

Santiago, cuatro de Mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

V I S T O S:

1.- A fs. 5 comparece don David Turner Turner en representación de Shell Chile S.A., Comercial e Industrial, ambos domiciliados en Santiago, denunciando conductas atentatorias contra la libre competencia en que habría incurrido la empresa Almacenedora de Combustibles Limitada (EMALCO), filial de la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) y ésta, mediante el arrendamiento de terrenos para la instalación de llenadores de camiones y el otorgamiento de facilidades de almacenaje y manejo en condiciones privilegiadas a distribuidores minoristas, a quienes, además, vendería a precios de mayoristas. Así, ENAP-EMALCO pasaría a ser un oferente marginal que fija los precios del mercado, lo que constituiría una conducta contraria a la libre competencia.

a) Expresa Shell que del artículo 19, N° 21, de la Constitución Política de la República, de la historia de esta norma y del proyecto elaborado por una Subcomisión de Estudios de Leyes Orgánicas Constitucionales, se desprende que el modelo económico que rige en el país es el de economía de mercado, el que se basa en el concepto de libre competencia y que pone énfasis en la actividad privada. De este modo, la labor empresarial del Estado constituye la excepción y debe limitarse a las actividades que el sector privado no pueda o no quiera realizar. Las empresas estatales, entonces, sólo puede constituir nuevas empresas cuando no quebranten el principio de subsidiariedad.

b) A continuación, Shell recuerda que el 9 de Marzo de 1981, ENAP, Refinería de Petróleo CONCON y Refinería de Petróleo San Vicente Limitada formaron EMALCO, con un capital de \$ 78.000.000 en el que ENAP aportó \$ 76.440.000.- El objeto social fue: recibir y almacenar hidrocarburos en depósitos y terminales de su propiedad o de terceros y dar y tomar en arrendamiento, o a otro título, depósitos e instalaciones para recibir y almacenar hidrocarburos.

Ese era su objeto social; sin embargo, en la práctica, funcionarios de la Comisión Nacional de Energía, de ENAP y de las refinerías han expresado que la real finalidad de la creación de EMALCO era abrir el mercado de los combustibles, ante la imposibilidad de que existiera, tal como estaban las cosas, una real competencia entre las compañías distribuidoras de combustibles.

Considera el denunciante que el solo hecho de haber creado EMALCO importa vulnerar el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, ya que con ello el Estado ha entrado a participar en una actividad empresarial que los particulares están en condiciones en desarrollar y pueden hacerlo por sí mismos. Le parece objetable, en consecuencia, que se haya infringido el principio de subsidiariedad del Estado y que éste, manipulando el mercado, incorpore nuevos agentes en desmedro de los que han debido ingresar sin ninguna ayuda estatal.

Con anterioridad a la formación de EMALCO, cuatro empresas distribuidoras competían en el mercado nacional: COMAR, COPEC, ESSO y SHELL. Lo hacían con una red de minoristas independientes de las distribuidoras mayoristas, de manera que podían desahuciar sus contratos y cambiarse de distribuidor. Además, COPEC, ESSO y SHELL tienen un mayor costo en la distribución, por que debieron cumplir obligaciones que ahora no existen, como lo era atender un determinado territorio, lo que significó poseer una infraestructura de almacenamiento muy superior a las necesidades del mercado.

Por otra parte, el Estado, en el anterior sistema intervencionista, construyó estanques almacenadores de combustibles sobredimensionados. Como éstos ya están construídos, EMALCO se propone arrendarlos a quienes lo requieran. Es así como, a contar de 1981, da en arrendamiento los terrenos contiguos a los estanques, para que en ellos se instalen las conexiones necesarias y un galpón de carguío, pretendiendo con ello solucionar un problema de escasa competitividad, atendido el exiguo número de compañías distribuidoras.

c) Opina Shell que un juicio de falta de competitividad, fundado en el escaso número de oferentes es erróneo, ya que lo que interesa son las eventuales conductas mo-

nopólicas de los agentes que intervienen en el mercado, cuya corrección, en caso necesario, corresponde a los organismos creados por el Decreto Ley N° 211, de 1973.

