

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, veintinueve de noviembre de dos mil veintidós.

A folio 7: **a lo principal:**

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, a folio 7, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) solicitó dar inicio al procedimiento contemplado en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”), a fin de que este Tribunal 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 en ese contexto entre las empresas Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. (“Copec”), Empresa Nacional de Energía Enx S.A. (“Enx”) y Esmax Distribución SpA (“Esmax”), se ajustan o no al D.L. N° 211 (“Consulta”);

Segundo: Que, en su Consulta, la FNE sostiene que Copec, Enx y Esmax participan básicamente en todos los segmentos que conforman la industria de combustibles líquidos, a saber: (i) la refinación e importación, (ii) el transporte, (iii) el almacenamiento, (iv) la distribución mayorista y (v) la distribución minorista (folio 7, párrafos 1 y 2);

Tercero: Que la Fiscalía expone que las tres empresas mencionadas participan en contratos que rigen la propiedad y el uso compartido de ciertas plantas de almacenamiento de combustibles líquidos a lo largo del país y que, a su vez, son propietarias de otras plantas de almacenamiento individual, sin uso compartido. La FNE aduce que se generan riesgos para la libre competencia (i) en los contratos que rigen el funcionamiento de las plantas en forma conjunta; (ii) en aquellos que celebran las tres empresas con la Empresa Nacional de Petróleos (“Enap”) para el suministro de combustible en tales plantas; y (iii) en la operatoria práctica de ellas. Estos riesgos serían de carácter coordinado y/o exclusorio (folio 7, página 2);

Cuarto: Que la Fiscalía considera que esta actuación conjunta y la interacción entre Copec, Enx y Esmax las habilitaría a “*compartir una serie de información sensible y a realizar una serie de actos jurídicos (préstamos, ventas, facilidades, etc.), que coadyuvan a la generación de los riesgos*” a la competencia, tanto en el mercado de almacenamiento como en los de distribución mayorista y minorista de combustibles líquidos (folio 7, párrafos 5 a 7). Menciona, además, que tales riesgos no se compensan con las eficiencias operativas que los contratos de operación conjunta podrían generar para las tres empresas (folio 7, párrafo 8 y párrafos 119 a 144);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quinto: Que el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 dispone que *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: (...) 2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”*;

Sexto: Que, se ha entendido que el ejercicio de la atribución contenida en dicha disposición no tiene naturaleza jurisdiccional, al carecer el proceso de controversia jurídica y atendido que, por su intermedio, no se pretende sancionar una conducta anticompetitiva (v.gr., Excma. Corte Suprema, resolución de 13 de noviembre de 2019, Rol N° 4.108-2018, c. 3° y 4°);

Séptimo: Que, por lo anterior, la labor de este Tribunal en un procedimiento consultivo es eminentemente preventiva, a efectos de evitar que una conducta actual o potencial pueda tener efectos anticompetitivos y no tiene por objetivo juzgar responsabilidad por conductas consideradas ilícitas;

Octavo: Que confirma la interpretación anterior la Excma. Corte Suprema, al resolver que *“el legislador otorgó al Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención que se presente para su conocimiento pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor, que es eminentemente preventiva, tiene por objeto entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del citado Decreto Ley N°211 y con carácter vinculante para los agentes económicos relacionados con el mercado relevante”* (Excma. Corte Suprema, resolución de 25 de julio de 2022, Rol N° 40.775, c. 6°; y, en el mismo sentido, sus resoluciones de 10 de mayo de 2021, Rol N° 138.221-2020, c. 7° y de 13 de noviembre de 2019, Rol N° 4.108-2018, c. 8°);

Noveno: Que, a efectos de determinar si una consulta sobre actos o contratos vigentes debe conocerse por medio del procedimiento no contencioso o, por el contrario, tiene carácter contencioso, la Excma. Corte ha establecido que *“el ejercicio de la potestad consultiva no impide el análisis de la conformidad de ciertos actos o contratos ya celebrados con la legislación que rige la materia, siempre y cuando se refiera a actos concretos y no exista una imputación formal y directa – y, a la vez, una pretensión sancionatoria – relacionada con ilícitos anticompetitivos”*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(Excma. Corte Suprema, resolución de 10 de mayo de 2021, Rol N° 138.221-2020, c. 9°);

Décimo: Que, asentado lo anterior, se determinará si corresponde pronunciarse sobre el objeto de la Consulta en un procedimiento no contencioso, en ejercicio de la potestad consultiva. En este caso, la Fiscalía plantea que es posible apreciar riesgos de coordinación y de exclusión de competidores en los contratos de operación conjunta entre Copec, Enex y Esmax, que estarían íntimamente relacionados con las características estructurales presentes en los mercados en los que esos contratos inciden (folio 7, párrafo 60);

