

Santiago, diecisiete de agosto de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos Rol N° 1813-2010 se ha deducido recurso de reclamación por don Gonzalo Vallejos Mackay contra la sentencia N° 95/2010, de 14 de enero de 2010, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que resolvió -en lo que interesa al recurso- rechazar la demanda presentada por el señor Vallejos contra Naviera Ship S.A., con costas y acoger la tacha planteada por la demandada contra el testigo don Marcos Mackay Bravo.

La reclamación referida pretende que se enmiende la sentencia acogiendo la demanda en la siguiente forma: a) Se declare que la negativa injustificada de la demandada a efectuar transporte marítimo a su parte constituye un hecho que impide, restringe o entorpece la libre competencia por cuanto importa, en primer término, una explotación abusiva de su posición dominante en el mercado del transporte marítimo entre Chile continental e Isla de Pascua y, en segundo lugar, una práctica predatoria cuyo objetivo es mantener aquella posición dominante; b) Se ordene a la demandada, sus controladores, administradores y ejecutivos, cesar en la práctica abusiva y continuar transportando las mercaderías en la forma habitual y en las mismas condiciones con que opera con el resto de los actores del mercado; c) Condenar a la demandada al pago de una multa equivalente a 20.000 unidades tributarias anuales u otra que el Tribunal considere, con declaración que, del pago de dicha multa responderán solidariamente los directores y administradores de la demandada, sin perjuicio de las demás medidas correctivas y multas que el Tribunal estime procedente aplicar, con costas. Asimismo, solicita que se revoque la sentencia en la parte que hizo lugar a la tacha deducida contra el testigo Marcos Mackay Bravo, negando lugar a la inhabilidad alegada.

En cuanto a la tacha referida, el impugnante expresa que el fallo se basa en las reglas de la sana crítica para acoger la inhabilidad fundada en el parentesco legítimo de primo hermano que el testigo tiene con su parte. Sin embargo, se soslaya que el parentesco legítimo requiere de prueba y ésta sólo puede estar constituida por las partidas correspondientes (o sus certificados), emanadas del Servicio de Registro Civil, lo que no ocurrió.

En cuanto al fondo del asunto, plantea el reclamante que la sentencia atacada yerra al señalar que el mercado relevante comprende el transporte de carga marítimo y aéreo a Isla de Pascua, por cuanto no es posible sustituir el empleo del transporte marítimo por el aéreo. Afirma que tal aserto se demuestra por razones de costo y de lógica así como de circunstancias que constituyen hechos públicos y notorios. En lo que concierne al costo, aduce que es una variable clara y acreditada, pues es mucho más caro enviar carga por avión que por barco. En cuanto a las razones de lógica, indica que es un hecho conocido, público y notorio la existencia de determinado tipo de carga que no es posible de transportar por avión, pero que sí permite transporte marítimo. Apunta que, por regulaciones en materia de seguridad aérea -por todas conocidas- se han restringido cada vez más las posibilidades de enviar determinadas cargas por avión, por ejemplo, sustancias inflamables, corrosivas, explosivas, o combustibles y elementos de ciertas dimensiones. Argumenta que parte importante de la carga que envía a la Isla tiene las características recién referidas. Trae a colación lo declarado por la testigo Lacord en cuanto a que ella enviaba parte de sus mercaderías por vía aérea, en especial, la que dice relación con artículos para el hogar, sin embargo, en ese rubro no es competidora del demandante, en tanto que el resto de la carga en que sí lo es efectúa el envío por barco.

Un segundo reproche que contiene el recurso de reclamación se basa en que el fallo erróneamente ha determinado que la demandada carece de posición dominante en el mercado relevante. Aduce que en el mercado de carga marítima a la Isla de Pascua desde el año 2002 hasta fines del 2008 el único oferente ha sido el demandado. Afirma que durante ese periodo el denunciado realizó conductas que tenían por fin levantar barreras artificiales para impedir la entrada de nuevos oferentes.

Enseguida, la reclamación pretende demostrar que la demandada ha incurrido en conductas que constituyen discriminaciones arbitrarias. Arguye sobre el particular que la práctica comercial establecida entre las partes no se respetó, por cuanto la demandada no aceptó una reserva de carga por 400 metros cúbicos, ni dio respuesta a la solicitud respectiva en el plazo que normalmente se hacía.

