

Santiago, veintiuno de julio de dos mil diez.

VISTOS:

I. Primera demanda, ingresada con el Rol C 127-07.

1. A fojas 412, con fecha 4 de mayo de 2007, Nutripro S.A. (Nutripro) demandó a Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria (PTLA o el concesionario) por infringir el artículo 3° del Decreto Ley Nº 211, particularmente su letra b), y al Fisco de Chile (Fisco), porque el Ministerio de Obras Públicas (MOP) habría inducido y colaborado en el abuso de PTLA o facilitado el mismo.

Esta primera demanda ingresó con el Rol C 127-07.

1.1. Como antecedentes, Nutripro expone que importa productos nutricionales destinados al consumo animal, principalmente harina de carne y harina de víscera, desde Brasil y Argentina, que ingresa en camiones (de 24 maxibags de 1200 kg. aproximadamente) por el paso fronterizo de los Libertadores, V Región, hacia la localidad de Lontué, comuna de Curicó, donde se encuentran sus bodegas.

Explica que sus mercaderías están sujetas a control por parte de las autoridades aduaneras (SNA), sanitarias (SSA) y fitosanitarias (SAG) y que, desde el año 2006, el Puerto Terrestre Los Andes, que es operado por Puerto Terrestre los Andes Sociedad Concesionaria S.A., es el único lugar autorizado para la realización de dichos controles obligatorios.

1.2. Con respecto a PTLA, Nutripro señala que ésta ha abusado de su posición porque, por una parte, cobra por un servicio de estiba y desestiba que no presta y, por otra, cobra una tarifa excesiva por el servicio efectivamente prestado.

1.2.1. En cuanto a la primera conducta, Nutripro señala que PTLA cobra la tarifa máxima correspondiente al servicio de “estiba y desestiba”, en circunstancias que provee un servicio de “auxilio a la fiscalización”, que es más simple o de menor esfuerzo o actividad.

Explica que, según el Reglamento de Servicio de la Obra PTLA, el servicio de “estiba y desestiba” incluye 9 actividades, mientras que el servicio efectivamente prestado sólo contempla 3 o 4 de ellas, sin que exista estiba y desestiba, esto es, cargue y descargue de la mercadería, ni tampoco apilamiento, selección o movilización de la carga en el piso.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En este contexto, Nutripro precisa que PTLA sólo guía el camión al andén de revisión, lo desencarpa total o parcialmente, extrae una pequeña muestra de la carga, la devuelve al camión y lo encarpa nuevamente.

Por lo tanto, concluye que el servicio efectivamente prestado no corresponde al servicio de “estiba y desestiba”.

Nutripro agrega que PTLA reconoce que no presta el servicio de estiba y desestiba porque a partir de febrero de 2007, modificó la glosa o descripción del servicio en las facturas que emite a los transportistas a “inspección organismo fiscalizador”, sin perjuicio de lo cual mantuvo el código tarifario y precio correspondiente al servicio de “estiba y desestiba”.

En todo caso, agrega, el cobro por “inspección organismo fiscalizador” que la concesionaria actualmente está aplicando no tiene respaldo normativo alguno, ya que no se contiene en el Decreto de Adjudicación ni en el Reglamento de la Concesión.

1.2.2. La segunda conducta que Nutripro imputa a PTLA, consiste en que esta última cobra una tarifa excesiva por el servicio efectivamente provisto, ya que cobra la tarifa máxima correspondiente al servicio de “estiba y desestiba obligatorio” (TEDO), que es de \$84.000 reajustables (BALI 1.10.2.2 letra e), en circunstancias que, de corresponder un cobro por el servicio de “auxilio a la fiscalización, éste en ningún caso podría ser cercano al cobro por el servicio de “estiba y desestiba”.

Destaca a este respecto que la tarifa TEDO es una tarifa máxima, de modo que PTLA podría cobrar una inferior.

1.3. En cuanto al Fisco de Chile, Nutripro señala que el Ministerio de Obras Públicas ha participado en la ejecución de las conductas abusivas de PTLA, tanto en la fase de adjudicación como durante la explotación de la concesión, porque, por una parte, indujo a la concesionaria a abusar, al aprobar un marco regulatorio que se lo permite y, por otra parte, colabora con ella al no ejercer las facultades de fiscalización de que dispone y aprobar de esta forma su actuar ilegal.

1.3.1. Con respecto a la primera conducta que se imputa al Fisco de Chile, Nutripro señala que el MOP no reguló adecuadamente o no detalló en las BALI el cobro por el servicio de auxilio por parte de PTLA a los entes fiscalizadores, y que esta falta de precisión facilita o permite el abuso por parte de la concesionaria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.3.2. La segunda conducta que Nutripro imputa al Fisco de Chile, consiste en que, durante la explotación de la concesión, el MOP tuvo conocimiento del cobro abusivo, sin realizar ninguna actuación al respecto y, particularmente, no ejerció sus facultades legales habiendo sido requerido para ello. Al no ejercer sus potestades sobre la concesionaria, el MOP ha permitido a la concesionaria seguir cobrando por servicios que no realiza efectivamente, participando de esa forma en la ejecución del comportamiento abusivo que es objeto de esta demanda.

En este contexto, Nutripro señala que la Dirección General de Obras Públicas (DGOP) no se ha pronunciado respecto de la solicitud conjunta de Nutripro y Tucapel, efectuada en febrero de 2007, en orden a fijar la tarifa a cobrar por PTLA por el servicio de auxilio a los entes fiscalizadores y aplicar las multas correspondientes a ésta por efectuar cobros sin causa.

1.4. Según Nutripro, el mercado relevante corresponde al de *“Servicios portuarios terrestres a que se somete el transporte internacional de mercancías desde Argentina y demás países al oriente, que tengan como destino la zona central de Chile”*.

En dicho mercado, PTLA goza de un monopolio puesto que es el único operador portuario del Paso Los Libertadores. Además, es económicamente inviable usar otros pasos fronterizos terrestres (Cardenal Samoré o Pino Achado) u otros medios de transporte (marítimo o aéreo), tal como demostrarían los cuadros comparativos de los costos que incorpora a su demanda.

Agrega que no se conocen proyectos destinados a sustituir la ruta que actualmente utilizan los transportistas y que la concesión otorgada a PTLA impone fuertes barreras a la entrada de nuevos participantes, ya que ésta fue otorgada por un plazo de 240 meses contados desde el 23 de febrero de 2005 y confiere al concesionario exclusividad en la provisión de los servicios básicos comerciales.

Concluye que PTLA tiene posición dominante en el mercado relevante y que, en definitiva, los transportistas son usuarios cautivos de dicha empresa.

1.5. Como efecto de las conductas descritas, Nutripro señala que PTLA explota una renta monopólica que no podría obtener si estuviese en un régimen de competencia, y eleva el costo de materias primas, afectando la competitividad de aquellos importadores que no pueden traspasarlos a precio, o bien, a los consumidores en caso de que sí puedan.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.6. Por todo lo anterior, Nutripro solicita a este Tribunal, en síntesis:

- (i) Declarar que PTLA y el MOP han incurrido en las conductas contrarias a la libre competencia antes descritas;
- (ii) Ordenar a PTLA que cese en toda conducta que implique explotación abusiva de su posición dominante en el mercado de referencia;
- (iii) Ordenar al MOP que, en ejercicio de sus facultades, fije la tarifa del servicio comercial básico de auxilio a las actividades que desarrollan los entes fiscalizadores que debe prestar PTLA;
- (iv) En subsidio de lo anterior, modificar el Contrato de Concesión en aquella parte donde se indica la tarifa del servicio comercial básico que debe prestar PTLA;
- (v) Imponer a PTLA, sus Directores, Gerentes, Administradores y Representante Legal la multa más alta que para estos efectos determina el Decreto Ley N° 211, o bien lo que este Tribunal determine; y
- (vi) Condenar en costas a las demandadas.

II. Segunda demanda, ingresada con el Rol C 128-07.

2. A fojas 1252, con fecha 4 de mayo de 2007, Empresas Tucapel S.A. (Tucapel) también demandó a PTLA por infringir el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra b), y al Fisco, invocando fundamentos de hecho, de derecho y económicos análogos a los expuestos por Nutripro.

Esta segunda demanda ingresó con el Rol C 128-07.

2.1. A diferencia de Nutripro, Tucapel expone que importa productos nutricionales destinados al consumo humano, principalmente arroz, desde Argentina, que ingresa en camiones (de 560 sacos de 50 kg. aproximadamente) por el paso fronterizo de los Libertadores, V Región, hacia la Región Metropolitana, donde se encuentran sus bodegas.

Por lo tanto, a propósito de la definición de mercado relevante, los cuadros comparativos de costos de transporte que incorpora Tucapel a su demanda, también son diferentes de los presentados por Nutripro.

2.2. Por lo anterior, Tucapel formula peticiones análogas a las de Nutripro, consignadas en el punto 1.6 anterior.

III. Tercera demanda, ingresada con el Rol C 130-07.

3. A fojas 2257, con fecha 18 de mayo de 2007, Comercial Terramar Limitada (Terramar) también demandó a PTLA por infringir el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra b), y al Fisco, invocando fundamentos de hecho, de derecho y económicos análogos a los expuestos por Nutripro y Tucapel.

Esta tercera demanda ingresó con el Rol C 128-07.

3.1. A diferencia de Nutripro y de Tucapel, Terramar expone que importa productos nutricionales destinados al consumo animal, principalmente harina de pollo y harina de vísceras de pollo, desde Brasil, que ingresa en camiones (de 18 maxibags de 1200 kg. aproximadamente) por el paso fronterizo de los Libertadores, V Región, hacia Colina, Región Metropolitana, donde se encuentran sus bodegas.

Por lo tanto, a propósito de la definición de mercado relevante, los cuadros comparativos de costos de transporte que incorpora Terramar a su demanda, también son diferentes de los presentados por Nutripro y por Tucapel.

3.2. A propósito de la primera conducta contraria a la competencia que se imputa a PTLA, Terramar sostiene también que la concesionaria sólo puede cobrar por servicios efectivamente prestados, y explica que ello es reconocido en el punto 1.10.14 de las BALI, conforme con el cual no toda fiscalización supone estiba y desestiba.

En la especie, indica Terramar, la fiscalización por parte del SAG se lleva a cabo conforme a un procedimiento reglado, que puede ser de dos formas: (i) con una mera inspección visual de las mercancías como regula el Manual de Procedimientos de Importaciones Pecuarias, por la que el SAG cobra \$ 32.000, o bien, (ii) junto con la anterior, mediante la obtención de una pequeña muestra de la mercancía para su posterior examen, tal como regula el Fax No 373 del Jefe de la División de Protección Pecuaria del SAG, por lo cual el SAG cobra \$ 27.000 adicionales.

Señala que la aplicación de uno u otro procedimiento, depende de lo que ordena el Jefe de División antes señalado, mediante comunicaciones semanales que señalan de qué fabricantes corresponde obtener muestras. En ambos casos, sostiene Terramar, la labor del personal de PTLA se limita exclusivamente a desencarpar el camión parcialmente, y después proceder a su encarpe, ya que los funcionarios del SAG son los únicos autorizados para extraer las muestras.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.3. A propósito de la segunda conducta contraria a la competencia que se imputa a PTLA, Terramar expone que reclamó por escrito a la concesionaria por los cobros abusivos referidos, y que el 9 de abril recibió una respuesta de PTLA. Señala que en esa respuesta, la concesionaria incurre en diversas imprecisiones, puesto que no sería cierto lo que se afirma en ella, en cuanto a que la tarifa por el servicio de “estiba y desestiba” sea aplicable a todos los camiones que son inspeccionados, ni tampoco que este servicio contemple “el conjunto o cualquiera” de las 9 actividades descritas en el Manual de Operaciones, o que el precio fijado en las BALI sea “único e indivisible”.

Por lo tanto, agrega Terramar, no es atendible el argumento de PTLA vertido en esa carta, en cuanto a que esté obligada a cobrar por camión la tarifa referida al código SBC-05, ya que la única regla del MOP es que la tarifa máxima por camión no sobrepase la suma de \$ 84.000, reajustables. Así, concluye esta demandante, dentro de los márgenes legales para fijar las tarifas que efectivamente debe cobrar, PTLA es enteramente responsable del nivel de precios que factura a los usuarios.

3.4. Por lo anterior, Terramar formula peticiones análogas a las de Nutripro y Tucapel, consignadas en el punto 1.6 anterior.

IV. Cuarta demanda, ingresada con el Rol C 141-07.

4. A fojas 3406, con fecha 14 de agosto de 2007, ED&F Man Chile S.A. (Man) también demandó a PTLA por infringir el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra b), invocando fundamentos de hecho, de derecho y económicos análogos a los expuestos por Nutripro, Tucapel y Terramar.

Esta cuarta demanda ingresó con el Rol C 141-07.

4.1. En ella, Man expone que importa productos destinados al consumo humano, principalmente azúcar, desde Argentina, que ingresa en camiones (en sacos) por el paso de Los Libertadores, para su distribución en el mercado interno.

Como antecedentes, Man agrega que ha sostenido conversaciones con PTLA y que en marzo de 2007, solicitó formalmente al MOP la modificación de la tarifa y el ejercicio de las facultades de fiscalización que le corresponden de acuerdo con las BALI. No obstante, el MOP respondió negativamente a su solicitud y sus gestiones extrajudiciales con PTLA tampoco han tenido éxito.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.2. A propósito de las conductas, Man señala que la PTLA cobra por el servicio de “estiba y desestiba” completo, en circunstancias que realiza una parte mínima de las actividades que dicho servicio comprende conforme al Manual de Servicio.

En este contexto, Man precisa que, en los hechos, sólo se desencarpa el remolque, se extrae un saco por personal del SSA y del SAG, se inspecciona por medio de la introducción de un instrumento especial, se devuelve el saco al camión y, por último, se encarpa el vehículo.

Por ello, Man considera que el servicio efectivamente provisto por PTLA corresponde únicamente al “encarpe y desencarpe” del camión, y agrega que antes de la operación de PTLA, ese servicio tenía una tarifa de \$ 9.000, con lo cual actualmente se cobra una tarifa 1000% superior.

Precisa que, actualmente, el servicio de “encarpe y desencarpe” tiene asignada una tarifa de US\$ 13, bajo el código TSC-17, de acuerdo con los anexos tarifarios de PTLA, y considera que debe aplicarse esa tarifa, o bien, rebajarse la tarifa correspondiente al servicio de “estiba y desestiba” en proporción a los servicios efectivamente realizados y exigidos.

4.3. A propósito de la definición de mercado relevante, Man afirma también que es económicamente inviable usar otros pasos fronterizos terrestres u otros medios de transporte (marítimo o aéreo) que, atendidas las rutas desde los centros de producción de azúcar, serían mucho más costosos. No incorpora cuadros comparativos de costos de transporte, pero afirma que el uso de otros pasos fronterizos elevaría los costos, al menos al doble, sin perjuicio de la mayor demora y el factor climático.

4.4. Por lo anterior, Man formula peticiones respecto de PTLA, similares a las de Nutripro, Tucapel y Terramar, pero difiere de estas últimas en cuanto Man no incorpora peticiones respecto del Fisco de Chile, ya que no lo demanda. Así, las peticiones de Man excluyen la petición del numeral (i) del punto 1.6 anterior respecto del MOP, y la del numeral (iii) del mismo punto, pues no solicita que se declare que el MOP ha incurrido en infracción, ni tampoco que se le ordene fijar la tarifa.

V. Quinta demanda, ingresada con el Rol C 145-07.

5. A fojas 3714, con fecha 3 de octubre de 2007, Agroexportadora e Importadora Ltda. y Agrícola Tarapacá Ltda. (ambas, Ariztía) también demandaron conjuntamente a PTLA por infringir el artículo 3° del Decreto Ley N° 211,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

particularmente su letra b), y al Fisco, porque el Ministerio de Obras Públicas (MOP) habría permitido ese abuso al no ejercer sus facultades legales, participando así de la infracción de PTLA.

Esta quinta demanda ingresó con el Rol C 145-07.

5.1. Como antecedentes, Agroexportadora e Importadora Ltda. y Agrícola Tarapacá Ltda. exponen que importan granos (trigo, maíz, soya), desde Argentina, que ingresan en camiones (de 28 toneladas) por el paso de Los Libertadores, y que son utilizados por Empresas Ariztía como insumo para la producción de alimentos, tanto en la zona central como en Arica.

Por lo tanto, las mercaderías de Agroexportadora e Importadora Ltda. y Agrícola Tarapacá Ltda. (ambas, Ariztía) están sujetas a control por parte de las autoridades aduaneras (SNA), sanitarias (SSA) y fitosanitarias (SAG), al igual que los productos de los demandantes previos.

5.2. Con respecto a la primera de las conductas que se imputan a PTLA, esto es, que PTLA cobra por un servicio que no presta, Ariztía sostiene que la concesionaria asimila abusivamente las operaciones de estiba y desestiba a las de inspección o aforo.

En este contexto, Ariztía explica que las operaciones de inspección y aforo obligatorias exigidas por los organismos fiscalizadores –SNA, SSA y SAG- son una toma o extracción de muestras que no corresponde a un “servicio tradicional de estiba y desestiba” en los términos definidos en las BALI.

Precisa que la inspección del SAG consiste en que el camión accede a un andén de revisión y se le levanta el costado izquierdo de la carpa (en uno o dos metros), para que un funcionario extraiga una muestra (que no supera los dos o tres kilos) con un recipiente de plástico. El único servicio que presta PTLA consiste en guiar el camión al andén de revisión, descubrir y volver a cubrir el camión con la carpa, apoyando al fiscalizador encargado de inspeccionar o aforar. En efecto, aún si se estimara que la extracción de una muestra es descarga, ella es necesariamente realizada por el organismo fiscalizador, ya que corresponde al ejercicio de facultades legales indelegables.

Concluye que, por lo tanto, la labor de apoyo a la inspección y aforo que realiza PTLA no puede asimilarse al servicio tradicional de “estiba y desestiba” regulado en las BALI, ya que no existe descarga ni carga de la mercadería, que se realice a requerimiento de los organismos fiscalizadores.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.3. En cuanto a la segunda conducta que se atribuye a PTLA, consistente en cobrar una tarifa excesiva por el servicio efectivamente prestado, Ariztía señala que PTLA cobra por aquello definido como “acceso al recinto y uso de infraestructura de parqueaderos y andenes” (que tiene tarifa \$0) la tarifa correspondiente al servicio de estiba y desestiba (\$91.500), asimilando abusivamente inspección y aforo con estiba y desestiba.

Al respecto argumenta que, de acuerdo con las BALI, el servicio prestado por PTLA a los camiones que transportan granos corresponde a “acceso al recinto y uso de infraestructura de parqueaderos y andenes” (TAR) que tiene tarifa \$0, e incluye las operaciones de inspección y de aforo que realizan los organismos fiscalizadores, o en subsidio, “encarpe y desencarpe de camiones” (TSC-17) que tiene tarifa US\$ 13, o en subsidio, corresponde a un “servicio complementario” que debe prestarse previa autorización del inspector fiscal. Agrega que, antes de la operación de PTLA, el “sindicato de aforistas” cobraba un precio por inspección o aforo que no superaba los \$6.500 por camión.

Concluye así, a diferencia de los demandantes previos, que el problema no son las BALI, sino quien las aplica, en este caso PTLA, que las interpreta de una manera indebida.