En cambio, con la formación de EMALCO, la discriminación es obvia: esta empresa obtiene ventajas, tanto en su operación como en su financiamiento y, además, por estar integrada verticalmente con ENAP, con una estructura que le permite cubrir todo el mercado, pasará a transformarse en el oferente marginal y, por ende, fijará los precios en condiciones absolutamente ajenas al funcionamiento del mercado. Reitera que las instalaciones de EMALCO son de tal envergadura que, en la actualidad, sobrepasan en un 50% a las instalaciones de las tres distribuidoras más importantes, como lo son COPEC, ESSO y SHELL. Su costo para financiarse es menor que el de las compañías privadas y, por otra parte, CORFO exige a las empresas estatales una rentabilidad del 10% real anual lo que, unido a lo anterior, hace que la tasa de costo del capital de los activos de la empresa sea inferior al 10%, no por razones de mercado, sino con costos subsidiados. Repite, por último, que la calidad de oferente marginal de EMALCO hace que se constituya en "fijadora del precio", tal como otrora lo hiciera la Dirección de Industria y Comercio.

d) Argumenta Shell que si la creación de EMALCO obedeció a la idea de incentivar la competencia, no se justifica que lo haya hecho sólo en Santiago, donde existe la mayor competencia en materia de combustibles. La verdadera razón -a juicio de Shell- sería que EMALCO no es solamente una empresa de almacenaje y arrendadora de capacidad de almacenamiento, sino que se ha transformado en una compañía distribuidora mayorista que compite directamente con las cuatro empresas que existían antes de su aparición en el mercado. Esto lo reconocerían tanto ENAP como la Comisión Nacional de Energía en la causa Rol N° 29487, se guía ante la Comisión Resolutiva.

EMALCO almacena stocks mínimos de combustibles, según sea la demanda de los minoristas, de modo que el peso del almacenamiento lo soporta ENAP, y por ende, los riesgos.

No es cierto, entonces, que ENAP-EMALCO hayan permitido el ingreso de nuevas distribuidoras mayoristas al mercado

de los combustibles. Quienes así se denominan son sólo minoristas que actúan bajo la apariencia de mayoristas, gracias a las condiciones subsidiadas que EMALCO les concede, ya que sólo tienen una o más estaciones de servicios y uno o más camiones para transportar el combustible desde los estanques de EMALCO. Gozan, además, de capacidad de almacenamiento elástico, pues pueden modificar con facilidad sus contratos.

Por tanto, quien corre el riesgo de mantener la capacidad para afrontar cambios en la demanda es la dupla ENAP-EMALCO, función que es propia de los mayoristas, no obstante lo cual, EMALCO considera a estos nuevos distribuidores como si tuvieran la calidad de mayoristas en lo referente a las condiciones de precios, traspasándoles ventajas de costos que ni siquiera son propias, sino del Estado, ya que la construcción de los estanques no ha surgido por razones de mercado.

e) La tarifa que aplica EMALCO para los que han licitado un espacio para el carguío del combustible, comprende un arriendo de capacidad de almacenaje mínimo de 1.000 M3. por producto y un costo variable por M3. retirado, con cuotas mínimas de retiros mensuales.

Este sistema - a juicio de Shell -, al margen de la tarifa que se establezca, significa distorsionar los precios, ya que si no se cumplen las cuotas mínimas, el costo marginal de lo que no se retira es igual a cero. Además, incentiva a bajar los precios en los lugares de venta a público e incita a vender ilícitamente a otros compradores - revendedores que tienen contratos de exclusividad, permitiendo la llamada "guerra de precios".

EMALCO otorga, además, otras ventajas a quienes le arriendan capacidad de almacenamiento, las que no son consideradas en las tarifas que cobra, como los servicios adicionales de extinción de incendios, elementos de seguridad, servicio de vigilancia, gastos de luz, agua, gas, etc..