A continuación, señala que la demandada no respetó la práctica establecida entre las partes en lo concerniente a la relación peso/volumen de la carga enviada, toda vez que jamás existió limitación alguna en cuanto a dicha relación. No obstante, asevera que la mencionada relación peso/volumen normal entre ellos era de 0,8-0,9 toneladas/metro cúbico, así como también demostró que la demandada respondió a sus numerosos requerimientos ofreciendo un embarque de 100 toneladas, o bien 300 metros cúbicos de carga liviana, lo que importa una relación de 0,3 toneladas/metro cúbico.

Por otra parte, expresa el reclamante, que la empresa demandada no respetó la regla sobre la forma de pago de las facturas en cuanto eran enviadas por ésta a alguna empresa de factoring que las cobraba un mes después de la emisión. Aclara que antes de fines de mayo de 2008 jamás se le exigió el pago de la mitad de la carga al momento de la reserva ni menos se le imponía el pago total del volumen embarcado antes del zarpe. Esgrime que yerra también el fallo al sostener que el actor se había atrasado en reiteradas ocasiones en sus pagos, porque como ha explicado, la regla aplicada por las partes no consideraba la situación descrita como un incumplimiento.

Explica que lo que motivó a la demandada para proceder a cambiar las reglas antes citadas fue el haberse enterado durante la segunda quincena del mes de mayo de 2008 de la intención del actor de comprar un barco para prescindir de sus servicios de transporte de carga. Asegura que los controladores de la demandada no deseaban, por razones obvias, que apareciese un nuevo actor en el mercado, con lo que perdería la posición dominante o gran parte de su poder para fijar precios y condiciones del servicio. Tan cierto es esto, señala el reclamante, que bastó con la sola notificación de la demanda para que se restablecieran las reglas que siempre operaron entre las partes.

Concluye que las conductas de la demandada vulneran el artículo 3º letras b) y c) del D.L. 211.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en primer lugar el reclamante expresa que le agravia la decisión de haberse acogido una tacha deducida por la contraparte respecto del testigo presentado por su parte, Marcos Mackay Bravo, inhabilidad que en su concepto debió desestimarse por cuanto no se acreditó, por medio de prueba conducente, -esto es, las partidas emanadas del Servicio de Registro Civil-, el parentesco legítimo que es presupuesto de la referida inhabilidad.

Segundo: Que la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dio lugar a la objeción de inhabilidad del deponente fundada en lo dispuesto en el artículo 358 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, concluyendo que es inhábil para declarar en estos autos por haber reconocido que es primo hermano del demandante, antecedente que resulta a todas luces insuficiente para los efectos de establecer el parentesco aludido, motivo por el que el fallo en revisión deberá ser enmendado a este respecto. En efecto, tanto para los efectos de la prueba de estado civil, de la filiación o de los otros parentescos la ley ha determinado los medios de prueba idóneos o eficaces señalando en primer lugar las correspondientes partidas y a falta de ellas los medios supletorios especialmente regulados, materia esta que difiere de la forma de apreciación o valoración de las pruebas aportadas.

Tercero: Que la demanda interpuesta por don Gonzalo Vallejos Mackay se fundamenta en que su parte es un empresario líder, con giro comercial en la distribución de materiales de construcción y abarrotes en Isla de Pascua. Señala que la única forma de transportar mercaderías al por mayor a la Isla es por medio de transporte marítimo, el que es operado en forma exclusiva por la demandada Danvi Ship. Atribuye a la denunciada como conductas anticompetitivas la modificación de manera sustancial y unilateral en la forma de hacer negocios entre ambos. Explica que tales conductas consisten en el rechazo de reservas, en no respetar la relación peso-volumen de carga y alterar las condiciones de envío de carga, así como de la forma de pago del servicio de transporte. Expone que la verdadera razón que motivó el cambio en las condiciones de contratación estuvo orientada a evitar su ingreso como nuevo competidor al mercado del transporte de carga a Isla de Pascua, por cuanto ha iniciado y concretado gestiones para

adquirir un buque de carga que permita reducir sus costos de flete y, eventualmente, también prestar el servicio de transporte. Finalmente califica las conductas denunciadas como constitutivas de infracciones a las letras b) y c) del artículo 3º del D.L. 211.