Ariztía contradice las afirmaciones de PTLA en cuanto a que la tarifa fijada en las BALI es “única e indivisible”, y, en todo caso, tampoco puede decirse que el MOP lo haya establecido así, porque fue PTLA quien ofertó 0\$ por “acceso al recinto y uso de infraestructura de parqueadero y andenes” (TAR). Agrega que tampoco es atendible que PTLA acuda al argumento del costo fijo, porque tales costos no existirían para las operaciones de inspección y aforo.

5.4. Con respecto al MOP, Ariztía señala que su participación ha sido un “dejar hacer”, pese a estar expresamente facultado por las BALI para establecer modificaciones, regulaciones, condiciones o modalidades a los servicios obligatorios cuando el PTLA realice cualquier arbitrio que tenga por finalidad o efecto, eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia (1.10.4, letra C 12). Esta omisión lo hace partícipe del abuso de PTLA.

5.5. A propósito de la definición de mercado relevante, Ariztía afirma también que es imposible sustituir el paso de Los Libertadores. No incorpora cuadros comparativos de costos de transporte, pero afirma que el uso de otros pasos fronterizos le haría incurrir en altísimos costos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En dicho mercado, Ariztía afirma que PTLA goza de un monopolio de derecho atendida la concesión otorgada por el MOP y que su poder de mercado queda en evidencia, además, por su ejercicio en la comisión de los abusos que son objeto de la demanda.

5.6. Por todo lo anterior, Ariztía solicita a este Tribunal:

- (i) Declarar que PTLA ha incurrido en las conductas contrarias a la libre competencia antes descritas;
- (ii) Ordenar a PTLA que cese en toda conducta que implique explotación abusiva de su posición dominante en el mercado de referencia, en especial, que se ordene a PTLA cesar en los cobros que efectúa a los vehículos objeto de inspección;
- (iii) Que el Fisco, por intermedio del DGOP y conforme a la facultad dispuesta en el 1.10.4, letra C 12 de las BALI, ordene a PTLA abstenerse de seguir cobrando la tarifa correspondiente al servicio de estiba y desestiba, siendo que el servicio efectivamente prestado corresponde a inspección u aforo, por el cual PTLA ofreció \$0;
- (iv) En subsidio de lo anterior, que el Fisco, por intermedio del DGOP y conforme a la facultad dispuesta en el 1.10.4, letra C 12 de las BALI, fije el precio que debe cobrar PTLA por el servicio de inspección u aforo de vehículos que transportan granos a granel por el paso de Los Libertadores;
- (v) Imponer a PTLA y al Fisco la multa que este Tribunal determine; y
- (vi) Condenar en costas a las demandadas.

VI. Sexta demanda, ingresada con el Rol C 146-07.

6. A fojas 3787, con fecha 3 de octubre de 2007, Soprodu S.A. (Soprodu) también demandó a PTLA por infringir el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra b), y al Fisco, formulando peticiones e invocando fundamentos de hecho, de derecho y económicos análogos a los expuestos por Agroexportadora e Importadora Ltda. y Agrícola Tarapacá Ltda.

Esta sexta demanda ingresó con el Rol C 146-07.

6.1. Soprodu expone que también importa granos (trigo, maíz, soya), que ingresa en camiones (de 28 toneladas) por el paso de Los Libertadores, hacia los centros de distribución ubicados en Quillota y San Antonio.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.2. A propósito del poder de mercado de PTLA, Soprodi agrega que en el año 2003 construyó una planta denominada Agroin Las Piedras Ltda. en la provincia de Mendoza para transferir, almacenar y procesar productos agrícolas y avícolas, con lo cual su posibilidad de sustituir el paso de Los Libertadores es aún más limitada.

VII. Séptima demanda, ingresada con el Rol C 159-08.

7. A fojas 4126, con fecha 16 de abril de 2008, Graneles de Chile S.A. (Graneles), también demandó a PTLA por infringir el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra b), y al Fisco, invocando fundamentos de hecho, de derecho y económicos análogos a los expuestos por Nutripro y Tucapel.

Esta séptima demanda ingresó con el Rol C 159-08.

7.1. En ella, Graneles expone que importa granos para su comercialización a la industria alimenticia, que ingresa por vía terrestre y marítima hacia la zona central de Chile, y que también están sujetos a control por parte de las autoridades aduaneras (SNA), sanitarias (SSA) y fitosanitarias (SAG), al igual que los productos de los demandantes previos.

No obstante, destaca que los productos que importa desde Argentina ingresan por el paso de Los Libertadores y, a propósito de la definición de mercado relevante, afirma que para ese par de origen y destino resulta extremadamente oneroso valerse del flete marítimo con respecto al terrestre, siendo mercados claramente diferenciados.

En cuanto a la posibilidad de utilizar otros pasos fronterizos terrestres, Graneles también incorpora cuadros comparativos de costos de transporte, concluyendo que estos elevan los costos significativamente, sin perjuicio de la mayor demora y el factor climático, dejando un importante margen para que PTLA abuse.

7.2. Con respecto a la primera de las conductas que se imputan a PTLA, esto es, que PTLA cobra por un servicio que no presta, Graneles sostiene, al igual que los demandantes previos, que el servicio efectivamente prestado no corresponde al servicio de “estiba y desestiba” por el cual se cobra, sino en cambio, se trata de un servicio de “apoyo a la inspección” que consiste básicamente en tomar muestras para el SAG.

En este contexto, Graneles precisa que PTLA sólo realiza el desencarpe total o parcial del camión, toma algunas muestras con un balde vaciando su contenido en un mesón a objeto de ser inspeccionados por funcionarios del SAG, para luego

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

devolver la muestra y volver a encarpar el camión. Señala que esa operación no toma más de 5 minutos y por ella PTLA cobra la tarifa máxima autorizada por el contrato de concesión para un servicio distinto que no presta.

Agrega que la actuación de PTLA no solo infringe la libre competencia, sino también las BALI, ya que la tarifa máxima por servicio de “estiba y desestiba” sólo se puede cobrar cuando dicho servicio es requerido por los organismos fiscalizadores y es efectivamente prestado. Jamás ha ocurrido ni lo uno ni lo otro.

Además, destaca que PTLA no puede prestar el servicio de “estiba y desestiba” a los camiones a granel porque no tiene la infraestructura necesaria para hacerlo y que, en su contestación a la demanda de Ariztía, PTLA reconoce que su labor es de auxilio o apoyo a la inspección.

7.3. En cuanto a la segunda conducta que se atribuye a PTLA, consistente en cobrar una tarifa excesiva por el servicio efectivamente prestado, Graneles señala que las tarifas en cuestión no corresponden a tarifas de mercado, ni están en línea con los costos involucrados en la prestación de dichos servicios.

Argumenta que, en la especie, las BALI disponen que el precio a cobrar no puede superar la tarifa de mercado y, como referencia para establecer el justo precio, señala algunos precios conocidos de servicios similares provistos por puertos marítimos que van de los US\$ 13 a los US\$ 30.

Graneles contradice las afirmaciones de PTLA en cuanto a que la tarifa fijada en las BALI es “única e indivisible”, y, en todo caso, tampoco puede decirse que el MOP lo haya establecido así, porque fue PTLA quien ofertó 0\$ por “acceso al recinto y uso de infraestructura de parqueadero y andenes” (TAR). Agrega que tampoco es atendible que PTLA acuda al argumento del costo fijo, porque la realización de un subconjunto de actividades no implica capacidad ociosa.

7.4. En cuanto al Fisco de Chile, y en forma análoga a Nutripro, Tucapel y Terramar, Graneles señala que el MOP ha participado en la ejecución de las conductas abusivas de PTLA, porque, por una parte, aprobó un marco legal que se lo permitió, al no explicitar el servicio de apoyo a la inspección en el contrato de concesión y, por otra parte, ha consentido avalado o permitido tales abusos al no ejercer las facultades de fiscalización de que dispone de acuerdo a la LCOP y las BALI, que detalla en su demanda.

En particular, al igual que Ariztía y Soprodi, Graneles se refiere a la facultad que confieren las BALI a la DGOP para establecer modificaciones, regulaciones,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

condiciones o modalidades a los servicios obligatorios cuando el PTLA realice cualquier arbitrio que tenga por finalidad o efecto, eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia (1.10.4, letra C 12).

7.5. A propósito de la definición de mercado relevante, Graneles afirma que éste corresponde al de “servicios de apoyo aduaneros para el comercio internacional entre Argentina y la zona central de Chile”, enfatizando la insustituibilidad del paso de los Libertadores para ese par de origen y destino.

7.6. En cuanto a los efectos de las conductas descritas, Graneles señala que los ingresos por concepto de estiba y desestiba constituyen el 65% de los ingresos de PTLA y dan lugar a rentabilidades muy superiores, comparadas con las de autopistas interurbanas concesionadas, insertando cuadros que así lo muestran.

Agrega que, para un camión de maíz, el cobro de PTLA representa el 2,6% del valor de la carga y el 20% del costo de un transporte de dos días y que, si ese mayor costo pudiera ser traspasado al precio final, el consumidor chileno estaría financiando injustamente las rentabilidades sobrenormales de PTLA.

7.7. Adicionalmente, Graneles formula algunas consideraciones respecto de la licitación que dio origen a la concesión de PTLA (Licitación) y al efecto que habría producido el comportamiento “oportunista” de PTLA en la misma.

Al respecto, esta demandante señala que la existencia de una licitación no garantiza precios competitivos y precisa que, en este caso, la Licitación no necesariamente se adjudicó al oferente más competitivo, porque AZVI (grupo del que forma parte PTLA) tuvo un comportamiento “oportunista”, ya que ofreció y se comprometió a cobrar \$0 por el uso de la infraestructura o tarifa de acceso a recinto (TAR) –que era el único parámetro de competencia- pero en la práctica sí cobra por ello mediante la tarifa de estiba y desestiba.

Graneles afirma que, de hecho, las actividades de estiba y desestiba no incluyen el costo por el uso de infraestructura como parqueaderos y andenes porque se pensaba que existiría una tarifa diferenciada y complementaria por concepto de acceso (TAR). Por ello, y dado que PTLA se adjudicó la concesión precisamente porque ofreció tarifa \$0 por el uso de infraestructura, este costo no podría ser incluido o “camuflado” dentro de los ítems de costo que originan los cobros por los otros servicios.

De este modo, el adjudicatario habría burlado la competencia y quienes perdieron la licitación pudieron haber sido más baratos. Bajo determinados supuestos, los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ingresos de PTLA son entre un 100 y un 200% superiores que los que habría tenido el que resultó segundo en la licitación.

Además, ello provocaría distorsiones importantes no previstas, como evitar que el Estado comparta con el concesionario las ganancias sobrenormales, pues hizo inaplicable el techo de rentabilidad amarrado a TAR que estaba previsto.

7.8. Por todo lo anterior, Graneles solicita a este Tribunal, en síntesis:

- (i) Declarar que PTLA y el MOP han incurrido en las conductas contrarias a la libre competencia antes descritas;
- (ii) Ordenar a PTLA que cese en toda conducta que implique explotación abusiva de su posición dominante en el mercado de referencia;
- (iii) Ordenar que la DGOP instruya a PTLA a que cese en dichos abusos de posición dominante;
- (iv) Ordenar que PTLA, con el consentimiento de la DGOP, y previa consulta a este H. Tribunal, establezca cargos por sus servicios de apoyo a la Inspección por un monto máximo de US\$13 (trece dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), en consideración a que ese es el precio que actualmente cobra el Puerto de Valparaíso por labores equivalentes a las descritas;
- (v) En subsidio, ordenar que el MOP ponga término a la concesión otorgada a PTLA haciendo uso de sus facultades legales dispuestas en la LCOP y en la BALI y, si así lo estimare, re-licite esta concesión, previa indemnización a Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. por el valor de sus inversiones;
- (vi) Imponer a PTLA y al Fisco una multa equivalente a los montos cobrados en forma abusiva, o la que este Tribunal determine; y
- (vii) Condenar en costas a las demandadas.

VIII. Contestaciones de PTLA.

8. A fojas 765, con fecha 25 de junio de 2007, a fojas 1604, con fecha 25 de junio de 2007, a fojas 2612, con fecha 25 de junio de 2007, a fojas 3620 con fecha 9 de noviembre de 2007, a fojas 3880 con fecha 20 de diciembre de 2007 y a fojas 4187 con fecha 26 de mayo de 2008, PTLA contestó las demandas deducidas en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

su contra, solicitando que sean rechazadas, con costas, por las siguientes razones:

8.1. Como antecedentes, PTLA expone que es una concesión de obra pública de iniciativa pública concebida a comienzos de los 90, destinada a enfrentar el creciente tránsito del principal Corredor Bioceánico del país (que concentra algo más del 70% de la carga que ingresa a Chile por vía terrestre), y que implica entregar una infraestructura y servicios que den amplio apoyo a los entes públicos a cargo de fiscalizar el cumplimiento de normas en las fronteras estatales y a los transportistas mismos, cuyas cargas deben ser sometidas a controles aduaneros (SNA), sanitarios (SSA) y/o fitozoosanitarios (SAG).

PTLA ha materializado una inversión que supera los US\$ 51 millones al mes de abril de 2008, ocupando 24,5 hás de superficie, y genera y financia, directa o indirectamente, más de 300 puestos de trabajo, y en cumplimiento de sus obligaciones contractuales tiene proyectadas ampliaciones de la infraestructura (número de estacionamientos de camiones) que no le reportarán nuevos ingresos.

La construcción y operación de PTLA ha traído una serie de beneficios a la ciudad de los Andes, la gestión de los servicios públicos y a los usuarios, ya que: (i) reunió en un solo lugar a los tres servicios públicos; (ii) facilitó, agilizó e hizo más seguro el comercio internacional (iii) contribuyó a mejorar la calidad de vida de los habitantes de Los Andes; y (vi) normalizó la situación precaria de las personas que trabajan como movilizadores de carga.

8.2. PTLA se refiere al régimen legal aplicable a las concesiones de obra pública, citando los diversos artículos de la LCOP referidos a la definición de Obra Pública, a la competencia del MOP, a los criterios de asignación y al régimen económico o de tarifas aplicable. Luego, relata las distintas fases que siguió el proceso de licitación de autos: aprobación de las bases, presentación de ofertas técnicas y económicas, evaluación técnica, evaluación económica de ofertas técnicamente aceptables y, finalmente, adjudicación.

Precisa que, en el sistema jurídico de derecho público de estas concesiones, la competencia está definida ex-ante entre los participantes de la licitación, y que la competencia ex-post no es una hipótesis viable.

Agrega que, en este caso, la licitación fue competitiva, ya que el Estado tendió a minimizar la tarifa de acceso al recinto (TAR), que fue el factor económico de adjudicación de esta concesión.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

De hecho, el concesionario ofreció tarifa \$ 0 (cero peso) por concepto de TAR, haciendo suya la tarifa máxima establecida en las BALI para el servicio de estiba y desestiba obligatorio (TEDO). Por lo tanto, en el PTLA no hay cobro por el ingreso y uso general de sus construcciones e instalaciones, sino que se cobra a todos los usuarios de los servicios tarifados, sin discriminación y de modo igualitario.

La oferta de PTLA superó tanto en la evaluación técnica como en la económica a la competencia de los siguientes oferentes: a) Belfi - Ultramar - Agunsa y b) GICSA, Gestión de Infraestructura Concesionada, esta última formada por empresas de origen mexicano.

Con respecto a lo señalado por Graneles, en cuanto a que PTLA habría tenido un comportamiento oportunista y habría burlado la competencia en la licitación, PTLA señala que no procedía que las demás tarifas –distintas de TAR- fueran objeto de oferta, pues su máximo estaba fijado en las BALI. Tampoco es posible argumentar que otro concesionario habría cobrado una tarifa menor que la máxima regulada para el servicio de estiba y desestiba.

8.3. Con respecto a los servicios prestados por PTLA a los demandantes, ésta señala que sólo presta servicio de “estiba y desestiba” obligatorio a requerimiento de los organismos fiscalizadores, y que los actores asimilan interesada y equivocadamente dicho servicio, al servicio de acceso a recinto, de encarpe y desencarpe, a un servicio voluntario o complementario, o a labores propias de los entes públicos de control, minimizando la función que cumple PTLA.

PTLA señala que lo que el contrato de concesión denomina servicio de “estiba y desestiba” y está descrito en el Reglamento de Servicio, se refiere a las actividades de apoyo a las funciones fiscalizadoras, y es más amplio que una mera actividad de encarpe y desencarpe o de extracción de muestras. Se trata de un proceso integral que se inicia en el paso fronterizo Los Libertadores y concluye cuando el vehículo de carga se retira de PTLA hacia su lugar de destino.

Precisa que el servicio de estiba y desestiba contempla todos los aspectos de la actividad de PTLA y del apoyo a las funciones fiscalizadoras, que sólo se remuneran por la tarifa máxima autorizada.

Agrega que, de acuerdo con las BALI, para la prestación de dicho servicio PTLA debe poner y mantener a disposición de los organismos fiscalizadores la infraestructura, personal y recursos necesarios para atender sus requerimientos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

PTLA no tiene injerencia en el número de camiones o de fiscalizaciones que debe realizar, ni en el modo de llevar a cabo dicho control, ya que los servicios públicos fiscalizadores usan el PTLA de acuerdo a sus propios requerimientos técnicos. Luego, si la extracción de muestras involucra descargar el camión, así deberá hacerse.

Concluye que cuando las BALI aluden a labores de estiba y desestiba, se refieren a las actividades de apoyo a la fiscalización administrativa que son requeridas por los entes de control y no a otra cosa. Explica que el cambio de la glosa de las facturas fue para procurar un mejor entendimiento de los servicios prestados.

Frente al argumento de que los graneles jamás se descargan, PTLA señala que no realiza otras labores de estiba y desestiba que las de control que ordena el funcionario fiscalizador, y que no es posible ni razonable enunciar reglas particulares para cada fiscalización.

8.4. En cuanto a la tarifa que cobra, PTLA señala que no ha incurrido en abuso de posición dominante al cobrar la tarifa que el Estado de Chile le permite cobrar por los servicios de auxilio a la labor de fiscalización. Argumenta que, para que pueda haber abuso, el agente económico debe ser libre para fijar el precio, lo que no ocurre en este caso en que la tarifa fue fijada, está regulada y es fiscalizada por el Estado de Chile.

Estima audaz que se le impute una posición dominante, en circunstancias que no está en su poder decidir, ni menos anticipar o predecir de qué manera el SNA, el SAG o el SSA realizarán en cada caso sus respectivas funciones públicas de fiscalización.

Según PTLA “tarifa justa” es la fijada por la autoridad, y tiene derecho a cobrar la tarifa de \$ 84.000 reajustables fijada en el 1.12.2.2 letra e) de las BALI, sin distinguir según la cantidad de actividades a realizar, el mayor o menor esfuerzo que supone la labor, los tipos de carga o los particulares requerimientos de la autoridad.

Esta tarifa es lo único que se cobra al transportista (sin discriminación y de manera igualitaria) siempre y cuando los servicios públicos referidos pidan una fiscalización. No se cobra nada a los transportistas por su solo ingreso y egreso de PTLA.

Agrega que, dado que son los servicios públicos estatales quienes deciden cuántos y cuáles de los vehículos serán fiscalizados, si la tarifa fuera diferenciada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

-y considerando que no hay ingreso mínimo garantizado (IMG) para el concesionario-, muy probablemente habría disminuido el número de interesados en la licitación por la falta de certeza en los ingresos esperables.

Concluye que el régimen de tarifas del contrato de concesión está regido y se ajusta a normas de derecho público, que PTLA tiene derecho a cobrar las tarifas que señala su contrato y que lo que el Estado ha buscado es que éstas permitan, a lo menos, recuperar la inversión, pagar los costos de operación, y generar un legítimo retorno o rentabilidad al concesionario.