Undécimo: Que, entre tales particularidades estructurales que darían lugar a riesgos coordinados, la Fiscalía menciona la existencia de una alta concentración, una sustancial integración vertical con pocos participantes, la homogeneidad del producto y una frecuente interacción entre competidores, además de una alta transparencia en precios. La FNE señala que estos riesgos se ven acrecentados por los contratos de operación conjunta entre Copec, Enex y Esmax y la aplicación práctica que se origina de ellos, que derivaría en riesgos de intercambio de información sensible relacionada con volúmenes y planes de inversión (folio 7, párrafos 61 a 63);

Duodécimo: Que, en particular, la Fiscalía expone que los mercados de almacenamiento y distribución mayorista y minorista de combustible están “*altamente concentrados (...) presentando además altas barreras a la entrada y expansión de nuevos competidores*”, relevando que la oferta en los mercados de distribución “*esté prácticamente concentrada en estas empresas [Copec, Enex y Esmax]*” (folio 7, párrafo 59). Más aun, la FNE señala que el acceso a las instalaciones de almacenamiento puede constituir un “cuello de botella” y que, debido a los acuerdos de operación conjunta, en ciertas regiones las tres empresas incumbentes en la distribución de combustibles actúan como monopolistas en el mercado de almacenamiento y, en la práctica, no se verifica acceso de terceros en la mayoría de las plantas del país (folio 7, párrafos 103 a 112);

Decimotercero: Que, no obstante lo anterior, al analizar los aspectos que, en opinión de la FNE, generarían o acrecentarían los riesgos detectados por ella en el mercado de almacenamiento de combustible, ésta señala que, con motivo de la ejecución de los contratos de operación conjunta, durante su investigación constató el traspaso de información comercialmente sensible entre Copec, Enex y Esmax, en forma desagregada y periódica, incluso infringiendo los protocolos que elaboraron para esos efectos. En particular, la FNE indica que esos protocolos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

recién se habrían implementado en octubre de 2019 y “*son insuficientes para mitigar los riesgos de coordinación descritos*” (folio 7, párrafos 87 a 95 y notas al pie N° 85, 86 y 89). Asimismo, la FNE agrega que los acuerdos originales también contemplan reglas de confidencialidad que, a su parecer, resultan insuficientes para mitigar los riesgos identificados (folio 7, nota al pie N° 84);

Decimocuarto: Que, en ese contexto, la Fiscalía reprocha a Copec, Enex y Esmax el incurrir en conductas contrarias a la competencia, al ejecutar los contratos de operación conjunta de plantas de almacenamiento, en contravención a las cláusulas preventivas de la competencia contenidas en los mismos, traspasando información sensible entre competidores;

Decimoquinto: Que, por ejemplo, en cuanto a la información sobre volúmenes y existencias a la que acceden las tres empresas entre sí, la Fiscalía señala que “*las empresas comuneras accederían a datos de ingresos y egresos de combustibles líquidos de sus competidores en las instalaciones de almacenamiento que comparten. Lo anterior, a pesar de que en los contratos establecen que dicha información debe ser entregada a cada comunero, sin incluir a sus competidores. Parte de esa información se reporta en forma periódica*” (folio 7, párrafo 68, cuya nota al pie N° 68 explica que se refiere “*específicamente a los cierres operacionales diarios*”). Luego, añade que “[t]ambién, las empresas comuneras accederían a los inventarios y rotación de existencias de combustible de su competencia, esto a pesar de que, al igual que en el caso mencionado en el párrafo anterior, la información debiera ser entregada a cada comunero sin datos de sus competidores” (folio 7, párrafo 69, cuya nota al pie N° 70 indica que “[l]a información estaría desagregada en forma diaria y por producto y por compañía”). En adición, según señala la FNE, este intercambio de información se realizaría en forma periódica y con una alta frecuencia, toda vez que los acuerdos de operación conjunta disponen que la información relativa a volúmenes debe entregarse por cada operador “*al inicio de cada día hábil*” y aquella relativa a inventarios “*en forma mensual*” (folio 7, notas al pie N° 67 y 69). La Fiscalía concluye que, a partir de esto, las tres empresas podrían conocer los movimientos de sus competidores en todas las plantas de almacenamiento regidas por los contratos de operación conjunta e incluso, podría extenderse a plantas de propiedad individual (folio 7, párrafos 70 y 71);

