

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 87/2009.

Santiago, trece de agosto de dos mil nueve.

VISTOS:

1. Demanda

1.1. Con fecha 4 de abril de 2008, don Gustavo Hasbún Selume interpuso una demanda en contra de Compañía de Petróleos de Chile S.A. (en adelante COPEC), Esso Chile Petrolera Ltda. (en adelante ESSO), y Shell Chile S.A. (en adelante SHELL), por infracciones a la libre competencia que consistirían en el abuso de posición dominante y acuerdos colusorios en la fijación de precios de gasolina al público en el mercado de venta de combustibles líquidos, en la Región Metropolitana;

1.2. La acción se funda, principalmente, en que las estaciones que operan bajo la marca de las demandadas, no traspasarían al público de manera inmediata la rebaja de los precios decretadas por la Empresa Nacional de Petróleo -en adelante ENAP- lo que se habría hecho evidente, en opinión del demandante, la última semana del mes de marzo de 2008, en la cual se produjo una reducción en el precio de los combustibles que publica ENAP de aproximadamente \$53 por litro. Sin embargo, en el caso de alzas de precios mayoristas, éstas son transferidas mucho más rápidamente a los consumidores;

1.3. Señala que la industria de combustibles se encuentra muy concentrada, tanto a nivel mayorista como minorista -estaciones de servicio- (las requeridas, junto con Repsol YPF -actualmente Terpel S.A-, controlan el 90% del mercado), lo que les permitiría acordar entre ellas los precios que imponen al público. Además, existe una fuerte integración vertical -que se ha incrementado en los últimos 10 años- y les otorgaría una amplia capacidad para ejercer poder monopólico;

1.4. En mérito de lo descrito, solicita la demandante:

- a) Instruir a las empresas requeridas que deben poner término a todo acuerdo o concertación entre ellas, ordenando su cese inmediato e imponiéndoles la obligación de comportarse independientemente en las decisiones de precios que deban adoptar en lo sucesivo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- b) Reiterar a esas mismas empresas la prohibición absoluta y permanente de efectuar, en el futuro, directa o indirectamente, cualquiera actividad, negociación, tratativa o acuerdo que tenga o pueda tener por objeto o efecto, entre otros, coordinar, concertar o aunar decisiones de precios de venta de combustibles líquidos;
- c) Instruir a las empresas distribuidoras en el sentido que deben determinar clara y precisamente el precio base o neto de contado o a plazo para cada uno de los combustibles que comercialicen, precio que debe ser público para todas las estaciones de servicio, y establecer condiciones de venta precisas, generales, razonables, no discriminatorias y públicas, eliminando todos los descuentos no objetivos que no reúnan copulativamente estas características;
- d) Imponer a las empresas requeridas las sanciones que ese H. Tribunal estime les son aplicables.

2. Contestación de SHELL

2.1. Con fecha 18 de junio de 2008, a fojas 70, contesta la demanda Shell Chile S.A.C.I., solicitando su rechazo con expresa condena en costas, por los siguientes antecedentes y argumentos:

2.2. Shell señala que su participación de mercado en la Región Metropolitana es de un 21%, mientras que la de Copec es superior a 50%, por lo que no sería efectivo que cuente con una posición dominante y menos que abuse de ella. Por otra parte, describe su política de precios –establecida autónomamente- y niega que haya existido o exista actualmente un acuerdo con sus competidores sobre esta materia. Por el contrario, argumenta que las fluctuaciones de precio mayorista no son obligatorias para el resto de los agentes del mercado, pues hay otros costos relevantes que determinan el precio a público y que, en el caso específico del mercado de la Región Metropolitana, es altamente competitivo y cada actor trata de retardar alzas y adelantar rebajas para incrementar volumen de ventas;

2.3. En relación con una eventual integración vertical, señala que esta no es en sí misma reprochable, por el contrario, suele ser el resultado de la misma competencia que lleva a formas de organización más eficientes. Sin perjuicio de lo anterior, sostiene ha desarrollado una política de no integrarse verticalmente, pues aun cuando la mayoría de las estaciones de servicio de la red de Shell son de su

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propiedad o arrendadas por ella, estas son explotadas por distribuidores y franquiciados independientes.

