

En lo principal: interponen recurso de reclamación; **Otrosí:** se tenga presente.

Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Radoslav Depolo Razmilic y Gian Carlo Lorenzini Rojas, abogados, en representación de **SAAM LOGISTICS S.A.** (“SAAM Logistics”), en causa Rol NC N° 464-2020 caratulada “Consulta de Ferrocarril del Pacífico S.A. sobre Terminal Intermodal Barrancas”, a este H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente decimos que, encontrándonos dentro de plazo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31, en relación con los artículos 18 N°2 y 27, todos del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, sobre Defensa de la Libre Competencia (“DL 211”), sus modificaciones y demás normas legales aplicables, interponemos fundado recurso de reclamación en contra de la Resolución N°68/2021 de este H. Tribunal, dictada con fecha 31 de diciembre de 2021 (“Resolución 68”, o simplemente “Resolución”), que fuera notificada ía correo electrónico a SAAM Logistics con fecha 03 de enero de 2022, según consta a fojas 300 de los autos.

Interponemos el presente recurso de reclamación (“Recurso”, “Reclamación”) sobre la base de los argumentos que a continuación pasamos a desarrollar:

§1. La consulta que motivó la Resolución 68. Resumen de lo discutido y solicitado.

La Resolución reclamada se pronunció sobre una consulta (“Consulta”) presentada ante este Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H.TDLC”, “TDLC”, “Tribunal”) por Ferrocarril del Pacífico S.A. (“Fepasa”), referida al proyecto que impulsa la Empresa de Ferrocarriles del Estado (“EFE”) junto con la Empresa Portuaria San Antonio (“EPSA”) para el desarrollo de un nuevo terminal ferroviario en el Puerto de San Antonio (“Puerto”, “PSA”), denominado Terminal Intermodal Barrancas (“TIB”), en los actuales terrenos de la Estación Barrancas que opera EFE en ese Puerto.

Ferrocarril del Pacífico S.A. solicitó en dicha consulta un pronunciamiento preventivo por parte del H.TDLC acerca de los potenciales efectos que podría producir en la libre competencia la conformación del Terminal Intermodal

Barrancas según lo describe el informe titulado *“Ingeniería Mejoramiento Terminal Intermodal Barrancas. Resumen Ejecutivo del Proyecto. 1000867-IND-GEN-INF-INF-001-1- 20191115”* (“Informe EFE”), especialmente bajo la modalidad elegida en el Informe (*“Solución 4: Proyecto Integrado CDI-CONSULTRANS”*¹; en adelante, “Proyecto Integrado”, “Proyecto”). Este Informe fue redactado para EFE por un consorcio conformado por las consultoras CDI y Consultrans, y rola en su versión pública a fojas 63 de los autos.

En concreto, la Consulta solicitó al H. TDLC *“determinar los resguardos, medidas y condiciones con los que debería cumplir el denominado proyecto Terminal Intermodal Barrancas”* para poder declararlo *“como un hecho, acto o contrato por celebrarse que dé cumplimiento y no contravenga las disposiciones del DL 211”*, a fin de asegurar que *“el diseño, administración y operación del futuro Terminal Intermodal Barrancas no sólo sea eficiente, sino que también resguarde todos los aspectos de libre competencia que sean necesarios, dada la esencialidad de dicha infraestructura para el desarrollo y competencia del transporte ferroviario de carga y de los servicios portuarios”*.

Ese Proyecto considera integrar el actual patio de maniobras de la Estación Barrancas (“Barrancas”, “Estación”) a los terrenos contiguos que opera la empresa concesionaria del Frente de Atraque Costanera-Espigón del PSA, esto es, Puerto Central S.A. (“PCE”), ampliando de esta forma su área de concesión, para instalar en dicho patio un moderno terminal ferroviario intermodal que permita transferir la carga directamente a trenes desde y hacia camiones y los distintos frentes de atraque del Puerto.

Atendido que el Proyecto contempla entregar la operación exclusiva del TIB precisamente a PCE –que no es la única concesionaria de frentes de atraque en el PSA, pues compite con otras, principalmente San Antonio Terminal Internacional S.A. (“STI”) y Puerto Panul S.A. (“Puerto Panul”)– la Consulta preguntó si es posible esperar que esa operación integrada genere efectos anticompetitivos al integrar verticalmente con uno de los concesionarios que compiten en el PSA la operación de lo que constituye una instalación o activo esencial, como lo sería el referido TIB.

De acuerdo con la Consulta, esta integración entre PCE como concesionaria de frentes de atraque y al mismo tiempo operadora del TIB generaría una serie de incentivos que podrían llevar a la comisión de las conductas anticompetitivas que describe la propia Consulta y que afectarían la competencia entre Fepasa y su rival

¹ Informe, páginas 18 y 19, y páginas 27 a 31.

Transap, esto es, discriminación arbitraria, negativa de venta o negativa de venta implícita o constructiva, acceso a información comercial sensible de competidores, y estrangulamiento de márgenes (Consulta, págs. 34 y ss.).

La propia Consulta además señaló que los potenciales efectos anticompetitivos del Proyecto revisten un alcance mayor, pues podrían afectar no sólo la competencia entre operadores ferroviarios, sino también en general la competencia intraportuaria en el PSA e incluso la competencia interportuaria entre este último y el puerto de Valparaíso.

Por otra parte, consta en autos que distintos intervinientes aportaron antecedentes argumentando, en lo pertinente, que estos efectos anticompetitivos de mayor alcance señalados en la Consulta son riesgos ciertos y efectivos, pues la cadena logística de transporte y transferencia de carga desde y hacia el PSA es, en términos conceptuales, una sola, de tal forma que todos sus componentes y eslabones están integrados y relacionados de manera intrínseca, al punto que la generación de “cuellos de botella” o de pérdidas de eficiencia o de información en uno de ellos, genera ineludiblemente efectos negativos incrementales en toda la cadena.

Del mismo modo, se argumentó en autos que la existencia de una operación integrada PCE-TIB, atendidos los riesgos expuestos en la Consulta, al afectar las condiciones equitativas de operación del TIB, podría generar importantes efectos anticompetitivos en los mercados de servicios conexos que forman parte de la cadena logística que pasa por el PSA, uno de cuyos actores es nuestra representada SAAM Logistics, en su calidad de operador logístico.

En consideración de todo lo anterior, y por oposición a lo solicitado por EFE, EPSA y PCE (entregar la operación del TIB a PCE y someterla únicamente a medidas conductuales), diversos intervinientes -incluyendo a SAAM Logistics- solicitaron al H.Tribunal la adopción de una serie de medidas estructurales destinadas a independizar la operación del TIB de los demás operadores del PSA y, en particular, a no entregar a PCE la administración del nuevo terminal ferroviario.

Para ello, se propuso la adopción de, entre otras, las siguientes medidas:

- (i) Declarar que el TIB constituye una facilidad esencial;
- (ii) Mantener separados y no anexar los terrenos del TIB al área de concesión contigua que opera PCE;

- (iii) Entregar la operación del TIB a un tercero independiente de las concesionarias del PSA, mediante licitación pública sujeta a reglas que garanticen una adecuada competencia por la cancha (adjudicación a quien ofrezca la menor tarifa, índice máximo de referencia reservado);
- (iv) Ordenar que el TIB no constituya una zona primaria aduanera, debiendo operar sólo para la transferencia de carga previamente desaduanada; y,
- (v) Imponer al adjudicatario el deber de regirse por una serie de reglas que garanticen el acceso equitativo, y bajo condiciones generales, objetivas y no discriminatorias a sus instalaciones.

En suma, ante los riesgos anticompetitivos que supone la existencia del TIB, el H.TDLC contaba con dos opciones para prevenirlos: entregar su gestión a un tercero independiente, separándola de la operación de las áreas de concesión del PSA (modelo estructural), o permitir su operación integrada con la de PCE bajo reglas de conducta específicas (modelo conductual).

El H.TDLC eligió en su Resolución el modelo conductual como instrumento para prevenir tales riesgos, tal como se describe a continuación. Esta elección, como también se argumentará más adelante, es a juicio de nuestra representada significativamente insuficiente para prevenir los riesgos asociados a la operación integrada TIB-PCE, por lo que debe ser revisada por vía de reclamación ante la Excma. Corte Suprema de Justicia.

§2. Lo que la Resolución 68 argumenta y ordena.

La Resolución reclamada opta por permitir la operación del TIB integrada con PCE, basándose principalmente en la estimación de que el TIB no constituye una instalación esencial y que, por tal motivo, su operación por una de las dos principales concesionarias del PSA no requiere de la imposición de las medidas estructurales que, en general, se estima son las adecuadas para este tipo de riesgos anticompetitivos.

En lo medular, el razonamiento del H.TDLC se despliega en las siguientes consideraciones de la Resolución 68, que transcribimos:

“82. Para que una infraestructura tenga la calidad de esencial se deben cumplir tres requisitos: (i) el acceso a la instalación debe ser suministrado por una única firma presente en el mercado aguas arriba; (ii) la instalación no debe ser replicable a costo y plazo razonables; y, (iii) la infraestructura debe ser indispensable para participar en el mercado aguas abajo.

