

Santiago, veintiocho de enero del año dos mil once.

Vistos:

En estos autos rol N° 6100-2010 se han deducido recursos de reclamación a fojas 7.893 y 8052 por los demandados Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y el Fisco de Chile, respectivamente y por los demandantes Graneles Chile S.A., por E.D & F Man Chile S.A. hoy Iansa Trading Limitada, Empresas Tucapel S.A. y Comercial Terramar Limitada, a fs. 7.959, 8041 y 8090, respectivamente, en contra de la sentencia definitiva N° 100/2010 pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con fecha veintiuno de julio de dos mil diez y que rola a fs. 7.812.

El procedimiento se inició mediante las demandas deducidas a fs. 412, 1.252, 2.257, 3.406, 3.714, 3.787 y 4.126 por Nutripro S.A., Empresas Tucapel S.A., Comercial Terramar Limitada, ED & F Man Chile S.A., Agroexportadora e Importadora Limitada y Agrícola Tarapacá, Soprodi S.A., y Graneles Chile S.A., respectivamente, en contra de Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. (PTLA) y del Fisco de Chile, a excepción de la cuarta empresa señalada, que sólo demanda a PTLA, las cuales se fundan, en síntesis, en que los demandantes son importadores de productos nutricionales destinados al consumo humano o animal, desde países vecinos al nuestro, cuyo ingreso se realiza por el paso fronterizo Los Libertadores, V Región, mercancías que por su naturaleza se encuentran sujetas al control de las autoridades aduaneras (SNA), sanitarias (SSV), el Servicio Agrícola Ganadero (SAG), en circunstancias que es el único lugar autorizado para dichos controles obligatorios. Estiman que la concesionaria PTLA ha abusado de su posición dominante 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 que realmente presta. En cuanto al Fisco sostienen que ha participado en la ejecución de estas conductas abusivas 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 al aprobar de esta forma su actuar ilegal.

Solicitan que se declare que: **i)** PTLA y el MOP han incurrido en conductas contrarias a la libre competencia; **ii)** Ordenar a PTLA que cese en toda conducta que implique

explotación abusiva de su posición dominante; **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 PTL, sus Directores, Gerentes, Administradores y Representantes legales la multa más alta que para estos efectos determina el D.L. 211, o bien la que el Tribunal determine; y **vi)** Condenar en costas a los demandados. La parte demandante de Agroexportadora e Importadora Limitada y Agrícola Tarapacá Limitada solicita aplicar una multa además al Fisco de Chile y la demandante Graneles Chile solicita ordenar al MOP poner término a la concesión.

A fs. 765, 1604, 2.612, 3.620, 3.880 y 4.187 la demandada PTLA solicita el rechazo de la demanda, con costas. Alega la incompetencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por cuanto ninguno de los demandados tiene la calidad de agente económico y porque este asunto está regulado por normas de derecho público.

Respecto del fondo de la acción señala -en síntesis- que presta servicios de estiba y desestiba en apoyo de las actividades de los órganos fiscalizadores, las que van más allá de un mero encarpe y desemcarpe como señalan los demandantes, que la tarifa se encuentra establecida dentro de las bases de licitación, la que se adjudicó dentro de un proceso legal y competitivo, sin que incurra en la conducta que se le reprocha ya que el cobro es igual para todos los usuarios de sus servicios.

A fs. 3.177, 3.951 y 4.275 contesta la demanda la parte del Fisco alegando también la incompetencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, porque las conductas que se imputan al MOP corresponden a lo que la doctrina y jurisprudencia denomina falta de servicio, situación que debe ser conocida, juzgada y resuelta por los tribunales ordinarios de justicia.

En cuanto al fondo señala 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, promoviendo la competencia “por la cancha” que en principio eliminaría las rentas monopólicas y reemplazaría la competencia “en la cancha” que no es posible.

A fs. 3.238 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia recibió la causa a prueba.

A fs. 7.812 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia definitiva por medio de la cual rechaza las excepciones de incompetencia formuladas por los demandados y acoge las demandas deducidas, sólo en cuanto declara que Puerto Terrestre de Los Andes Concesionaria S.A, infringió la letra b) del artículo 3° del D.L. 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; condena a PTLA al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a trescientos cincuenta (350) Unidades Tributarias Anuales; ordenar a PTLA abstenerse, en lo sucesivo, de aplicar la tarifa correspondiente al servicio de estiba y desestiba por servicios distintos de los regulados; no condenar en costas a PTLA por haber tenido motivos plausibles para litigar.