En síntesis, los cargos que formula Shell a la creación de EMALCO son los siguientes:

I La infraestructura de ENAP-EMALCO ha permitido a

ésta transformarse en el oferente marginal y, por ende, puede fijar los precios prescindiendo de los efectos del mercado;

II Las tarifas que cobra EMALCO por sus servicios de almacenamiento han producido distorsiones en la estructura de precios de los combustibles a nivel nacional, afectando las utilidades de mayoristas y minoristas.

Consecuencia de esto es que, en la actualidad, es más conveniente dejar depreciarse los estanques hasta el término de su vida útil y tomar en arrendamiento los de EMALCO;

III Lo anterior conducirá a que, en el futuro, el mercado esté en poder de un gran monopolio estatal, integrado verticalmente en sus diferentes etapas de extracción, refinación y distribución. Existirá, por otro lado, una serie de vendedores a público que quedarán a merced de este monopolio, ya que ni siquiera existirá la alternativa de importar directamente los combustibles.

2.- A fs. 46, formula sus observaciones la Empresa Almacenadora de Combustibles Limitada (EMALCO), y expresa:

a) La denuncia de Shell sería absolutamente extemporánea, ya que esta compañía ha tenido conocimiento desde el año 1981 de la actividad desarrollada por EMALCO, sin que le formulara reproche alguno.

Así, Shell compró las Bases de la primera licitación hecha por ENAP en el mes de Agosto de 1981, para el arrendamiento de terrenos en la Planta de Maipú, donde las adjudicatarias deberían construir sus propias instalaciones para el carguío en camiones de los combustibles que serían almacenados en esa Planta. Además, en el año 1986, Shell compró los activos de ENEX, empresa que era adjudicataria de dos sitios arrendados por EMALCO: uno, en la Planta de Maipú, desde 1983, y otro, en la Planta de Linares, desde 1984.

b) Las plantas de almacenamiento que ENAP tiene en Maipú, San Fernando y Linares comenzaron sus operaciones entre los años 1967 y 1970. Tanto ENAP como EMALCO han

puesto esas plantas a disposición de todas las compañías distribuidoras, sin discriminación, entre las que se incluye a Shell, como también sus puestos marítimos de San Vicente y Quintero y su oleoducto San Vicente-San Fernando.

c) La creación de EMALCO se enmarcó en una política global de liberalización del mercado de los combustibles líquidos en el país, la que se ha llevado a efecto, a contar de 1978, con diversas reformas legales que tuvieron por finalidad permitir a los distribuidores la importación de productos que, con anterioridad, estaba reservada a ENAP, suprimir la autorización previa para ser distribuidor, eliminar la exigencia a los distribuidores mayoristas de atender todo el territorio del país, derogar el control de precios y eliminar las exigencias que imponían al distribuidor la obligación de tener instalaciones propias para almacenar los combustibles.

Resulta inconcuso, entonces, que la creación de EMALCO no fue una decisión aislada de ENAP, sino que ella forma parte de las orientaciones, principios y regulaciones contenidos en las disposiciones citadas.

d) El objeto real de EMALCO ha sido y es el expresado en sus estatutos sociales. No hay ninguno otro que pueda calificarse de encubierto.

EMALCO -por otra parte- no ha tenido intervención en el mercado de los combustibles, ya que ni refina, ni importa, ni compra, ni vende, ni distribuye, ni tiene ingerencia, directa o indirecta, en la fijación del precio de los combustibles.

e) En cuanto a las tarifas que cobra EMALCO por sus servicios, éstas no constituyen ventajas para nadie. Ellas son conocidas por la Comisión Nacional de Energía, trimestralmente, organismo que no ha objetado ni las tarifas, ni el sistema tarifario ni su metodología de cálculo. Además, EMALCO ha estado llana a explicar el sistema a cualquier organismo vinculado al mercado de distribución de los combustibles que requiera información.

f) No serían efectivas las aseveraciones de SHELL de

7.-

que las nuevas compañías distribuidoras no cumplen las cuotas mí  
nimas de retiros mensuales, por lo que el costo marginal de lo no  
retirado sería igual a cero, porque las nuevas distribuidoras re  
tiraron siempre volúmenes mucho mayores que los mínimos. Sería,  
en cambio, criticable el sistema tarifario de EMALCO, si no se  
hubieren establecido cuotas mínimas dentro de un mes, porque tal  
medida habría sido discriminatoria, en beneficio de las compañías  
nuevas.