(...)

87. A partir de los distintos argumentos expuestos por los intervinientes, es posible concluir que el Proyecto TIB, en efecto, cumpliría con la primera exigencia ya que EFE se inclinó por la opción integrada, de modo que PCE sería el único actor que podría prestar los servicios asociados a la infraestructura en la zona Barrancas, sin perjuicio que el servicio pudiera ser prestado en otro lugar. Con respecto al segundo requisito, como se vio en la sección anterior, el mercado relevante geográfico se encuentra circunscrito al Puerto de San Antonio, razón por la cual este Tribunal desestimaré los argumentos de PCE acerca de la posibilidad de replicar el Proyecto TIB en otros puertos de la Región de Valparaíso. Asimismo, constan otros antecedentes que dan cuenta de la imposibilidad de replicar una infraestructura como la del Proyecto TIB en sectores aledaños al Puerto de San Antonio –respecto de lo cual existe consenso entre los intervinientes– debido a la ausencia de terrenos disponibles del tamaño de este y con la cercanía suficiente al puerto, y como refrendaron EFE, Fepasa y Transap al ser consultados por la Fiscalía.

88. Con respecto al tercer elemento para definir un activo como instalación esencial, esto es, que el acceso a este sea indispensable para actuar en el mercado aguas abajo, es donde existen las mayores diferencias entre los distintos intervinientes, lo que hace necesario revisar si el sector “ex tornamesa” permite competir eficazmente en el mercado aguas abajo.”

(...)

91. La jurisprudencia comparada ha resuelto que, para determinar el carácter indispensable o esencial de un servicio o recurso, se debe analizar si existen otras modalidades alternativas de proveer el servicio “aun cuando sean menos ventajosas”; y que “para determinar si un producto o servicio es indispensable para permitir que una empresa desempeñe su actividad en un mercado determinado, debe analizarse si existen productos o servicios que constituyan soluciones alternativas, aunque éstas sean menos ventajosas, y si existen obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos que puedan hacer imposible, o, al menos, enormemente difícil, para cualquier empresa que pretenda operar en ese mercado, crear, eventualmente en colaboración con otros operadores, productos o servicios alternativos.”

92. Atendido lo anterior, no es suficiente la argumentación de Fepasa respecto de que el sector “ex tornamesa”, donde realiza el porteo ferroviario, tenga una posición menos competitiva o ventajosa que la que tendrá el Proyecto TIB, para afirmar que el acceso a éste sea indispensable. Es más, tal como ha quedado establecido en autos,

Fepasa está operando actualmente en dicha área con un nivel de carga movilizadora similar a la de su competidor Transap (párrafo 60) y se encuentra habilitada para seguir operando en una infraestructura alternativa, ya existente, separada de la que formará parte del Proyecto TIB e interconectada a la misma parrilla ferroviaria administrada por EFE. Por lo anterior, este Tribunal considera que no se cumple el tercer requisito señalado en el párrafo 82 y que, por tanto, el Proyecto TIB no constituye una instalación esencial.”

Al declarar de esta forma -errónea, a juicio de nuestra representada- que el TIB no constituye una instalación esencial, el H.TDLC entiende a renglón seguido que los riesgos anticompetitivos que efectivamente entraña su operación integrada con PCE pueden resolverse por la vía de imponer únicamente medidas conductuales a las que esta última deberá someterse.

Ahora bien, para entender la manera en que operará el TIB integrado (y, por ende, para determinar cuáles serían las medidas conductuales más adecuadas para asegurar su operación en términos competitivos), el H.TDLC no sólo se basa en el modelo de operación que le fue descrito por EPSA, EFE y PCE en sus aportes de antecedentes (especialmente en el Informe EFE, ya citado), sino que también considera como antecedente relevante para su análisis el borrador de un documento denominado “Contrato para el Desarrollo y Operación del Terminal Intermodal Barrancas”, acompañado a fojas 264 por EFE.

Con esos antecedentes a la vista, el H.TDLC finalmente resuelve lo siguiente:

“Declarar que el asunto consultado por Ferrocarril del Pacífico S.A., relativo al Proyecto Terminal Intermodal Barrancas (“Proyecto TIB”) (...) se ajusta al D.L. N° 211 siempre y cuando dicho proyecto cumpla con la siguiente regulación y condiciones (...). Para estos efectos, se deberá modificar el borrador del contrato entre Empresa de los Ferrocarriles del Estado y Empresa Portuaria San Antonio para el desarrollo y operación del Proyecto TIB, de abril de 2021, que rola a fojas 284 (en adelante, “Borrador Contrato TIB”) y todo otro instrumento que regule el Proyecto TIB:

A. APLICACIÓN DEL INFORME N°6/2009 EN FORMA INMEDIATA E ÍNTEGRA AL PROYECTO TIB

Al Proyecto TIB se le aplicará íntegramente y de forma inmediata lo dispuesto en el Informe N°6/2009 de este Tribunal, actualmente vigente para la concesión del frente de atraque Costanera-Espigón y todas las regulaciones aplicables a dicha concesión.

B. CONDICIÓN APLICABLE AL “CORREDOR FERROVIARIO EXPRESS” (“CFX”)

En el evento que Puerto Central S.A. no haya puesto término a su participación en el CFX, se ordena que lo haga antes del inicio de actividades del Proyecto TIB.

C. CONDICIONES APLICABLES A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DEL PROYECTO TIB

1) El Servicio de Transferencia TIB se debe considerar como servicio básico y para la determinación de su tarifa máxima, el concesionario del frente de atraque Costanera-Espigón deberá aplicar la tarifa definida en el Contrato de Concesión, lo que será fiscalizado por la Empresa Portuaria San Antonio. Para estos efectos, las tarifas que regirán el Servicio de Transferencia TIB deberán homologarse con aquellas incorporadas en la fórmula del índice tarifario máximo que determinó la adjudicación de la concesión a Puerto Central S.A.

2) La Empresa Portuaria San Antonio y la Empresa de los Ferrocarriles del Estado deberán eliminar la cláusula tercera, sección número tres, punto 4. i) sobre tarifas del Borrador Contrato TIB y en su reemplazo incorporar una cláusula que establezca que el concesionario del frente de atraque Costanera-Espigón, operador del Proyecto TIB, no podrá aplicar tarifas superiores a aquellas tarifas máximas establecidas en el Contrato de Concesión, para cada uno de estos servicios en el Índice Tarifario máximo.

3) Se prohibirá establecer premios o descuentos por fidelidad, tramos o metas de transferencia intermodal o de otro tipo que generen incentivos a la exclusividad en los servicios que provea el operador del Proyecto TIB. Para ello deberá ajustar la cláusula tercera, sección número tres, punto 4. ii) Borrador Contrato TIB de conformidad a lo señalado en el párrafo 152 de la parte considerativa.

4) El concesionario del frente de atraque Costanera-Espigón, operador del Proyecto TIB, no podrá ofrecer de forma atada o empaquetada servicios básicos asociados a dicho proyecto junto con servicios especiales de cualquier tipo, para lo cual deberá incorporar en el Borrador Contrato TIB una cláusula con dicha prohibición.

5) Se ordena a la Empresa Portuaria San Antonio, Empresa de los Ferrocarriles del Estado y Puerto Central S.A., en su calidad de concesionario del frente de atraque Costanera-Espigón, a constituir la servidumbre de paso señalada en el Borrador Contrato TIB, cláusula tercera, sección número tres, punto 2., en forma previa al inicio de operaciones del Proyecto TIB.

6) Se ordena a la Empresa Portuaria San Antonio, Empresa Ferrocarriles del Estado y Puerto Central S.A., en su calidad de concesionario del frente de atraque Costanera-Espigón, adecuar todo instrumento que afecte al Proyecto TIB, según corresponda, de manera que estos se ajusten a las condiciones establecidas en la presente resolución.”

En suma, salvo la orden a PCE de no seguir participando en el corredor ferroviario CFX, todas las demás disposiciones que adopta el H.TDLC consisten únicamente en deberes de conducta que se imponen a EPSA, EFE, o PCE, según corresponda,

en el entendido que, al no existir según el H.TDLC riesgos de que sea esta última el operador del TIB, sólo se requiere que lo haga en condiciones no discriminatorias ni anticompetitivas.

Lo anterior constituye, a juicio de SAAM Logistics, una decisión errónea e insuficiente que requiere ser revisada, revocada y/o modificada por vía de reclamación, en los términos que se pasan a explicar.

§3. La Resolución 68 se basa en un análisis y presupuestos erróneos, yerra en el tipo y extensión de las medidas que impone, y es por tanto insuficiente para mitigar los riesgos anticompetitivos que generará la operación integrada del TIB por parte de PCE.