En contra de este fallo deducen reclamación las demandadas PTLA y el Fisco de Chile, solicitando la primera que sea acogida la excepción de incompetencia deducida por su parte y, en subsidio, negar lugar a las demandas deducidas en su contra por no haber incurrido en ningún abuso de posición dominante ni en ninguna infracción a las normas del D.L. 211, con costas de las demandantes y el segundo, que se acoja la excepción de incompetencia deducida por el Fisco-MOP, revocando la sentencia en esta parte, con costas.

A su vez los demandantes Graneles Chile S.A., E.D & F Man Chile S.A. hoy lansa Trading Limitada, Empresas Tucapel S.A. y Comercial Terramar Limitada deducen reclamación por medio de la cual pretenden se eleve la multa a la que fue condenada PTLA y se condene en costas a esa parte.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

EN CUANTO AL RECURSO DE RECLAMACION DEDUCIDO POR PUERTO TERRESTRE LOS ANDES SOCIEDAD CONCESIONARIA S.A. (PTLA S.A.).

PRIMERO: Que a fs. 7893 la parte demandada de Puerto Terrestre de Los Andes Concesionaria S.A. (PTLA) dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por medio de la Resolución N° 100/2010, de fecha veintiuno de julio del presente año y que se lee de fs. 7.812 en adelante.

Funda su reclamación señalando que la sentencia reclamada: **1.** Ha sido pronunciada por un tribunal incompetente absolutamente; **2.** Infringe las reglas legales de interpretación de los contratos; y **3.** Que el pronunciamiento sobre la racionalidad económica de la tarifa TEDO puesta en la BALI transgrede la Ley del Contrato de Concesión y la Ley de Concesiones de Obras Públicas y desnaturaliza el contrato.

SEGUNDO: Que en cuanto a la incompetencia del Tribunal de Defensa de la Libre competencia sostiene que el Tribunal a quo, para atribuirse competencia, olvida un aspecto esencial establecido en su propia ley orgánica, en especial los artículos 1, 2 y 4 del D.L. 211. Ello porque el artículo 1° dispone que: “La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia **en los mercados**”, y a su vez el artículo 2°, reiterando la misma idea señala que corresponde “al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia **en los mercados**”. Argumenta, por un lado, que en este caso no se produce la existencia de agentes económicos que actúen en el mercado, pues se trata de un solo concesionario que presta apoyo a un servicio público conforme a las normas establecidas en las bases de licitación, de modo que no puede hablarse de “agentes económicos” ni de “mercado”.

Añade que por tratarse de un contrato de concesión de obra pública, en la cual el control o competencia se produce en el proceso de licitación y adjudicación, esto es, ex-ante, el control posterior una vez entregada la concesión a una empresa corresponde a la Dirección respectiva del Ministerio de Obras Públicas, quien debe efectuar la inspección y vigilancia del cumplimiento de las bases por parte del concesionario, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de las obras.

Tercero: Que a continuación y en forma subsidiaria indica que la sentencia infringe las reglas de interpretación de los contratos. Luego de hacerse cargo del

contenido del fallo y aclarar cuál es el contenido de las bases de licitación y la forma en que deben interpretarse los contratos administrativos, estima improcedente y errónea la interpretación que hace la sentencia reclamada de “tarifa máxima autorizada” en las concesiones, pues supone que PTLA estaba obligado a disminuirlas o cobrarlas proporcionalmente, lo que no está previsto ni en las BALI ni en el contrato de concesión en general, ni en las normas que regulan la materia (Ley de Concesiones de Obras Públicas). Puntualiza que esta normativa, artículo 7° inciso segundo, faculta al concesionario de una obra pública a reducir las tarifas fijadas en las bases de licitación, lo que en ningún caso implica una obligación, concepto que se refuerza en el artículo 11 de la misma ley y que reproduce. Agrega que las BALI, decreto de adjudicación ni las aprobaciones de las tarifas disponen u obligan a rebajarlas y que lo único obligatorio para el concesionario es no cobrar una tarifa mayor a las reguladas en esos documentos.

Por ello estima que la sentencia reclamada incurre en infracción a las normas que regulan la interpretación de los contratos, no obstante haberse rechazado por el fiscalizador las reclamaciones de los demandantes al respecto.

Cuarto: Que en tercer término el reclamante PTLA sostiene que el contrato de licitación goza de una suerte de intangibilidad que no permite su modificación posterior por el legislador o la jurisdicción. En consecuencia, sostiene que el fallo recurrido da al contrato un alcance diverso a aquel que tuvieron en vista las partes al momento de su celebración, estableciendo que en la concesión existen diversos centros de costos que deben satisfacerse por servicios relacionados a ellos, lo que no se establece en parte alguna del contrato de concesión. Asimismo señala que todos los centros de costos, sean de construcción y operación, y la tasa TIR deben financiarse con todos los ingresos derivados de la explotación de la obra pública concesionada.