3. Contestación de ESSO

3.1. A fojas 92, Esso Chile Petrolera Ltda. interpone, en primer término, excepción de cosa juzgada. Considera que la demanda es idéntica a la conocida y resuelta por este Tribunal en el año 2005, existiendo la triple identidad que exige el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en la cosa pedida, en la causa de pedir y también en la identidad legal de personas, y no se funda en antecedentes nuevos y adicionales;

3.2. En subsidio, de no acogerse la excepción señalada precedentemente, considera que la demanda debe desecharse, por no existir prueba alguna de colusión para fijar precios. Agrega que, en general, los precios a público cambian dentro de las 24 horas de implementada la variación de precios mayoristas por ENAP, y que sus precios son determinados por una empresa relacionada, Esso Standard Oil S.A., sociedad constituida y domiciliada en Guatemala. Esta filial recibe los nuevos precios por parte de ENAP y determina el precio distribuidor mayorista para los revendedores y el precio a público en el caso de los comisionistas. En el primer caso, son los propios revendedores los que deciden el precio al público, mientras que en el caso de los comisionistas ESSO determina el precio que deben cobrar a partir de cada día jueves;

3.3. Por otra parte, señala que la demanda no contiene fundamentos sobre existencia de las supuestas conductas contrarias a la libre competencia denunciadas y que, por el contrario, los propios documentos que acompaña lo desvirtuaría.

4. Contestación de COPEC

4.1. Con fecha 20 de junio de 2008, a fojas 109, contesta la demanda Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A. Esta empresa argumenta que la concentración de mercado e integración vertical existente se explican por la intensa competencia en precios y en otras dimensiones de servicio, y mayor nivel de eficiencia en la industria, descartando la existencia de colusión;

4.2. Respecto de la rebaja transitoria del impuesto específico señalada en la demanda, afirma nada obliga a que sea traspasada a los distribuidores minoristas y que, no obstante ello, voluntariamente la traspasó el mismo día a sus concesionarios, incluso asumiendo una pérdida financiera respecto del stock de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

combustibles adquirido con el impuesto anterior. En consecuencia, solicita se rechace la demanda, con costas.

5. A fojas 127, se fijan como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

- a) Estructura y características del mercado en que se comercializan los productos materia de autos, y participación de las demandadas en el mismo, en la Región Metropolitana, a la época de las conductas denunciadas; y,
- b) Efectividad de que las demandadas fijen el precio a público de los combustibles que distribuyen a través de terceros; de que exista un acuerdo o práctica concertada entre aquellas; y oportunidad con que se reflejan en los precios a público las variaciones informadas semanalmente por ENAP, y su justificación, especial mente durante la última semana del mes de marzo del año 2008, en la Región Metropolitana.

6. Prueba rendida en la causa:

6.1. Por la parte demandante, se acompañaron los documentos que rolan a fojas 1, 17, 24, 33;

6.2. Por la demandada SHELL, los documentos de fojas 355, 356, 362, 401, y 426; declaraciones testimoniales de los Sres. Cristian Muñoz L. (fojas 608), Luis Durán C. (fojas 610), Iván Tagle M. (fojas 613), y Jaime Rosales R. (fojas 616);

6.3. Por la demandada ESSO, documentos de fojas 158, 184, 219, 229, 232, 236, 241, 258, 348 y X; y declaraciones testimoniales de los Sres. William Eisner (fojas 576), Alfredo Diez L. (fojas 580), Vincent McCor (fojas 553), Ricardo Sanhueza P. (fojas 586), Christian Hughes F. (fojas 588bis), Juan Pablo del Campo B. (fojas 588bis 3), y Maximiliano Montes S. (fojas 600);

6.4. Por la demandada COPEC, documentos de fojas 107, y declaraciones testimoniales de los Sres. Carlos Martínez R. (fojas 533), Andrés Contreras R. (fojas 535), Patricio Santa Cruz H. (fojas 538), Rodrigo Lladser P. (fojas 541), y Eduardo Bottinelli M. (fojas 551);

6.5. Informe de la Fiscalía Nacional Económica, a solicitud del Tribunal, que consta a fojas 622. Éste contiene una descripción del mercado relevante y un análisis de las conductas imputadas a las demandadas, concluyendo que no existen antecedentes que permitan establecer categóricamente la existencia de un acuerdo colusivo, y que las modificaciones de precios a mayoristas de ENAP,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en las últimas semanas del mes de marzo de 2008, fueron traspasadas casi completamente el mismo día de su ocurrencia;

7. A fojas 664, con fecha 22 de junio de 2008, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y, en la audiencia del día 6 de agosto del mismo año, se llevó a cabo la vista de la causa.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS TACHAS DE TESTIGOS:

Primero. Que, a fojas 601, la parte demandante opuso tacha en contra del testigo Sr. Maximiliano Montes Solar, por la causal establecida en el artículo 358 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, y fundada en que el testigo habría manifestado tener una relación de dependencia o subordinación con la parte que lo presenta. Evacuando el traslado conferido, tanto Esso como Shell señalan que el testigo ha concurrido libremente a declarar, sin tener ningún interés en el resultado del juicio, y que cuenta con experiencia y conocimiento respecto de los hechos materia de esta causa;

Segundo. Que, ponderados los elementos de hecho y argumentaciones de las partes, este Tribunal considera que, si bien el testigo es un empleado dependiente de la parte que lo presenta, en razón de su cargo tiene conocimiento directo de los hechos materia de la causa, por lo que rechazará la tacha formulada sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a su declaración bajo el criterio de la sana crítica, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA ALEGADA POR ESSO.

Tercero. Que la demandada ESSO Chile Petrolera Ltda. interpuso la excepción perentoria de cosa juzgada, argumentando que la acción deducida en su contra es idéntica a la conocida por este Tribunal en la causa Rol N° 10-04, que se resolvió por sentencia de 10 de junio de 2005. Señala que concurre la triple identidad señalada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en la cosa pedida, en la causa de pedir y también en la identidad legal de personas, y no se funda en antecedentes nuevos y adicionales;

Cuarto. Que, al respecto, deberá desecharse esta excepción por cuanto la demanda, si bien imputa conductas de la misma naturaleza que las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conocidas en el procedimiento Rol N° 10-04, claramente se refiere a hechos y conductas que habrían ocurrido en los años 2007 y 2008, posteriores y distintos a los hechos que fueron objeto del citado proceso;

EN CUANTO AL FONDO:

Quinto. Que, en esencia, la demanda de autos descansa en afirmar que las demandadas habrían incurrido en una sola conducta, consistente en concertarse para no traspasar a precios a público, de manera inmediata, una rebaja del impuesto específico a los combustibles y del precio a nivel mayorista determinado por la Empresa Nacional de Petróleo -de aproximadamente \$53 por litro- durante la última semana del mes de marzo de 2008;

Sexto. Que, habida cuenta de lo anterior, siguiendo la descripción de la conducta supuestamente ilícita contenida en la demanda, y antes de entrar a definir la naturaleza jurídica del hecho demandado y su eventual ilicitud, este Tribunal discernirá si se ha reunido en autos prueba suficiente que acredite la existencia misma de tal hecho. En concreto: (a) si ENAP decretó o no tal rebaja; (b) si las demandadas traspasaron a precios a público ese menor precio mayorista; (c) de haberlo hecho, si lo hicieron o no de manera “inmediata”; y, (d) si obraron mediante un acuerdo, esto es, haciendo concurrir sus voluntades con el objeto o el efecto de restringir, impedir o entorpecer la competencia;

Séptimo. Que, respecto de la rebaja de precios de ENAP, su existencia, monto y oportunidad no ha sido controvertida por las partes y se encuentra acreditada además por el documento que rola a fojas 348 de autos;

Octavo. Que, en cuanto a si las demandadas traspasaron esa rebaja, se encuentra acreditado en autos que ellas efectivamente informaron y traspasaron dicha reducción, tanto a sus distribuidores revendedores (los que, a su vez, fijaron de acuerdo con sus propios parámetros los precios a público), como al precio minorista fijado para sus distribuidores comisionistas. Así consta en el informe de la FNE de fojas 622, en el documento de fojas 348 y, respecto de la demandada SHELL, de las declaraciones que rolan a fojas 608 y 610, y de los documentos acompañados a fojas 519. Lo mismo se evidencia en relación con la demandada ESSO, según se desprende de los testimonios de fojas 580, 586, 588bis, 588bis 3, y 600; y, respecto de COPEC, de las declaraciones que rolan a fojas 533, 535, 538, 541, y 551, y de los documentos que rolan a fojas 107;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Noveno. Que, por otra parte, la demandante no aportó medios de prueba destinados a acreditar que las demandadas postergaron la rebaja de los precios a público. Por el contrario, existe evidencia en autos –declaraciones de testigos citadas en la consideración precedente y el informe de la FNE de fojas 622-, que permite concluir que la disminución en el precio mayorista fue traspasado al precio de venta a consumidor final en un lapso de no más de dos días, circunstancia esta última que, a juicio de este Tribunal, no puede estimarse como reprochable, atendidas las características de la industria tal como han sido presentadas en autos;