A juicio de nuestra representada, un examen detenido del expediente y de los antecedentes que contiene sólo pueden llevar a la conclusión de que (i) la operación integrada del TIB por PCE implicará severos riesgos para la libre competencia en toda la cadena logística que opera en el PSA, al entregar una instalación esencial a uno de los usuarios del TIB, en desmedro de sus competidores, (ii) estos riesgos no podrán ser mitigados sólo con las medidas conductuales dispuestas por la Resolución 68, y (iii) se requiere que el TIB sea operado por un tercero independiente de los operadores y usuarios del PSA.

Los argumentos y las decisiones que sigue y adopta la Resolución 68, por tanto, no son los correctos, pues incurre en, a lo menos, los siguientes errores u omisiones:

1. No considera al TIB como una instalación esencial, debiendo hacerlo;
2. Va en contra de la jurisprudencia consistente, uniforme e invariada del propio H.TDLC dictada en casos idénticos al de autos;
3. Incurre en un vicio de forma significativo al utilizar como presupuesto descriptivo de la operación integrada del TIB documentos provisorios o preliminares que los demás intervinientes no tuvieron oportunidad procesal alguna de objetar, y que además constituyen una descripción unilateral, provisoria, susceptible de modificación, sobre la forma en que operará definitivamente el TIB;

4. Utiliza medidas de mitigación conductuales que no serán efectivas, toda vez que son insuficientes y de muy difícil monitoreo y fiscalización;
5. Genera distorsiones tarifarias y de costos que, en los hechos, suponen una discriminación en perjuicio de los competidores directos de PCE y en beneficio sólo de esta última;
6. La única medida de contenido estructural que adopta (terminar la participación de PCE en el CFX) es inidónea;
7. Da por hecho que el manejo del tráfico ferroviario que hará EFE en el TIB no será discriminatorio, sin entrar a analizar la posibilidad de que ese riesgo ocurra y sin imponer a EFE medida conductual alguna al respecto;
8. En general, y en específico de SAAM Logistics, no considera la gravitación que podría tener la operación integrada del TIB con PCE, por una parte, y la conexión que existe entre PCE y los servicios de su relacionada DP World Chile S.A. a través de DP World Logistics; y,
9. No establece un mecanismo expreso de verificación por parte de las autoridades de defensa de la libre competencia previo a la entrada en operación del TIB integrado.

A continuación, se desarrolla en detalle la argumentación que respalda las afirmaciones precedentes:

3.1. La Resolución 68 no considera al TIB como una instalación esencial, debiendo hacerlo.

Para declarar que el Proyecto TIB no constituye una instalación esencial, la Resolución 68 analiza la concurrencia (o no) de tres elementos o requisitos²:

- (i) el acceso a la instalación debe ser suministrado por una única firma presente en el mercado aguas arriba;

² Párrafo 82.

- (ii) la instalación no debe ser replicable a costo y plazo razonables; y,
- (iii) la infraestructura debe ser indispensable para participar en el mercado aguas abajo (Resolución N° 52/2018, párrafo 35; y Resolución N° 63/2021, párrafos 28 a 32).

Respecto de los dos primeros requisitos, la Resolución 68 los da por cumplidos al verificar, respectivamente, que “EFE se inclinó por la opción integrada, de modo que PCE sería el único actor que podría prestar los servicios asociados a la infraestructura en la zona Barrancas, sin perjuicio que el servicio pudiera ser prestado en otro lugar” y que “el mercado relevante geográfico se encuentra circunscrito al Puerto de San Antonio, razón por la cual este Tribunal desestimaré (...) la posibilidad de replicar el Proyecto TIB en otros puertos de la Región de Valparaíso” siendo además imposible “replicar una infraestructura como la del Proyecto TIB en sectores aledaños al Puerto de San Antonio –respecto de lo cual existe consenso entre los intervinientes– debido a la ausencia de terrenos disponibles del tamaño de este y con la cercanía suficiente al puerto”.

Sin embargo, es respecto del tercer requisito que la Resolución, a nuestro respetuoso juicio, llega a una conclusión errónea pues, a pesar de la abundante evidencia y argumentación en contra allegadas al expediente, opta por entender que la infraestructura del TIB no es indispensable, básicamente porque, en la opinión del H.TDLC, existe otra alternativa viable de transferencia de carga disponible para quienes no puedan usar el TIB. Se trata de un terreno, ubicado en un extremo de la Estación Barrancas, denominado “ex-tornamesa”, en el que actualmente el operador ferroviario Fepasa efectúa sus transferencias de carga.

El siguiente plano identifica en azul la Estación Barrancas y, en rojo, la ex-tornamesa:



Fuente Google Maps

La propia Resolución 68 da por establecido respecto de esta área de transferencia de carga que “(...) en autos existe información respecto de los porcentajes de participación de Fepasa (la que utiliza prioritariamente el sector “ex tornamesa”) y Transap (que utiliza el patio Barrancas), los que, medidos en junio del año 2020, tendrían una participación similar en los servicios de porteo ferroviario de contenedores desde y hacia el Puerto de San Antonio (45% a 55%), lo que permite inferir que, actualmente, el sector “ex tornamesa” es competitivo en relación al Patio de Barrancas”, agregando que “(...) si bien dicho sector y el sector EFE Norte no serían completamente equivalentes al Proyecto TIB, sí es posible participar en el mercado aguas abajo accediendo a este, con lo cual Fepasa podrá tener disponibilidad de 0,5 hectáreas del sector “ex tornamesa” (folio 193, pp. 21, 23 y 25), es decir, aproximadamente un 19% del total del área que representará el Proyecto TIB” y añadiendo -a nuestro juicio, de manera contradictoria- que, con todo, “no existen antecedentes que den cuenta de la correlación entre dichas áreas y de la capacidad de almacenamiento en cada sector”.

A nuestro juicio, este análisis de la Resolución es un análisis estático, no dinámico, por lo que no considera las proyecciones de demanda, capacidad y tráfico del TIB una vez que esté operando en régimen.

En efecto, bajo una mirada a mediano y largo plazo (que es la que debe utilizarse en un análisis competitivo de instalaciones tipo “embudo” como el TIB), si se tiene en cuenta que (a) según reconoce la propia Resolución en su párrafo 59 “(...) una vez implementado el Proyecto TIB, considerando que plantea movilizar hasta 350.000 TEUs/año y la información sobre la movilización de la carga en contenedores del año 2019,

la participación máxima a la que podría acceder el modo ferroviario ascendería al 22% del total de contenedores movilizados en San Antonio (FNE, folio 131, p.43)”, que (b) la ex-tornamesa no se verá modificada por el Proyecto TIB, por lo que no podrá incrementar su capacidad actual de transferencia; que (c) su superficie es muy pequeña (sólo 0,5 hectáreas) comparada con la que dispondrá el TIB; y que (d) la capacidad actual de transferencia de la ex-tornamesa ya se encuentra en la actualidad saturada; la única conclusión posible es que, una vez que el TIB esté en operación, casi todo el crecimiento estimado de la carga ferroviaria será absorbido por este nuevo terminal, no por la ex-tornamesa. En otras palabras: esta última será irrelevante en términos competitivos respecto del TIB, pues ninguno de los operadores ferroviarios podrá contar con la ex tornamesa como un sustituto viable del TIB para transferir el incremento esperado de la carga que movilizan.

Por otra parte, la conclusión a la que llega la Resolución 68 en cuanto a que el TIB no sería una instalación esencial porque no sería indispensable para la operación del mercado aguas abajo, deriva de un supuesto previo que, según nuestra respetuosa opinión, también sería incorrecto si se analiza en términos dinámicos y no estáticos, esto es, que el mercado relevante es el de “*los servicios de transporte terrestre de contenedores desde y hacia el Puerto de San Antonio*”, mercado que comprendería, según la Resolución “*tanto el modo ferroviario como el rodoviario, los que actualmente coexisten y compiten por el transporte de contenedores*”³.

Nuevamente, se utiliza un enfoque estático (“actualmente coexisten”) y no uno dinámico pues, si bien al día de hoy existe cierto grado de sustituibilidad entre el modo ferroviario y el modo rodoviario, en un análisis dinámico dicha sustituibilidad tiende a desaparecer y a convertirse, como señala Fepasa en su escrito de Consulta a fojas 10 del expediente, en una relación de complementariedad, atendida la evolución hacia la competencia intermodal que se observa entre las distintas cadenas de logística.