Quinto: Que, finalmente, PTLA sostiene en su reclamación que la sentencia que impugna vulnera su derecho a realizar una actividad económica lícita que le asegura el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República, por cuanto se le niega el prestar el servicio de estiba y desestiba obligatoria a cambio de la tarifa TEDO, en los términos que las partes contratantes -Estado de Chile y Concesionario- entendieron que jurídicamente era el más perfecto cumplimiento del contrato de concesión. Del mismo modo, estima que la sentencia genera y hace asumir a la

Concesionaria nuevos riesgos no previstos al momento de adjudicarse el contrato. Finalmente acusa una conculcación del derecho de propiedad de la concesionaria al privarla de cobrar la tarifa TEDO establecida en las BALI, ya que con ello deja de percibir el precio por el que había participado en la licitación, había ofertado, había resultado adjudicatario y por el que había invertido grandes recursos.

Sexto: Que en lo relativo a la incompetencia del Tribunal de la Libre Competencia alegada por la Concesionaria PTLA, se debe consignar que la cuestión central de este caso consiste en determinar si las actuaciones de la concesionaria que se acaban de indicar pueden incidir en la libre competencia, sea impidiéndola, restringiéndola o entorpeciéndola.

Las normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción; lo que, por cierto, es sin perjuicio de la competencia que sobre otros aspectos relativos a las licitaciones públicas tengan otros tribunales.

A este último respecto no debe olvidarse que de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual trasgresión. En la especie el asunto de autos está comprendido en la competencia del Tribunal de la Libre Competencia porque el conflicto ha sido planteado en los términos señalados en el artículo 3° del D. L. N° 211, esto es como un asunto desligado de la legalidad de las bases de licitación. Así las cosas, de estimarse que la denuncia formulada no constituye una cuestión de libre competencia ha de decidirse el rechazo de la demanda, aceptándose la competencia a resultas de lo que formulara la parte.

Todo lo expresado lleva a desestimar la alegación de incompetencia formulada en la reclamación de esta parte.

Séptimo: Que a fin de resolver sobre las situaciones de fondo en que se funda la reclamación, es necesario precisar que el D.L. N° 211 tiene como bien jurídico protegido la libre competencia, la que puede entenderse como la posibilidad que tienen

las personas para participar en cualquiera actividad económica, como oferente o demandante, pudiendo decidir libremente cuándo entrar o salir de un mercado, sin que exista ninguna persona o entidad que le pueda imponer condiciones en las relaciones de intercambio que interfieran en el flujo natural de los bienes y servicios.

A su vez cabe consignar que de conformidad al artículo 3° letra b) del citado D.L. se sanciona como atentatorio a la libre competencia: “La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”.

Octavo: Que para que exista abuso de posición dominante es necesario que se acrediten a lo menos dos circunstancias: una posición dominante o poder de mercado y que se haga abuso de esa posición.

En la especie no existe discusión en torno a que PTLA mantiene una posición dominante en el mercado por tratarse de un monopolio natural, ya que por haberse adjudicado la licitación respectiva es la única empresa que presta los servicios de apoyo a las actividades de fiscalización que realizan los servicios ya mencionados en el paso fronterizo Los Libertadores.

Noveno: Que la figura de abuso de posición dominante sanciona el “abuso” que se haga de esa posición, esto es, no se castiga por alcanzarla. Cabe entonces verificar si en la prestación de esos servicios la concesionaria PTLA abusa de la posición de monopolio legal que le ha sido dada en virtud del contrato de concesión.

Décimo: Que el abuso de posición dominante en lo relativo a los precios puede darse fijando precios predatorios, abusivos o discriminatorios.

La demanda denuncia que el abuso se produce por aplicarse en su valor máximo la

tarifa TEDO fijada en las bases para la actividad de estiba y desestiba, a una actividad que no la constituye porque importa una actividad mucho menor de parte de la prestadora de los servicios. Asimismo, reprocha a la concesionaria que la tarifa cobrada es excesiva, considerando los servicios que efectivamente presta a los demandantes.

Undécimo: Que además se debe tener presente que de acuerdo a lo que dispone el artículo 3° del D.L. N° 211, es necesario que las conductas: “impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia”. Dicho de otro modo, para imputar la infracción no basta que exista una posición dominante y que las tarifas sean abusivas, porque además debe acreditarse que esa situación vulnere de algún modo la libre competencia, cual es lo que se pretende proteger.

Duodécimo: Que en el presente caso no se ha acreditado esta última circunstancia. En efecto, no obstante lo dicho al razonar acerca de la excepción de incompetencia, la demanda no plantea una cuestión de libre competencia, sino simplemente un cuestionamiento a las tarifas por aplicarse la de desestiba a un servicio similar pero claramente menor y, por lo mismo, de costo reducido.