SHELL sabe, por otra parte, que el sistema tarifa  
rio de EMALCO contiene algunas variables - como el tamaño de los  
estantes -, porque el 26 de Mayo de 1981 se le informó a este  
respecto y SHELL acusó recibo de la notificación de EMALCO.

g) Asimismo, tampoco sería efectiva la imputación de  
SHELL de que EMALCO está traspasando a las nuevas  
distribuidoras las ventajas de los costos de estantes sobredimen  
sionados y de financiamiento, al no contemplar en sus tarifas con  
diciones de infraestructura. EMALCO determina sus tarifas consi-  
derando, además, las alternativas de las nuevas sociedades, y, por  
otra parte, incluye en el precio de las tarifas que cobra a éstas,  
el costo de servicios como los de extinción de incendios, de vigi  
lancia, de energía eléctrica, agua, gas, etc.

h) En relación a lo que SHELL denomina "estantes  
elásticos" y que constituiría otro beneficio para  
las nuevas distribuidoras, la denunciada entiende que tal denomi-  
nación se refiere a la eventualidad de ampliar o reducir el volu-  
men de almacenamiento. Aclara que la reducción de la capacidad  
contratada no se acepta y que el aumento se acepta para todos los  
clientes, sin discriminación alguna.

i) Es cierto que EMALCO incluye en sus tarifas una  
tasa de rentabilidad del 10%, después de impues-  
tos, pero ésta se ha fijado en forma científica por ENAP y por  
la Comisión Nacional de Energía y ratificada después por el Mi-  
nisterio de Economía. Nadie puede reprochar falta de imparciali-  
dad y de conocimientos para establecer una tasa razonable de ren  
tabilidad.

En definitiva, EMALCO sostiene que no ha tenido inter

vención en el mercado de los combustibles y, por tanto, su proceder no ha significado una conducta atentatoria de la libre competencia.

- 3.- La Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) formula sus observaciones a fs. 62.

El Decreto N° 20, de Minería, de 1964, contenía exigencias que constituían barreras infranqueables a la entrada de ese mercado. Fué así como ninguna empresa internacional, con excepción de ESSO y SHELL, que ya existían, ingresó al mercado nacional.

Si bien las grandes compresas existentes (COPEC, ESSO y SHELL) debieron realizar fuertes inversiones, pudieron disfrutar de ellas durante mucho tiempo, lo que les permitió depreciar de un modo importante sus activos fijos y aún producir importantes utilidades a sus dueños.

Las normas del Decreto N° 52, de Minería, de 1978, del D.F.L. N° 1, del mismo Ministerio, de 1979 y de la Ley N° 18.179, de 1982, eliminaron las barreras para todos los agentes económicos participantes en el mercado, con excepción de la obligación de mantener un stock de 25 días, la que mantiene vigencia sólo para ENAP y sus Refinerías.

Toda esta normativa y las licitaciones de capacidad de almacenamiento de estanques realizadas por EMALCO permitieron la entrada al mercado de nuevas empresas distribuidoras, tales como COMAR, ENEX, APEX y GAZPAL, sin considerar como tal a Abastible S.A., ya que se incorporó a él como una filial de COPEC.

Las medidas legales precedentemente reseñadas fueron complementadas con la creación de EMALCO, compañía que tuvo por finalidad administrar la capacidad de almacenamiento de ENAP. Esta, en conformidad con su Ley Orgánica, aprobada por Ley N° 9.618, cuyo texto refundido fue aprobado por el D.F.L. N° 1, de Minería, de 1986, y de acuerdo también con sus propios Estatutos y con las disposiciones de los Planes Ministeriales de 1980 y 1981, formó EMALCO y la hizo funcionar mediante el sistema de licitaciones públicas de arrendamiento de terrenos y de su capaci-



dad de almacenamiento en sus plantas de Maipú, Linares y otras.

La jurisprudencia que se ha formado en relación con el mercado de los combustibles y la participación que en él ha tenido ENAP, no puede omitirse en el análisis de dicho mercado.