Cuarto: Que el recurso en análisis plantea como primer reproche al fallo impugnado -en lo concerniente al fondo del asunto- que el mercado relevante materia de autos no fue correctamente determinado, por cuanto no debió comprender en él al transporte aéreo. El recurrente especifica dos razones para sostener tal aserto: 1) Razones de costo, puesto que es mucho más dispendioso enviar carga por avión que por barco; 2) Razones de lógica, ya que constituye hecho público y notorio, vale decir, que no requieren de prueba, el que existen regulaciones en materia de seguridad aérea que han restringido cada vez más la posibilidad de enviar determinadas cargas por avión. En este aspecto, hace presente que parte importante de los materiales que envía a la Isla corresponden a elementos de ciertas dimensiones como vigas de construcción, postes y planchas de madera.

Quinto: Que para determinar el fallo impugnado que el mercado relevante comprende el servicio de transporte marítimo y aéreo, tuvo como base las siguientes consideraciones:

1.- Resulta razonable utilizar el servicio de transporte aéreo en determinadas condiciones de valor y peso de la carga transportada, esto es, cuando se ha considerado que el precio del transporte marítimo resulta demasiado alto.

2.- Además otras razones, como el tipo de carga transportada o las características meteorológicas de la época del año en la que se realiza el transporte aparecen como determinantes del medio de transporte que se decida utilizar.

3.- Tuvo en cuenta el fallo el testimonio de Catherine Lacord -competidora del actor- en cuanto señaló que contaba con otro medio para el abastecimiento de su establecimiento comercial consistente en el Avión de Lan Chile del que depende en un 50%. En un sentido similar -apunta el fallo- el testigo Luis Alfonso Devia

indició que el servicio de transporte marítimo es empleado por él en un 60%, y el resto, en avión.

4.- Se estimó además que no se aportaron antecedentes suficientes tendientes a demostrar que las diferencias de precio entre el transporte aéreo y marítimo de mercaderías al por mayor a Isla de Pascua sean de tal entidad que resulte comercialmente inviable la sustitución entre ambos tipos de transporte.

Sexto: Que como es dable apreciar, el éxito de la reclamación que contiene el recurso en estudio, en el aspecto que se analiza, radica en la demostración de los asertos en que se fundamenta, y en su caso, en la apreciación de los medios de prueba aportados al proceso, de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Séptimo: Que en este sentido, el impugnante esgrime que existen razones de costos, puesto que es “mucho más caro” enviar carga en avión que por barco.

Sin embargo, revisada la evidencia probatoria, sólo es posible concordar con la conclusión de la sentencia impugnada toda vez que no existen antecedentes que permitan demostrar que la diferencia de precios sea de una entidad tal que haga comercialmente inviable la sustitución. En el mismo sentido, ni siquiera se cuenta con elementos que conduzcan a cuantificar la diferencia de precios entre los servicios de transporte aéreo y marítimo.

Octavo: Que la segunda razón que arguye el actor para estimar que el mercado relevante discutido en autos está constituido únicamente por el servicio de transporte marítimo descansa en el supuesto de existir determinadas cargas no susceptibles de enviar por avión por impedirlo especiales regulaciones aéreas en materia de seguridad, aseveración ésta que no requiere de prueba por tratarse de hecho público y notorio.

La afirmación recién enunciada debe ser desestimada, en primer lugar, porque al margen de no especificarse las especiales regulaciones normativas a que se alude, de los antecedentes de la causa, en especial de los declarados por el testigo

Lacord queda en evidencia que la determinación del tipo de transporte depende de una serie de circunstancias fácticas que sí era preciso demostrar como la variable costo o motivo económico esgrimido a propósito de los materiales de construcción.

Impide además aceptar la alegación en análisis la evidencia de perseguir el actor, a través del recurso de reclamación, ampliar la controversia ya fijada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por la vía de introducir al debate aspectos fácticos que no fueron planteados al interponerse la acción, lo que resulta improcedente toda vez que con ello se vulnera claramente el derecho de defensa de los litigantes. Es así como se alegó y pretendió dejar establecido, a estas alturas, que existen ciertas cargas que no pueden ser objeto de transporte aéreo, circunstancia de hecho que no aparece señalada en la demanda.