Para la adecuada resolución del negocio debe recordarse que las tarifas son resueltas mediante las bases de licitación, y que las que han sido aplicadas por la concesionaria demandada se corresponden con las establecidas en el contrato de concesión.

Décimo tercero: Que en autos no existen antecedentes que lleven a concluir que a consecuencia de dicho problema tarifario las importadoras demandantes hayan perdido competitividad, esto es que el precio final de los productos que comercializan hayan sido alterados a resultas de algún actuar abusivo ejecutado prevaliéndose de la posición dominante, la que en el caso de autos no se discute.

Por otra parte tampoco se discute que el contrato de concesión no previó una tarifa para estos servicios que los actores consideran distintos y menores. Esta es, entonces, una cuestión fáctica cuyo carácter está siendo apreciado por las partes, porque mientras las demandantes aseguran que por regla general la fiscalización no obliga a la completa

desestiba y estiba, la demandada aplica esta última tarifa que no se corresponde con el servicio prestado. Así las cosas es claro que la cuestión se reduce al alcance de la tarifa que debería aplicarse a este particular servicio que, según se afirmó, siempre habría de ser de distinta significación de acuerdo con las diferentes necesidades de fiscalización de que se trata.

Finalmente, no puede menos que decirse que si las tarifas han sido aplicadas conforme al contrato de concesión, o dicho de otra manera: si la concesionaria no ha incurrido en infracción al contrato de concesión no es posible concebir que el cobro sea abusivo y lesivo a la libre competencia, cual es, como ya se ha dicho, el actuar que en ésta jurisdicción especial puede ser sancionado.

Décimo cuarto: Que atendidas las razones precedentes que ponen de manifiesto que el asunto propuesto no guarda relación con una cuestión de libre competencia porque su naturaleza jurídica no está dentro de los márgenes de una infracción a este bien jurídico, y porque en forma alguna se ha acreditado que el mercado haya sido alterado por las tarifas que se reclaman y que han sido materia de regulación previa, habrá de acogerse la reclamación de la demandada Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Anónima Concesionaria S.A. y rechazarse la acción formulada.

Por los mismos razonamientos, también que darán rechazadas las reclamaciones de fs. 7.959, 8.041 y 8.090 planteadas para incrementar las sanciones.

EN CUANTO A LA RECLAMACION DEL FISCO DE CHILE.

Décimo quinto: Que la parte del Fisco de Chile a fs. 8.052 dedujo reclamación en contra de la sentencia de autos en cuanto ésta no acogió la excepción de incompetencia, y en cuanto el fallo contiene fundamentos que agravan al Fisco al dejar establecidos posibles incumplimientos en su función de fiscalización.

Los fundamentos vertidos en el motivo sexto del presente fallo son suficientes para

desestimar la alegación del Fisco. También será rechazada la reclamación en cuanto pretende modificar los fundamentos del fallo en alzada por no existir ninguna decisión agravante a sus intereses, puesto que no fue acogida la demanda que fuera dirigida en su contra.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N°1, 20 y 27 del D.F.L. N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, se declara:

I.- Que **se acoge** el recurso de reclamación deducido en lo principal de la presentación de fojas 7.893 por la parte demandada de Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A., en contra de la sentencia N°100/2010, de veintiuno de julio de dos mil diez, escrita a fs. 7.812 y se declara que **se rechazan** las demandas deducidas a fs. 412, 1.252, 2.257, 3.406, 3.714, 3.787 y 4.126 por Nutripro S.A., Empresas Tucapel S.A., Comercial Terramar Limitada, ED & F Man Chile S.A., Agroexportadora e Importadora Limitada y Agrícola Tarapacá, Soprodi S.A., y Graneles Chile S.A., respectivamente.

II.- Que, en consecuencia, también **se rechazan** las reclamaciones interpuestas por Graneles Chile S.A., por E.D & F Man Chile S.A. (hoy Iansa Trading Limitada), Empresas Tucapel S.A. y Comercial Terramar Limitada, a fs. 7.959, 8041 y 8090, respectivamente.

III.- Que **se rechaza** la reclamación deducida por el Fisco de Chile a fs. 8.052 en contra de la misma sentencia.

IV.- Que **no se condena en costas a las demandantes**, por estimarse que obraron con motivos plausibles.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N° 6100-2010.- Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Haroldo Brito, Sr. Roberto Jacob y los Abogados Integrantes Sr. Benito Mauriz y Sr. Rafael Gómez. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Abogado Integrante señor Gómez por estar ausente.

Santiago, 28 de enero de 2011.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintiocho de enero de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.