En este contexto, PTLA niega que las tarifas no estén en línea con los costos o que exista discriminación entre los distintos tipos de usuarios, porque todos ellos generan los mismos riesgos sanitarios y fitozoosanitarios.

Además, y con respecto a los cobros que existían antes de su entrada en operación, PTLA señala que el transportista contrataba directamente con el sindicato y que esos precios no incluían infraestructura, equipos o maquinarias modernas y especializadas.

8.5. En cuanto a los efectos de las conductas que se le imputan, PTLA niega tener rentas sobrenormales y no admite equivalencia entre su concesión y la de autopistas urbanas. También cuestiona los cálculos efectuados por los actores en cuanto a los porcentajes que el cobro de PTLA representa para ellos.

Por otra parte, PTLA afirma que acoger las pretensiones de modificación jurisdiccional de la tarifa hace nacer derechos indemnizatorios a favor del concesionario, afecta las facultades de otros órganos públicos en materia de concesiones y la credibilidad del Estado frente a la inversión extranjera y perjudica el control fronterizo.

Sostiene que los importadores deben asumir los costos de inversión y operación de PTLA porque generan los riesgos sanitarios y fitozoosanitarios que deben ser controlados. Por lo tanto, no corresponde que esos costos sean traspasados al Estado.

Concluye que las demandantes pretenden obtener ventajas en el tratamiento tarifario que reciben, sólo una vez materializada la importante inversión.

8.6. Adicionalmente, PTLA señala que este Tribunal es incompetente y solicita que así sea declarado en definitiva, toda vez que ninguno de los demandados tienen la calidad de agente económico y este asunto está regulado por normas de derecho público.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Argumenta que PTLA es una mera auxiliar de la administración del estado en su actividad fiscalizadora, y que la licitación, construcción, operación y régimen de tarifas de PTLA están reguladas por la LCOP y las BALI, y se rige por un marco legal, reglamentario y contractual de derecho público que es fiscalizado diariamente y al que PTLA se ha ajustado en todo momento.

En este contexto, afirma que PTLA nunca ha sido sancionada por transgredir normas operativas por el MOP, el inspector fiscal de obras, el SNA, SSA o el SAG. Ello es así porque el MOP estima que las tarifas se ajustan a la normativa aplicable.

Por otra parte, las demandas no recaen sobre actos mercantiles, sino sobre solemnes actos administrativos que no han sido impugnados, por todo lo cual la materia de autos no corresponde al ámbito de la libre competencia.

IX. Contestaciones del Fisco de Chile.

9. A fojas 3177, con fecha 31 de julio de 2007, a fojas 3951 con fecha 9 de enero de 2008, a fojas 4275 con fecha 30 de mayo de 2008, el Consejo de Defensa del Estado contestó las demandas deducidas en su contra, solicitando que sean rechazadas, con costas, por las siguientes razones:

9.1. Luego de controvertir expresamente los hechos en que se fundan los libelos, el CDE afirma que el MOP ha dado cumplimiento a la normativa de derecho público aplicable, que corresponde al DFL MOP N° 850, de 1997 Orgánica del MOP, LCOP, Reglamento de la LCOP, BALI y sus Circulares Aclaratorias, Oferta técnica y económica del adjudicatario y DS de Adjudicación.

Sostiene que el MOP ha actuado dentro de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, respetando el régimen de derecho público aplicable a las concesiones de obra pública y promoviendo la competencia “por la cancha” que, en principio, eliminaría las rentas monopólicas y reemplazaría la competencia “en la cancha” que no es posible.

9.2. Agrega que tanto los objetivos, las distintas actuaciones, etapas de la licitación, las obras que debía ejecutar, servicios que debía prestar y tarifas que podía cobrar el concesionario, están todas reguladas por normas de derecho público.

En este contexto, el CDE describe los objetivos y características del PTLA, la cronología de las actuaciones realizadas durante el proceso de licitación hasta su

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adjudicación, y señala las obras que debía ejecutar y los servicios que debía prestar el concesionario.

Además, el CDE señala las actuaciones que autorizaron la puesta en servicio y las tarifas que PTLA puede cobrar por cada uno de los servicios de acuerdo con las BALI y las resoluciones sobre la materia de la DGOP, destacando que la tarifa máxima del servicio de estiba y desestiba obligatorio es similar a la cobrada por el mismo servicio en recintos portuarios extranjeros de equivalente propósito, como Uruguayana de Brasil.

De acuerdo con las disposiciones contenidas en las BALI que regulan el servicio de estiba y desestiba, la actividad de PTLA no se limita a una simple extracción de muestras, para lo cual distingue la operación relativa a camiones de importación y de exportación, haciendo hincapié en la necesidad de contar con medios materiales y personales para la práctica de dichas actividades. En el evento de importación, distingue a su vez, entre la operación relativa a camiones con carga normal, peligrosa y con régimen de almacenaje, precisando las actividades que comprende la operación de carga normal como la de los demandantes.

En materia de tarifas, indica que las BALI disponen que el concesionario no puede discriminar entre usuarios de una misma categoría y debe cumplir determinadas condiciones para poder establecer estructuras tarifarias especiales.

9.3. Además, el CDE sostiene que el Decreto Ley N° 211 no es aplicable a los servicios y tarifas de PTLA, dado que el artículo 21 de la LCOP establece que el régimen económico del contrato de concesión se rige por normas de derecho público.

Al respecto, señala que ni el MOP ni los servicios públicos fiscalizadores (SNA, SSA y SAG) son agentes económicos o desarrollan actividades económicas en los términos del artículo 19° No 21° de la Constitución Política (subsidiariedad), sino que ejecutan o realizan una función o servicio público.

Por su parte, argumenta que PTLA es un recinto aduanero, sometido a la Potestad Aduanera y excluido, por lo tanto, de la aplicación de las normas que reglamentan la actividad económica de los privados.

9.4. Adicionalmente, el CDE señala que este Tribunal es incompetente porque las conductas que se imputan al MOP (i) falta de precisión en la normativa que regula las tarifas, y (ii) falta de control o fiscalización de la concesión, corresponden a lo que la doctrina y jurisprudencia denominan “falta de servicio”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Afirma que es pacífico en la Doctrina y Jurisprudencia que los asuntos en que se persigue la responsabilidad del Estado por falta de servicio deben ser conocidos, juzgados y resueltos por los Tribunales Ordinarios de Justicia, de manera que este Tribunal es incompetente.

9.5. Por último, el CDE señala que, en la especie, el MOP ha ejercido oportuna y permanentemente las facultades de fiscalización de la obra pública concesionada a PTLA, en todas las fases y, conforme con la normativa aplicable, ha fijado las tarifas y fiscalizado la concesión.

Con respecto al no ejercicio de la atribución que confiere el 1.10.4, letra C 12, el Fisco argumenta que se trata de una facultad discrecional que se enmarca dentro de las atribuciones exclusivas y excluyentes de la DGOP/MOP, no pudiendo otra autoridad inmiscuirse en su ejecución.

X. Acumulación de autos.

10. A fojas 2686, con fecha 11 de julio de 2007, el Tribunal ordenó acumular a la causa ingresada con el Rol C 127-2007, aquellas ingresadas con los Roles 128-07 y 130-07. A su vez, a fojas 3557, con fecha 26 de septiembre de 2007, se acumuló la causa Rol 141-07. Luego, a fojas 3836, con fecha 13 de diciembre de 2007 se acumularon también los juicios Rol 145-07 y 146-07 y, por último, a fojas 4330, con fecha 4 de junio de 2008 se acumuló el juicio Rol 159-08.

XI. Hechos substanciales, pertinentes y controvertidos.

11. A fojas 3238, con fecha 7 de agosto de 2007, se recibieron a prueba las causas Rol 127-07, 128-07 y 130-07. A fojas 4004, con fecha 10 de enero de 2008, se recibieron a prueba las causas Rol 141-07, 145-07 y 146-07. A fojas 4336, con fecha 5 de junio de 2008, se recibió a prueba la causa Rol 159-08. En todas esas resoluciones, se fijó el siguiente hecho substancial, pertinente y controvertido:

“Servicios prestados y cobros efectuados por la demandada Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. a los demandantes. Hechos y circunstancias que justificarían económicamente las tarifas cobradas y su fijación”

XII. Procurador común.

12. A fojas 4705, con fecha 5 de agosto de 2008, se ordenó designar un procurador común a: (i) Nutripro S.A., Empresas Tucapel S.A. y Comercial

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Terramar S.A.; y, (ii) Agroexportadora e Importadora Ltda., Agrícola Tarapacá Ltda. y Soprodu S.A.

XIII. Pruebas rendidas.

13. Documentos acompañados por las partes:

13.1. Nutripro acompañó: A fojas 412: (i) Copia de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal “Puerto Terrestre Los Andes”, aprobadas por Resolución N° 52, de 11 de marzo de 2004; (ii) Copia del Manual de Operaciones de PTLA; (iii) Tabla de Precios Máximos publicada por PTLA; (iv) Resolución N° 4246, de 7 de diciembre de 2006, del DGOP que señala tarifas y autoriza cobros en la obra pública fiscal “Puerto Terrestre de Los Andes”; (v) Decreto Supremo N° 1163, de 30 de noviembre de 2004, del MOP, mediante el cual se adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal “Puerto Terrestre Los Andes”; (vi) Resolución N° 6118, de 29 de noviembre de 2006, del Director Nacional de Aduanas mediante el cual se aprueban las instrucciones para el ingreso y retiro de las mercancías desde el PTLA; (vii) Copia de facturas emitidas a Nutripro por PTLA y otros documentos de respaldo de importaciones efectuadas por la primera; (viii) Copia de la presentación efectuada por Tucapel y Nutripro al Director General de Obras Públicas, el 7 de febrero de 2007, solicitando que se regulen las labores de auxilio a los servicios fiscalizadores, considerando tarifas de mercado para tales servicios y se inicie un procedimiento sancionatorio en contra del PTLA, del Oficio N° 165, de 8 de febrero de 2007, del DGOP, que remitió a la Coordinadora de Concesiones la presentación antes indicada, y de la presentación complementaria efectuada por Tucapel y Nutripro ante la Coordinadora de Concesiones, el 16 de marzo de 2007; (ix) Copia de la presentación efectuada por Tucapel y Nutripro al Director General de Obras Públicas, el 3 de abril de 2007, solicitando un pronunciamiento respecto de la presentación antes indicada, y del Oficio N° 208, de 4 de abril de 2007, del DGOP, que remitió a la Coordinadora de Concesiones esta nueva presentación; (x) Denuncia presentada por Nutripro, el 8 de febrero de 2007, ante la Fiscalía Nacional Económica. A fojas 4456: (xi) Copia de Instructivo para el muestreo de ingredientes de origen animal destinados a la alimentación animal, del SAG, que incorpora calendarios semanales de muestreo. A fojas 4697: (xii) Copia de carta de Nutripro al Jefe del SAG en el PTLA, de 26 de Mayo de 2008, consultando el horario de los servicios con su respectivo comprobante de envío, y correo electrónico y ordinario adjunto con la respuesta del SAG. Y, a fojas 5570: (xiii) Planilla Excel con todas las operaciones comerciales de importación de harina de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

carne y hueso realizadas por Nutripro a través del PTLA, entre agosto de 2007 y marzo de 2008, y los documentos de respaldo de dicha información.

13.2. Tucapel acompañó: A fojas 1252: (i) los mismos antecedentes acompañados por Nutripro a fojas 412 con los números (i) a (vi), y (viii). Además, (ii) Copia de facturas emitidas a Tucapel por PTLA y otros documentos de respaldo de importaciones efectuadas por la primera; (iii) Denuncia presentada por Tucapel el 8 de febrero de 2007, ante la Fiscalía Nacional Económica. A fojas 5526: (iv) Planilla Excel con todas las operaciones comerciales de importación de arroz realizadas por Tucapel a través del PTLA entre agosto de 2007 y marzo de 2008, y los documentos de respaldo de dicha información. A fojas 6505: (v) Copia de documentos que dan cuenta del proceso de reembarque y regreso a Argentina respecto de una carga de arroz de Tucapel, retenida y rechazada por el SAG en el PTLA. Y a fojas 6605: (vi) Documentos que dan cuenta del proceso de fumigación realizado en Agrícola Rio Blanco S.A, respecto de una carga de arroz de Tucapel, retenida por el SAG en el PTLA.

13.3. Terramar acompañó: A fojas 2257: (i) los mismos antecedentes acompañados por Nutripro a fojas 412 con los números (i) a (vi). Además, (ii) Carta de PTLA a Terramar, de 9 de abril de 2007, que responde un reclamo por cobro de servicios efectuado por la primera; (iii) Manual de Procedimientos Importaciones Pecuarias, de 1 de marzo de 2006, del Servicio Agrícola y Ganadero; (iv) Copia de Fax enviado por el Jefe de División de Protección Pecuaria del SAG a los Directores Regionales, el 27 de febrero 2007, sobre muestreo de harinas destinadas a la alimentación animal; (v) Copia de Instructivo para el muestreo de ingredientes de origen animal destinados a la alimentación animal, del SAG, que incorpora calendarios semanales de muestreo; (vi) Copia de facturas emitidas a Terramar por PTLA y otros documentos de respaldo de importaciones efectuadas por la primera. A fojas 4468: (vii) los mismos antecedentes acompañados por Nutripro a fojas 4456. A fojas 6309: (viii) Planilla Excel con todas las operaciones comerciales de importación de harina de plumas, fécula de mandioca, harina de vísceras e hidrolizado realizadas por Terramar a través del PTLA entre agosto de 2007 y marzo de 2008, y los documentos de respaldo de dicha información. Y a fojas 327 del cuaderno de informe pericial: (ix) Minuta de observaciones de José Enrique Fernández Larrañaga a los informes de Franco Parisi Fernández y Jorge Quiroz Castro.

13.4. Nutripro, Tucapel y Terramar, actuando conjuntamente, acompañaron: A fojas 5117: (i) Copia de la Cuenta Pública del Presidente del TDLC, de 14 de Mayo 2007; (ii) A fojas 5137: (ii) Documentos que contienen tarifas cobradas por otros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Puertos Marítimos (TPS, STI) y Terrestres (Banrisul) por servicios similares, y descripción de la empresa y servicios provistos por Banrisul. A fojas 5147: (iii) Dictamen N° 991 de 1996 de la Comisión Preventiva Central. A fojas 5156: (iv) Dictamen N° 1234 de 2003 de la Comisión Preventiva Central. A fojas 5163: (v) Acta de reunión extraordinaria de Vialidad y Transportes Chile-Argentina, de 12 agosto 2008, realizada entre las delegaciones de ambos países. A fojas 5174: (vi) Certificados y planillas emitidos por Nutripro, Empresas Tucapel S.A y Comercial Terramar Ltda. que dan cuenta de los montos totales pagados por cada una de ellas a PTLA por concepto de Inspección Organismo Fiscalizador, entre diciembre 2006 y julio 2008. A fojas 6390: (vii) Informe económico de Guillermo Paraje y Manuel Wellington titulado “Subsidios Cruzados y Precios Excesivos en el Puerto Terrestre Los Andes (PTLA)”. A fojas 6491: (viii) Partes de diversas sentencias extranjeras relativas a precios abusivos, abuso por servicios que no se prestan y sobre abusos facilitados o permitidos por autoridades públicas. A fojas 6500: (ix) Copia simple de la declaración prestada ante la FNE por Patricio Rafael Gaete, gerente general del PTLA. A fojas 6600: (x) Copia del Informe Final del Departamento de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Chile, titulado “Determinación de la Demanda y Definición del Negocio del Proyecto de Concesión Complejo Aduanero Los Andes Sector El Sauce”, de enero de 1998. A fojas 6633: (xi) Copia de extracto de constitución de la sociedad Cointer Chile S.A. A fojas 6773: (xii) Declaraciones juradas de Carlos Manuel Wellington y Guillermo Raúl Paraje, reconociendo el informe acompañado a fojas 6390. A fojas 7432: (xiii) Publicaciones efectuadas en El Mercurio, La Tercera y el portal web Focus Wine, todas de 18 de diciembre de 2009. Y a fojas 301 del cuaderno de informe pericial: (xiv) Informe elaborado por su asesor José Enrique Fernández Larrañaga titulado “Costo de Producción del Servicio de Apoyo a la Inspección de Camiones Cargados en el Puerto Terrestre de Los Andes”.

13.5. Man acompañó: A fojas 3406: (i) los mismos antecedentes acompañados por Nutripro a fojas 412 con los números (i), (ii) y (iii). A fojas 3544: (ii) Copia de facturas emitidas a Man por PTLA. A fojas 4748: (iii) Copia de facturas emitidas por PTLA a Man; (iv) Actas notariales de 16 y 26 de octubre de 2007 y 9 noviembre de 2007, en las que consta el movimiento de los patios del PTLA, el procedimiento efectuado por un funcionario del SAG a dos camiones en el PTLA y los trámites que solicita la Aduana para el control de los camiones, respectivamente; (v) Informe Económico elaborado por Patricio Rojas titulado “Informe Económico de las Tarifas de Estiba y Desestiba Cobradas por el Puerto Terrestre Los Andes”. Y a fojas 182 del cuaderno de informe pericial: (vi) Informe

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

elaborado por su asesor José Enrique Fernández Larrañaga titulado “Costo de Producción del Servicio de Apoyo a la Inspección de Camiones Cargados en el Puerto Terrestre de Los Andes”; y, (vii) Factura emitida por PTLA a Man;

13.6. Ariztía acompañó: A fojas 3714: (i) Copia de facturas emitidas a Ariztía por PTLA; (ii) Resolución N° 4246, de 7 de diciembre de 2006, del DGOP que señala tarifas y autoriza cobros en la obra pública fiscal “Puerto Terrestre de Los Andes”; (iii) Oferta económica del adjudicatario Azvi Chile S.A.; y, (iv) Carta de PTLA a Terramar, de 9 de abril de 2007, que responde un reclamo por cobro de servicios efectuado por la primera.

13.7. Soprodi acompañó: A fojas 3787: (i) Copia de facturas emitidas a Soprodi por PTLA; (ii) Resolución N° 4246, de 7 de diciembre de 2006, del DGOP que señala tarifas y autoriza cobros en la obra pública fiscal “Puerto Terrestre de Los Andes”; (iii) Oferta económica del adjudicatario Azvi Chile S.A.; y, (iv) Carta de PTLA a Terramar, de 9 de abril de 2007, que responde un reclamo por cobro de servicios efectuado por la primera.

13.8. Ariztía y Soprodi, actuando conjuntamente, acompañaron: A fojas 5002: (i) Ordinario N°1772 del SEREMI de Agricultura de la V Región, de 18 de mayo de 2007, respondiendo consultas efectuadas por Soprodi sobre la extracción de muestras. A Fojas 5012: (ii) Documento que describe el funcionamiento de la empresa Agroin Las Piedras Ltda. relacionada a Soprodi. A fojas 5016: (iii) DVD que contiene grabación de una operación de Inspección del SAG realizada a un camión con mercancía consignada a Soprodi. Y a fojas 5078: (iv) Informe económico de Rodrigo Harrison titulado “Demanda contra PTLA y el Fisco”.