Noveno: Que el segundo reproche que contiene la reclamación se relaciona con la determinación que el fallo asienta de carecer la demandada de posición dominante en el mercado relevante. Los argumentos que entrega el impugnante para demostrar lo erróneo de tal conclusión, son los siguientes: 1) En el mercado de carga marítima a la Isla de Pascua desde el año 2002 hasta fines del 2008, el único oferente era el demandado, es decir, existe un monopolio; y 2) Durante ese periodo el denunciado realizó conductas que tenían por fin levantar barreras artificiales para impedir la entrada de nuevos oferentes, particularmente, con la intención de evitar que el actor gestionase la compra por terceros de un barco para realizar el servicio de transporte de carga.

Décimo: Que el fallo establece como un hecho no controvertido el que, en el servicio de transporte marítimo, la empresa demandada fue el único oferente en la época de los hechos denunciados y que no existen barreras de tipo legal o reglamentario que pudieran impedir o dificultar, en forma relevante, la entrada de algún nuevo competidor al mercado de que tratan estos antecedentes.

Expresa además el fallo que, durante el año 2008 ingresaron dos nuevas empresas a ofrecer el servicio antes mencionado y sobre la base de este presupuesto fáctico el Tribunal concluye que el tamaño del mercado relevante no es una barrera natural infranqueable para hacer posible el ingreso al mismo.

Undécimo: Que en el planteamiento del recurso que ocupa este análisis y en el fallo impugnado subyacen diferentes conceptos de “posición de dominio”. En efecto, para el impugnante, basta para concluir que la demandada detenta esta posición, la sola circunstancia de tratarse del único oferente de los servicios en la época de los hechos, mientras que, en la postura del fallo, el que un mercado presente una elevada concentración resulta ser una característica que, de por sí, no es suficiente para establecer una posición de dominio.

Duodécimo: Que es necesario destacar que la infracción al D.L. 211 que se atribuye a la demandada no se centra en la asimetría del poder negociador que puede tener por causa de la posición dominante que ocupe en la contratación en razón de su condición de único oferente de los servicios de transporte marítimo, sino que en el empleo de su poder de mercado con el objeto de impedir la entrada de nuevos competidores. Dicho esto, cabe recordar que el precepto contenido en el artículo 3º, letras b) y c) del Decreto Ley 211, se refiere a la figura de posición dominante en el mercado. La doctrina nacional ha sostenido, en relación al concepto de posición dominante, que nuestro ordenamiento de libre competencia ha seguido el modelo del Tratado de Roma en cuanto no entrega una definición de lo que cabe entender por posición dominante en el mercado, dejando esta tarea a la jurisprudencia judicial y administrativa. En tal sentido, del examen de dicha jurisprudencia es posible colegir que se distinguen elementos indiciarios de la existencia de una posición dominante, tales como: número de empresas que operan en el mercado relevante, la participación proporcional de la empresa en el mercado, tamaño de la empresa, relaciones con proveedores y canales de distribución, elasticidad de la demanda, capacidad de fijación de precios, existencia de ciertas ventajas comerciales, técnicas o financieras, persistencia de una empresa en la misma posición relativa al interior de un mercado a lo largo de los años, facilidades de ingreso de nuevos competidores al mercado relevante, etc.

Décimo tercero: Que a la luz de lo expuesto, resulta claro que el planteamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resulta ser jurídicamente acertado, por cuanto recogiendo uno de los antes referidos elementos indiciarios, esto es, el correspondiente a las “facilidades de ingreso de nuevos competidores al mercado” descarta que la demandada posea una posición de dominio y ello, en

relación al específico ilícito contrario a la libre competencia que, en particular, se atribuye a esa parte.

Décimo cuarto: Que además de lo anterior, cabe consignar que el examen de los elementos de prueba aportados al proceso, apreciados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, no resultan suficientes para establecer que el actor haya efectivamente iniciado gestiones para la compra de un barco, con miras a ingresar al mercado como competidor de la demandada como él sostiene. En efecto, sobre el particular sólo obra la declaración de la testigo Emilia Montero Paoa a fojas 245, quien señala que se enteró de la idea de comprar un barco por la parte demandante, pero no recuerda época exacta y que lo supo ya que se oía en todas partes, afirmación que, planteada en tales términos de vaguedad no puede ser tomada en consideración.

Décimo quinto: Que finalmente el recurso de reclamación aspira a demostrar que la demandada incurrió en las siguientes conductas contrarias a la libre competencia:

1.- Exigió al actor el pago de la mitad de la carga al momento de la reserva y el pago total del volumen embarcado antes del zarpe, cuestión que no había ocurrido con anterioridad.

