

Santiago, 7 de junio de 2024

VISTOS:

- 1) La Denuncia Reservada Rol N°2743-23 FNE ("**Denuncia**"), relativa a eventuales conductas de aquellas descritas en el artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2004, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 ("**DL 211**"), en el mercado de servicio de operación de carga aérea de importación;
- 2) La Minuta de Archivo de fecha 6 de junio de 2024;
- 3) Lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 39 y 41 del DL 211; y,

CONSIDERANDO:

- 1) Que, con fecha 4 de agosto de 2023, la Fiscalía Nacional Económica ("**FNE**" o "**Fiscalía**") recibió una denuncia de Bodegas AB Express S.A. ("**ABX**"), en la que se detallan una serie de supuestas conductas anticompetitivas en el mercado de servicio de operación de carga aérea de importación por parte de Servicios Aeroportuarios Aerosan S.A. ("**Aerosan**"), Fast Air Almacenes de Carga S.A. ("**Fast Air**"), Depocargo Depósito Aduanero de Carga SpA ("**Depocargo**") y Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. ("**NPU**");
- 2) Que, en específico, se señala que las empresas denunciadas habrían ejecutado las siguientes conductas atentatorias contra la normativa de libre competencia: (i) un acuerdo de limitación de espacios para carga de importación y acuerdo de asignación de espacios conforme a sus participaciones de mercado; (ii) un acuerdo para impedir el ingreso de un competidor a la Bodega Norte de ABX; y (iii) acciones individuales o concertadas para dificultar la operación del operador de Bodega Norte;
- 3) Que, con el objeto de esclarecer los hechos materia de la Denuncia y verificar su admisibilidad, se revisaron los antecedentes acompañados a la Denuncia, junto a la documentación aportada en el marco de los procesos judiciales seguidos ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("**H. TDLC**") relacionados a los hechos denunciados, roles C-445-2022 y NC-520-2023;
- 4) Que, en primer lugar, respecto del presunto acuerdo de limitación y asignación de espacios de carga de importación, es pertinente tener presente

que, desde el 1 de octubre de 2015, NPU administra el aeropuerto Arturo Merino Benítez (“**AMB**”) según los lineamientos fijados en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en las Bases de Licitación para la concesión del aeropuerto AMB vigentes (“**BALI NPU**”) del año 2014. Esta concesión contemplaba la ejecución del denominado “Plan Maestro” para el desarrollo futuro del aeropuerto y sus ampliaciones. A esa fecha, Aerosan, Depocargo y Fast Air ya operaban en el aeropuerto AMB, cada una con una subconcesión para prestar servicios de gestión de terminales de carga aérea de importación otorgada por el concesionario anterior del aeropuerto AMB, SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. (“**SCL**”). Dos de dichas subconcesiones tenían una duración que excedía el plazo de la concesión de SCL;

- 5) Que, por lo anterior NPU debía, simultáneamente, dar cumplimiento al “Plan Maestro” y respetar las subconcesiones vigentes concedidas por SCL a Aerosan y Depocargo. Ambas obligaciones eran incompatibles, dado que se debía eliminar el espacio físico donde operaban las subconcesionarias en el aeropuerto AMB. Por esto, con el objeto de dar solución a este problema, en cumplimiento al referido “Plan Maestro” y, al mismo tiempo, respetando las subconcesiones vigentes, el 15 de mayo de 2017, NPU celebró el Acuerdo Proyecto Centro de Importaciones con las empresas que operaban carga de importación en el aeropuerto AMB: Aerosan, Depocargo y Fast Air (respecto del Centro de Importaciones, “**CDI**”; en relación con el Acuerdo Proyecto Centro de Importaciones, “**Acuerdo CDI**”);
- 6) Que, el Acuerdo CDI establecía: i) la entrega de los espacios en los que operaban dichas empresas para su demolición y ii) los principios que regirían el diseño, construcción y habilitación de un edificio al que se trasladarían las empresas operadoras de carga de importación: el denominado CDI;
- 7) Que, conforme a lo acordado entre NPU y las empresas operadoras de carga de importación, correspondía a estas construir el CDI por su propia cuenta y costo. Como contrapartida, las tres empresas recibirían en arriendo las superficies que ellas mismas construyeran para prestar sus respectivos servicios. Por lo tanto, los contratos de arriendo celebrados por NPU con las denunciadas se explican como una compensación a los desembolsos que se harían en la construcción del CDI por el conjunto de empresas que ya operaban en el aeropuerto AMB, a efectos de dar cumplimiento al referido “Plan Maestro”, y para poder continuar adecuadamente con la prestación de sus servicios;
- 8) Que, adicionalmente, al ser el CDI, por su naturaleza, un espacio limitado, era necesario asignar de alguna forma la superficie entre las empresas que ya operaban en el aeropuerto AMB según el Acuerdo CDI. Sin perjuicio de

que las participaciones en este mercado eran relativamente estables, las posiciones relativas de los distintos actores cambiaron a lo largo del tiempo. Por lo tanto, contrario a lo señalado en la Denuncia, la asignación de superficie a cada una de las empresas no respondió necesariamente a las participaciones de mercado de estas;