Adicionalmente, y tal como nuestra representada lo ha señalado en su aporte de antecedentes, los operadores logísticos cada vez más priorizan el transporte ferroviario hacia y desde el PSA por sobre el uso del camión, principalmente por los siguientes factores:

- (i) Los precios de transporte de contenedores por ferrocarril desde y hacia el PSA vía Barrancas son, hoy, más bajos que los del transporte vía camiones. De acuerdo con las cifras de que dispone nuestra

³ Resolución 68, párrafo.

representada, las tarifas ferroviarias son entre un 15% y un 30% más baratas que las del transporte por camión, dependiendo del tipo de contenedor y servicio; diferencia que tenderá a incrementarse si las eficiencias esperadas del TIB efectivamente se generan;

- (ii) El transporte ferroviario reduce significativamente el riesgo de robo de la carga, en comparación con los camiones;
- (iii) El uso del tren como medio de transporte de carga es más sustentable, pues reduce significativamente la huella de carbono de la cadena logística;
- (iv) El transporte en camiones de terceros proveedores es utilizado para San Antonio sólo excepcionalmente, esto es, cuando un cliente de un operador logístico como SAAM Logistics requiere la entrega urgente de un contenedor directo a su propio centro de distribución desde el puerto, sea por falta de stock o por alguna otra razón o proceso que lo justifique y que dicho cliente determine; y,
- (v) En comparación, el modo ferroviario tiene la limitación de ofrecer un tiempo de traslado del contenedor más largo desde el puerto hacia el terminal logístico correspondiente, debido a que el modo ferroviario requiere de un proceso de carguío de contenedores posterior al retiro del puerto. La diferencia básicamente radica en 1 a 2 días más en el tiempo de llegada por tren del contenedor al terminal logístico desde San Antonio.

Estas razones explican las diferencias y las ventajas del transporte ferroviario por sobre el rodoviario, y llevan necesariamente a asumir una definición del mercado relevante de producto más restringida que la utilizada por la Resolución 68. De esta forma, el mercado relevante a considerar debe ser solamente el del servicio de transporte ferroviario de carga desde y hacia el PSA.

Pues bien, dado que ese es el mercado relevante, entonces resulta evidente que el tercero de los requisitos que hasta aquí se ha venido analizando debe también entenderse cumplido: el TIB es sin dudas una instalación indispensable y, por ende, esencial.

Tan esencial es que, en el caso de nuestra representada, la distribución de carga transportada por vía ferroviaria entre Barrancas y el centro de distribución de

SAAM Logistics en la comuna de Renca supera a tasas crecientes al mismo transporte efectuado con camiones. Si en ese trayecto SAAM Logistics movilizaba en el período febrero 2019 a junio del año 2020 el 72% de su carga en tren y el 18% restante en camiones, a la fecha de la presente Reclamación esas cifras son de 80% y 20%, respectivamente. Esto revela la importancia que el uso de la Estación Barrancas supone y supondrá para nuestra representada, pues más de tres cuartos (y aumentando) de su negocio depende de que esa estación opere con capacidad suficiente para que no se generen atascos ni cuellos de botella logísticos, y además en condiciones no discriminatorias entre los distintos usuarios del servicio ferroviario.

En consecuencia, el supuesto de la Resolución 68 de que el Proyecto TIB no constituye una instalación esencial resulta incorrecto y debe ser corregido por vía de reclamación, correspondiendo (a) que se le reconozca expresamente tal carácter, y, (ii) que se adopten en su respecto medidas estructurales que aseguren su operación por un tercero independiente de PCE o de cualquier otro concesionario o usuario del PSA.

3.2. La Resolución 68 va en contra de la jurisprudencia consistente, uniforme e invariada del propio H.TDLC dictada en casos idénticos al de autos.

Llama particularmente la atención que, en este caso, la Resolución 68 haya optado por medidas conductuales en desmedro de las estructurales, pues este criterio entra derechamente en contradicción con lo resuelto consistentemente y sin excepción por el propio H.TDLC en otros casos similares y recientes.

Así, conociendo de consultas sobre bases de licitación para la operación de terminales de buses interurbanos, ha declarado que:

“(l)os riesgos de la integración vertical en industrias que necesitan el acceso a instalaciones necesarias para que las empresas puedan prestar sus servicios, han sido descritos en anteriores decisiones de este Tribunal, fundamentalmente en los sectores portuario y aeroportuario (v.gr. Informe N°6/2009; Informe N°18/2020; Dictamen N°1.004/1997; Dictamen N°1.014/1997; Resolución N°10/2005; Resolución N°25/2008). Si bien se trata de industrias distintas al servicio de transporte interurbano de pasajeros, los riesgos que se presentan para la libre competencia son los mismos, vale decir, la negativa de acceso al terminal, la discriminación entre sus usuarios y las prácticas de sabotaje” (...) En materia portuaria, se han establecido límites a este tipo de integración para mitigar estos riesgos, por cuanto (i) se ha considerado que los resguardos conductuales no son suficientes toda vez que para fiscalizar adecuadamente el comportamiento del concesionario se requiere contar “con

información detallada que permita detectar las diferencias en la calidad del servicio otorgado a los distintos usuarios, en los diferentes ámbitos en que la discriminación sea posible” (Informe N°6/2009); y (ii) a pesar de que podrían existir eventuales eficiencias producto de dicha integración -y, como consecuencia, la existencia de economías de escala y de ámbito-, éstas deben ser probadas con antecedentes empíricos⁴.

En otro caso reciente, también referido a la integración vertical en terminales rodoviarios, el H.TDLC reiteró esta doctrina al señalar que:

“(l)os riesgos de la integración vertical en industrias que necesitan el acceso a instalaciones esenciales, para que las empresas aguas abajo puedan competir eficazmente al prestar sus servicios, han sido descritos en anteriores decisiones de este Tribunal, fundamentalmente en el sector portuario, como también aeroportuario (V.gr. Dictamen N°1.004/1997; Dictamen N°1.014/1997; Resolución 10/2005; y Resolución 25/2008). En específico, en el transporte interurbano de pasajeros, los riesgos para la libre competencia de la integración vertical incluyen la negativa de acceso a la instalación, en este caso, al Rodoviario, discriminación arbitraria de precios entre los usuarios y ejecución de prácticas de sabotaje”⁵.

Atendido lo anterior, el H.TDLC concluyó en ambos casos que, en situaciones en las que existe aguas arriba infraestructura necesaria o esencial para que existan operadores compitiendo en igualdad de condiciones aguas abajo (en los casos citados, un terminal rodoviario como condición necesaria para que las líneas de autobuses interurbanos puedan competir entre sí), las medidas conductuales son insuficientes, por lo que es necesario establecer límites a la integración vertical, impidiendo que un operador u usuario aguas abajo sea quien controle o gestione en exclusiva dicha infraestructura, pues los riesgos de que se comporte de manera anticompetitiva para favorecer a sus usuarios o clientes o para sabotear o elevar los costos del rival son muy elevados.

De esta forma, el H.TDLC ha concluido, por ejemplo, que (énfasis agregado):

“(…) comparte el diagnóstico de los riesgos detectados por la FNE y ORCUS. Si bien, en este caso, una empresa verticalmente integrada no puede discriminar en precios, debido a que éstos quedan definidos en la adjudicación y serán públicos, sí es posible que realice otras prácticas exclusorias. En particular, el concesionario integrado verticalmente podría incurrir en conductas estratégicas a fin de excluir a competidores en el mercado aguas abajo, tales como degradar la calidad o entorpecer el acceso a la losa y a las boleterías (sabotaje) y utilizar la información confidencial obtenida de sus

⁴ H.TDLC, Resolución N°66 (Consulta bases licitación Rodoviario Pedro Aguirre Cerda), párrafo 158.

⁵ H.TDLC, Resolución N°63 (Consulta bases licitación Rodoviario Viña del Mar), párrafo 99.

competidores en el mercado de transporte interurbano de pasajeros desde y hacia Viña del Mar⁶.

Del mismo modo se pronunció en el caso Rodoviario P. Aguirre Cerda⁷:

“En particular, los resguardos conductuales que pueden mitigar los riesgos de conductas exclusorias descritos no son suficientes para concluir que no deba imponerse una restricción a la integración vertical, por las siguientes razones:

a) Las medidas conductuales que buscan prevenirla y que se materializarán, fundamentalmente, en el Reglamento y Manual de Operaciones no impiden que conductas de exclusión, derivadas de la negativa de venta, discriminación y sabotaje, puedan producirse. En efecto, los costos de información y de supervisión que implica una fiscalización efectiva siguen siendo altos, ya que existen prácticas sutiles de discriminación y sabotaje que son muy difíciles de detectar y sancionar, como se citaron en el Informe N° 6/2009 e Informe N° 18/2020. Entre otras, se pueden mencionar dentro de dichas prácticas la asignación de andenes, dar mejor calidad de servicio a las empresas integradas, y la determinación y orden de los horarios de salida de los buses.

b) El menor Índice Tarifario que se ordena incluir en las Nuevas Bases (...) efectivamente puede prevenir el cobro de precios abusivos, pero no así la comisión de conductas discriminatorias ni prácticas de sabotaje.

c) En el mismo sentido, la prohibición de realizar ventas atadas no asegura que éstas no se produzcan porque, al igual que la discriminación y el sabotaje, pueden ser de difícil fiscalización y detección.

(...)

f) Los resguardos conductuales que se establecen en la sección F en ningún caso previenen los riesgos de facilitar la coordinación de empresas que participan en el mercado aguas abajo -transporte interurbano de pasajeros-, como tampoco del acceso a información privilegiada de aquellos competidores que no están integrados verticalmente con el administrador del terminal.