13.9. Graneles acompañó: A fojas 4576: (i) Informe Económico de Gabriel Bitrán y Alejandro Briones titulado “Puerto Terrestre de Los Andes. Análisis desde la Perspectiva de Libre Competencia”. A fojas 4681: (ii) Copia de facturas emitidas a Graneles por PTLA; (iii) Copia de boletas de honorarios emitidas por distintos oferentes de servicios de carga y descarga previo a la licitación del PTLA; (iv) Oficio Ordinario N°406 del SAG, de 14 de enero de 2008; (v) Acta de retención y Orden de Tratamiento Cuarentenario, del SAG, de 11 y 12 de junio de 2008, respectivamente; (vi) Copia de factura de fumigación emitida a Graneles por Agrícola Río Blanco S.A., el 16 de junio de 2008; (vii) Resolución N° 592/2001 de la Comisión Resolutiva; (viii) Tabla de Precios Máximos publicada por PTLA; (ix) Lista de precios y definición de servicios prestados por Iquique Terminal Internacional; (x) Lista de precios del Puerto Seco de Mendoza. A fojas 4987: (xi) Declaraciones juradas de Gabriel Bitrán y Alejandro Briones, reconociendo el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

informe acompañado a fojas 4576. Y a fojas 53 del cuaderno de medida cautelar: (xii) Oficio Ordinario N°406 del SAG, de 14 de enero de 2008; (xiii) Oficio Ordinario N° 1976 del SNA, de 6 de febrero de 2008; (xiv) Copia de facturas emitidas a Graneles por PTLA; (xv) Acta notarial de inspección realizada en el PTLA y fotografías que forman parte de dicha acta; y, (xvi) Tabla de Precios Máximos publicada por PTLA.

13.10. PTLA acompañó: A fojas 765, 1604, 2612: (i) Copia de las Bases de Licitación de “Puerto Terrestre Los Andes”; (ii) Circulares Aclaratorias de las Bases de Licitación, emitidas por el DGOP; (iii) Acta de Adjudicación de la obra pública fiscal denominada Puerto Terrestre Los Andes, de 10 de noviembre de 2004, del DGOP; (iv) Decreto Supremo N° 1163, de 30 de noviembre de 2004, del MOP, mediante el cual se adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal “Puerto Terrestre Los Andes”; (v) Copia del Manual de Operaciones de PTLA; (vi) Resolución N° 4277, de 7 de diciembre de 2005, del DGOP que autoriza la puesta en servicio provisoria de la obra pública fiscal denominada Puerto Terrestre Los Andes; (vii) Memorándum, de 7 de junio de 2006, del estudio jurídico Barros & Errázuriz Abogados, sobre el servicio de estiba y desestiba de camiones en PTLA. A fojas 3880: (viii) Resolución N° 3884, de 29 de noviembre de 2007, del DGOP que autoriza la puesta en servicio definitiva de la obra pública fiscal denominada Puerto Terrestre Los Andes. A fojas 4769: (ix) Carta de PTLA al Administrador de la Aduana de los Andes, de 1 de agosto de 2008, solicitando que se certifiquen determinados hechos, y de su respuesta; (x) Carta de PTLA al Seremi de Salud de la V Región, de 1 de agosto de 2008, solicitando que se certifiquen determinados hechos, y de su respuesta. A fojas 4871: (xi) Informe en Derecho de Carlos Peña González titulado “Las concesiones y la libre competencia: ¿existe un vínculo necesario entre provisión monopólica de un bien o servicio y el abuso del poder de mercado?”; (xii) Informe en Derecho de Ricardo Sandoval López; (xiii) Informe Económico de Armando Espinoza titulado “Informe sobre Tarifa por Servicio de Estiba y Desestiba Concesión Puerto Terrestre Los Andes”, reconocido a fojas 6979; (xiv) Descripción del proceso físico y documental de las operaciones de importación y exportación por Aduana de Los Andes; (xv) Libros de registro de actividades en PTLA para el período comprendido entre enero de 2007 y julio de 2008, en 19 tomos; (xvi) Escritura de compraventa, de 10 de julio de 2008, en la cual PTLA compra y adquiere a nombre del Fisco terrenos necesarios para realizar obras viales de acceso a la concesión de Cointer Chile S.A.; (xvii) Carta de PTLA a la Inspectora Fiscal de Explotación, solicitando aprobación de tarifas de PTLA para el año 2008; (xviii) Copia de publicaciones en el diario La Tercera y en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el diario El Observador de tarifas de PTLA para el año 2008, de 15 y 18 de enero de 2008, respectivamente. A fojas 5082: (xix) Ordinario N° 801 de la DGOP a PTLA, de 12 de agosto de 2008, sobre el contenido de las BALI respecto al servicio de estiba y desestiba y a los servicios de apoyo a las labores de estiba y desestiba. A fojas 6964: (xx) Declaración jurada de Carlos Peña reconociendo el informe acompañado a fojas 4871. A fojas 7213: (xxi) Estadística de ingreso de camiones al PTLA entre enero y septiembre de los años 2008 y 2009; (xxii) Resolución N° 3801, de 23 de noviembre de 1998, del SAG, que contiene clasificación de los productos vegetales de internación según categoría de riesgo fitosanitario y establece condiciones de ingreso al país; (xxiii) Oficio N° 1064 de la Ministra de Agricultura al Vicepresidente de la Cámara de Diputados, de 4 de noviembre de 2008, en que informa acerca de los procedimientos de inspección de importaciones de productos silvoagrícolas al territorio nacional. A fojas 7431: (xxiv) Fotografía aérea del PTLA en la cual se indican sus instalaciones y versión de la misma en formato electrónico. A fojas 6 del cuaderno de informe pericial: (xxv) Disco compacto que contiene información sobre el movimiento y control de camiones en el PTLA desde enero de 2007 hasta noviembre 2008, y de la carta por medio de la cual fue entregada al perito. A fojas 20 del cuaderno de informe pericial: (xxvi) Disco compacto que contiene información sobre el movimiento y control de camiones en el PTLA del mes de diciembre de 2008, gráficos de ingreso e inspección de camiones, informe anual del costo de mano obra, servicios, flujograma, gráficos de permanencia camiones, proceso de inspección y tarifas de PTLA. A fojas 31 del cuaderno de informe pericial: (xxvii) Disco compacto que contiene información sobre tiempos de permanencia de camiones en PTLA y fiscalización; (xxviii) Disco compacto que contiene información sobre inspecciones realizadas en segundo semestre del 2007, año 2008, y enero y febrero de 2009; (xxix) Disco compacto que contiene Fecu de PTLA del 31 de diciembre de 2008 y Memoria de PTLA del 2007. A fojas 117 del cuaderno de informe pericial: (xxx) Disco Compacto que contiene una planilla en la que PTLA propone correcciones al informe pericial. Y a fojas 357 del cuaderno de informe pericial: (xxxi) Informe elaborado por su asesor Jorque Quiroz C. titulado “Comentarios y Observaciones a Informe Fernández Larrañaga, presentado por las partes Nutripro, Terramar, Tucapel y ED & F Man Chile, ante el Tribunal de la Libre Competencia, autos acumulados causa rol N° 127-07”.

13.11. El CDE acompañó: A fojas 3177: (i) Ordinarios N°659, 218 y 217, del Director Nacional de Aduanas, del Ministerio de Hacienda y del Gabinete Presidencial, respectivamente, que aprueban las Bases de Licitación, el proyecto de inversión y el proyecto de ejecución de obra pública fiscal por el sistema de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesiones; (ii) Resolución N° 52, de 11 de marzo de 2004, que aprueba las Bases de Licitación de PTLA; (iii) Copia de publicaciones en el diario El Mercurio y en el diario Oficial del llamado a licitación, de 7 y 9 de marzo de 2004, respectivamente; (iv) Actas de recepción de ofertas, de apertura de ofertas técnicas, de evaluación de ofertas técnicas, de apertura de ofertas económicas, de calificación de ofertas económicas y de adjudicación; (v) Oferta económica del adjudicatario Azvi Chile S.A.; (vi) Resolución N° 4246, de 7 de diciembre de 2006, del DGOP que señala tarifas y autoriza cobros en la obra pública fiscal “Puerto Terrestre de Los Andes”; (vii) Resolución N° 4227, de 7 de diciembre de 2006, del DGOP que autoriza puesta en servicio provisoria de la obra; (viii) Resolución N° 464, de 7 de febrero de 2007, del DGOP que señala tarifas reajustadas; (ix) Reglamento de Servicio de la Obra, incluido en la oferta técnica de Azvi Chile S.A, que incluye Manual de Operaciones con Circulaciones Principales, descripción del servicio que otorgará y estructura de cobro propuesta para dichos servicios; (x) Ordinario N° 1171, de la Coordinadora de Concesiones de Obras Públicas al DGOP adjuntando minuta explicativa sobre el servicio estiba y desestiba prestado por PTLA, en relación a presentaciones efectuadas por: (i) Soprodi; (ii) Agroexportadora e Importadora y Agrícola Tarapacá; (iii) Tucapel y Nutripro; (xi) Ordinario N° 1442, de la Coordinadora de Concesiones de Obras Públicas al DGOP adjuntando nueva minuta explicativa sobre el servicio estiba y desestiba prestado por PTLA, en relación a las presentaciones conjuntas efectuadas por Tucapel y Nutripro; (xii) Ordinario N° 1840, de la Coordinadora de Concesiones de Obras Públicas al DGOP adjuntando minuta explicativa sobre el servicio estiba y desestiba prestado por PTLA, en relación a la presentación efectuada por Terramar; (xiii) Ordinario N° 367, del DGOP al Contralor General de la República, adjuntando minuta explicativa sobre el servicio estiba y desestiba prestado por PTLA, en relación a la presentación efectuada por Soprodi; (xiv) Ordinario N° 8, del Jefe División de Explotación de Edificación Pública a Estudio de Abogados Vial Palma, informando en relación a la presentación efectuada por Man; (xv) Memorándum del Jefe Unidad de Gestión de Obras de Edificación Pública a la Fiscalía Nacional Económica, sobre el servicio estiba y desestiba prestado por PTLA; (xvi) Bases de Licitación de la obra pública fiscal “Puerto Terrestre Los Andes”, con sus respectivas Circulares Aclaratorias emitidas por el DGOP, DS de adjudicación, Manual de Operaciones, Resolución que autoriza la puesta en servicio provisoria y Memorándum del Estudio Jurídico “Barros & Errázuriz abogados”, sobre el servicio de estiba y desestiba de camiones en PTLA. A fojas 4980: (xvii) Minutas Fotográficas del proceso que se efectúa en el PTLA y de los servicios de la concesión emitidas por la Inspección Fiscal de Explotación del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

PTLA; (xviii) Minuta que contiene el resumen diario de inspecciones por servicio, registro de entrada y salida de camiones para el período entre enero a mayo 2008, resumen de ingresos e inspecciones por tipo de carga y por servicios para el período entre enero 2007 a mayo 2008; (xix) Informe económico de Nicolás Figueroa titulado “Racionalidad Económica de las Tarifas en el Puerto Terrestre Los Andes”. A fojas 6915; (xx) Declaración jurada de Nicolás Figueroa González, reconociendo el informe acompañado a fojas 4980. Y a fojas 206 del cuaderno de informe pericial: (xxi) Informe elaborado por su asesor Franco Parisi titulado “Valores y Costo de Tarificación en la Inspección de Camiones en el Puerto Terrestre de Los Andes”;

14. Testimonial rendida por las partes:

14.1. Por Nutripro, Tucapel y Terramar: (i) A fojas 6742, el señor Alejandro Salvador Laínez Fernández; (ii) A fojas 6745, el señor Claudio Antonio Canales Vásquez; y, (iii) A fojas 6748, el señor Conrado Jesús Moyano Paredes.

14.2. Por Man: (i) A fojas 6891, el señor Alexis del Tránsito Ibacache Maldonado.

14.3. Por Soprodi, Agroexportadora e Importadora y Agrícola Tarapacá: (i) A fojas 6929, el señor Rodrigo José Harrison Vergara; (ii) A fojas 6957, el señor Mauricio Jesús Corrales Gallardo; (iii) A fojas 6960, el señor Víctor Hugo Valenzuela Millán; (iv) A fojas 6967, la señora María Paulina González Schnohr; y, (v) A fojas 6972, el señor José Víctor Ayala González.

14.4. Por Graneles: (i) A fojas 6987 bis, don Rodrigo Andrés Meneses Ciuffardi; y, (ii) A fojas 7002, el señor Gabriel Amos Bitrán Dicowsky.

14.5. Por PTLA: (i) A fojas 7119, la señora Nina Jelly del Carmen Saa Collantes; (ii) A fojas 7131 bis, el señor Guillermo Antonio Sánchez Vergara; (iii) A fojas 7137, el señor Roberto Mario Salinas Briones; y, (iv) A fojas 7152, el señor Armando Patricio Espinoza Basualto.

14.6. Por el CDE: (i) A fojas 7186, el señor Aníbal Antonio Silva Silva, encontrándose la transcripción a fojas 7191; (ii) A fojas 7188, el señor Jorge Antonio Pacheco de la Fuente, encontrándose la transcripción a fojas 7215; y, (iii) A fojas 7190, el señor Héctor Carvacho Marambio, encontrándose la transcripción a fojas 7235.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15. *Oficios y otros antecedentes recabados de terceros:*

15.1. A fojas 3750 y a fojas 3823, con fecha 23 de octubre de 2007, el Tribunal accedió a la solicitud de Ariztía y Soprodí, en cuanto se ordenó oficiar a la Dirección Nacional de Aduanas y al Servicio Agrícola y Ganadero a fin de que informen sobre los procedimientos de aforo e inspección de granos transportados vía terrestre a granel ingresados al país, a través del PTLA, respectivamente.

A fojas 4047, con fecha 6 de marzo de 2008, el Servicio Nacional de Aduanas informó al respecto, señalando que es dicho organismo quién realiza el procedimiento de aforo a través de sus funcionarios cuando corresponde una revisión física de los productos, y que ésta se realiza generalmente mediante la extracción de muestras y sólo en casos especiales se solicita la descarga total del camión.

A su vez, e fojas 4031, con fecha 16 de enero de 2008, el Servicio Agrícola y Ganadero también informó al respecto, señalando que es el SAG quién realiza el procedimiento a través de sus funcionarios con el objeto de verificar el estado fitosanitario y autorizar el ingreso al país, que la inspección se realiza tomando un número determinado de muestras y que no implica la descarga total del camión.

15.2. A fojas 4074, con fecha 24 de abril de 2008, el Tribunal accedió a la solicitud de Nutripro, Tucapel y Terramar, en cuanto se ordenó oficiar al Servicio Agrícola y Ganadero a fin de que informe sobre el procedimiento de inspección de arroz, harina de vísceras de pollo, harina de de plumas de pollo, y harina de carne y hueso a través del PTLA.

A fojas 4423, con fecha 24 de junio de 2008, el Servicio Agrícola y Ganadero informó respecto a las inspecciones de arroz transportado vía terrestre, y a fojas 4433, con fecha 30 de junio de 2008, lo hizo respecto a las inspecciones de harina de carne y hueso, harina de vísceras de pollo y harina de plumas de pollo.

15.3. A fojas 4484, con fecha 23 de julio de 2008, el Tribunal actuando de oficio, ordenó oficiar al Servicio Agrícola Ganadero, al Servicio Nacional de Aduanas y a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la V Región, a fin de que informen cuales son los servicios que durante la inspección física requieren de PTLA y para que describan en qué consisten materialmente tales servicios o actividades, distinguiendo si fuera procedente, la fiscalización para los distintos tipos de mercancías que importan los demandantes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A fojas 5088, con fecha 25 de agosto de 2008, la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la V región informó respecto a cuáles son las mercancías que entrega autorización y qué servicios requiere de PTLA.

A su vez, a fojas 6650, con fecha 5 septiembre de 2008, el Servicio Nacional de Aduanas informó respecto qué servicios requiere de PTLA durante el procedimiento de inspección física que realiza.

Por último, a fojas 6703, con fecha 12 de septiembre de 2008, el Servicio Agrícola y Ganadero informó qué servicios requiere de PTLA durante el procedimiento de inspección física que realiza.

15.4. A fojas 6653, con fecha 9 de septiembre de 2008, el Tribunal accedió a la solicitud de Ariztía y Soprodu, en cuanto ordenó oficiar a Puerto Ventanas, San Antonio Terminal Internacional, Puerto Panul y Empresa Portuaria San Antonio, a fin de que informen si cobran a sus usuarios por las operaciones de inspección realizadas a solicitud de organismos fiscalizadores y cuál es el monto al que asciende el respectivo cobro a los usuarios, si lo hubiere, distinguiendo respecto de carga transportada en camiones o en naves, si corresponde.

A fojas 6695, con fecha 11 de septiembre de 2008, Puerto de Ventanas informó al respecto, señalando que nunca ha efectuado cobro alguno por operaciones de inspección de organismos fiscalizadores.

A fojas 6722, con fecha 23 de septiembre de 2008, San Antonio Terminal Internacional informó al respecto, señalando que cobra a sus usuarios por las operaciones de inspección realizadas a solicitud de organismos fiscalizadores, de acuerdo a lo que establece el contrato que regula su concesión, e indicando las tarifas y servicios contenidos en su Manual de Servicios.

A fojas 6728, con fecha 26 de septiembre de 2008, Empresa Portuaria San Antonio informó al respecto, señalando que su Reglamento de Servicios no contempla servicios relacionados con las operaciones de inspección realizadas a solicitud de organismos fiscalizadores, de manera que no existen cobros asociados a tales actividades.

A fojas 6740, con fecha 3 de octubre de 2008, Puerto Panul informó al respecto, señalando que no cobra monto alguno a los usuarios por las actividades de recepción de naves ni por la inspección de carga realizada a solicitud de organismos fiscalizadores.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15.5. A fojas 6653, con fecha 9 de septiembre de 2008, el Tribunal accedió a la solicitud de Tucafel, Nutripro y Terramar, en cuanto se ordenó oficiar nuevamente a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la V Región a fin de que informe detalladamente qué actividades comprenden los servicios que durante el proceso de inspección que realiza requiere de PTLA. En la misma resolución, se accedió a la solicitud del CDE, en cuanto se ordenó oficiar nuevamente a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la V Región y al Servicio Agrícola Ganadero, a fin de que informen cuantas fiscalizaciones han ordenado desde la puesta en marcha de PTLA.

A fojas 6765, con fecha 10 octubre de 2008, la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la V Región informó al respecto, señalando detalladamente las actividades que durante el proceso de inspección requiere de PTLA, e indicando que no es posible dar una estadística con el detalle solicitado del número de fiscalizaciones que se han realizado desde la puesta en marcha de PTLA. Sin perjuicio de ello, proporciona información sobre el número de solicitudes de toma de muestras efectuadas durante el año 2007 a los camiones que ingresaron a los andenes del PTLA.

A su vez, a fojas 6776 y 6881, con fechas 30 de octubre y 25 de noviembre de 2008, respectivamente, el Servicio Agrícola Ganadero informó al respecto, adjuntando información sobre la cantidad total de fiscalizaciones realizadas en el PTLA durante los años 2007 y 2008, e información sobre fiscalizaciones diarias y mensuales efectuadas entre enero de 2007 y septiembre de 2008.

16. *Otras diligencias probatorias solicitadas por las partes:*

16.1. Informe pericial solicitado por Graneles: A fojas 4505, Graneles solicitó un informe pericial cuyo objeto, de acuerdo con lo resuelto en la audiencia celebrada el 10 de septiembre de 2008, habría de versar sobre los costos que involucrarían los servicios prestados a los demandantes.

Mediante resoluciones de fechas 21 de octubre y 4 de noviembre de 2008, escritas a fojas 6767 y 6847, respectivamente, el Tribunal designó como perito al ingeniero civil industrial de la Pontificia Universidad Católica de Chile y además profesor de dicha universidad Sr. Sergio Maturana Valderrama, quien reunía las calidades que las partes convinieron que debía tener el perito, según manifestaron en la misma audiencia antes señalada.