Por ejemplo, el Dictamen N° 414/293, de 2 de Marzo de 1984, de la Comisión Preventiva Central, se pronunció ante una consulta de COPEC sobre la posibilidad de aplicar un recargo en los precios de los combustibles a todos los compradores que no alcanzaren un determinado volumen de adquisición de ese producto. La Comisión dictaminó negativamente, atendido a que el referido recargo no se establecería por razones de economía en los costos de operación de ENAP y produciría la desaparición de las compañías que no pudieren alcanzar ese determinado volumen, lo que no ocurriría por razones de eficiencia, sino por la creación de barreras ilegítimas a la entrada del mercado.

Por el dictamen N° 586/76, de 23 de Enero de 1987, la Comisión Preventiva Central reprochó, en parte, el sistema de comercialización de combustibles consultado por ENAP ya que consideró que alguna de las modalidades propuestas podría restringir el ingreso de nuevos oferentes en el mercado de distribución de combustibles.

No sería efectiva la imputación de que ENAP y EMALCO intervienen en el mercado a través de una organización vertical integrada hasta el nivel minorista, vendiendo a través de diversas marcas a precios predatorios.

En doctrina internacional, una empresa está integrada verticalmente cuando hace por sí misma lo que podría ser hecho por firmas independientes en el mercado, incorporando, en los diversos niveles, valor agregado el producto de que se trata, lo que no es atentatorio, en sí mismo, de la libre competencia, a no ser que se cree un monopolio a nivel diferente.

No es éste el caso de ENAP, EMALCO y las Refinerías con las empresas distribuidoras más pequeñas, porque es de todos conocida la propiedad de cada una de éstas y la responsabilidad de su gestión. No hay sugerencia ni imposición de precios, ni distribución exclusiva, como tampoco asignaciones de zonas ni discriminaciones en las ventas.

ENAP ha manifestado un real propósito de no ingresar al sector comercial de minoristas y sostiene que las tarifas que cobra a su filial EMALCO por los servicios que presta no son predatorias ni constituyen un subsidio para las compañías distribuidoras llamadas chicas. Se remite a lo argumentado por EMALCO en su contestación, ya que comparte su posición.

Por otra parte, como EMALCO es la única empresa que ofrece el servicio de arrendamiento de capacidad de almacenaje de combustibles líquidos derivados del petróleo, no puede existir competencia entre EMALCO y las compañías distribuidoras mayoristas.

No obstante, las tarifas de combustibles de ENAP y sus Refinerías filiales tampoco son depredatorias. Hace presente a este respecto que ellas han sido comunicadas desde hace más de tres años a los organismos creados por el Decreto Ley N° 211, de 1973, sin que se le haya formulado objeción alguna. Tanto ENAP como sus Refinerías no venden a minoristas, como lo hacen las distribuidoras mayoristas, por lo que no cabe la posibilidad de que existan precios predatorios. La finalidad de éstos es perjudicar o destruir a los competidores para ocupar posteriormente su lugar. En el caso cuestionado, el valor o precio sobrepasa con creces su costo marginal, criterio que es aceptado internacionalmente como el límite bajo el cual el precio pasa a la categoría de marginal.

Como no existe en Chile un mercado de servicios de almacenaje, cualquier análisis sobre las tarifas de EMALCO solamente tiene relevancia por la incidencia que pueda tener el costo total del margen bruto de distribución de los combustibles líquidos. Como tal incidencia es muy insignificante, no afecta al resultado de la mayor o menor presencia de agentes económicos en el mercado de la distribución mayorista de combustibles.

Niega ENAP que tanto ella como EMALCO hayan incurrido en un abuso de posición monopólica, porque aun en el caso que efectivamente traspasara a las empresas con las cuales contrata servicios de almacenaje sus ventajas de economías de escala, financieras, tecnológicas, o de costo, lo que no sería efectivo, al no discriminar entre las empresas que utilizan los servicios, tales circunstancias serían beneficiosas para la libre competencia.

4.- A fs. 143 corre informe del señor Fiscal Nacional Económico.