2.- La empresa demandada no respetó la regla establecida entre las partes acerca de la forma de pago de las facturas, las que eran enviadas por aquélla a alguna empresa de factoring que las cobraba un mes después de la emisión. Se asevera no ser efectivo que se hubiere atrasado en reiteradas ocasiones en sus pagos, porque la regla aplicada por las partes no consideraba la situación descrita como un incumplimiento.

3.- No se aceptó una reserva de carga por 400 metros y, no obstante que no había regla establecida entre las partes en cuanto a la relación peso/volumen de la carga enviada, y que dicha relación normal era de 0,8-0,9 toneladas/metro cúbico, la demandada ofreció un embarque de 100 toneladas o 300 metros cúbicos de carga liviana, lo que importa una relación peso/volumen de 0,3 toneladas/metro cúbico.

4.- No se dio respuesta a la petición de reserva en el plazo que normalmente se hacía, esto es, en un plazo máximo de 48 horas.

Décimo sexto: Que respecto del primer aspecto planteado en el motivo precedente, el fallo deja establecido que efectivamente la demandada exigió al actor, al momento de la reserva, el pago del 50% del monto estimado a pagar por el servicio de transporte, pero que a la fecha de los hechos denunciados se encontraban vigentes las condiciones generales de transporte marítimo de la demandada Naviera Ship, las que en su numeral tercero señalan: “para asegurar espacio de carga, se deberá abonar, junto con la solicitud, el 50% del valor estimativo a pagar y el saldo al momento del embarque, el cual debe ser documentado con cheque a 15 días o 30 días, a contar de la fecha de zarpe, documento que debe ser entregado a nuestro representante en Isla de Pascua, quien informará de ello a nuestra oficina para la recepción de la carga”.

Décimo séptimo: Que puede afirmarse, con el mérito de prueba rendida, que la condición de contratación era precisamente la indicada por la sentencia atacada. En efecto, además de la instrumental referida, declaró a fojas 248 el testigo Fernando Montero Arredondo, quien expuso que realiza envíos de determinadas cosas a la Isla y por ello conoce el procedimiento. Explica que para enviar mercadería por Danvi Ship se pagaba la mitad al momento de llegar con su carga al puerto y la otra mitad se cobraba en la Isla al remitente. En el mismo sentido, la testigo Catherine Lacord, a fojas 515, señaló que se exige el pago de la reserva, mínimamente un 50%. También lo reseñado resulta de los dichos del testigo Luis Devia Garrido a fojas 518.

Décimo octavo: Que en relación al resto de las circunstancias enunciadas en el considerando décimo quinto, lo cierto es que en el contexto normativo y fáctico que ha quedado establecido a lo largo de esta sentencia, algún eventual incumplimiento de alguna condición de contratación no pudo tener el efecto de atentar contra la libre competencia. En este sentido, la sola atribución de un acto determinado que pueda haber perjudicado al actor, como la restricción de la relación peso volumen de la carga, o la demora en contestar una solicitud de reserva en un caso particular, no constituyen por sí solos mecanismos que puedan ser considerados como conductas que constituyan infracción al D.L. 211. Es así

como ha sostenido la jurisprudencia antimonopólica que no es un objetivo de las normas de defensa de la libre competencia el proteger sólo a un agente económico determinado, aun cuando haya podido ser afectado por determinadas conductas, en la medida que -como ocurre en el caso de autos- no se haya atentado contra la libre concurrencia de los mercados.

Décimo noveno: Que atento lo razonado y concluido en las consideraciones anteriores procederá el rechazo de la reclamación interpuesta.

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, se resuelve:

I.- Que **se acoge** el recurso de reclamación deducido por don Gonzalo Vallejos Mackay a fojas 775, contra la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 95/2010, de fecha catorce de enero último, escrita a fojas 761, sólo en cuanto por ella se decidió acoger la tacha deducida en contra del testigo Marcos Mackay Bravo y en su lugar se declara que se desestima la mencionada inhabilidad.

II.- Que **se rechaza**, en lo demás, el referido recurso de reclamación.

Regístrese y devuélvase con sus tomos.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Rosa Egnem Saldías.

Rol N° 1813-2010

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y Sra. Rosa Egnem. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Ministro señor Brito por estar con permiso. Santiago, 17 de agosto de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a diecisiete de agosto de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.