- 9) Que, tampoco existiría exclusividad en la carga de importación por parte de las empresas que operan en el CDI en los hechos, dado que la Bodega Norte puede ser destinada para distintos usos. Es más, la empresa relacionada a la denunciante, Menzies Agunsa Import Services SpA (“**MAIS**”), es quien actualmente opera la Bodega Norte precisamente para carga aérea de importación;
- 10) Que, aun cuando se considere de forma exclusiva el CDI, las asignaciones de capacidad a cada denunciada dentro de este no constituirían una restricción activa, que determine la oferta total ni, en consecuencia, las cuotas de mercado de cada una de ellas;
- 11) Que, de este modo, el CDI fue ocupado por Aerosan, Depocargo y Fast Air, las que se rigen por sus respectivos contratos de arrendamiento celebrados con NPU, al alero de las BALI NPU. Y, por otra parte, la Bodega Norte, que puede ser destinada a diferentes usos, entre ellas la de recibir cargas de importación, fue arrendada por ABX a su sociedad relacionada MAIS, mediante contrato que se rige por las reglas de la subconcesión que mantiene ABX para la explotación de las Bodegas Sur y Norte;
- 12) Que, además, existiendo procesos judiciales relacionados con lo denunciado ante el TDLC, entre ellos, uno relativo a una medida prejudicial de exhibición de documentos solicitada por una relacionada de la denunciante¹, no resulta claro qué antecedentes adicionales estima ABX que harían falta para establecer la base fáctica sobre la cual realiza sus reclamaciones contra supuestas infracciones anticompetitivas, y que esta FNE debiese reunir en la investigación que la denunciante solicita abrir;
- 13) Que, adicionalmente, la denunciante solicita a esta Fiscalía ejercer facultades intrusivas. Al respecto debe resaltarse que la eficacia de este tipo de medidas puede verse gravemente comprometida si los afectados por las mismas tienen conocimiento previo de su posible realización. En el caso, como ya se señaló, se inició, en forma pública, una gestión prejudicial con anterioridad a la presentación de la denuncia objeto de la presente

¹ En la solicitud de medida prejudicial de exhibición de documentos de Agunsa Import Services, hoy MAIS, se sostuvo que la gestión estaba encaminada precisamente a preparar una demanda por, entre otros, un “*acuerdo que involucra competidores para limitar la oferta...*”. Solicitud de medida prejudicial de exhibición de documentos ante el H. TDLC, rol C-445-2022, pág. 14.

resolución. En este contexto, las posibilidades de acceder a cualquier tipo de antecedentes mediante el uso de medidas intrusivas se habrían comprometido seriamente, volviéndolas probablemente ineficaces;

- 14) Que, en la misma línea, el examen de admisibilidad de la Denuncia da cuenta de que esta Fiscalía tampoco contaría con mejores herramientas de litigación que la denunciante, pues ella posee los medios económicos y humanos para ejercer acciones de forma directa ante el H. TDLC, de así estimarlo pertinente;
- 15) Que, respecto del segundo grupo de acciones indicadas en la Denuncia, relativo a un presunto acuerdo para impedir el ingreso de un competidor a la Bodega Norte de ABX, que se habría ejecutado a través de reuniones y gestiones de las empresas denunciadas con la autoridad sectorial, es preciso señalar que, durante la tramitación de la solicitud por parte de MAIS, se pueden observar retrasos debidos a la falta de antecedentes aportados por parte de la misma solicitante y, por otro lado, reconsideraciones por parte del organismo público dentro de un normal funcionamiento de un procedimiento administrativo. De los antecedentes tenidos a la vista en el contexto de un análisis de admisibilidad, no parece claro que exista vinculación entre las reuniones de lobby y el referido retardo;
- 16) Que, en cuanto a las últimas acciones denunciadas, que hacen alusión a acciones judiciales de las empresas denunciadas y a gestiones ante autoridades y clientes para afectar comercialmente a ABX y MAIS, es preciso señalar, en primer lugar, que la consulta presentada al H. TDLC por Aerosan habría sido una conducta desplegada por ésta de forma independiente, sin que de la evidencia tenida a la vista fluya un actuar coordinado a este respecto. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando hubiese existido concertación a este respecto, la conducta tampoco estaría revestida de una aptitud suficiente para configurar una hipótesis de colusión con el objeto de excluir competidores; y,
- 17) Que, finalmente, no fue acompañado antecedente alguno en el marco de la Denuncia que dé cuenta de comunicaciones por parte de Aerosan, Depocargo o Fast Air con clientes con el objeto de imponer obstáculos a la operación de MAIS. Sin perjuicio de lo anterior, y como igualmente fue señalado a propósito de los primeros hechos denunciados, la denunciante posee los medios económicos y humanos para ejercer acciones de forma directa ante el H. TDLC, en caso de estimarlo pertinente.

RESUELVO:

1°. - **ARCHÍVESE** la Denuncia Reservada Rol N°2743-23 FNE, sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía Nacional Económica de velar permanentemente por la libre competencia en este y otros mercados, y, en particular, de la posibilidad de iniciar investigaciones en caso que existieren nuevos antecedentes que así lo ameriten;

2°. - **ANÓTESE Y COMUNÍQUESE.**

Rol N°2743-23 FNE.

JORGE GRUNBERG PILOWSKY
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DMB