Cabe señalar que algunas de las partes designaron expertos para asistir al reconocimiento y asesorarles en el ejercicio de sus derechos. Así, Nutripro,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tucapel, Terramar y Man designaron a José Enrique Fernández Larrañaga (fojas 6905), PTLA designó a Jorge Quiroz Castro (fojas 6908) y el CDE designó a Franco Parisi Fernández (fojas 6900).

El Perito designado en autos evacuó su informe con fecha 30 de abril de 2009, a fojas 113 del cuaderno de informe pericial que se ordenó formar en la correspondiente audiencia de reconocimiento. En su informe, titulado “Costo de Prestar el Servicio de Apoyo a la Inspección en el Puerto Terrestre Los Andes”, el perito concluye en síntesis que *“Parece atendible el argumento de que la tarifa que se les está cobrando a los requirentes es demasiado alta, esto no es sorprendente ya que al no existir ningún mecanismo de mercado ni regulación que induzca al concesionario a cobrar una tarifa menor a la máxima, es natural que siempre cobre el máximo, aún cuando prestar el servicio tiene un costo mucho menor”*.

Las partes, asistidas por sus respectivos expertos, formularon observaciones a la metodología o a la aplicación de la metodología del perito a fojas 117, 137, 182, 206 y 301 del cuaderno de informe pericial. El perito se hizo cargo de las mismas a fojas 375 del mismo cuaderno.

16.2. Absolución de posiciones del representante de PTLA: A solicitud de Graneles y en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 26 de agosto de 2008 (fojas 5090), a fojas 6669, con fecha 9 de septiembre de 2008, absolvió posiciones el señor Patricio Rafael Gaete, gerente general de PTLA.

17. A fojas 7253, 7268, 7432 y 7532, formularon observaciones a la prueba Man, Graneles, Nutripro, Tucapel y Terramar, y PTLA, respectivamente.

CONSIDERANDO:

En cuanto a las tachas:

Primero: Que, a fojas 6929, el Fisco de Chile y PTLA formularon tacha respecto del testigo señor Rodrigo José Harrison Vergara, presentado por la parte de Soprodi, Agroexportadora e Importadora y Agrícola Tarapacá, invocando las causales establecidas en los Nos 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. El CDE funda las tachas deducidas en que el testigo tomó conocimiento de la pretensión de la parte que lo presentó, elaboró un informe y recibió una retribución de esta última que incluiría su declaración como testigo en este proceso. Por su parte, PTLA aduce que el testigo carecería de la imparcialidad necesaria para prestar testimonio porque habría elaborado un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

informe para la parte que lo presentó y recibido dinero por ello, lo cual revelaría un interés directo o indirecto de su parte en los resultados de este juicio.

De esas tachas se confirió traslado, el que fue contestado por Soprodi, Agroexportadora e Importadora y Agrícola Tarapacá, quienes solicitaron su rechazo, con costas, atendido que la causal del No 5 no se fundamentó y la del No 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil no se configuraría por el sólo hecho de haberse pagado un honorario por el informe realizado;

Segundo: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas invocadas, éstas serán rechazadas. La primera de ellas, esto es la del N° 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por carecer de fundamento; y, la segunda, esto es la del N° 6 del mencionado artículo 358, por considerar este Tribunal que de los dichos del señor Harrison no puede desprenderse la existencia de interés su parte en los resultados de este juicio sino que, por el contrario, éste expresó no tener interés alguno, sin que pueda alterar lo concluido el que, como es usual, se haya convenido una legítima retribución por la elaboración y ratificación de un informe u opinión técnica de su parte. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Tercero: Que, a fojas 7002, el Fisco de Chile y PTLA formularon tacha respecto del testigo señor Gabriel Amos Bitrán Dicowsky, presentado por la parte de Graneles, invocando las causales establecidas en el No 9 del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, y en los Nos 5 y 6 del artículo 358 del mismo código. El CDE funda la primera de las causales invocadas en el hecho de que el testigo señaló haber emitido una opinión técnica o informe y haber declarado como testigo en tres oportunidades anteriores, además de ésta, percibiendo por ello una remuneración; y, la última, en que el testigo es director de dos sociedades que son controladas por la demandante Man, percibiendo por ello una dieta e incentivos variables, de modo que le favorecería el éxito de Man en este juicio. Por su parte, PTLA aduce que las causales establecidas en los Nos 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil se configuran por la circunstancia de ser el testigo director en los términos señalados y, además, porque habría elaborado un informe para la parte que lo presentó y recibido dinero por ello;

De esas tachas se confirió traslado, el que fue contestado por Graneles, quien solicitó su rechazo, con costas. Con respecto a la primera de las causales de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tacha que se invocan, Graneles señala que el testigo jamás ha recibido una remuneración por declarar como testigo, sino que por elaborar informes técnicos que posteriormente es citado a ratificar, siendo reducido el número de expertos que existen en estas materias, e invocando precedentes relativos a dicha causal de inhabilidad. En cuanto a la segunda causal, indica que es evidente que el testigo no es trabajador dependiente de la parte que lo presenta. Por último, en lo atinente a la última de las inhabilidades aducidas, Graneles señala que la circunstancia de que el Sr. Bitrán sea director de sociedades controladas por Man, que tienen giros diversos y que no se benefician de lo que Man pudiera obtener, no permite colegir que el testigo tenga un interés patrimonial, directo o indirecto, en los resultados del juicio. Además, esta última causal no se configura por el sólo hecho de haberse pagado un honorario por el informe realizado;

Cuarto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas invocadas, éstas serán rechazadas. La primera de las causales invocadas, esto es la del N° 9 del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil porque resulta evidente que el Sr. Bitrán no hace profesión de testificar en juicio, sino que declara precisamente porque tiene otra profesión – economista- y testifica en relación a los trabajos que en su ejercicio realiza. La segunda y tercera, esto es, las de los Nos 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, porque la circunstancia de que el testigo sea director y perciba por ello remuneración, dieta o emolumento de personas relacionadas a otra de las demandantes no lo hace un trabajador o labrador dependiente de la parte que lo presenta, ni configura un interés directo o indirecto de su parte en el resultado del juicio, en especial, si las sociedades de las cuales es director tampoco pueden beneficiarse económicamente con un resultado eventualmente favorable a otro de los demandantes. Además, y tal como se señaló anteriormente, la circunstancia de que el testigo haya elaborado un informe u opinión técnica para la parte que lo presenta y percibido por ello una legítima retribución, tampoco configura ninguna de las causales de inhabilidad planteadas. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

En cuanto a la incompetencia:

Quinto: Que, primeramente, es preciso referirse a la excepción de incompetencia absoluta de este Tribunal opuesta por los demandados en sus respectivos escritos de contestación, fundadas, en síntesis, en que: (i) los sujetos demandados no tendrían la calidad de agentes económicos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y su actuación no estaría, por lo tanto, regida por las normas de defensa de la libre competencia; (ii) las conductas denunciadas no estarían sometidas a las normas que rigen la actividad de los privados, sino sólo a las que gobiernan los contratos de concesión de obra pública. La concesionaria agrega que, (iii) las demandas no recaen sobre actos mercantiles sino sobre solemnes actos administrativos. Por su parte, el CDE añade que, (iv) las conductas imputadas al Fisco corresponderían a omisiones constitutivas de responsabilidad del Estado por “falta de servicio”, lo cual sería de competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia;

Sexto: Que, con respecto a lo primero, esto es, que los demandados no tendrían la calidad de agentes económicos, se debe tener presente que, tal como se señaló al resolver la excepción de incompetencia opuesta por el CDE como excepción dilatoria (fojas 2686), los artículos 3º y 18º N° 1 del Decreto Ley N° 211 atribuyen competencia a este Tribunal para conocer y resolver respecto de cualquier situación que pudiere constituir una infracción a la libre competencia, esto es, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir dichos efectos, sin que se prevean excepciones o limitaciones a ella, derivadas de la calidad o naturaleza jurídica del sujeto activo que pudiera haber cometido tales infracciones;

Séptimo: Que en efecto, la expresión amplia “El que...” que utiliza el legislador en el artículo 3º del Decreto Ley N° 211 para aludir al sujeto activo de una infracción a la libre competencia, revela que éste no requiere de ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona natural o jurídica, de derecho público o privado. Por lo tanto, dado que las normas de libre competencia son de orden público, si se hubiese querido exceptuar de cumplir con ellas a un concesionario de obra pública como PTLA o al Fisco, tal excepción habría debido establecerse por ley, lo que no ocurre;

Octavo: Que entonces, con independencia de la naturaleza y fines que un ente pueda tener –sea éste público o privado–, lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones en el mercado tienen por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia;

Noveno: Que esta judicatura se ha pronunciado reiteradamente en el sentido anteriormente anotado (ver sentencias 67/08, 77/08 y 92/09), sosteniendo que cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concurra individual o colectivamente a un mercado, debe respetar el Decreto Ley N° 211, cuyo artículo 3º, inciso primero, no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hace distingo alguno referido a fines o calidades. Así, por ejemplo, este Tribunal ha resuelto en diversas oportunidades procedimientos infraccionales seguidos en contra de organizaciones sin fines de lucro (Sentencias Nº 1, 15, 35 y 56), y de organismos públicos (Sentencias Nº 4, 11, 13, 14, 20, 32, 34, 37 y 44);

Décimo: Que, establecido lo anterior, corresponde determinar si en este caso las conductas denunciadas deben sujetarse a las normas de defensa de la libre competencia. Al respecto, cabe tener presente que los servicios públicos que presta el Estado -ya sea directamente o por medio de concesionarios- y por los cuales se debe pagar un precio -sea por parte de los usuarios o beneficiarios directos o por el Estado en representación del interés público que pudiera existir en la provisión de dichos servicios- constituyen un mercado análogo a cualquier otro, en el sentido que existen en él oferentes y demandantes que transan bienes o servicios en determinadas cantidades y precios;

Undécimo: Que por consiguiente, y considerando que el Decreto Ley Nº 211 es aplicable a toda clase de actividades económicas, sea que correspondan o no a la prestación de servicios públicos, y sea que los preste el Estado directamente o mediante concesionarios, la forma como el Estado designe al proveedor de un bien o servicio, especialmente por medio del diseño del sistema de licitación, tendrá efectos en el mercado en que ésta incide. De ahí que los efectos en la competencia –o falta de ella– causados por la forma en que el Estado realiza estas licitaciones, afectan finalmente el bienestar general;

Duodécimo: Que en consecuencia, en opinión de estos sentenciadores, el Estado debe llevar a cabo la tarea de concesionar la provisión de bienes o servicios, así como desarrollar cualquier función que le encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención en los mercados, observando las normas de defensa de la libre competencia, de cuya aplicación ninguna norma lo exime;

Decimotercero: Que, por todo lo razonado precedentemente, en el caso particular que motiva la presente causa, la asignación en concesión por parte del Ministerio de Obras Públicas que ha sido puesta en cuestión por los demandantes, es una actividad económica que consiste en la compra o adquisición de infraestructura y servicios de una calidad específica por un determinado precio que, en la especie, deben pagar los usuarios o transportistas. Es, entonces, labor de los organismos encargados de velar por la libre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia asegurar que el proceso que se realiza con ocasión de dicha transacción no infrinja las normas del Decreto Ley N° 211;

Decimocuarto: Que, por su parte, las conductas cuestionadas a PTLA consistentes en abusar de la posición de dominio que le habría conferido la concesión con motivo de las tarifas que cobra a los usuarios por los servicios que presta, están indiscutiblemente sometidas a la jurisdicción de este Tribunal. En efecto, después de haber participado -por medio de su relacionada AZVI- en la licitación o mercado ex-ante en el que resultó adjudicataria de la concesión, PTLA ha intervenido como oferente de los servicios portuarios terrestres que esa concesión la autorizó y obligó a prestar en el mercado post licitación, siendo indiscutible su calidad de agente económico en los términos antes señalados;

Decimoquinto: Que, además, y considerando que PTLA y el MOP han argumentado que el régimen económico de la concesión se rige exclusivamente por las normas que gobiernan las concesiones de obra pública, es preciso reiterar –como se ha resuelto en innumerables ocasiones anteriores por parte de este Tribunal- que la circunstancia de que las conductas cuestionadas en esta sede deban cumplir con normas distintas de las contenidas en el Decreto Ley N° 211, no excluye la aplicación de este último, en especial, cuando no existe contradicción entre unas y otras;

Decimosexto: Que, por consiguiente, la circunstancia de que PTLA deba cumplir con las normas de derecho público administrativo aplicables a los contratos de concesión de obra pública, no implica que su actuar haya de regirse exclusivamente por tales disposiciones, sin consideración a lo preceptuado en la legislación de defensa de la libre competencia. De hecho, el artículo 21 de la LCOP que citan los demandados, no excluye la aplicación del Decreto Ley N° 211 y, por el contrario, establece la obligación del concesionario de cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión, entre las que está, por cierto, la legislación de defensa de la libre competencia;

Decimoséptimo: Que lo anterior se debe a que, sin perjuicio de que en los contratos de concesión de obra pública están involucrados bienes jurídicos que son tutelados por la legislación especial que la regula, pueden concurrentemente estar afectados otros, como el que le corresponde cautelar a este Tribunal. Por consiguiente, la competencia del mismo no se ve alterada por el hecho de existir otra judicatura que pueda ser competente para resolver conflictos jurídicos distintos de aquellos que son de competencia de este Tribunal ;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimoctavo: Que por otra parte, tampoco es atendible el tercero de los fundamentos de incompetencia antes señalados, que se basa en que los servicios de apoyo que presta PTLA a los organismos públicos de control no son actos mercantiles o de comercio, toda vez que no existe ninguna disposición conforme a la cual la aplicación del Decreto Ley N° 211 esté restringida a actos de comercio. Por el contrario, *“...cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”* constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 3° del mencionado cuerpo legal, que este Tribunal puede prevenir, corregir o sancionar en la esfera de sus atribuciones;

Decimonoveno: Que por último, en lo que respecta a la segunda de las conductas que se imputan al Fisco, consistente en no fiscalizar o fiscalizar deficientemente la concesión, este Tribunal estima que es posible que existan actos u omisiones ilegales o arbitrarios de la autoridad que pudieren infringir las normas sobre protección a la libre competencia, por lo que no se acogerá la excepción de incompetencia absoluta opuesta por esta causa. Ello, sin perjuicio de la calificación jurídica de los hechos que este Tribunal deberá hacer en definitiva, la que, como en cualquier otro caso de su competencia, lo podría llevar a concluir que los hechos denunciados no constituyen infracciones a las normas sobre protección a la libre competencia;

Vigésimo: Que, por lo expuesto, se rechazarán las excepciones de incompetencia absoluta de este Tribunal respecto de las conductas que se imputan a PTLA y al MOP, para cuyo conocimiento este Tribunal es plenamente competente de acuerdo con lo razonado precedentemente. Lo anterior sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva acerca de si las conductas específicas denunciadas, en caso de acreditarse, serían o no contrarias a la libre competencia y sin perjuicio asimismo que puedan existir otros Tribunales con competencia para conocer y resolver respecto de los mismos hechos, en caso que afecten otros bienes jurídicos e infrinjan alguna normativa distinta del Decreto Ley N° 211;

En cuanto al fondo:

Vigésimo primero: Que en las siete demandas deducidas en autos por importadores de productos provenientes de la zona central de Argentina y Brasil a la zona central de Chile, se afirma que PTLA habría abusado de su posición de dominio infringiendo el art. 3 letra b) del DL 211, primero, al cobrar la tarifa máxima correspondiente al servicio regulado de estiba y desestiba (TEDO) -

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

originalmente en \$84.000 reajustables, según las BALI 1.10.2.2 letra e)-, en circunstancias que éste no sería el servicio que efectivamente presta; y, segundo, porque cobraría una tarifa abusiva por el servicio efectivamente provisto, que sería más simple o de menor esfuerzo o actividad, ya que sólo presta 3 o 4 de las 9 actividades que incluye el servicio de estiba y desestiba de acuerdo al Reglamento de Operaciones. Por su parte, el MOP habría actuado en complicidad con PTLA, primero, al no fijar la tarifa a cobrar por las labores de auxilio a la fiscalización o apoyo a la inspección, ni establecerla como uno de los parámetros en competencia, lo cual habría permitido el abuso por parte del concesionario, e impedido que la licitación garantizara precios competitivos; y, segundo, porque no habría fiscalizado, o bien, habría fiscalizado deficientemente la concesión;

Vigésimo segundo: Que, por su parte, PTLA señaló en su contestación que los demandantes restan importancia a su labor de auxilio al control estatal fronterizo y que el servicio que presta a los demandantes es efectivamente el de “estiba y desestiba” obligatorio regulado en las BALI, que se refiere en realidad a las actividades de apoyo a las funciones fiscalizadoras. En cuanto a la tarifa que cobra, PTLA afirma que tiene derecho a cobrar la tarifa máxima fijada por la autoridad a fin de recuperar la inversión, pagar los costos operativos y obtener una legítima remuneración, argumentando que esos costos deben ser soportados por los usuarios que generan los riesgos sanitarios y fitosanitarios que deben controlarse. Agrega que sólo puede cobrar esa tarifa porque no es libre para determinarla, no puede discriminar y las BALI no distinguen según la cantidad de actividades a realizar o el mayor o menor esfuerzo que supone la labor. Con respecto a lo señalado por Graneles, PTLA afirma que la licitación sí fue competitiva, porque el Estado tendió a minimizar la tarifa TAR y lo consiguió al ofrecerse en ella una tarifa igual a cero;

Vigésimo tercero: Que a su turno, el Consejo de Defensa del Estado señaló en su contestación, en lo relativo a la conducta que se le imputa de no haber asignado competitivamente la concesión, que el MOP habría actuado dentro de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, respetando el régimen de derecho público aplicable a las concesiones de obra pública y promoviendo la competencia *ex-ante* o por la cancha. En cuanto a la tarifa que cobra la concesionaria por el servicio materia de autos, el CDE señaló que se encuentra debidamente regulada de acuerdo a la ley y a las BALI. Por último, niega la segunda conducta que se le imputa, consistente en no haber fiscalizado o haber fiscalizado deficientemente la concesión, afirmando, en cambio, haber ejercido plenamente las facultades que le confieren la ley y las BALI;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo cuarto: Que, en primer término, se debe tener presente que PTLA es un monopolio legal en la provisión de todos los servicios portuarios en el paso de Los Libertadores dado que, de acuerdo con su contrato de concesión, los presta en condiciones de exclusividad. Lo anterior no ha sido controvertido en autos y, por el contrario, es expresamente afirmado por todos los demandantes y reconocido por los demandados. Así, en sus contestaciones PTLA señala que *“Las concesiones de obra pública y las de ciertos servicios públicos, por regla general, constituyen monopolios naturales...”* (por ejemplo, pag. 13 de contestación de fojas 765), en tanto que el MOP expresa *“En efecto, la autoridad establece requisitos objetivos y uniformes que regirán el proceso de licitación, de forma tal que todo aquél que cumpla con ellos podrá competir libremente por la adjudicación del contrato de concesión. Con lo anterior, se promueve la competencia “por la cancha”, ya que la competencia “en la cancha” no es posible, tal como lo señaló expresamente la Comisión Preventiva Central”* (por ejemplo, pág. 8 de la contestación de fojas 3177);

Vigésimo quinto: Que, a mayor abundamiento, es posible señalar que para los demandantes no es económicamente viable importar productos desde Argentina o Brasil hacia la zona central de Chile utilizando medios de transporte diversos del terrestre, u otros pasos fronterizos;

Vigésimo sexto: Que, en efecto, en cuanto a la posibilidad de sustituir el transporte terrestre por el aéreo o el marítimo, este Tribunal estima que, dado que los productos de que se trata se importan en volúmenes importantes y provienen de la zona central de países vecinos que no cuentan con costa o puertos en el Océano Pacífico, resulta bastante evidente que la importación a través de otros medios de transporte resulta significativamente más costosa en precio o en tiempo de traslado, tal como se expone en los escritos de demanda y en los informes de fojas 4510, 4728 y 5018;

Vigésimo séptimo: Que además, aunque existen otros pasos fronterizos terrestres ubicados en las regiones II, III, IV, VII, IX y X por los cuales es posible importar productos desde Argentina y Brasil, es también indiscutible que la mayor distancia entre los principales puntos de origen y de destino que provocaría su uso para cada uno de los productos en cuestión, incrementa los costos de transporte en forma importante, limitando la sustitución e impidiendo considerar tales pasos fronterizos como alternativas relevantes. Las distancias involucradas en el uso de distintos pasos fronterizos para un mismo punto de origen hasta su destino final, se muestran en el Cuadro 1 siguiente, a modo de ejemplo:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Cuadro 1: Distancia por diferentes Pasos Fronterizos
entre Sur de Córdoba (Cesira) y VI región (Lo Miranda)**

Paso	Región	Distancia (Km)
Jama	II	3.712
San Francisco	III	2.398
Agua Negra	IV	1.795
Los Libertadores	V	1.054
Pehuenche*	VII	1.300
Pino Hachado	IX	2.028
Cardenal Samoré	X	2.456

Fuente: Informe de fojas 4510.