Esta doctrina, en suma, establece que no debe entregarse la operación de una instalación esencial o necesaria a quien al mismo tiempo deba utilizarla para competir aguas abajo con sus rivales.

Esta opción del H.TDLC ha sido todavía más clara e invariable en materia portuaria, pues en al menos tres casos relativos precisamente al uso y operación de infraestructura ferroviaria en terminales portuarios, ha resuelto indefectiblemente

⁶ H.TDLC, Resolución N°63 (Consulta bases licitación Rodoviario Viña del Mar), párrafo 104.

⁷ H.TDLC, Resolución N°66 (Consulta bases licitación Rodoviario Pedro Aguirre Cerda), párrafo 178.

que esta última debe ser operada por un tercero independiente o neutral respecto de quienes van a utilizarla.

Así lo resolvió el H.TDLC al conocer de las bases de licitación para la construcción y operación del puerto de gran escala de San Antonio, al concluir que⁸:

“El conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más del 60% del capital, ni más del 60% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 60% de las utilidades de la sociedad concesionaria del terminal Mar. Dicha regla no se aplicará al concesionario del Ferrocarril, quien no podrá participar, de ninguna forma, en la sociedad concesionaria del Terminal Mar, y viceversa.”

28.4. Sin perjuicio de lo anterior, se prohibirá absolutamente la integración vertical entre el concesionario del Terminal Mar y el concesionario a cargo de la administración del Ferrocarril, conforme a lo señalado en la Sección 10.”

De igual manera lo hizo al aprobar las bases de licitación del Terminal 2 del Puerto de Valparaíso⁹:

“Según el Anexo IV del borrador de las Bases en su punto 2.6, este Espigón “cuenta con vías ferroviarias tanto al costado del Sitio 8 como en la parte central del Espigón, las que se conectan con el acceso al recinto portuario ubicado al costado de la estación Puerto de Merval”. Por su parte, el punto 3.2.2 “Objeto y duración de la Sociedad Concesionaria” del borrador de las Bases señala que la Concesionaria deber tener por objeto exclusivo el “desarrollo, mantención, reparación y explotación del Frente de Atraque adjudicado, incluyendo la prestación de servicios de muellaje, almacenamiento y operación del terminal intermodal en el Área de Concesión”.

En relación con lo anterior, SAAM y SSAHI se pronunciaron (folio 101, p. 19), solicitando que se elimine esta posibilidad por cuanto la conjunción entre la eventual ampliación del área de concesión, revisado en el párrafo 93, y la posibilidad de explotar el “terminal intermodal en el Área de Concesión” le permitiría al Concesionario ampliar el Espigón hacia el sector Barón para instalar un terminal intermodal ferroviario, el que, a su juicio, sería operado por el mismo concesionario sin que exista una licitación previa, generándose en los hechos, un escenario de integración vertical, similar al caso del Terminal Intermodal Barrancas (causa Rol NC 464-20). Asimismo, solicitan incorporar en las bases de licitación definitivas que el Concesionario no pueda desarrollar ni operar un terminal intermodal ferroviario en el área de concesión o en los terrenos con que ésta eventualmente se amplíe (folio 101, pp. 19 y 20).

Por su parte, ASOEX considera que debería mantenerse una prohibición absoluta de integración vertical con el concesionario a cargo de la administración o transporte de

⁸ H.TDLC, Informe N°18-2021, párrafo174 y resuelvo 28.4., respectivamente.

⁹ H.TDLC, Informe N°20-2021, párrafos 169 a 172, y resuelvo XX.

carga por ferrocarril hacia y desde el puerto, tal como se estableció en el Informe N°18/2020 (folio 73, p. 7).

Atendidos los riesgos propios de la integración vertical entre el concesionario del Espigón y el operador del ferrocarril, se ordenará a EPV eliminar del borrador de las Bases de la fase de transición la posibilidad de que exista una operación intermodal entre quien opera la concesión del Espigón y la operación de un futuro ferrocarril. Dicha posibilidad podrá ser evaluada en las bases de licitación de la segunda fase de concesión del Espigón, la cual incluirá inversiones en infraestructura del frente de atraque.

(...)

(...) se ordena a EPV eliminar del borrador de las Bases la posibilidad de que exista una operación intermodal entre quien opera la Concesión del Espigón y la operación de un futuro ferrocarril.

De todo lo anterior surge una pregunta evidente: ¿Por qué el H.TDLC, en todos los casos de operación integrada de terminales intermodales rodoviarios o ferroviarios sobre los que se ha pronunciado, la ha prohibido siempre y de manera terminante, **menos en el caso del TIB?**

La verdad es que la Resolución 68 no entrega una respuesta a esta pregunta, lo que resulta inexplicable si se tiene en cuenta que la hipótesis de hecho de todos estos casos, incluido el de autos, es exactamente la misma.

- En todos esos casos existe aguas arriba una instalación esencial, necesaria, o que representa un “embudo” o “cuello de botella” para quienes la utilizan y compiten en el mercado aguas abajo.
- En todos estos casos se evalúa la posibilidad de entregar la operación de dicha instalación a un competidor que opera (y seguirá operando) en el mercado aguas abajo.
- En todos estos casos se detecta la existencia de riesgos anticompetitivos relevantes si se integra la operación con un competidor aguas abajo.
- En todos estos casos se concluye que la sola adopción de medidas preventivas conductuales es notoriamente insuficiente.
- En todos estos casos se resuelve que la única manera de evitar esos riesgos es la medida estructural de desintegración vertical, entregando la operación de esa instalación relevante a un tercero independiente de quienes compiten aguas abajo.

- Finalmente, en todos esos casos se aplican, adicionalmente a la desintegración, medidas conductuales específicas complementarias.
- En todos, menos en el caso del TIB.

Esta incongruencia o singularidad de la Resolución 68 constituye un elemento que la Excm. Corte Suprema sin duda sabrá considerar al resolver el presente Recurso.

3.3. La Resolución 68 incurre en un vicio de forma significativo al utilizar como presupuesto descriptivo de la operación integrada del TIB un borrador de documento que los demás intervinientes no tuvieron oportunidad procesal alguna de objetar, impugnar o comentar.

La Resolución 68 faltó a un principio básico: permitir a los intervinientes manifestar opinión respecto de todos los elementos del expediente, y a hacerlo de manera oportuna.

En el presente caso, después de realizada la audiencia pública, esto es, una vez terminadas todas las oportunidades procesales para acompañar antecedentes o documentos al expediente y una vez concluida toda posibilidad de manifestar opinión sobre los mismos, el H.TDLC ordenó de oficio a EFE acompañar dos documentos que, posteriormente, el H.Tribunal utilizó como base para la adopción de varias de las medidas conductuales de mayor importancia contenidas en la Resolución 68.

Se trata, en primer lugar, de la versión más reciente de un informe técnico sobre los distintos modelos operacionales del Proyecto TIB, elaborado por Steer Davies & Gleave Chile Limitada (“Informe SDG”). En esta versión actualizada del Informe SDG contiene información relevante y necesaria para entender el modelo que eventualmente se ocuparía para la operación del TIB, modelo que podría afectar directamente a la operación y a la posición competitiva de los futuros usuarios del TIB que compiten con PCE.

En segundo término, se trata de un documento consistente en un borrador del denominado “Contrato para el Desarrollo y Operación del Terminal Intermodal Barrancas” (“Borrador Contrato TIB”, “Borrador”). Cabe señalar que este borrador solo pudo ser conocido por los demás intervinientes en la causa en su versión pública, esto es, en una copia en la que EFE -autorizado por el H.TDLC- tarjó aquellas cláusulas del Borrador cuya revelación “*pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular*” (Art. 22, inc. 9 del DL 211).

Las partes que aparecen tarjadas en dicha versión pública son, específicamente, aquellas que se refieren a: (i) los índices de desempeño de los Servicio de Transferencia TIB exigibles al operador del TIB, (ii) el valor de las tarifas y descuentos aplicables, (iii) el plazo pactado para el inicio de las operaciones del TIB, (iv) las obligaciones de las partes, tanto previas al inicio de operaciones del TIB como durante el transcurso de éstas, (v) las condiciones de financiamiento de tales actividades y obligaciones, y (g) el plazo de vigencia del contrato.

Esto es, los demás intervinientes sólo pudimos conocer un borrador preliminar del contrato de operación del TIB en el que no se revelan los elementos esenciales de todo contrato: precio, plazo, obligaciones de las partes, términos del servicio contratado.

El perjuicio causado a tales intervinientes por la incorporación de ambos documentos al expediente después de realizada la audiencia es doble:

- (i) No tuvieron acceso a ninguno de aquellos términos y condiciones del Borrador que les permitirían comprender a mínima cabalidad la manera en que, según EPSA, EFE y PCE debería operar el TIB, y,
- (ii) Incluso si se hubiesen revelado, se trataría de términos y condiciones o de modelos de operación aún en discusión entre las partes del futuro contrato, esto es, de términos, condiciones y modelos de operación que obviamente podrían cambiar antes de suscribirse el contrato y que, por esa razón, jamás podrían haber sido conocidos, comentados o cuestionados en el procedimiento no contencioso seguido en autos ante el H.TDLC.

