorde a la libre competencia, sin perjuicio de la necesidad de también asegurar que la solución que se alcance sea técnica y regulatoriamente óptima, de forma de cumplir con los otros objetivos de política pública, como son la eficiencia, la continuidad del servicio y la protección del medio ambiente.

En segundo lugar, se puede apreciar que el asunto no contencioso objeto de la consulta recae sobre una relación permanente (relativa al funcionamiento y operación conjunta de plantas de almacenamiento de combustibles líquidos), la cual se ha extendido por casi 70 años y que será necesaria para el funcionamiento del mercado del suministro de combustibles a futuro.

Por lo mismo, no sólo resulta extremadamente difícil que el TDLC pueda imponer una “solución adecuada” que sea construida sin la participación y conocimiento de las empresas involucradas sobre su negocio específico (para así prevenir cualquier riesgo para la libre competencia), sino que también probablemente generará el riesgo de futuras desviaciones o de riesgos que podrían evitarse si la solución fuera construida con la contribución activa de las empresas consultadas, bajo la dirección del TDLC, y con la flexibilidad que entrega un proceso de conciliación con sucesivas audiencias y atendiendo a un correcto alineamiento de sus intereses e incentivos.

En tercer lugar, resulta fundamental destacar que el asunto no contencioso consultado está vinculado con diversos mercados conexos y aristas sectoriales que conforman una extensa red de intereses interconectados, por lo que una solución impuesta adjudicativamente por el TDLC (sin un procedimiento llevado a cabo de forma adecuada para considerar a todos los involucrados y sus intereses de manera flexible y con escucha de los argumentos y contraargumentos) podría provocar graves daños sistémicos para el país.

Como se puede apreciar, el almacenamiento de combustibles líquidos está directamente asociado con el suministro y distribución de los mismos, lo cual debe funcionar de forma estable, continua y eficiente (incluso frente a eventos de fuerza

⁴⁷ En este punto cabe recordar que se desprende del artículo 39 letra b) del DL 211 que son atribuciones y deberes de la FNE el actuar como parte ante el TDLC “representando el interés general de la colectividad en el orden económico”.

mayor) conforme a la normativa sectorial específica imperante en Chile, así como en forma compatible con las exigencias de la seguridad nacional y de la protección del medio ambiente, con la finalidad de proveer adecuadamente de combustibles a los servicios públicos, a las empresas industriales (como mineras, generadoras eléctricas, forestales, transportes y otras industrias operativas), a las empresas del retail (estaciones de servicio) y a los consumidores.

Además, se puede apreciar que en el asunto no contencioso consultado están involucradas múltiples partes de diversos mercados, como son los importadores de combustibles (y, en especial, ENAP), los terminales marítimos, los distribuidores mayoristas y minoristas, los clientes industriales y los clientes del retail, siendo también relevante el rol de la autoridad pública sectorial respectiva, a saber, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, así como la Comisión Nacional de Energía.

Conforme se expuso más arriba, la ventaja de una solución autocompositiva asistida por un tercero (como podría ser el TDLC mediante un llamado a conciliación) es que ella habilitaría directamente a las partes que se han involucrado en el procedimiento no contencioso para encontrar el más pronto, informado y mejor balance posible entre los diversos intereses involucrados, creando soluciones para resolver el asunto en cuestión de la forma más pronta y adecuada posible e incluso yendo más allá de lo que el TDLC podría imponer mediante una decisión heterocompositiva en el proceso adjudicativo.

Como se expuso más arriba, en el ámbito de la libre competencia resultan admisibles dos formas autocompositivas de resolución de asuntos, a saber, los acuerdos extrajudiciales y la conciliación, siendo el deber del TDLC el promover dichos mecanismos de resolución adecuada conforme a lo establecido en el artículo 3 bis del CPC y las exigencias de la tutela efectiva de los derechos consagrada en el artículo 19 N° 3 de la CPR.

Por lo demás, la facultad del TDLC para llamar a las partes a conciliación podría complementarse con su facultad para requerir de oficio los antecedentes que estime necesarios conforme a lo establecido en el artículo 31 N° 5 del DL 211, lo que le permitiría diseñar un mecanismo eficaz de coordinación entre todas las posibles partes involucradas, recibiendo la opinión de las autoridades reguladoras sectoriales, incluyendo especialmente a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (aunque ella no hubiera aportado antecedentes en la presente consulta).