Reconoce la efectividad de existir un exceso de capacidad instalada de estanques de almacenamiento, derivado de la desregulación del mercado de los combustibles a contar del año 1979 y reconoce que esta circunstancia, de modo principal, originó la creación de EMALCO. Esta compañía ha permitido facilitar el ingreso al mercado de distribución mayorista de nuevas compañías, concretando así la normativa que perseguía dicho objetivo.

Para evitar que las tarifas de EMALCO y su propia existencia pudieran significar un perjuicio para las empresas mayoristas antiguas, era preciso que las tarifas fueran reales y no discriminatorias o subsidiadas, lo que se ha cumplido. En efecto, acompaña un análisis de los costos de almacenamiento de combustibles para los casos de planta propia y de arriendo de EMALCO, elaborado por la Comisión Nacional de Energía. Las conclusiones del estudio afirman que las tarifas cobradas por EMALCO reflejan el costo alternativo del usuario, esto es, el de construcción y de operación de sus propios estanques de almacenamiento, destacándose que los beneficios de menor riesgo y de mayor flexibilidad que implica el sistema de arriendo no son determinantes. Se señalan las cifras a este respecto.

Concuerda el señor Fiscal con el aludido informe, en cuanto EMALCO no ha sido el motivo de la caída de los márgenes de distribución ocurrido hasta el año 1986, de modo que ese deterioro ha debido tener otras causas.

El informe de la Fiscalía se apoya también en un estudio hecho por el Instituto de Economía de la Universidad Católica de Chile y que denominó "El Mercado de la Distribución de Combustibles, Mayo de 1987". En él se afirma que si se hablara de costo de almacenamiento para EMALCO y se exagerara la importancia del riesgo de construir una planta propia, el subsidio por litro sería entre \$ 0,32 y \$ 0,54 por litro, lo que representaría sólo un 10% de la disminución del margen total en la distribución de los combustibles. Concuerda también este estudio con la conclusión ya comentada de que el deterioro de los márgenes de distribución no tiene relación con las políticas de EMALCO.

Concluye el señor Fiscal que no es posible imputar a EMALCO la distorsión del mercado de los combustibles, como lo asevera SHELL en su reclamo. A su juicio, debe rechazarse éste, por carecer de fundamentos.

- 5.- A fs. 165 se recibió la causa a prueba.
- 6.- A fs. 179 y 186, respectivamente, depusieron los testigos señores Juan Carlos Méndez González y Raphael Bergoéing Vela, presentados por la Empresa Nacional del Petróleo.
- 7.- A fs. 282 ENAP acompañó el documento denominado "Análisis del papel de EMALCO en el mercado de los combustibles; de los servicios que presta; de los contratos que celebra y del sistema tarifario", que corresponde a un informe evacuado por ANINAT Y MENDEZ, economistas y consultores, acerca de los siguientes hechos controvertidos en autos.
- 8.- A fs. 347 SHELL acompañó un documento denominado "Análisis de la Estructura del Mercado de los Distribuidores de Combustibles", elaborado por la Sociedad de Profesionales PROCONSULT LIMITADA, firma especialista en estudios de ingeniería, económicos y financieros, que analiza el mercado de la distribución de combustibles en Chile, especialmente, a contar de la entrada de EMALCO a dicho mercado.
- 9.- De fs. 359 a 378 corren documentos allegados por EMALCO denominados "Bases para la Licitación por el Arrendamiento de Terrenos ubicados en la Planta de Maipú de EMALCO".
- 10.- A fs. 391, EMALCO acompañó diversos documentos para acreditar el conocimiento de SHELL del sistema tarifario de EMALCO y la existencia de contratos de almacenamiento celebrados entre EMALCO y ENEX S.A., filial de SHELL.
- 11.- De fs. 441 a 445 rola la absolución de posiciones de don Francisco Javier Oyarzún Parada, Gerente General de la Empresa Almacenadora de Combustibles Limitada (EMALCO).

