

ANT.: Denuncia Reservada Rol
N°2743-23 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 6 de junio de 2024

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN ANTI-CARTELES (S)

Por medio del presente, informo al señor Fiscal acerca de la denuncia del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. 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”). A la referida denuncia se le asignó el Rol N°2743-23 (“Denuncia”).
2. En la Denuncia 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. Según lo dispuesto en el artículo 41 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”), y lo señalado en el párrafo 24 del Instructivo Interno para el Desarrollo de

Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica¹, “[t]oda denuncia estará sujeta a un examen de admisibilidad con el propósito de determinar si corresponde investigar o bien, desestimar la misma”. Dicho examen debe basarse en el mérito de los antecedentes tenidos a la vista y la aptitud de los hechos denunciados para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3° inciso primero del DL 211.

4. 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-445-2022² y NC-520-2023³.
5. Analizados estos antecedentes, esta División estima que en el presente caso no se justifica la instrucción de una investigación por una supuesta infracción al artículo 3° del DL 211. Por estas razones, esta División recomienda desestimar la Denuncia y archivar los antecedentes.

¹ Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr._investigaciones_2013-1.pdf [Fecha de última visita: 4 de junio de 2024].

² H. TDLC, Rol C-445-2022, “Medida prejudicial de exhibición de Agunsa Import Services SpA contra Servicios Aeroportuarios Aerosan S.A. y otros”, iniciada el 21 de mayo de 2022.

³ H. TDLC, Rol NC-520-2023, “Consulta de Servicios Aeroportuarios Aerosan S.A. sobre la ejecución de la Resolución Exenta N°152 de la Dirección Nacional de Aduanas”, iniciada el 13 de abril de 2023.

II. INDUSTRIA AFECTADA⁴

6. Los servicios de operación de carga aérea se encuentran dentro de la categoría de Servicios No Aeronáuticos Comerciales Obligatorios que el concesionario NPU debe ofrecer durante la explotación de la concesión del aeropuerto Arturo Merino Benítez (“**AMB**”), según la definición que se realiza en las Bases de Licitación para la concesión del aeropuerto AMB vigentes (“**BALI NPU**”)⁵⁻⁶, y constituyen una de varias actividades dentro del aeropuerto que involucran el manejo y transporte de bienes y mercancías que se envían y reciben por vía aérea.
7. Así, los servicios de operación de carga aérea se pueden clasificar en: (i) importación y en tránsito; (ii) exportación; (iii) carga nacional; y (iv) *courier*, transporte expreso y correo⁷.
8. El aeropuerto AMB posee instalaciones especiales y exclusivas para la prestación de cada uno de estos servicios de operación de carga aérea⁸. En la Figura N°1 se muestra un mapa de la zona concesionada y el lugar desde donde se prestan.

⁴ La descripción de la industria afectada se ha construido con información obtenida en el marco de la Investigación Rol FNE N°2725-23, abierta para recabar los antecedentes necesarios para presentar informe en la consulta rol NC-520-2023.

⁵ Aprobadas mediante la Resolución de la Dirección General de Obras Públicas N°33, de 14 de febrero de 2014, junto con las Circulares Aclaratorias que las complementan, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Supremo N°900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas (“**MOP**”). Disponibles en: https://concesiones.mop.gob.cl/proyectos/Documents/Aeropuerto%20Arturo%20Merino%20Benitez%20%28r%29/Bali%20TR_CGR_13062014.pdf [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024].

⁶ BALI NPU, cláusulas 1.10.9.1, 1.10.9.2 y 1.10.9.3. Los servicios que puede prestar la concesionaria o subconcesionarios pueden ser clasificadas en: a) Servicios Aeronáuticos; b) Servicios No Aeronáuticos No Comerciales; y c) Servicios No Aeronáuticos Comerciales. Luego, los Servicios No Aeronáuticos Comerciales se subdividen a su vez en: a) Servicios No Aeronáuticos Comerciales Obligatorios, que deben ser prestados por la Concesionaria en forma obligatoria durante toda la Etapa de Explotación de la Concesión, y b) Servicios No Aeronáuticos Comerciales Facultativos, correspondientes a aquellos que el Concesionario está autorizado a prestar, durante todo el periodo de explotación. Dentro de los Servicios No Aeronáuticos Comerciales Obligatorios se encuentran los servicios de operación de carga aérea.

⁷ En las BALI NPU, se describen estos servicios en el apartado 1.10.9.3.1 j).

⁸ Para la operación de estos servicios, se requiere una autorización del Servicio Nacional de Aduanas que habilite a la empresa interesada a actuar como encargado de un depósito aduanero. Dicha autorización implica que la empresa queda identificada como un “almacenista” en el registro de aduanas y se encuentra limitada a operar en el almacén o bodega autorizada. Decreto N°1114, de 1998, del Ministerio de Hacienda, Establece Reglamento para la Habilitación y Concesión de los Recintos de Deposito Aduanero, art. 9.