Lo anterior es grave. Pero se agrava aún más si se tiene en cuenta que tanto el Informe SDG como el Borrador han sido las referencias directas y fundantes utilizadas para justificar e imponer algunas de las principales medidas conductuales contenidas en la Resolución 68. Así, por ejemplo, la Resolución (i) opta por el modelo integrado de operación de TIB por parte de PCE, según dicho modelo es detallado en el Informe SDG (página 51 de la Resolución); (ii) reconoce que el Borrador es el instrumento que regula aspectos esenciales del TIB (págs. 51 y 52); y, (iii) ordena, en su parte resolutive y como condiciones o medidas que deberán cumplirse, la modificación de algunas cláusulas del Borrador Contrato TIB, de tal forma que eventualmente se estaría afectando con ello intereses o derechos de algunos de los otros intervinientes o de terceros.

Todo lo descrito, en suma, significa que el H.TDLC ha formado su opinión respecto de la Consulta y que la ha resuelto imponiendo medidas o condiciones que eventualmente afectan a los intervinientes distintos de EPSA, EFE, PCE, y que lo ha hecho a partir de antecedentes emanados solamente de parte interesada -algunos de ellos de contenido hipotético o preliminar-, que los demás intervinientes no pudieron cuestionar por haber sido presentados, a instancias del propio Tribunal, después de vencida la etapa procesal correspondiente.

Esto constituye una vulneración a principios mínimos de debido proceso, los que también se deben regir un asunto no contencioso como el de autos; vulneración que, a lo menos, debería ser considerada como causa de nulidad de las decisiones y medidas adoptadas por la Resolución 68 a partir de los dos documentos ya especificados, circunstancia que la Excma. Corte Suprema deberá corregir al resolver la presente Reclamación.

3.4. La Resolución 68 utiliza medidas de mitigación conductuales que no serán efectivas, toda vez que son insuficientes y de muy difícil monitoreo y fiscalización.

Como ya hemos dicho, el haber declarado erróneamente que el Proyecto TIB no es una instalación esencial, la Resolución 68 permite su operación integrada con PCE y, por ende, considera innecesaria la aplicación de medidas de carácter estructural, optando en cambio por imponer una serie de medidas conductuales.

A juicio de nuestra representada SAAM Logistics, las medidas conductuales impuestas por el TDLC, o son insuficientes, o son de difícil monitoreo o fiscalización, o son ambiguas, por lo que no serán eficaces para evitar que se concreten los riesgos competitivos que el propio H.TDLC ha considerado en casos similares. Básicamente, se trata de prevenir, evitar o mitigar los riesgos de negativa de acceso al terminal, de discriminación entre sus usuarios y las prácticas de sabotaje.

Tal como lo ha establecido en otros casos el propio H.TDLC¹⁰, en materia portuaria se han establecido límites a la integración vertical para mitigar estos riesgos, por cuanto (i) se ha considerado que los resguardos conductuales no son suficientes toda vez que, para fiscalizar adecuadamente el comportamiento del concesionario, se requiere contar “*con información detallada que permita detectar las diferencias en la calidad del servicio otorgado a los distintos usuarios, en los diferentes ámbitos en que la discriminación sea posible*” (Informe N°6/2009); y (ii) a pesar de que podrían

¹⁰ H.TDLC, Resolución 66-2021, párrafo 158.

existir eventuales eficiencias producto de dicha integración -y, como consecuencia, la existencia de economías de escala y de ámbito-, éstas deben ser probadas siempre con antecedentes empíricos.

Si se sigue el mismo criterio hasta ahora inalterado del H.TDLC en esta materia¹¹, los resguardos conductuales que se establezcan para evitar conductas discriminatorias, subsidios cruzados y sabotaje suelen ser ineficaces atendido que la entidad a cargo de fiscalizar su cumplimiento -en este caso EPSA, que sería además una de las partes del contrato de operación del TIB- suelen tener una baja capacidad de monitoreo para detectar tales conductas anticompetitivas o su riesgo de ocurrencia, principalmente debido a las asimetrías de información que existen entre las partes sobre las variables que debe fiscalizar dicha entidad. Así, el mismo H.TDLC ha establecido que es difícil que la entidad fiscalizadora correspondiente pueda detectar oportunamente diferencias en la calidad del servicio prestado a los distintos actores del mercado aguas abajo, por lo que es necesario imponer de forma adicional resguardos estructurales.

De esta forma, los resguardos conductuales que pueden mitigar los riesgos de conductas exclusorias decretados en la Resolución 68 no son suficientes para concluir que no deba imponerse una restricción a la integración vertical, porque:

- (i) La aplicación *pari pasu* de las medidas y límites establecidos en el Informe N°6 constituye un elemento de control respecto de los riesgos anticompetitivos que podría tener la operación exclusiva del Servicio de Transferencia TIB por parte de PCE. No obstante, no resultarían suficientes para asegurar que, en la práctica, PCE no incurra en vías de hecho o acciones operacionales (distintas de las tarifarias) que, por su muy difícil posibilidad de detección, deriven en un sabotaje de facto o incluso latente contra usuarios distintos de los que atiende PCE. Tanto es así que el propio Informe N°6 reconoce que existen prácticas sutiles de discriminación y de sabotaje que son muy difíciles de detectar y sancionar, tales como la asignación de turnos o *slots* menos favorables a los usuarios o clientes ajenos, el otorgamiento de servicios de mejor calidad a las empresas relacionadas o integradas con el operador de la instalación esencial o a sus clientes, “trabas” o “demoras” en la transferencia de la carga movilizada por otros competidores o sus clientes, o la gestión

¹¹ H.TDLC, Resolución 66-2021, párrafos 177 y 178.

antojadiza del *stacking* del TIB en perjuicio de la carga “ajena”, entre otras prácticas posibles; y,

- (ii) Por otro lado, la prohibición de realizar ventas atadas y la de otorgar descuentos anticompetitivos que la Resolución 68 le impone a PCE, tampoco serían suficientes para mitigar los riesgos detectados, pues dichas ventas y descuentos son igualmente difíciles de detectar, y además se pueden realizar de manera indirecta, esto es, por medio de empresas relacionadas que operan en otro eslabón de la cadena de logística;

3.5. La Resolución 68 genera distorsiones de costos que, en los hechos, suponen una discriminación en perjuicio de los competidores directos de PCE y en beneficio sólo de esta última.

La Resolución 68 acepta lo que propone el Borrador del Contrato TIB en cuanto a que se establece y define un “Servicio de Transferencia TIB” (“STT”) que comprende dos actividades. La primera es la transferencia del contenedor entre la zona de *stacking* o acopio del TIB y los modos ferroviario y rodoviario, y viceversa, a través de grúas Rubber Tyred Gantry (“RTG”). La segunda es el acopio de cargas movilizadas en tren por un tiempo determinado en la zona de *stacking* del TIB.

La Resolución 68 obliga a considerar el STT como un servicio básico, al que deberá aplicársele la tarifa definida en el contrato de concesión de PCE. Por otra parte, la Resolución ordena homologar la tarifa del STT con las que se incorporaron en la fórmula del Índice Tarifario Máximo ofertado por PCE para adjudicarse la concesión.

Adicionalmente, la Resolución ordena a EFE y a EPSA modificar el Borrador Contrato TIB para incorporar en el mismo una cláusula que establezca que PCE, operador del Proyecto TIB, no podrá aplicar tarifas superiores a aquellas tarifas máximas establecidas en su contrato de concesión para cada uno de estos servicios en el Índice Tarifario Máximo.

Por su parte el Borrador Contrato TIB señala que otros servicios como “*el porteo de la carga hacia o desde el stacking de los terminales portuarios al tracking del TIB, movimientos adicionales, almacenamiento por periodos superiores a los que se indicarán en el numeral siguiente o aforos, son servicios que no se encuentran comprendidos en el Servicio de Transferencia TIB y respecto de los cuales serán aplicables las condiciones del Manual de*

Servicio del concesionario a cargo de operar el TIB, las que no podrán ser más gravosas que aquellas que aplican a otros modos de transporte terrestre”.

Sin embargo, el referido Borrador agrega a renglón seguido que “(e)l servicio de porteo de la carga entre los terminales portuarios y el stacking del TIB, estará comprendido en el servicio básico de transferencia del concesionario portuario que moviliza la carga”.

Esta última oración, combinada con las disposiciones anteriores, genera un grave efecto anticompetitivo que, a nuestro juicio, el H.TDLC no detectó. Por mor de estas cláusulas del Borrador, en los hechos se está creando un servicio nuevo en la estructura de actividades y tarifas aplicables al PSA, servicio que consiste en el porteo de los contenedores entre cada terminal portuario (PCE, por un lado, y STI, por otro) y el *stacking* del TIB. Se trata de un servicio básico cuya tarifa debe incorporarse en el servicio de transferencia de cada concesionario y por el cual, en los hechos, no se puede exceder de lo que ya se cobra por los servicios básicos de cada concesión.