*Intransitable hasta el año 2010.

Vigésimo octavo: Que, en relación a lo anterior, a fojas 412, 2257 y 4405 algunos de los demandantes efectuaron cálculos estimativos del incremento en los costos de transporte que para cada uno de ellos significaría utilizar otros pasos fronterizos terrestres. Así, por ejemplo, el informe a fojas 4510 estima que la diferencia mínima de costos estimada entre Los Libertadores y el paso más cercano – Pehuenche (por ahora cerrado)– para un transporte desde el sur de Córdoba a la zona central (VI región) de nuestro país, supera los \$300.000 por camión para granos (de 28 toneladas);

Vigésimo noveno: Que, por lo tanto, es posible afirmar que los demandantes no disponen de sustitutos relevantes a los servicios provistos por PTLA;

Trigésimo: Que, establecido lo anterior, para determinar si los cobros efectuados por PTLA constituyen un abuso de posición dominante, este Tribunal procederá a determinar: (i) cuáles son los servicios prestados por PTLA a los demandantes; (ii) cuáles son los cobros efectuados por tales servicios; y por último, establecidos esos hechos, (iii) si las tarifas cobradas y su monto se justifican desde el punto de vista de las BALI y del contrato de concesión de que forman parte integrante y, asimismo, qué hechos o circunstancias las justificarían económicamente;

Trigésimo primero: Que, con respecto a los servicios prestados, es necesario tener presente que la demandada PTLA es una sociedad anónima concesionaria de la obra pública del mismo nombre que, de acuerdo con las bases de la respectiva licitación aprobadas por el Ministerio de Obras Públicas (fojas 1), tiene por objeto el *“diseño, construcción, mantención y explotación de las obras que permitan reunir las funciones públicas y privadas relacionadas con el control aduanero y fitozoosanitario de los productos que ingresan y salen del país a través*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del paso fronterizo de Los Libertadores” (1.2.3). Por consiguiente, PTLA presta a los usuarios los servicios básicos y complementarios convenidos en el contrato de concesión, que permiten realizar el control aduanero, sanitario y fitozoosanitario a los vehículos de carga que pretenden ingresar productos al país, por parte del Servicio Nacional de Aduana (SNA), el Servicio de Salud Aconcagua (SSA) y el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), respectivamente;

Trigésimo segundo: Que por su parte, todos los demandantes son empresas importadoras de productos destinados tanto al consumo humano – arroz, azúcar y granos- como animal –granos, harina de carne y hueso, harina de vísceras de pollo y harina de plumas- provenientes de Argentina y Brasil, hacia la zona central de nuestro país y, específicamente, hacia las regiones Metropolitana, de Valparaíso y del Libertador General Bernardo O’Higgins;

Trigésimo tercero: Que, tal como se desprende de los oficios agregados a fojas 5088, 6646, 6701 y 6765 los servicios provistos por el PTLA a los demandantes varían según el organismo que requiere la inspección de la carga (SNA, SSA y/o SAG), el tipo de producto de que se trate, y el formato o continente de la carga (granel, sacos o maxibags). De acuerdo con lo anterior, este Tribunal describirá a continuación los servicios que PTLA provee a los demandantes;

Trigésimo cuarto: Que según se desprende de los oficios agregados a fojas 4031, 4423, 4433 y 6701, los servicios que el SAG requiere de PTLA y que le permiten verificar el estado fitosanitario de las mercancías, tanto de consumo humano como animal consisten en: (i) desencarpar el camión; (ii) extraer una determinada cantidad de unidades o muestras, que depende del producto de que se trate, la categoría de riesgo fitozoosanitaria asociada al mismo según la Resolución N° 3801 de 1998, y del formato que se utilice para su transporte (granel, saco o maxibag); y (iii) reintegrar las unidades o muestras al medio de transporte en su totalidad, salvo que el SAG determine que deban ser analizadas en un laboratorio.

Cabe señalar que, según señala el SAG en los oficios agregados a fojas 4433 y 6701, tratándose de harina de carne y hueso, harina de vísceras de pollo y harina de plumas, PTLA realiza una inspección ocular o visual a todos los vehículos, consistente en verificar que los productos presentados correspondan a lo declarado en el Certificado de Destinación Aduanera¹ (CDA) y en el Certificado

¹ **Certificado de Destinación Aduanera (CDA):** Corresponde al documento, emitido por la Autoridad Sanitaria o por el Servicio Agrícola y Ganadero según corresponda, que autoriza para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Zoosanitario o Fitosanitario. Sin embargo, no se extraen muestras de todos los vehículos, sino sólo de aquellos fabricantes que el SAG selecciona semanalmente.

En cambio, el SAG extrae muestras de todos los camiones que transportan granos, arroz y azúcar, de acuerdo con lo que señala ese servicio en los oficios agregados a fojas 4031 y 4423, y en el informe de fojas 140 del cuaderno de informe pericial;

Trigésimo quinto: Que, a modo de síntesis, el Cuadro 2 siguiente muestra la cantidad de muestra que el SAG extrae dependiendo del producto, de la categoría de riesgo fitozoosanitaria y del formato de la carga:

Cuadro 2: Cantidad a extraer por el SAG según producto, categoría de riesgo fitozoosanitario y formato.

Tipo de Producto Importado y Formato	Riesgo Fitozoosanitario	Cantidad de Producto a Extraer en Fiscalización
Arroz y Azúcar en sacos Granos destinados a consumo humano (soya desactivada)	Categoría riesgo 1	7 sacos
Arroz y Azúcar a granel	Categoría riesgo 1	Similar a la muestra extraída de sacos de 50 Kg.
Granos destinados a consumo humano (trigo, maíz y soya natural)	Categoría riesgo 2	2% de la carga
Granos destinados a consumo animal	s.i	15 a 30 kgs. aprox.
Harina de carne y hueso y harina de vísceras de pollo y de plumas (consumo animal) en maxibags	s.i	muestra representativa de acuerdo a métodos estadísticos (3 kgs. aproximadamente)

Fuente: Elaboración propia en base a oficios de fojas 4433 y 6701.

Trigésimo sexto: Que por otra parte, el SAG señala que en ningún caso ha sido necesario descargar la totalidad del camión, aún cuando *“los funcionarios del Servicio Agrícola y Ganadero tienen las facultades para hacerlo dependiendo si el riesgo fitosanitario justifica tal medida”*, tal como señala el oficio de fojas 4423;

Trigésimo séptimo: Que, en cuanto a los servicios que el SNA requiere de PTLA y que le permiten realizar la fiscalización de la carga, según se desprende de los oficios de fojas 4047 y 6646 generalmente las cargas sólo requieren de una revisión documental en la que no interviene PTLA. En cambio, PTLA sólo presta servicios en la eventualidad de que se requiera un examen físico (*“una o dos operaciones al mes” o “de mínima ocurrencia”*, dependiendo del producto de que se trate). En estos casos excepcionales, el PTLA debe: (i)

retirar las mercancías desde los recintos aduaneros y almacenarlos en una bodega destino, a través de medios y rutas de transporte definidos, hasta que se emita la autorización de uso y consumo. (http://www.portalcomercioexterior.cl/glosario_terminos#letra_C)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

designar un andén de aforo; (ii) realizar desencarpe del vehículo de carga; y, (iii) encarpar el vehículo. El SNA afirma que, en el caso de su fiscalización, “no existe movilización de carga” para los productos que importan los demandantes;

Trigésimo octavo: Que por otra parte, en cuanto a los servicios que el SSA requiere de PTLA para realizar el control sanitario de los productos importados por los demandantes, en el oficio de fojas 5088 dicho servicio señala que sólo entrega Autorización de Uso y Consumo² y son de su competencia el arroz y el azúcar. Luego, en el oficio de fojas 6765, señala que sólo en los casos en que se le solicita a dicho servicio la emisión del CDA y se explicita en éste que el camión está sujeto a inspección, se requieren los siguientes servicios de PTLA: (i) ubicar el camión en el andén; (ii) retirar sellos, amarras, carpas o abrir el camión según corresponda; (iii) descargar cajas o sacos y llevarlos a la sala de muestreo; (iv) extraer las muestras que el fiscalizador de salud solicite; (iv) sellar los productos y cajas inspeccionadas o coser los sacos; (iv) reintegrar las cajas o sacos inspeccionadas al camión; y, (v) encarpar y amarrar la carga;

Trigésimo noveno: Que, en base a información acompañada a fojas 20 y 30 del cuaderno de informe pericial, al año 2008, el 82% del total de las fiscalizaciones realizadas en PTLA corresponde al SAG, un 6% al SNA y un 12% al SSA;

Cuadragésimo: Que, en relación a los vehículos que transportan las mercancías importadas por los demandantes y que fueron inspeccionados el año 2008 en el PTLA, del cuadro siguiente se desprende que el SAG fiscalizó cerca del 100% de los mismos, mientras que el SNA y SSA fiscalizaron menos del 2% de éstos;

Cuadro 3: Inspecciones realizadas en PTLA, por servicio público, y según tipo de producto transportado, (año 2008).

Servicio Público solicitante de Inspección	Azúcar	Harinas para consumo animal	Arroz	Granel
SAG	99,97%	99,72%	99,62%	99,99%
SNA	1,06%	1,23%	0,59%	0,43%
SSA	1,29%	0,40%	1,94%	0,00%
Total Camiones	3.016	3.243	2.372	21.680

Fuente: Elaboración propia en base a información a fojas 112bis del cuaderno pericial.
Nota: Existen camiones que son inspeccionados por más de un servicio público.

² **Autorización de Uso y Consumo:** Corresponde al pronunciamiento de la Autoridad Sanitaria a través de una Resolución mediante la cual autoriza el uso y consumo de un alimento importado, el cual cumple con lo establecido en el Reglamento Sanitario de los Alimentos. (http://www.portalcomercioexterior.cl/glosario_terminos#letra_C)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo primero: Que, en base a lo descrito precedentemente, este Tribunal estima que los servicios efectivamente prestados por el PTLA a los demandantes, son los servicios portuarios de apoyo a la inspección que realizan las autoridades aduaneras, sanitarias y fitozoosanitarias, a los vehículos que ingresan al país los productos que cada uno de ellos importa por el paso fronterizo de Los Libertadores, en adelante, simplemente los “servicios de apoyo a la fiscalización”;

Cuadragésimo segundo: Que, de acuerdo a lo razonado en la consideración vigésimo novena, PTLA es el único oferente de los servicios antes mencionados y constituye, por consiguiente, un monopolio en la provisión de aquéllos, los que sus demandantes no pueden dejar de solicitar pues su exigencia es determinada por la autoridad. Por lo anterior cuenta con absoluto poder de mercado;

Cuadragésimo tercero: Que, establecido lo anterior, es preciso determinar cuáles son los cobros que PTLA efectúa por los servicios efectivamente prestados. Al respecto, no es controvertido que la tarifa que aplica PTLA corresponde a aquella que las BALI regulan para el “servicio de estiba y desestiba obligatorio” en \$84.000 reajustables, y que actualmente corresponde a \$105.500 de acuerdo con lo señalado en estrados por los abogados de las partes;

Cuadragésimo cuarto: Que, tampoco es controvertido que de acuerdo al Manual de Operaciones de PTLA (punto 1.5), el servicio de estiba y desestiba corresponde al servicio de “*cargue y descargue de mercancías*” y “*contempla el conjunto de las siguientes actividades realizadas secuencialmente: 1) asignar y disponer la ubicación del vehículo de transporte en el lugar de la operación; 2) retirar carpas u otros elementos de protección que cubren la carga del vehículo de transporte (desencarpe); 3) destrincar la carga en la plataforma del camión, retirando sujeciones y amarras, cuando corresponda; 4) descargar los bultos desde la plataforma del vehículo de transporte, al costado del mismo, depositándolos transitoriamente en el piso del área o andén asignado; 5) apilar correctamente la carga en el piso para su cargue en la plataforma; 6) movilizar y seleccionar bultos en el apilamiento en piso, en caso de ser requerido por el revisor del Servicio Nacional de Aduanas, por el Servicio Agrícola y Ganadero o por el Servicio de Salud; 7) efectuar el cargue de los bultos sobre la plataforma del vehículo de transporte; 8) acomodar y afianzar correctamente la carga en la plataforma del vehículo de transporte, de acuerdo a las indicaciones del solicitante o responsable de la carga; 9) ejecutar la colocación de las carpas u otros elementos de protección de la carga (encarpe)*”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cabe señalar que el Manual de Operaciones es parte integrante del contrato de concesión de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto de Adjudicación N°1163, en relación con los puntos 1.4.5 letra B y 1.10.4 letra C.7 de las BALI.

Cuadragésimo quinto: Que, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, es posible concluir que el servicio efectivamente prestado por PTLA a los demandantes no corresponde al “servicio de estiba y desestiba obligatorio”, pues no contempla el conjunto de actividades descritas en el considerando anterior, sino sólo 3 o 4 de las 9 actividades que comprende este último de acuerdo con el Manual de Operaciones, entre las que no se cuentan aquéllas que se refieren precisamente a la estiba y desestiba, esto es, carga y descarga de los bultos. Así, este Tribunal entiende que el servicio de apoyo efectivamente prestado comprende, en todos los casos, sólo las actividades señaladas en los números 1), 2) y 9) y, tratándose de carga general, incluye además la actividad indicada con el número 3);

Cuadragésimo sexto: Que, por lo tanto, este Tribunal tiene por establecido como hecho de la causa que PTLA cobra a los demandantes la tarifa máxima correspondiente a un servicio que no presta efectivamente, y lo hace dada su calidad de monopolista en la prestación de estos servicios, abusando de su posición dominante;

Cuadragésimo séptimo: Que, en efecto, aunque las tarifas reguladas no fuesen competitivas, un concesionario no podría ser sancionado por cobrar la tarifa máxima permitida en su contrato de concesión por los servicios que tales tarifas regulan, sin perjuicio de las otras medidas que este Tribunal podría adoptar en tal caso. No obstante, el cobro por un servicio que no es efectivamente prestado no está amparado por el contrato de concesión, ni por las normas legales especiales que rigen esa relación contractual y en las cuales los demandados pretenden escudarse;

Cuadragésimo octavo: Que por lo tanto, y dado que la tarifa que cobra PTLA a los demandantes está regulada por las BALI para un servicio diferente del que efectivamente se presta, es forzoso concluir que la misma no está legalmente justificada o amparada por las BALI, por el contrato de concesión de que estas últimas forman parte integrante, ni por la normativa especial que rige los contratos de concesión de obra pública. En efecto, a juicio de este Tribunal, las BALI no autorizan al concesionario a cobrar por los servicios de apoyo a la inspección de carga de importación sujeta a fiscalización sanitaria y fitozoosanitaria en el paso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Los Libertadores, la tarifa máxima correspondiente al servicio de estiba y desestiba obligatorio, que evidentemente tiene mayores costos;

Cuadragésimo noveno: Que, por lo tanto, y en base a lo anteriormente argumentado, no puede atenderse al argumento de la defensa que justifica el cobro efectuado por PTLA en la tarifa regulada por las BALI para el servicio de “estiba y desestiba obligatorio”;

Quincuagésimo: Que establecido lo anterior, resulta indiferente para efectos de esta causa, si la tarifa del servicio de “estiba y desestiba” es o no una tarifa competitiva en cuanto a su monto, pues ese no es el servicio efectivamente prestado por PTLA a los demandantes. En consecuencia, el cobro es injustificado desde el momento que PTLA aplica dicha tarifa a un servicio diferente de aquel para el cual esa tarifa está regulada en las BALI, y que para un concesionario de obra pública es de obligatorio cumplimiento. En efecto, el cumplimiento del contrato de concesión y, consecuentemente, de las BALI, es esencial para garantizar el respeto de las normas de defensa de la libre competencia cuando el Estado ha concesionado un servicio que se presta en forma monopólica;

Quincuagésimo primero: Que ahora, siguiendo con el punto de prueba fijado en autos, corresponde determinar si existen circunstancias de hecho o de derecho que justifiquen económicamente las tarifas cobradas por PTLA a los demandantes, pues ello permitirá establecer si las mismas son o no abusivas desde la perspectiva económica, además de serlo desde un punto de vista estrictamente jurídico por no corresponder a un servicio efectivamente prestado. En particular, es preciso analizar si, conforme a lo argumentado por PTLA en su contestación, esa tarifa debe permitir a dicha empresa recuperar la totalidad de la inversión, pagar los costos operativos y obtener una legítima remuneración, atendidos los riesgos que ha asumido y que son de su cargo y responsabilidad;

Quincuagésimo segundo: Que en efecto, siguiendo esta argumentación, PTLA señaló en su contestación que su inversión total efectiva según sus estados financieros al 30 de abril de 2008 alcanzó UF 1.190.793 (o US\$51,8 millones, a tasas de conversión de esa época). A fojas 117 del cuaderno pericial, agregó que los costos del servicio efectivamente prestado a los demandantes deben incluir, además de la totalidad de su inversión, los conceptos de vigilancia, limpieza y basura, conservación y reparación de las obras y el edificio comercial. Concluye que *“de no incorporarse estos costos el PTLA no podría prestar los servicios de la*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesión, y el principal de ellos, en las condiciones que lo hace, las que corresponden a las exigidas en las BALI”;

Quincuagésimo tercero: Que, a partir de lo anterior, se desprende que PTLA considera que toda la inversión y los costos de vigilancia, limpieza, conservación y reparación deben recuperarse por medio de la tarifa correspondiente al servicio que presta a los demandantes y que es materia de autos;

Quincuagésimo cuarto: Que, para analizar la efectividad de esta afirmación, es preciso definir, primero, cuáles son los servicios que presta PTLA de acuerdo con las BALI, luego, determinar los costos asociados a la prestación del servicio de apoyo a la fiscalización que es materia de autos para, finalmente, en un mercado regulado por un contrato de concesión, como el de autos, establecer si los cobros efectuados y sus montos corresponden a aquellos que fueron establecidos por el referido contrato;