Esto le permitiría al TDLC obtener directamente la visión especializada de todos los involucrados de una forma más intensa,⁴⁸ permitiéndole delinear y construir con las

⁴⁸ Cabe tener presente que no resulta necesario que la conciliación se lleve a cabo en un solo día, ya que el TDLC podría programar diversos comparendos de conciliación en que pudiera conversar con

partes *soluciones autocompositivas* que resguarden de los riesgos a la libre competencia y, a su vez, no pongan en riesgo la cadena de abastecimiento de combustibles en el país de una forma continua, estable, segura y con respeto del medio ambiente (lo que resulta especialmente delicado ante las guerras que se han desatado recientemente en el mundo, la situación de inseguridad e inestabilidad que existe en el país y la lenta recuperación económica que se viene desarrollando mundialmente tras el fin de la pandemia).

Finalmente, y en cuarto lugar, cabe tener presente que una conciliación exitosa permitiría ahorrar costos y tiempo de la FNE, de las partes aportantes y del TDLC, ya que la aprobación por parte de este tribunal de un acuerdo alcanzado por las partes mediante la conciliación haría innecesaria la dictación de una resolución de término, así como se evitaría la interposición de recursos de reclamación por las partes satisfechas en sus intereses (evitándose incluso un desgaste de recursos y de tiempo por parte de la Excma. Corte Suprema). Asimismo, como se mencionó más arriba, la aceptación de una solución autocompositiva al asunto consultado haría menos probable la existencia de desviaciones futuras, permitiendo ahorrar también los costos de un proceso mediante el cual se reclamara el incumplimiento de las condiciones establecidas.

Además, lo anterior no sólo permitiría ahorrar los costos y el tiempo que deberían invertirse en este caso particular, sino que también permitiría al TDLC y a la FNE redirigir sus recursos humanos y técnicos a la tramitación de otros asuntos contenciosos y no contenciosos, mejorando la detección y persecución de ilícitos anticompetitivos, así como la prevención respecto de riesgos para la libre competencia. Por lo mismo, la solución propuesta también iría en línea con las exigencias del *case management* que se estima que debería imperar en los procedimientos modernos conforme a lo últimos desarrollos del Derecho Procesal.

En consecuencia, como se puede apreciar, esto podría ser una solución institucional que permita al TDLC lidiar con el aumento de consultas presentadas por diversos agentes de mercado en el último tiempo, así como sería una manera para cumplir con su deber de promover los mecanismos alternativos de solución de conflictos (art. 3 bis del CPC) y su deber de promover la tutela efectiva de los derechos (art. 19 N° 3 de la CPR).⁴⁹

las partes individual o colectivamente, con miras a escucharlas y tener el tiempo necesario para construir soluciones de forma flexible con ellas. Además, dichos comparendos podrían llevarse a cabo con mecanismos dirigidos a proteger la confidencialidad, sea mediante la realización de reuniones bilaterales y/o mediante la elaboración de versiones públicas de los antecedentes presentados, de manera de poder ir confeccionando la solución del asunto no contencioso de una forma flexible, constructiva y creativa en conjunto con las partes.

⁴⁹ Por otro lado, cabe tener presente que no concurre razón alguna que haga inconveniente llamar a las partes a conciliación en el presente caso, ya que, como reconoce la propia FNE, no se realizaron juicios de reproche, de responsabilidad infraccional o imputaciones de prácticas anticompetitivas respecto de las empresas objeto de la consulta, ni se formularon pretensiones sancionatorias en su

Por lo demás, en el caso de no producirse un acuerdo de conciliación ante el llamado del TDLC, en el peor de los casos el tribunal quedaría mejor ilustrado del asunto no contencioso en cuestión, sin que exista perjuicio alguno para los involucrados, así como tampoco un vicio de nulidad procesal (en tanto esta sanción de ineficacia procesal sólo puede operar en caso que exista un perjuicio reparable exclusivamente con su declaración, conforme a lo establecido en el artículo 83 del CPC).

III. CONCLUSIONES

Por tanto, en razón de lo que ha sido expuesto a lo largo de este informe en derecho, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1. La garantía fundamental a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, establecida en el artículo 19 N° 3 de la CPR, debe ser entendida de una manera amplia, por lo que todos los tribunales deben proveer a los justiciables de los mecanismos alternativos de resolución de controversias que sean necesarios para permitir su solución de forma autocompositiva y de manera adecuada a los intereses involucrados.

Por lo mismo, en forma consistente con lo anterior, nuestro legislador consagró una norma general que impone a todos los jueces el deber “promover el empleo de métodos autocompositivos de resolución de conflictos, como la conciliación” (artículo 3 bis del CPC).

Este deber se extiende también al TDLC, como se desprende del claro sentido y ubicación de la norma legal referida, la cual pretende tener una aplicación respecto de todos los jueces y respecto de todos los tipos de procedimientos judiciales.