En breve: un borrador de contrato entre EPSA, EFE y PCE, genera una obligación para STI, que es un tercero ajeno a esa negociación y que, además, es el directo competidor de PCE. Esto, que ya sería suficientemente grave, es todavía peor pues ni PCE ni STI podrán cobrar por ese nuevo servicio un monto mayor que el de su servicio básico de transferencia.

En otras palabras: antes de dictarse la Resolución, STI no estaba obligada a prestar este nuevo servicio. Después de la Resolución, deberá prestarlo necesariamente. Esto supondrá para STI incurrir en costos adicionales en los que su competidora PCE (operadora del terminal portuario con el que compite STI y, al mismo tiempo, operadora del TIB) no deberá incurrir, pues a esta última se le ha ampliado en la misma Resolución su área de concesión mediante la anexión de los terrenos contiguos del TIB. STI deberá recorrer entonces una distancia mucho mayor que la de PCE para prestar este servicio y, para ello, deberá adquirir o contratar camiones a su propio costo y sin remuneración alguna que le permita amortizar la inversión y los gastos de operación respectivos.

En suma: se genera por un acto de terceros (EPSA, EFE y PCE) una desigualdad competitiva evidente para STI, en beneficio de PCE y en desmedro de los clientes o usuarios del terminal de STI. Esto impacta no solo a STI, sino también directamente a las operaciones de nuestra representada SAAM Logistics, cuyos clientes verán incrementado el costo de operar con ambas.

No existe ninguna razón, ni de eficiencias, ni de operación, ni competitiva que justifique imponer a terceros, a título gratuito, una verdadera carga regulatoria que mermará su capacidad competitiva frente a rivales que no deben soportar esa carga y que, peor aún, habrán recibido a esas alturas, sin tener que pagar por ello, el regalo regulatorio de operar en forma integrada el TIB.

Esta situación debe enmendarse por la vía de la presente reclamación, declarándose expresamente que STI o cualquier otro concesionario de los terminales portuarios del PSA no deberán quedar obligados a prestar este nuevo servicio como “servicio básico”, pudiendo en cambio prestarlos como servicio especial u opcional de cada concesionario.

3.6. La Resolución 68 no establece un mecanismo expreso de verificación por parte de las autoridades de defensa de la libre competencia previo a la entrada en operación del TIB integrado.

Como corolario de haber basado parte relevante de sus decisiones y medidas en antecedentes extemporáneos, hipotéticos y no susceptibles de escrutinio o cuestionamiento por parte de los demás intervinientes, y de haber generado indirectamente gravosas obligaciones que desmejoran la posición competitiva de STI y de nuestra representada SAAM Logistics, la Resolución 68 ha vulnerado también el objetivo o función preventiva y de certeza que es propia de toda decisión adoptada de conformidad con el art. 31 del DL 211.

En palabras del H.TDLC, la potestad para absolver consultas que contempla el artículo 18 N° 2 del DL 211 “*entrega a esta Magistratura las atribuciones para conocer de asuntos de carácter no contencioso y declarar la concordancia o disconformidad entre determinados hechos, actos o contratos proyectados o ejecutados y la libre competencia*”¹².

Esta potestad consultiva exhibe una perspectiva preventiva en cuanto evita que un determinado hecho acto o convención pueda llegar a atentar contra la libre competencia en caso de que llegue a producirse, o bien advierte que un hecho, acto o convención ya existente podría ser calificado como atentatorio a la libre competencia.

En consecuencia, “*la actividad preventiva que ejerce el TDLC mediante la potestad consultiva implica un análisis de riesgos y beneficios a la competencia respecto de un negocio*”

¹² H.TDLC, Sentencia N° 09, Consideración primera.

*propuesto o existente, considerando además medidas o condiciones destinadas a tutelar la libre competencia y que conjuren los riesgos creados o se puedan crear*¹³.

El objeto entonces de esta potestad preventiva es ilustrar a los consultantes sobre temas dudosos o imprecisos¹⁴ y, por lo mismo, las resoluciones que se dicten en virtud de esta potestad tendrán por finalidad advertir al consultante sobre las consecuencias de sus actos, sin imponerle sanciones.

El propio H.TDLC también ha resaltado la finalidad preventiva de la potestad consultiva. De acuerdo con su Auto Acordado N° 5, por ejemplo, *“el procedimiento no contencioso tiene precisamente por objeto obtener de este Tribunal un pronunciamiento orientado a otorgar o a denegar a la parte consultante”*¹⁵ la certeza jurídica que establece el DL 211.

En similar sentido se pronunció la Sentencia N°86 del H. TDLC, al establecer que la potestad consultiva *“tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia o continuar causando daño o poniendo en peligro dicho bien jurídico”*¹⁶.

La Excma. Corte Suprema, por su parte, ha resuelto que *“en un procedimiento de carácter no contencioso el órgano público conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y órgano requerido; y que tampoco haya pronunciamiento de una sentencia, sino un dictamen, declaración o resolución”*¹⁷, agregando que *“la potestad consultiva cumple una función preventiva en cuanto precaver que un determinado hecho, acto o convención pueda atentar contra la libre competencia”*¹⁸.

Se trata, en definitiva, de una potestad que pretende tener carácter ordenador y de certeza¹⁹ pues, como ha dicho el propio H.TDLC, la actividad preventiva que se ejerce mediante la potestad consultiva implica un análisis de riesgos y beneficios a la competencia respecto de un negocio, considerando además medidas o

¹³ REGCOM, *Informe en Derecho sobre la potestad consultiva en el derecho de la competencia*, 2014 (Rol TDLC NC 418-13), p. 26.

¹⁴ REGCOM, *Informe en Derecho sobre la potestad consultiva en el derecho de la competencia*, 2014 (Rol TDLC NC 418-13), p. 25.

¹⁵ Auto Acordado N° 5/2004, p. 2.

¹⁶ H.TDLC, Sentencia N° 86, Consideración segunda.

¹⁷ Causa rol N° 346-2013.

¹⁸ Causa rol N° 4797-2008.

¹⁹ REGCOM, *Informe en Derecho sobre la potestad consultiva en el derecho de la competencia*, 2014 (Rol TDLC NC 418-13), p. 25.

condiciones destinadas a tutelar la libre competencia y que conjuren los riesgos creados o que se puedan generar a partir de dicho negocio²⁰.

Pues bien, la Resolución 68 vulnera esta función preventiva y de certeza que ordena la ley, toda vez que el Borrador de Contrato TIB es precisamente eso, un mero borrador que representa un estado de negociación en curso entre las futuras partes, que podrá mutar conforme sea el resultado de tales conversaciones.

En otras palabras, no existe certeza alguna respecto de cuál será el modelo final de operación del TIB, pues su contenido técnico y contractual no está fijado aún, por lo que las condiciones impuestas por la Resolución podrían incluso perder sentido o eficacia.

Tanto es así, que la propia Resolución 68 ordena a EPSA, EFE y PCE adecuar todo instrumento que afecte al Proyecto TIB, según corresponda, de manera que estos se ajusten a las condiciones establecidas en ella.

No obstante esta orden, el problema de incerteza persiste, puesto que dicha adecuación queda entregada, sin supervisión de ningún tipo, a las propias interesadas en el modelo integrado.

Por estas razones, la Resolución debería ser enmendada por la Excm. Corte Suprema, en el sentido de agregar como una de sus medidas que EPSA, EFE y PCE tengan la obligación de a lo menos poner en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica todos los documentos definitivos relativos al Proyecto TIB **antes** de su entrada en operaciones, para que la Fiscalía los valide o los investigue.

3.7. La Resolución 68 da por hecho que el manejo del tráfico ferroviario que hará EFE en el TIB no será discriminatorio, sin entrar a analizar la posibilidad de que ese riesgo ocurra y sin imponer a EFE medida conductual alguna al respecto.

La Resolución 68 omite pronunciarse acerca de la manera en que EFE deberá ejercer su eventual función de administrador ferroviario del TIB, pues se limita únicamente a dar por buena la afirmación de EFE en cuanto a que dicha empresa estatal “seguirá siendo dueño de las vías y será el único responsable de la administración del tráfico ferroviario” (fojas 271, pp. 1–2), agregando que “será EFE, y no PCE, quien

²⁰ REGCOM, *Informe en Derecho sobre la potestad consultiva en el derecho de la competencia*, 2014 (ROL TDLC NC 418-13), p. 26.

continuará administrando las frecuencias y ventanas de tráfico ferroviario, bajo un sistema tarifario igualitario y no discriminatorio”.

Por economía procesal no reiteraremos aquí los efectos perniciosos que esta dádiva a PCE, combinada con todos los otros defectos de la Resolución 68 aquí relatados, generará en la competencia esperable en los distintos eslabones de la cadena logística que opera en el PSA, por lo que nos remitimos a lo ya señalado al respecto en nuestro escrito de aporte de antecedentes, y que damos por reproducido para los efectos de esta Reclamación.