Décimo. Que, debe dejarse además establecido que la colusión imputada por el Sr. Hasbún tampoco se encuentra acreditada en autos, por lo que no es posible a este Tribunal establecer que el traspaso de la rebaja, ocurrido en la forma antes indicada, haya obedecido a un acuerdo de las demandadas contrario a las normas de la libre competencia;

Undécimo. Que, en efecto, no existe en el expediente ninguna declaración de testigos, ni documento ni medio de prueba alguno, ni indicios que permitan establecer la existencia de tal colusión, pues el demandante no aportó antecedentes en tal sentido. Sin perjuicio de lo anterior, las pruebas agregadas por las demandadas tampoco son suficientes para afirmar que el paralelismo observado en sus comportamientos inmediatamente posteriores al anuncio de rebaja de precios de ENAP fuera fruto de condiciones de mercado y no de una colusión;

Duodécimo. Que, con lo anterior, no cabe a este Tribunal sino concluir que la demanda de autos debe rechazarse en todas sus partes, por no haberse acreditado los hechos en que se funda;

Decimotercero. Que habiéndose rechazado así en todas sus partes la demanda interpuesta por el Sr. Hasbún, corresponde por último pronunciarse acerca de la expresa solicitud de condena en costas formulada por las demandadas;

Decimocuarto. Que, al respecto, es un hecho que el demandante, una vez interpuesto su libelo de demanda, cesó toda participación útil en el proceso. En efecto, tal como consta de autos, el demandante no presentó prueba alguna en la causa, sólo asistió a una de las audiencias testimoniales, no concurrió a absolver posiciones –estando debidamente citado para ello-, no compareció a la vista de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

causa e incluso tuvo que ser apercibido para notificar la resolución de fojas 127, que recibió la causa a prueba;

Decimoquinto. Que si bien la pasividad procesal del demandante no es por sí sola susceptible de reproche jurídico –pues, en general, las prerrogativas procesales son renunciables por su titular, en el entendido que dicha renuncia sólo obra en su propio perjuicio–, en aquellas materias de orden público en las que la ley ha otorgado excepcionalmente acción a los privados para poner en marcha el *ius puniendi* del Estado –como es el caso de la acción a la que se refiere el artículo 18 N° 1 del Decreto Ley N° 211– y en las que, además, los resultados del juicio dicen relación con un bien jurídico que no coincide necesariamente con el del particular que ejerce dicha acción –toda vez que lo que se persigue es restituir las condiciones de competencia en un mercado que ha sido afectado por la conducta cuya sanción se busca, y no satisfacer una pretensión competitiva o patrimonial específica asociada al demandante– la decisión de iniciar una acción y de sostenerla debe sopesarse y adoptarse con un mínimo de responsabilidad, a fin de evitar, tanto al órgano jurisdiccional que conoce de ella como a las partes que deben defenderse de la misma, los costos y la incertidumbre propios de todo litigio, mínimo de responsabilidad que no se ha observado en el caso de autos;

Decimosexto. Que en el caso de autos no se aprecia que el demandante haya actuado con el mínimo de responsabilidad antes indicado. La responsabilidad ciudadana y procesal antes referida no se cumple sólo con presentar una demanda de aparente interés popular en presencia de los medios de comunicación social, sino que exige hacerlo acompañando las pruebas o indicios que, de buena fe, el demandante considere suficientes para acreditar su pretensión, y colaborando con el tribunal en la consecución de los actos procesales necesarios para poder decidir la *litis* sobre la base de un mínimo de evidencia ponderable, nada de lo cual ha ocurrido en la especie;

Decimoséptimo. Que, en suma, considerando lo anterior, y el hecho que el demandante fue completamente vencido en el juicio, sólo cabe a este Tribunal dar lugar a la condena en costas al Sr. Hasbún solicitada por las demandadas, tal como se decidirá en la parte resolutive de esta sentencia;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18º N° 1); y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE:

- 1) **Desechar** la tacha opuesta por la parte demandante en contra del testigo Sr. Maximiliano Montes Solar;
- 2) **Rechazar** la excepción de cosa juzgada interpuesta por ESSO Chile Petrolera Ltda.; y,
- 3) **Rechazar la demanda** deducida a fojas 36 por el Sr. Gustavo Hasbún Selume en contra de Compañía de Petróleos de Chile S.A., Esso Chile Petrolera Ltda., y Shell Chile S.A., con costas.

Se previene que los Ministros Sres. Jara y Menchaca, sin perjuicio de concurrir al acuerdo, no participan de lo señalado en la consideración decimosexta de esta sentencia

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 157-08

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Javier Velozo Alcaide.