Decimosexto: Que, en cuanto a la existencia de un riesgo de coordinación debido a una actuación conjunta de las tres empresas respecto de su abastecimiento de combustible por intermedio de Enap, la Fiscalía da cuenta que en su investigación constató el traspaso de información comercialmente sensible.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Al respecto, puntualiza que *“ENAP realiza, una vez al mes, reuniones conjuntas con el personal de abastecimiento de las compañías. A pesar de que esas reuniones tendrían un fin operativo, ellas se traducen en un documento con información desglosada de la programación mensual propuesta de carga/descarga por compañía, planta y producto, el cual se comparte con las empresas comuneras. En ese documento también se incluye información de plantas de propiedad individual”* (folio 7, párrafo 75);

Decimoséptimo: Que, asimismo, en la Consulta, la Fiscalía se refiere a la existencia de comités creados en los contratos de colaboración referidos (folio 7, párrafo 12). Sobre la información que fluiría en dichos comités, la FNE indica que *“según los antecedentes con que cuenta esta Fiscalía, cada empresa tiene sistemas informáticos que registran información asociada a las interacciones y gestión de los abastecimientos, funcionamientos de las plantas y despachos. Datos generados por esos sistemas potencialmente podrían estar siendo circulados con empresas distintas de las titulares de la información respectiva. De hecho, se detectó que existe un sistema informático de Copec (SAP MII) que registra información desagregada de Copec, Enx y Esmx”* (folio 7, párrafo 85). Al respecto, debe considerarse que la FNE señala, como se expuso *supra*, que los protocolos y las reglas de confidencialidad estipuladas en los acuerdos originales no son suficientes para mitigar los riesgos coordinados que identifica en la Consulta (folio 7, párrafos 87 a 94 y notas al pie N° 84 y 85);

Decimooctavo: Que, por otra parte, la Fiscalía también aduce que ninguna de las tres empresas ha justificado la necesidad de intercambiar la información referida para operar las plantas de almacenamiento (folio 7, párrafo 97);

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

protocolos para precaver una infracción a la competencia, las que, en todo caso, califica como insuficientes para mitigar los riesgos detectados;

Vigésimo: Que, de este modo, la Consulta no tiene por objeto que este Tribunal *prevenga* que un determinado hecho, acto o convención existente o por celebrarse pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos, tal como ha indicado la Excma. Corte Suprema (*v.gr.*, resolución de 10 de mayo de 2021, Rol N° 138.221-2020, c. 7°; resolución de 13 de noviembre de 2019, Rol N° 4.108-2018, c. 8°), sino que supone una imputación que podría ameritar una sanción con ocasión de la conducta anticompetitiva que, según la Fiscalía, se habría concretado;

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

Vigésimo segundo: Que así también lo ha entendido la Excma. Corte Suprema, en la resolución de 13 de noviembre de 2019, en Rol N° 4.108-2018, al fallar que *“si durante los más de 10 años en que se ha mantenido la estructura de propiedad de Gasmar se hubiese producido un hecho concreto anticompetitivo, sería otro el camino y las consecuencias que se producirían en contra de él o los responsables, no siendo pertinente asimilar el riesgo de ilicitud con la inexistencia de infracción”* (c. 15) y *“el riesgo cuya concreción se pretende evitar (interlocking indirecto entre Metrogas y Abastible a través de Copec) no desaparece por la mera constatación de no haberse concretado situaciones anticompetitivas durante los 20 años en que se [ha] (sic) mantenido la estructura de propiedad controvertida, pues la existencia de tal clase de irregularidades hubiese dado lugar al ejercicio de otro tipo de potestades”* (c. 18);

SE RESUELVE: No admitir a tramitación no contenciosa el asunto propuesto a folio 7.

Al primer y segundo otrosí, devuélvanse una vez que la presente resolución se encuentre firme y ejecutoriada. En el intertanto, manténganse en custodia de la Secretaria Abogada. **Al tercer otrosí,** a sus antecedentes. **Al cuarto otrosí,** a sus antecedentes las resoluciones de inhabilidad. Téngase presente el patrocinio y poder. **Al quinto otrosí,** téngase presente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese por el estado diario.

Rólese con el N° 517-22 No contencioso.

Certifico que, con esta fecha, se notificó por estado diario la resolución precedente.

Pronunciada por los Ministros Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Presidenta(S), Sra. Daniela Gorab Sabat, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez



5917BC9D-0ED9-4769-8A3E-02D91D0B85C6

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.