Al respecto, resulta imprescindible que la Excm. Corte Suprema obligue expresamente a EFE, por lo menos, a dictar un reglamento de uso ferroviario para el TIB, en el que se establezcan las reglas y principios imparciales y no discriminatorios a los que EFE deberá someterse en el ejercicio de sus funciones de administración del tráfico ferroviario en dicho terminal.

3.8. La única medida de contenido parcialmente estructural que adopta la Resolución 68 es hoy inidónea.

Resulta curioso que la Resolución 68 haya puesto el peso de su solución al problema que se le planteó en la Consulta, en la decisión de ordenar a PCE que termine su participación en el denominado CFX antes de iniciar la operación del TIB, pues PCE ya no forma parte del CFX y, además, si fuese necesario hacerla cumplir, su efecto sería muy menor respecto de la condición o medida que este caso verdaderamente requiere, esto es, la desintegración del TIB respecto de los concesionarios de terminales portuarios del PSA y sus usuarios y clientes, mediante la licitación y adjudicación de su concesión de operación a un tercero independiente.

3.9. En general, y en el caso específico de SAAM Logistics, la Resolución 68 no considera la gravitación que tendrá la operación integrada del TIB con PCE, por una parte, y la conexión que existe entre PCE y los servicios que presta su relacionada DP World Chile S.A. a través de DP World Logistics.

Por último, es un hecho conocido que PCE es una empresa relacionada de DP World, uno de los mayores operadores logísticos y portuarios del mundo, con operaciones en los principales puertos y rutas de transporte marítimo.

DP World (“DPW”) ha iniciado recientemente en Chile un proceso de integración vertical en la cadena logística, mediante la movilización de carga a través de su

división DP World Logistics. De esta manera, DPW ya opera en el transporte multimodal en todos los eslabones de la cadena logística del PSA, con origen y destino en distintos puertos operados por sus filiales o empresas relacionadas, como es el caso de PCE.

De esta forma, DPW podría incrementada la posibilidad de ofrecer a sus clientes condiciones flexibles de descuento y pago, lo que le permitiría eventualmente aplicar subsidios cruzados entre sus distintos servicios a fin de segmentar de manera más eficiente su estructura de cobro.

En este contexto, las ventajas que podría ofrecer DP World Logistics asociadas a la importación o exportación de mercancías utilizando el TIB y su relación con PCE podrían constituir un instrumento para, eventualmente, excluir tanto a STI como a nuestra representada SAAM Logistics.

Al respecto, la interviniente STI ha señalado en su escrito de aporte de antecedentes que *“PCE tendría fuertes incentivos y la capacidad para beneficiar a sus clientes en (i) la transferencia de carga desde o hacia el ferrocarril; y, (ii) la forma en que se utilizan los terrenos del Proyecto TIB (zonas de acopio y servicios complementarios). Ello se debería a que, bajo la opción integrada, PCE tendría el control absoluto del Proyecto TIB, de modo que podría y tendría incentivos para discriminar con las tarifas que cotice por los servicios que preste a sus clientes y aquellas que cotice a los clientes de STI, o también podría implementar estrategias más sutiles de discriminación (v.gr. aplicar descuentos en otros puertos)”*.

Para nuestra representada, este es un riesgo competitivo evidente del que la resolución 68 no se hizo debido cargo, por lo que sería recomendable sugerir que la Excma. Corte Suprema adopte, como medida adicional, la de imponer a PCE la prohibición expresa de operar con DP World en condiciones tales que les permitieran eventualmente, sin discriminar directamente a los clientes de SAAM Logistics, hacerlo igualmente por vía indirecta.

§4. Conclusión.

De conformidad con lo expuesto, nuestra representada considera respetuosamente que la Resolución 68 debe ser revocada y reemplazada por otra en la que se adopte un conjunto de medidas tanto estructurales como conductuales orientadas a evitar y desincentivar la ocurrencia de prácticas anticompetitivas con ocasión de la gestión del TIB.

Ello, por cuanto la Resolución 68:

- (i) Otorga a PCE, sin previa licitación ni concurso, sin pago, sin obligación de efectuar inversiones, el monopolio de la explotación de los servicios de transferencia en el TIB, de los que dependen tanto PCE como sus competidores para perder operar aguas abajo;
- (ii) Otorga esa verdadera granjería a PCE bajo la condición de que se sigan determinadas obligaciones de hacer que, a nuestro juicio, serán ineficaces e insuficientes para prevenir los riesgos anticompetitivos asociados;
- (iii) Adopta estas decisiones considerando erróneamente que el TIB no es una instalación esencial, y lo hace a partir de documentos a los que no tuvieron acceso completo los demás intervinientes de la causa y que, además, no reflejan la realidad operacional definitiva que tendrá el TIB;
- (iv) Genera desventajas competitivas objetivas que perjudican a un competidor directo de PCE;
- (v) Omite considerar en su verdadero mérito la extensión y el alcance anticompetitivos que la operación del TIB por parte de PCE puede generar a los usuarios de la cadena logística que utiliza el Puerto de San Antonio, incluida SAAM Logistics; y,
- (vi) Asume como válidas determinadas afirmaciones de intervinientes interesados en la integración vertical del TIB, sin establecer medidas de verificación o control en su respecto.

La Resolución 68, en consecuencia, requiere ser revisada, revocada y/o modificada por la Excma. Corte Suprema por vía de la presente Reclamación.

POR TANTO,

SOLICITAMOS AL H. TRIBUNAL tener por interpuesto el presente recurso de reclamación en contra de la Resolución N°68-2021, de fecha 31 de diciembre de 2021, declararlo admisible, y acogerlo a trámite elevando los autos a la Excma. Corte Suprema de Justicia a fin de que, conociendo del recurso, dicha Excma.

Corte revoque y deje sin efecto la parte resolutive de la referida Resolución N°68-2021, y disponga en su reemplazo que se adopten las siguientes medidas, u otras que considere necesarias y suficientes para precaver los riesgos a la libre competencia que supone la eventual integración vertical entre PCE y el TIB:

- (i) Declarar que el TIB constituye una instalación esencial que debe operar como una infraestructura separada e independiente de PCE y del área de concesión de esta última;
- (ii) Ordenar que la operación del TIB se adjudique previa licitación pública y abierta a aquel operador independiente que ofrezca la menor tarifa a cobrar por los servicios que prestará en el TIB;
- (iii) Someter al adjudicatario de la operación del TIB al conjunto de medidas conductuales y de resguardo contenidas en los Informes números 6 y 18 del H.TDLC, ordenando la fiscalización de su cumplimiento por parte de la Fiscalía Nacional Económica, EPSA o EFE, según corresponda al tenor de sus respectivas atribuciones legales y administrativas;
- (iv) Prohibir a PCE que celebre alianzas o convenios similares al CFX con operadores ferroviarios, logísticos u otros que utilicen el TIB;
- (v) Ordenar que EFE dicte un reglamento de uso ferroviario para el TIB, en el que se establezcan las reglas y principios imparciales y no discriminatorios a los que EFE deberá someterse en el ejercicio de su función de administración del tráfico ferroviario en dicho terminal;
- (vi) Dejar sin efecto aquellas medidas adoptadas por la Resolución 68 a partir del Informe SDG y del Borrador Contrato TIB, ya especificados, ordenando que, en todo caso, EPSA, EFE y PCE pongan en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica todos los documentos definitivos relativos al Proyecto TIB, antes de que dicho terminal inicie sus operaciones; y,
- (vii) Declarar que STI o cualquier otro concesionario de los terminales portuarios del PSA no deberán quedar obligados a prestar el servicio de porteo entre su respectivo terminal portuario y el *stacking* del TIB

como un servicio básico, pudiendo en cambio prestarlo como servicio especial u opcional de cada concesionario.

En subsidio de esta petición principal, y para el caso improbable de que sea rechazada y se autorice por tanto a PCE operar el TIB en cualquier modalidad de integración vertical, solicitamos:

- (a) Ordenar:
 - a. Que PCE opere el TIB por medio de una filial independiente sometida a las normas de las sociedades anónimas abiertas, con contabilidad propia y separada, y administrada por un gobierno corporativo también propio, distinto e independiente del de PCE;
 - b. Que PCE opere el TIB en condiciones generales, uniformes, objetivas y no discriminatorias, con acceso abierto a todos los usuarios del terminal; y,
 - c. Que se dé estricto cumplimiento por parte de PCE, EPSA o EFE, según corresponda, a las medidas descritas en los numerales (iii), (iv), (v), (vi), y (vii) y de nuestra petición principal; y,
- (b) Confirmar la aplicación de aquellas medidas adoptadas por la Resolución 68 que la presente Reclamación no haya solicitado modificar o revocar.

OTROSÍ: Solicitamos al H.TDLC tener presente que nuestro patrocinio y poder para representar a SAAM Logistics S.A. rola a fojas 67 de estos autos, y que éste fue autorizado a fojas 71.