Quincuagésimo quinto: Que, de acuerdo con las BALI, se definieron tres tipos de servicios: (i) servicios básicos no comerciales; (ii) servicios básicos comerciales; y, (ii) servicios complementarios. Los servicios básicos son aquellos que la concesionaria está obligada a prestar, mientras que los servicios complementarios son opcionales para PTLA y, a juicio de este Tribunal, debieran serlo también para los usuarios del puerto terrestre;

Quincuagésimo sexto: Que conforme con el punto 1.10.2.1 de las BALI, los servicios básicos no comerciales comprenden conservación de las obras, aseo, provisión y mantención de señalética, área para servicios higiénicos, mantención de áreas verdes, vigilancia y seguridad, control de ingreso y egreso, control en zona de parqueaderos y andenes, estacionamiento para transporte público, agua potable, acceso al recinto, uso de estacionamiento y uso de andén por el tiempo que dure la inspección o aforo. Luego, el punto 1.12.2 de las BALI señala las tarifas que PTLA está autorizada a cobrar por esos servicios y los derechos que las mismas confieren a los usuarios, de lo cual se desprende que los costos asociados a todos los servicios básicos no comerciales deben ser recuperados por medio de las tarifas autorizadas para los mismos de acceso al recinto (TAR), la tarifa por sobretiempo de uso de andenes de control y aforo (TVA) y la tarifa de uso del parqueadero por un período mayor al que permite la TAR (TVP). Las tarifas máximas a usuario de estos servicios están definidas por el MOP en las BALI, excepto la tarifa TAR que quedó establecida por la competencia en la licitación, como único criterio económico de adjudicación;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo séptimo: Que, por su parte, los servicios básicos comerciales comprenden estacionamiento para público en general, arriendo de oficinas para despachadores de aduana y empresas de transporte, servicios de comunicación para público en general (teléfono, fax, internet), servicio de transporte público, servicio de estiba y desestiba obligatorio (TEDO), servicio de estiba y desestiba no obligatorio, apoyo a las labores de estiba y desestiba –que, de acuerdo al Manual de Operaciones, se refiere al apoyo que se realiza con equipos mecanizados a las labores de estiba y desestiba- y almacenamiento de carga. Los costos asociados a cada uno de estos servicios debían ser recuperados por medio de tarifas que cumplieran con los requisitos establecidos en las BALI;

Quincuagésimo octavo: Que, por último, los servicios complementarios u opcionales comprenden diversos servicios que se subclasifican como de apoyo a las actividades portuarias, área para servicios financieros y otros. La tarifa correspondiente a cada uno de dichos servicios no está regulada en las BALI;

Quincuagésimo noveno: Que, en cuanto a los costos asociados a la prestación de los servicios de apoyo a la inspección, se realizó un informe pericial por parte del profesor de Ingeniería Civil Industrial Sr. Sergio Maturana, quien utilizó una metodología que este Tribunal considera adecuada, y que distribuye los costos de operación sobre la base del tiempo total estándar de inspección por camión y por tipo de carga, mientras que los costos que no dependen de la duración de la inspección (o indirectos, tales como los costos del edificio administrativo, sueldos y equipos de la organización central) los distribuye equitativamente entre los camiones, considerando dos opciones. Además, este Tribunal estima correcto que el perito haya considerado el costo de oportunidad de la infraestructura necesaria para prestar el servicio en cuestión, estimando un monto que permita amortizar la inversión dentro del plazo de la concesión, con una tasa de descuento adecuada para el nivel de riesgo asociado a la misma;

Sexagésimo: Que, conforme con la metodología anterior, el perito obtiene dos estimaciones, que dependen de si los costos indirectos se asignan a la totalidad de los camiones que transitan por PTLA, o sólo a aquellos que son inspeccionados. El cuadro siguiente, muestra los resultados finales obtenidos en cada caso, de acuerdo con datos correspondientes al año 2008:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro 4: Costo de prestar el servicio de apoyo a la inspección, por camión y por tipo de carga, año 2008

Tipo de carga	Costo, sin camiones no inspeccionados (\$ por camión)	Costo, con camiones no inspeccionados (\$ por camión)
Carga General	67.634	52.844
Carga Peligrosa	64.408	49.618
Carga Granel	53.118	38.327

Fuente: Elaboración propia en base a informe pericial.
Los costos incluyen una tasa de retorno a la inversión del 9%.

Sexagésimo primero: Que, en todo caso, el perito señaló que, en su opinión, es más consistente la metodología utilizada al considerar también los camiones que no son inspeccionados, ya que *“los camiones que no se inspeccionan generan el mismo costo en la infraestructura no relacionada con los andenes que los camiones que sí se inspeccionan”*;

Sexagésimo segundo: Que, en relación con el informe del perito, las partes formularon una serie de observaciones tanto a la metodología utilizada como a la forma en que fue aplicada. Así, Nutripro, Tucapel, Terramar, Man y Graneles argumentaron que los resultados estaban sobreestimados, mientras que PTLA y el Fisco adujeron que estaban subestimados;

Sexagésimo tercero: Que así, PTLA sostiene que los costos del servicio en cuestión estarían subestimados, principalmente, porque el perito: (i) no asigna a éste la totalidad de la inversión realizada por PTLA, sino sólo un 52%; (ii) no asigna el 52% del gasto total en equipos y otros, sino sólo el 9%, sin incluir los ítems de vigilancia, limpieza y basura, conservación y reparación de las obras e iluminación; (iii) basa sus estimaciones en datos exclusivamente del año 2008, sin considerar el año 2007 y dos meses del año 2009 que estaban disponibles;

Sexagésimo cuarto: Que a su vez, el CDE también considera que los costos del servicio en cuestión están subestimados, principalmente, porque la metodología del perito considera el tiempo de inspección como criterio fundamental de asignación de costos, en circunstancias que lo que correspondería, a su juicio, es *“cuantificar el costo económico total anual fijo”*, o bien *“el costo de operación contable de las operaciones de inspección”*, y luego dividirlo *“por el quantum de los camiones inspeccionados, tomando el mínimo mensual para los años 2007 y 2008, obteniendo el precio sombra de las inspecciones”*;

Sexagésimo quinto: Que, por su parte, Nutripro, Tucapel, Terramar y Man, señalan que los costos del servicio en cuestión estarían sobrestimados, principalmente, porque el perito: (i) considera la inversión efectivamente realizada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por PTLA, sin considerar que hay inversiones innecesarias o sobreinversión; (ii) considera un 9% de retorno financiero por concepto de costo de oportunidad sobre el capital invertido, en circunstancias que sólo debiera aplicarse un 6,1%, que corresponde a la tasa de interés del crédito necesario para financiar la inversión;

Sexagésimo sexto: Que, en relación con las objeciones al informe pericial señaladas en las consideraciones precedentes, este Tribunal coincide con los argumentos presentados por el perito, quien se hizo cargo de todas ellas mediante presentación de fojas 375 del cuaderno de informe pericial;

Sexagésimo séptimo: Que en efecto, este Tribunal considera que la metodología del perito resulta la más indicada para reflejar los costos en que PTLA efectivamente incurre para prestar el servicio de apoyo en cuestión, ya que este último no es homogéneo y varía en función de los distintos tipos de carga. Por lo tanto, pretender usar una metodología simplista como la propuesta por el CDE, que divide todos los costos que según él están asociados al servicio de apoyo a la inspección, por el número mínimo mensual de inspecciones observado para los años 2007 y 2008, no permite reflejar los costos de los servicios efectivamente provistos por PTLA. Lo anterior, sin perjuicio de que, tal como señaló el perito, si dicha metodología simplista fuere correctamente aplicada, daría lugar a resultados significativamente más bajos que los obtenidos por el asesor del CDE, toda vez que los costos deberían dividirse por el número promedio mensual de camiones efectivamente inspeccionados y no por su número mínimo;

Sexagésimo octavo: Que, por otra parte, este Tribunal también considera correcto que el perito haya realizado sus estimaciones de los costos en función del número de inspecciones del año 2008, dado que los datos del año 2007 y 2009 no son representativos de una operación “normal” del PTLA. En efecto, PTLA comenzó su operación definitiva recién en noviembre de 2007. Por ello, los datos del año 2007 no serían representativos de una operación en “régimen” o “normal” del PTLA. Por otro lado, la información disponible del año 2009 corresponde sólo a dos meses, los que están afectados por estacionalidad y por efecto de la crisis económica, tal como señala el perito a fojas 382;

Sexagésimo noveno: Que, en relación a los cuestionamientos formulados respecto de la tasa de descuento aplicada por el perito, este Tribunal estima que, sin perjuicio de la escasa incidencia que esta objeción tendrá en las estimaciones que este Tribunal realizará más adelante, la estimación del perito, consistente en un 9% de retorno real anual, aparece razonablemente justificada a fojas 42 del cuaderno pericial;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo: Que, en relación con la afirmación de que el perito no habría incluido dentro del gasto total en “equipos y otros”, los ítems de vigilancia, limpieza y basura, conservación y reparación de las obras e iluminación, se debe tener presente que, según se desprende de las BALI y del Reglamento de Operación, esos ítems están incorporados en el costo de los servicios básicos no comerciales y, por lo tanto, según se define en las BALI, deben ser recuperados a través de las tarifas TAR, TVA y TVP, tal como se señaló en el considerando quincuagésimo sexto;

Septuagésimo primero: Que, por otra parte, es preciso referirse a lo señalado por PTLA en cuanto a que habría que asignar el 52% del gasto total en “equipos y otros” al costo del servicio de apoyo a la fiscalización, porque ese es el porcentaje del total de infraestructura que el perito asignó a dicho servicio. Al respecto, este Tribunal no advierte la lógica del argumento de PTLA y concuerda, en cambio, con la estimación que el perito efectúa y justifica en la escasa utilización de equipos que se requiere para la provisión del servicio de apoyo;

Septuagésimo segundo: Que, por último, en lo que respecta a las objeciones formuladas por PTLA y Graneles en relación a los montos que corresponde asignar como inversión en infraestructura al servicio en cuestión, este Tribunal es de la opinión que el cálculo de los costos del servicio de apoyo a la inspección debe considerar solamente los costos en que PTLA incurre para proveer dicho servicio, con exclusión de aquellos costos que no sean necesarios para ello o que estén claramente incluidos en otros servicios;

Septuagésimo tercero: Que al respecto, y en conexión con lo señalado por Graneles, no se acreditó que PTLA hubiese sobreinvertido en infraestructura o que exista infraestructura innecesaria para la provisión del servicio en cuestión y, ni siquiera, que PTLA tenga los incentivos como para haber efectuado inversiones innecesarias;

Septuagésimo cuarto: Que, además, y dado que el servicio de apoyo a la inspección es uno de varios otros servicios que provee PTLA, resulta evidente que no corresponde asignar al mismo la totalidad de la inversión en infraestructura realizada por la concesionaria. A mayor abundamiento, la justificación de PTLA para la tarifa que cobra a los demandantes, en términos de pretender amortizar mediante esta tarifa el costo del total de inversiones en infraestructura, es demostrativa del abuso en que incurre, toda vez que, como se dijo, PTLA presta otros servicios que tienen su respectiva tarifa asociada y que, por cierto, requieren usar infraestructura cuyo uso debe ser amortizado, según las BALI, mediante el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cobro de otras tarifas. Si estas otras tarifas cobradas por PTLA son bajas o no, no es algo que deba incidir en la decisión de este Tribunal, máxime cuando la única tarifa que está evidentemente bajo sus costos, la tarifa TAR, fue establecida voluntariamente por la propia PTLA al participar en la licitación y fue su monto, precisamente, lo que le permitió ganar en tal instancia;

Septuagésimo quinto: Que, en relación con lo anterior, se debe tener presente que el hecho de que los ingresos derivados del servicio efectivamente provisto por PTLA a los demandantes, representen un 65% del total de los ingresos obtenidos por el concesionario el año 2007, tal como se estimó en el informe de fojas 4510 y 5018, tampoco justifica que deban imputarse a la tarifa TEDO aquellos costos que corresponde asignar a otros servicios y, en particular, al servicio de acceso al recinto y uso de infraestructura de parqueaderos y andenes, como pretende PTLA;

Septuagésimo sexto: Que, a este respecto, es preciso recordar que, tal como se señaló, la única tarifa en competencia para adjudicar la licitación que dio origen a la concesión de PTLA, era la tarifa TAR, de lo cual se desprende que el principal servicio que debía proveer el concesionario era el servicio remunerado por dicha tarifa, esto es, el servicio de acceso al recinto y uso de infraestructura de parqueaderos y andenes. Teniendo en cuenta lo anterior, AZVI (adjudicataria de la licitación y relacionada a PTLA) ofertó y se adjudicó la licitación con una tarifa TAR que, de acuerdo con las BALI, retribuía los siguientes servicios: (i) el acceso al recinto; (ii) el uso de un estacionamiento por un máximo de 24 horas y, (iii) en caso que lo requiera, el uso de un andén por el tiempo que dure la inspección (1.12.2.1);

Septuagésimo séptimo: Que en virtud de lo anterior, este Tribunal estima que la tarifa de los servicios que son objeto de controversia en autos sólo debe incluir aquellos costos efectivos que genera a PTLA proveer dicho servicio, excluyéndose el cobro de costos cuya amortización es explícitamente asignada en las BALI a otra tarifa. Así, y a diferencia de lo que se indica en el informe pericial de autos, este Tribunal estima que el cobro por los servicios de apoyo que PTLA presta a las labores de fiscalización de los entes estatales no debe considerar los montos de inversión asociados a la infraestructura de andenes, controles de ingreso y egreso, parqueadero, vías de circulación internas y acceso y urbanización, ya que de acuerdo con las BALI la amortización de todas estas inversiones está incluida en las tarifas asociadas a los servicios básicos no comerciales TAR, TVA y TVP y, por lo tanto, debiesen ser recuperadas sólo mediante las tarifas correspondientes a dichos servicios;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo octavo: Que, en efecto, la infraestructura mencionada en la consideración precedente es utilizada por todos los usuarios y no sólo por aquellos que están sujetos a fiscalización (59% del total de usuarios de PTLA en el año 2008, según el informe pericial de fojas 42), de manera que todos los usuarios del PTLA deben soportar sus costos a través de las tarifas de los servicios no comerciales (TAR, TVA y TVP), tal como se preve en las BALI. De lo contrario, se infringirían las BALI y, como consecuencia de ello, se producirían subsidios cruzados entre los distintos tipos de usuarios que podrían distorsionar la asignación eficiente de recursos escasos, generando pérdidas de bienestar social;

Septuagésimo noveno: Que, el cuadro siguiente presenta la estimación realizada por este Tribunal de los costos de prestar los servicios de apoyo a la fiscalización, que replica la metodología utilizada por el perito, además de usar los mismos datos, pero descontando todos aquellos montos de inversión en infraestructura que, de acuerdo con las BALI, deben recuperarse mediante las tarifas de los servicios básicos no comerciales;

Cuadro 5: Estimación del Costo de Prestar Servicios de Apoyo a la Fiscalización (valores actualizados al año 2009)

	Estimación Tribunal	Tarifa PTLA
Carga General	\$ 42.620	\$ 105.500
Carga a Granel	\$ 29.741	
Carga Peligrosa	\$ 39.758	

Fuente: Elaboración propia en base a informe pericial de fojas 42.

Octogésimo: Que, a partir del cuadro anterior, este Tribunal concluye que los costos en que incurre PTLA para prestar el servicio de apoyo a la inspección están más que duplicados por la tarifa en cuestión en los casos de carga general y peligrosa, y más que triplicados por la tarifa en el caso de la carga a granel. Por lo tanto, este Tribunal considera que la justificación económica dada por PTLA, en cuanto a que la tarifa cobrada se explicaría por los costos de proveer el servicio en cuestión, no es atendible;

Octogésimo primero: Que, en cambio, se coincide con el perito de autos en cuanto a que lo anterior no es sorprendente, ya que PTLA es un monopolio legal que no tiene incentivos para cobrar tarifas competitivas. Por ello, lo relevante es establecer si las tarifas cobradas corresponden a aquellas que PTLA puede cobrar de acuerdo a las BALI, pues de lo contrario se trataría de un cobro que, además de no tener justificación económica, según ya se demostró, sería claramente abusivo desde el punto de vista estrictamente jurídico;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo segundo: Que, por otra parte, también se acreditó que de acuerdo con lo dispuesto en el punto 1.10.2.2 letra f) de las BALI, AZVI se comprometió, mediante el procedimiento de habilitación directa establecido en el artículo 56 de la Ordenanza de Aduanas, a proveer servicios de almacén extraportuario en un Recinto de Depósito Aduanero (RDA), para lo cual constituyó una sociedad de giro único denominada AELASA. En otras palabras, la adjudicataria de la concesión constituyó una sociedad para operar la zona portuaria (PTLA), y otra para operar la zona extraportuaria (AELASA);

Octogésimo tercero: Que, en dicho almacén extraportuario se provee un servicio denominado “encarpe y desencarpe” que, conforme al Manual de Operaciones del RDA *“Consiste en ejecutar las faenas de retiro de las carpas de los vehículos de transporte con carga general fraccionada, cuando la operación corresponda a una solicitud del interesado que no tenga relación con el servicio de estiba y desestiba, efectuado en una inspección o fiscalización de carga por parte de los organismos competentes. Igualmente, corresponde a las faenas de colocación de la carpa en el vehículo para cubrir la carga.”* Ese servicio cuenta con una tarifa libremente fijada que, actualmente, es de US\$ 13 por cada operación de encarpe o desencarpe (o \$ 6.893 al tipo de cambio actual);

Octogésimo cuarto: Que, si bien el servicio efectivamente prestado por PTLA a los demandantes no es equivalente al servicio de “encarpe y desencarpe” provisto en el RDA a tarifa de mercado, se asemeja bastante más a este último que al servicio de estiba y desestiba. En efecto, entre el servicio prestado a los demandantes y el de “estiba y desestiba” existen a lo menos 5 actividades de diferencia, incluyendo entre éstas a la actividad de descargar totalmente el camión y volver a cargarlo, que debiera ser la que implica mayores costos. Por su parte, entre el servicio efectivamente prestado por PTLA, como apoyo a la fiscalización de los entes estatales, y el servicio de “encarpe y desencarpe” existe una única actividad de diferencia, por cuanto ambos incorporan las labores de encarpe y desencarpe, pero el servicio de “apoyo a la fiscalización” cuestionado en autos además contempla la extracción de una muestra, que en caso alguno debiera implicar costos 6,4 veces superiores al precio de mercado del servicio de “encarpe y desencarpe”;

Octogésimo quinto: Que, por otra parte, es preciso referirse a la justificación aducida por el informe de fojas 4980, que considera que parte importante de las rentas obtenidas por PTLA constituyen primas por el riesgo inherente a variaciones imprevisibles en factores que afectan el nivel y estructura de la demanda por los servicios de PTLA (entre otros, cantidad de camiones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

inspeccionados, horarios y condiciones de inspección, cantidad de trabajo demandado por inspectores), riesgo que PTLA habría asumido en su totalidad al ofrecer una tarifa TAR igual a cero. Lo anterior, toda vez que el ingreso mínimo garantizado al concesionario por las BALI se expresaba en un flujo mínimo de camiones. Así, cuánto menor fuere la tarifa TAR ofertada en la Licitación, menor sería la cobertura proporcionada por las BALI, cobertura de riesgo que naturalmente era aceptada por el licitante al momento de ofertar un determinado valor de tarifa TAR al competir en esa licitación;