2. En materia de libre competencia, nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido expresamente dos mecanismos de resolución de conflictos de carácter autocompositivo, a saber, los acuerdos extrajudiciales y la conciliación.

Como ha destacado la doctrina y la jurisprudencia del TDLC, los acuerdos extrajudiciales deben resultar procedentes tanto respecto de los asuntos contenciosos, como respecto de los asuntos no contenciosos, en tanto el legislador no habría efectuado distinción alguna a su respecto en el artículo 39 letra ñ) del DL 211 y en razón de ser la finalidad de dichos acuerdos el “*desjudicializar los casos de competencia*”, lo que incluye a ambos tipos de asuntos.

contra (Véase Recurso de Reclamación de la FNE, pp. 2-4, 7 y 17). Por tanto, no habría una pérdida de un eventual efecto de disuasión por el hecho de que el presente procedimiento terminara mediante un acuerdo conciliatorio, en lugar de mediante una sentencia definitiva que impusiera una sanción (la cual no resulta procedente en el procedimiento no contencioso, como reconoce la propia FNE). Véase *Ibid.*, pp. 9-13.

Por lo mismo, en tanto que *“donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición”*, se debe concluir que también debe resultar procedente que el TDLC pueda llamar a conciliación a las partes involucradas tanto en los asuntos contenciosos, como en los asuntos no contenciosos.

Por lo demás, así lo ha confirmado reiteradamente la Excma. Corte Suprema al llamar a conciliación en asuntos no contenciosos de libre competencia, como ocurrió en el procedimiento no contencioso caratulado *“Consulta de Ferrocarril del Pacífico S.A. sobre Terminal Intermodal Barrancas”* (Rol NC N° 464-2020 ante el TDLC e Ingreso Rol N° 4.041-2022 ante la Excma. Corte Suprema), resultando esta conciliación exitosa y habiéndose puesto término al procedimiento por su intermedio.

A esta conclusión no podría oponerse la ausencia de una regla legal expresa que señale explícitamente que la conciliación resulta procedente en el procedimiento no contencioso ante el TDLC, de la misma manera que en el derecho comparado no se ha considerado que la ausencia de reglas explícitas sobre la aplicación de la mediación en el derecho de la competencia impida su uso en este ámbito. En este sentido cabe tener presente que el artículo 31 del DL 211 sólo establecería reglas procedimentales mínimas para el procedimiento no contencioso ante el TDLC, pero no excluye la aplicación de las reglas ordinarias básicas que son aplicables a todo tipo de procedimiento.

3. Teniendo presente lo anterior, las normas legales, las garantías fundamentales y principios básicos invocados hacen necesario que el TDLC llame a las partes a conciliación en el presente caso (en especial ante la solicitud de una de ellas), ya que el asunto en cuestión admite soluciones constructivas de *“suma no nula”* respecto de una relación permanente en el tiempo.

Además, el llamado a conciliación resulta indispensable en este caso para la construcción de una solución autocompositiva que pueda tomar en consideración adecuadamente todos los otros asuntos, intereses y personas involucradas en los mercados conexos, así como las diversas aristas sectoriales vinculadas, balanceándolos adecuadamente (e incluso yendo más allá de lo que el TDLC podría imponer mediante una decisión heterocompositiva en el proceso adjudicativo de carácter no contencioso).

Por último, cabe tener presente que una conciliación exitosa permitiría ahorrar costos y tiempo de la FNE, de las partes aportantes y del TDLC, ya que la aprobación por parte de este tribunal de un acuerdo alcanzado por las partes mediante la conciliación haría innecesaria la dictación de una resolución de término, así como se evitaría la interposición de recursos de reclamación por las partes satisfechas en sus intereses (evitándose incluso un desgaste de recursos y de tiempo por parte de la Excma. Corte Suprema).

4. Por tanto, se puede concluir que resulta procedente que el TDLC pueda llamar a las partes a conciliación en este caso y que incluso resulta indispensable que así lo haga para poder explorar el logro de un medio de solución de conflicto autocompositivo que asegure la adecuada solución del presente asunto, asegurando a las partes la tutela efectiva de sus derechos mediante vías constructivas (porque, aunque ello fracasara, así obtendría una mejor información respecto de este asunto que si tuviere que llegar a resolverlo en forma heterocompositiva).

Cristián Maturana Miquel
Profesor Titular de Derecho Procesal
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Javier Maturana Baeza
Profesor Asistente de Derecho Procesal
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
Magister Juris de la Universidad de Oxford