12.- De fs. 449 a 645 se agregaron copias de los contratos de servicios entre EMALCO y las siguientes empresas: ENAP, PETROX, Refinería de Petróleo Concón S.A., COMAR, ENEX y APEX, GAZPAL y ABASTIBLE; copia de un contrato de arrendamiento entre EMALCO y ENAP; y copias de los estados financieros de EMALCO desde su formación, examinados por Price Waterhouse, los que a juicio de ésta presentan razonablemente la situación financiera de esa Compañía al 31 de Diciembre de 1987 y 1986 y los resultados de sus operaciones y cambios en la posición financiera por los respectivos ejercicios, de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados y uniformemente aplicados.

13.- Se trajeron los autos en relación y se procedió a la vista de la causa.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS TACHAS:

PRIMERO: Que la parte de SHELL tachó al testigo don Juan Carlos Méndez González, economista, porque, a su juicio, éste carece de la imparcialidad necesaria para declarar en el proceso por tener un interés directo o indirecto, lo que lo hace inhábil en conformidad con lo dispuesto por el artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil. La tacha se fundó en las respuestas dadas por el testigo a las preguntas previas a su testimonio. El testigo reconoció pertenecer a la Consultora Aninat y Méndez, la cual fue requerida por ENAP para estudiar los cargos y descargos de esta causa, esto es, para asesorarla en las materias que se debaten en este juicio.

La misma parte (SHELL) tachó también al testigo don Raphael Bergoeing Vela por haber sido asesor económico en la misma firma Aninat y Méndez, desde Agosto de 1987 al 10 de Marzo de 1988. El testigo reconoció haberse desempeñado como investigador de esa sociedad, durante ese lapso, y añade que se le solicitó participar en el proyecto encomendado por ENAP.

SHELL basó su tacha en la misma causal legal del otro declarante, ya que, a su juicio, el testigo entró al conocimiento de los hechos que se debaten en esta causa y ha percibido honorarios por los estudios realizados en favor de ENAP, teniendo

interés y conveniencia en que su diagnóstico sea acogido favorablemente por la Comisión.

SEGUNDO: Que esta Comisión acogerá las tachas opuestas porque, apreciando sus fundamentos en conciencia, considera que el hecho de haber participado ambos testigos en un trabajo profesional y remunerado implica, a lo menos, tener un interés indirecto en el pleito, lo que les resta imparcialidad en los términos del artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante la aceptación de las tachas, el Tribunal valorará en conciencia los testimonios de las personas tachadas, atendidas sus atribuciones, entre las cuales se encuentran la facultad de actuar de oficio y la de admitir no sólo los medios de prueba contenidos en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, sino que todo indicio o antecedente que, en su concepto, sea idóneo para establecer los hechos del proceso.

EN CUANTO AL FONDO:

TERCERO: Que SHELL Chile S.A. Comercial e Industrial ha denunciado conductas atentatorias contra la libre competencia de la empresa Almacenadora Nacional de Petróleo (ENAP), y de ésta, las que se han realizado mediante el arrendamiento de terrenos para la instalación de llenadores de camiones y el otorgamiento de facilidades de almacenaje y manejo en condiciones privilegiadas a distribuidores minoristas, a quienes, además, vendería a precios de mayorista, pasando ENAP-EMALCO a ser un oferente marginal que fija los precios del mercado.

CUARTO: Que tanto EMALCO como ENAP solicitaron a esta Comisión que rechazara la denuncia interpuesta por SHELL en su contra.

EMALCO sostiene, en síntesis, que su ingreso al mercado de la distribución mayorista en el mercado de los combustibles, no ha significado una intervención o manipulación del mismo, pues lo ha hecho sin discriminación alguna y ciñéndose en todo a los marcos legales y estatutarios.

ENAP, por su parte, niega, también, que tanto esa

empresa como EMALCO estén vulnerando la legislación antimonopolios en relación con la distribución mayorista de los combustibles derivados del petróleo. Ninguna de las dos ha incurrido en un abuso de posición monopólica, ya que no han discriminado entre las empresas que utilizan los servicios de almacenaje; de este modo, más bien, su participación ha sido beneficiosa para la libre competencia.

QUINTO: Que esta Comisión concuerda con la opinión emitida por el señor Fiscal Nacional Económico sobre la materia.