Octogésimo sexto: Que, al respecto, es preciso tener presente que las BALI no sólo incluían el mecanismo precedentemente señalado, como cobertura al riesgo del negocio por concesionar, sino también otro mecanismo destinado a acotar las ganancias del concesionario (1.12.7.4), mediante el cual, en caso que los ingresos anuales por concepto de TAR superasen el monto definido por las BALI (MMLC), PTLA habría tenido que compartir el resultante excedente de ingresos con el SNA. Por lo tanto, al ofertar una tarifa TAR igual a cero, PTLA no sólo limitó –voluntariamente- su cobertura frente al riesgo del negocio concesionado, sino que además evitó así compartir ingresos con el Estado;

Octogésimo séptimo: Que entonces, y con respecto a este argumento, este Tribunal estima que PTLA debe asumir el riesgo en el que decidió incurrir al ofrecer una tarifa TAR igual a cero, no pudiendo cubrir tales riesgos por el expediente de cobrar mediante otra tarifa –aplicable sólo a un grupo de usuarios- aquellos servicios que se comprometió a prestar gratuitamente. De lo contrario, mediante un comportamiento abusivo, PTLA habría burlado la competencia en la licitación –que se adjudicó precisamente porque ofertó TAR igual a cero- a la vez que estaría evitando compartir ganancias con el Estado de acuerdo a lo previsto en las BALI, al cobrar bajo otro nombre (TEDO), los costos de infraestructura incluidos en la tarifa TAR. Por lo demás, es bien sabido que todos los contratos, entre ellos el de concesión, son ley para las partes y por ende no puede excusarse la concesionaria de cumplirlo invocando su imposibilidad de cubrir algunos costos por haber ofrecido voluntariamente una tarifa demasiado baja;

Octogésimo octavo: Que, en razón de lo expuesto, no existen hechos o circunstancias que justifiquen jurídica ni económicamente la tarifa cobrada por PTLA por los servicios de apoyo a la fiscalización que efectivamente presta a los demandantes. En efecto, dicha tarifa no está justificada por las BALI, ya que el servicio efectivamente prestado no corresponde al servicio de estiba y desestiba obligatorio regulado por éstas, sin que tampoco se explique económicamente por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los costos de proveer dicho servicio, ni por los riesgos en que PTLA voluntariamente decidió incurrir al ofrecer una tarifa TAR igual a cero;

Octogésimo noveno: Que, en conclusión, este Tribunal estima que existió un comportamiento abusivo de PTLA, quien interpretó y aplicó las BALI de un modo contrario a la libre competencia, por un lado, al cobrar injustificadamente la tarifa máxima correspondiente a un servicio que no presta y, por otro, al pretender justificar la tarifa que cobra a los demandantes por los servicios efectivamente prestados, en costos que corresponde recuperar por medio de la tarifa de otros servicios, o bien, en riesgos que ella voluntariamente decidió asumir para poder ganar la licitación;

Nonagésimo: Que, en consecuencia, se sancionará a PTLA por haber efectuado cobros injustificados y abusivos, abusando de la posición dominante que adquirió al adjudicarse la concesión;

Nonagésimo primero: Que este Tribunal pasará a hacerse cargo a continuación de las acusaciones de abuso de posición dominante en contra del MOP. Respecto a la primera de las conductas que se le imputan, consistente en no haber asignado competitivamente la concesión, este Tribunal estima que la asignación de monopolios por parte del Estado debe efectuarse por medio de licitaciones competitivas que permitan reemplazar o sustituir la competencia en el mercado, previniendo conductas contrarias a la competencia por parte de los adjudicatarios o concesionarios. En efecto, y tal como señalan los demandados en sus contestaciones, en el sistema de concesiones de obras públicas la competencia se produce *ex-ante*, entre los participantes de una licitación. Sin embargo, ello no implica que el mercado final o *ex-post* quede al margen de las normas de defensa de la libre competencia, sino que se trata de un mercado en el cual el comportamiento del concesionario monopolista queda regulado tanto por éstas como por el contrato de concesión;

Nonagésimo segundo: Que, para prevenir conductas de abuso de posición dominante por parte de los monopolios resultantes de un proceso de licitación, es preciso que las autoridades concernidas en la asignación de un monopolio tengan un especial cuidado en el diseño de las respectivas licitaciones, tanto para disipar rentas monopólicas, como para evitar vacíos que permitan el oportunismo y el abuso, tanto por parte de los oferentes en la licitación misma, como en el mercado *ex-post*, una vez adjudicada o asignada ésta;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo tercero: Que, en este caso, tratándose de un monopolio multiproducto, la licitación se diseñó sobre la base de la competencia por la tarifa de un único servicio esencial, estableciéndose para los demás servicios tarifas máximas o criterios para la determinación de las mismas, sin que sea posible establecer, de acuerdo con los antecedentes aportados a estos autos, su disconformidad con las normas de defensa de la libre competencia;

Nonagésimo cuarto: Que, en efecto, este Tribunal comparte lo señalado en el informe de fojas 4944, en cuanto a que todo modelo de licitación enfrenta riesgos de imperfección que están dados, entre otros, por las asimetrías de información existentes entre el Estado y los oferentes, y por la incertidumbre que existe ante posibles cambios en escenarios futuros, que podrían afectar los ingresos y/o los costos del negocio de forma no previsible al momento de la licitación;

Nonagésimo quinto: Que, por lo tanto, la circunstancia de que el modelo escogido por el MOP sea imperfecto, no implica necesariamente que éste haya infringido la libre competencia en la asignación de la concesión. De hecho, en opinión de este Tribunal el MOP no infringió la libre competencia al asignar la concesión, ya que obtuvo la tarifa más competitiva posible, dado el sistema de licitación que definió, y estableció tarifas máximas para evitar cobros abusivos por parte del concesionario monopolista. Cabe señalar, asimismo, que las BALI contemplaban un sistema en el cual la recuperación de la inversión se lograba precisamente por la tarifa en competencia (TAR), aplicable a todos los usuarios del PTLA por igual;

Nonagésimo sexto: Que, en cambio, y como ya se señaló, este Tribunal considera que el problema de autos se produjo debido a una infracción de las BALI por parte de PTLA, que fue contra el texto expreso de las mismas al cobrar la tarifa máxima aplicable a un servicio distinto y de mayores costos que el efectivamente prestado;

Nonagésimo séptimo: Que, con respecto a la segunda conducta que se imputa al MOP, consistente en no fiscalizar o fiscalizar deficientemente la concesión, es preciso señalar que la misma correspondería a una omisión en el ejercicio de las facultades legales de que dispone el MOP/DGOP en relación al contrato de concesión, o bien, a un ejercicio deficiente del derecho que le confiere el punto 1.10.4 letra C.12 de las BALI;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo octavo: Que, en particular, los demandantes pusieron en conocimiento del MOP, desde el inicio de la operación de PTLA durante el año 2007, los mismos hechos que dan origen a esta causa, solicitando el ejercicio de sus atribuciones de fiscalización, frente a lo cual el MOP respondió a fojas 2829, 2834, 2840, 2855 y 2860 que, a su juicio, el servicio efectivamente prestado por PTLA era “estiba y desestiba” regulado en las BALI y que por ello PTLA podría cobrar la tarifa respectiva, no adoptando, en consecuencia, ninguna medida al respecto;

Nonagésimo noveno: Que, sin perjuicio de que este Tribunal no comparte en absoluto la interpretación dada por el MOP, tal como se ha argumentado anteriormente, y considera que su omisión ha permitido que se mantengan en el tiempo los abusos de PTLA respecto de los demandantes, la omisión del MOP en el ejercicio de sus deberes de fiscalización es materia que podría encuadrarse en la figura de una negativa de servicio, más que considerarse un hecho, acto o convención que tenga por objeto limitar, restringir o entorpecer la libre competencia, por lo que este Tribunal no sancionará al MOP por dicha omisión;

Centésimo: Que, al respecto, para que una omisión de lugar a un atentado a la libre competencia, resulta indispensable inferir de alguna disposición legal la exigibilidad de la acción omitida, esto es, que exista un explícito deber jurídico de adoptar una determinada conducta a fin de no vulnerar la libre competencia. En otras palabras, si al MOP se le hubiese impuesto un deber de garante consistente en realizar ciertas conductas destinadas a preservar la libre competencia, y tales conductas no hubiesen sido ejecutadas, el MOP podría haber incurrido en una responsabilidad infraccional por omisión;

Centésimo primero: Que, en la especie, los demandantes invocan lo preceptuado en el punto 1.10.4 letra C.12 de las BALI como fuente de la obligación antes mencionada, que señala: *“El DGOP se reserva el derecho a establecer modificaciones, regulaciones, condiciones o modalidades a cualquiera de los servicios establecidos en el artículo 1.10.2 o de las áreas establecidas para la explotación de los mismos ... cuando el Concesionario incurra en discriminaciones o ejerza conductas que pudieran afectar el acceso igualitario de los Despachadores de Aduana o de cualquier otro usuario a las instalaciones y servicios del Puerto Terrestre y, en general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad o efecto eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia, sin perjuicio de las sanciones que procedieren.”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo segundo: Que del tenor literal de la norma transcrita, se desprende que el DGOP sólo está facultada para actuar frente a infracciones a la libre competencia de los concesionarios, pues “*se reserva el derecho*” de hacerlo en conformidad al contrato. Por lo tanto, el MOP no incurrió en infracción a la libre competencia por el hecho de no fiscalizar o fiscalizar inadecuadamente el contrato de concesión. Lo anterior sin perjuicio de que las deficiencias en el ejercicio de potestades públicas inherentes al MOP/DGOP, puedan ser constitutivas de responsabilidad del Estado por “falta de servicio”, lo cual sería de competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia;

Centésimo tercero: Que, en virtud de todo lo expuesto, este Tribunal sólo acogerá las demandas deducidas en contra de PTLA, por haber infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra b), al abusar de su condición de monopolio legal en la provisión de los servicios en cuestión mediante el cobro de la tarifa máxima correspondiente al servicio regulado de estiba y desestiba (TEDO), en circunstancias que éste no es el servicio que efectivamente presta y considerando, adicionalmente, que dicho cobro carece de justificación tanto jurídica como económica;

Centésimo cuarto: Que a efectos de determinar el monto de la multa que se impondrá a PTLA, este Tribunal debe tomar en consideración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 inciso final del Decreto Ley N° 211, entre otros elementos (i) el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; (ii) la gravedad de la conducta; y, (iii) la calidad de reincidente del infractor;

Centésimo quinto: Que, es posible efectuar una estimación del beneficio económico obtenido por PTLA con motivo de la infracción, a partir de la diferencia entre la tarifa cobrada por PTLA, que al año 2009 correspondía a \$105.500, y el costo estimado por este Tribunal para ese mismo año de prestar el servicio de Apoyo a la Fiscalización en el Cuadro 5, multiplicando luego esa diferencia por la cantidad de camiones inspeccionados, por tipo de carga, desde la entrada en operación de PTLA el año 2007 y hasta febrero 2009, que corresponde al período para el cual se cuenta con información detallada. Como resultado de esta estimación, se obtiene un valor reajustado, al 30 de junio de 2010, ascendente a \$ 8.059.705.119 (ocho mil cincuenta y nueve millones setecientos cinco mil ciento diecinueve pesos);

Centésimo sexto: Que, en todo caso, este Tribunal opina que una forma más conservadora de calcular el beneficio económico obtenido por PTLA

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con motivo de la infracción, consiste en restar del beneficio mencionado en el considerando anterior, los ingresos que habría obtenido el concesionario, de haberse seleccionado la segunda mejor oferta económica en la Licitación (Consortio Agunsa-Ultramar-Belfi), consistente en una tarifa TAR de \$6500 (fojas 2743), por cada uno de los camiones que transitaron en PTLA en el mismo período, reajustando este valor de acuerdo con el punto 1.12.9 de BALI. En este escenario más conservador, el beneficio económico obtenido por PTLA con motivo de la infracción equivale a \$ 5.827.043.468 (cinco mil ochocientos veintisiete millones cuarenta y tres mil cuatrocientos setenta y ocho pesos);

Centésimo séptimo: Que, en cuanto a la gravedad de la conducta, es preciso tener en cuenta que las conductas en cuestión han afectado a un porcentaje importante de la población en Chile, por la vía de incrementar directa o indirectamente el costo de alimentos provenientes de países vecinos o de sus insumos, toda vez que han incrementado abusivamente sus costos de ingreso al país y, tratándose de insumos para la producción de alimentos, el aumento en los costos para los consumidores finales podría resultar incluso mayor, si ese mayor costo de ingreso al país se fuera luego traspasando, sucesivamente, por sobre el respectivo margen porcentual de ganancias que prevalezca en cada uno de los eslabones de la cadena de producción y comercialización que existen hasta llegar al consumidor final;

Centésimo octavo: Que por otra parte, en su calidad de oferente monopolista de servicios portuarios que conforman la concesión del Puerto Terrestre de los Andes, PTLA, debió tener particular cuidado en atenerse a los términos del marco jurídico que rige su concesión, circunstancia que no ocurrió;

Centésimo noveno: Que, además, PTLA tenía o debía tener plena conciencia de la infracción en que incurrió, pues no pudo racionalmente haber ofrecido una tarifa TAR de cero pesos en la Licitación sin haberse propuesto y planificado deliberadamente, desde el comienzo, realizar el cobro abusivo a que se refiere el juicio de autos;

Centésimo décimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal tendrá especialmente presente, para efectos de aminorar la gravedad de la conducta, que el DGOP/MOP, organismo fiscalizador de la concesión, respaldó el comportamiento del PTLA, al responder negativamente los reclamos que le presentaron varios de los demandantes de autos. Ello razonablemente debió tener efectos en la percepción de la concesionaria respecto de la ilicitud de su actuar, lo que evidentemente disminuye en forma muy importante su responsabilidad en los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hechos constitutivos de infracción descritos en la presente sentencia, aunque no la exculpa completamente de los mismos, toda vez que PTLA podía haber actuado igualmente en conformidad a su contrato de concesión sin infringir las normas de defensa de la libre competencia. Por esta razón, este Tribunal impondrá a PTLA una multa sustancialmente menor a la que habría correspondido sin mediar esta circunstancia;

Centésimo undécimo: Que en relación a la reincidencia, se tendrá en consideración que PTLA no ha sido objeto de demandas o sanciones por infracción a la libre competencia en ocasiones anteriores;

Centésimo duodécimo: Que, por lo expuesto, se impondrá a PTLA la multa que se indicará en lo resolutivo de esta sentencia;

Centésimo decimotercero: Que, por su parte, la solicitud de imponer una multa a los Directores, Gerentes, Administradores y Representante Legal de PTLA será rechazada, toda vez que éstos no fueron demandados ni emplazados en autos; y, en todo caso, tampoco se les imputaron conductas diversas de las atribuidas a PTLA, que pudieran ameritar una sanción independiente de la que se impondrá a esta última;

Centésimo decimocuarto: Que, por último, no se acogerá la petición de los demandantes Nutripro, Tucapel, Terramar, Man y Graneles en orden a fijar la tarifa del servicio de apoyo a la fiscalización, toda vez que este Tribunal considera que la orden de cesar en los cobros abusivos, que como medida correctiva se establecerá en lo resolutivo, es suficiente para resolver este conflicto desde el punto de vista de la libre competencia y genera, además, los incentivos adecuados para que la tarifa en cuestión sea establecida de acuerdo con los mecanismos contractuales y legales correspondientes. Por lo mismo, y dado que la tarifa en cuestión debiera ser fijada en la forma establecida contractual y legalmente, tampoco se acogerá la petición subsidiaria de Nutripro, Tucapel, Terramar, Man, Ariztía y Soprodi, en cuanto piden que se modifique la tarifa directamente o por medio del MOP/DGOP;

Centésimo decimoquinto: Que, a su turno, y considerando que este Tribunal está plenamente facultado para ordenar directamente el cese de las conductas contrarias a la libre competencia, y así lo hará, resulta innecesario acoger las peticiones de Ariztía, Soprodi y Graneles de que ello se haga por intermedio del MOP/DGOP. En efecto, resulta indiferente para los demandantes si

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la orden de cese proviene de este Tribunal o del MOP, en la medida que PTLA deje de efectuar el cobro abusivo cuestionado;

Centésimo decimosexto: Que, finalmente, tampoco es procedente acoger la petición subsidiaria de Graneles de ordenar al MOP poner término a la concesión, toda vez que la medida en cuestión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26° letra a) del Decreto Ley N° 211, está reservada a *“actos, contratos, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley”*, lo que no ocurre en este caso. En efecto, y tal como se ha establecido, la conducta contraria a la competencia de autos es la aplicación de cobros injustificados y abusivos por parte de PTLA a los demandantes y no el contrato de concesión mismo, siendo innecesario, por lo tanto, poner término a dicho contrato para los efectos de sancionar, prevenir o corregir la infracción en cuestión;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero y letra b); 18º N° 1); 22º, inciso final; 26º 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 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

En cuanto a las tachas:

1. Rechazar las tachas formuladas por el Fisco de Chile y PTLA a fojas 6929 respecto del testigo señor Rodrigo José Harrison Vergara, por las causales establecidas en los N° 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil;
2. Rechazar las tachas formuladas por el Fisco de Chile y PTLA a fojas 7002 respecto del testigo señor Gabriel Amos Bitrán Dicowsky, por las causales establecidas en el N° 9 del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, y en los Nos 5 y 6 del artículo 358 del mismo código;

En cuanto al fondo:

3. **RECHAZAR** las excepciones de incompetencia absoluta deducidas a fojas 765, 1604, 2612, 3620, 3880 y 4187 por Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y a fojas 3177, 3951 y 4275 por el Consejo de Defensa del Estado;
4. **ACOGER** las demandas deducidas a fojas 412 por Nutripro S.A., a fojas 1252 por Empresas Tucapel S.A., a fojas 2257 por Comercial Terramar Ltda., a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fojas 3406 por ED&F Man Chile S.A., a fojas 3714 por Agroexportadora e Importadora Ltda. y Agrícola Tarapacá Ltda., a fojas 3787 por Soprodi S.A. y a fojas 4126 por Graneles de Chile S.A., sólo en cuanto se declara que Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. infringió la letra b) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al abusar de su posición dominante en el mercado mediante el cobro de la tarifa máxima correspondiente al servicio de estiba y desestiba (TEDO), por un servicio diferente y de menor costo al regulado por ésta;

5. **CONDENAR** a PTLA al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a trescientas cincuenta Unidades Tributarias Anuales (350.- UTA);

6. **ORDENAR** a PTLA abstenerse, en lo sucesivo, de aplicar la tarifa correspondiente al servicio de estiba y desestiba por servicios distintos de los regulados por ésta;

7. **NO CONDENAR** en costas a PTLA, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Se previene que la Ministra Sra. Butelmann, no obstante concurrir con lo resuelto en la sentencia, estuvo por aplicar a PTLA una multa equivalente, al menos, al beneficio económico obtenido con la infracción y que, de acuerdo a lo expresado en el considerando centésimo sexto, corresponde conservadoramente a trece mil Unidades Tributarias Anuales (13.000.- UTA). Lo anterior dado que, a su juicio, ninguna consideración puede reducir el valor de la multa a un monto inferior al beneficio económico obtenido con la infracción, porque ello fomentaría la ocurrencia de prácticas contrarias a la libre competencia, en vez de disuadirlas.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 127-07

Pronunciada por los Ministros Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, actuando como Presidenta, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres. Autoriza el Secretario Abogado, Sr. Javier Velozo Alcaide.