En efecto, es cierto que existe un exceso de capacidad instalada de estanques de almacenamiento derivado de la liberalización del mercado de los combustibles, a contar del año 1979. En cuanto a este hecho no hay discrepancias entre las partes.

Como las tarifas que cobra EMALCO por los servicios que presta no son discriminatorias ni significan subsidios para sus usuarios, deben calificarse de reales y, por tanto, no infringen las normas que regulan la libre competencia.

La caída de los márgenes en la distribución, constatada hasta el año 1986, e imputada por SHELL a la creación de EMALCO, ha tenido otras causas ajenas a la existencia misma de esta empresa.

Cabe hacer presente que el informe de la Fiscalía Nacional se ha apoyado en dos antecedentes acompañados al expediente y que, atendida su procedencia, revisten importancia: el primero de ellos es un análisis de los costos de almacenamiento de combustibles para los casos de planta propia y de arriendo de EMALCO, elaborado por la Comisión Nacional de Energía. Sus conclusiones expresan que las tarifas cobradas por EMALCO reflejan el costo alternativo del usuario, o sea, el de construcción y de operación de sus propios estanques de almacenamiento, resaltando que los beneficios de menor riesgo y de mayor flexibilidad que implica el sistema de arriendo, no son determinantes.

El otro antecedente que le sirvió a la Fiscalía para emitir su informe es un estudio hecho por el Instituto de Economía de la Universidad Católica de Chile titulado "El Mercado de la Distribución de Combustibles, Mayo de 1987". Este expresa que si se analizara el costo de almacenamiento para EMALCO y se sobre

dimensionara la importancia del riesgo de construir una planta propia, el subsidio por litro sería entre \$ 0,32 y \$ 0,54.

Estos porcentajes representarían sólo un 10% de la disminución del margen total de distribución de los combustibles. Consecuencialmente, el deterioro de los márgenes de distribución no tiene conexión con la creación y funcionamiento de EMALCO.

SEXTO: Que las pruebas analizadas precedentemente, valoradas en conciencia, son, a juicio de esta Comisión, suficientes para formar la convicción del tribunal y desestimar la denuncia de SHELL.

No desvirtúan la conclusión anterior las probanzas allegadas por SHELL a los autos. Reafirma, en cambio, la conclusión del tribunal el resto de los antecedentes acompañados por EMALCO, entre los cuales se encuentran las copias de los contratos de servicios de ésta con las siguientes empresas: ENAP, PETROX, Refinería de Petróleo Concón S.A., COMAR, ENEX, GAZPAL y ABASTIBLE, todos los cuales se ajustan a la normativa vigente sobre libre competencia.

POR ESTAS CONSIDERACIONES y vistos además lo dispuesto por los artículos 17° inciso primero y 18° letra K) del Decreto Ley N° 211, de 1973, se declara:

1° Que se acogen las tachas deducidas por la defensa de SHELL en contra de los testigos señores Juan Carlos Méndez González y Raphael Bergoeing Vela, por la causal del N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil,

2° Que no ha lugar a la denuncia formulada por SHELL Chile S.A. Comercial e Industrial en contra de la Empresa Almacenadora de Combustibles Limitada (EMALCO), filial de la Empresa Nacional de Petróleo (ENAP), y de ésta.

Rol N° 306-87.

Pro//



nunciada por los señores Víctor Manuel Rivas del Canto, Mi-  
nistro de la Excma. Corte Suprema y Presidente de la Comi-  
sión, Gabriel Larroulet Ganderats, Tesorero General de la  
República, Arnaldo Gorziglia Balbi, Decano de la Facultad  
de Derecho de la Universidad Católica de Chile, Abraham  
Dueñas Strugo, subrogando al señor Director del Instituto  
Nacional de Estadísticas y Carlos Williamson Benaprés, subro-  
gando al señor Decano de la Facultad de Ciencias Económicas  
y Administrativas de la Universidad Católica de Chile.



*Carrasco*  
ELIANA CARRASCO CARRASCO  
Secretaria Abogado de la H.  
Comisión Resolutiva