Figura N°1: Ubicación bodegas de operación de carga aérea del aeropuerto AMB



Fuente: Ministerio de Obras Públicas

9. Como se desprende de la Figura N°1, las bodegas destinadas a la prestación de servicios de operación de carga aérea de exportación son aquellas de color azul y la bodega destinada a operar carga *courier* aparece en verde, adyacente al edificio “EOS”⁹. La bodega destinada a operar carga nacional es la “Bodega Sur Poniente”, que se muestra en rojo.
10. Por su parte, las bodegas destinadas a la operación de carga aérea de importación son aquellas de color naranja y consisten en una infraestructura dividida en tres (para las tres denunciadas: Aerosan, Fast Air y Depocargo), todas adaptadas para almacenar, recibir y despachar mercancías, incluyendo oficinas para su administración. En su conjunto, corresponden al denominado Centro de Importaciones (“CDI”).
11. Finalmente, se observa la “Bodega Norte”, también de color verde, adyacente a las bodegas para operación de carga de exportación (destacadas en azul). Esta bodega puede ser destinada a diferentes usos¹⁰ y es utilizada actualmente por la empresa

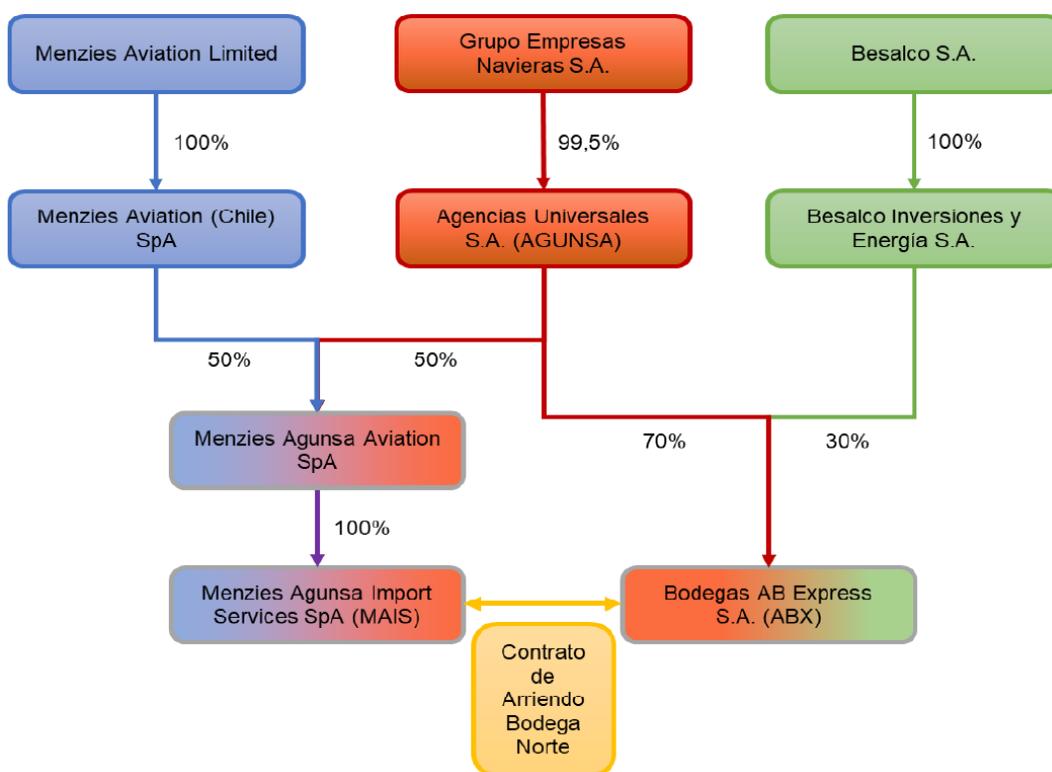
⁹ La bodega para la prestación de servicios de *courier* y el edificio EOS forman en conjunto la denominada “Bodega Sur”, infraestructura que fue construida luego de que la Sentencia N°75/2008, del H. TDLC, ordenara a la concesionaria de entonces entregar en arrendamiento a las empresas *courier* que se lo requirieran un terreno, a fin de que éstas construyeran las instalaciones que permitiesen su adecuada operación.

¹⁰ Circular complementaria N°2, del Convenio Complementario de Modificación del Contrato de Concesión N°4, de 18 de junio de 2012, aprobado por DS MOP N°256-2012. Este documento fue acompañado por NPU con

Menzies Agunsa Import Services SpA (“**MAIS**”) para operar carga aérea de importación.

12. Desde ya, resulta relevante aclarar la relación existente entre las empresas ABX (denunciante ante la FNE) y MAIS. Conforme se aprecia en la Figura N°2, MAIS es filial de Menzies Agunsa Aviation SpA, empresa constituida en un 50% por Menzies Aviation (Chile) SpA y 50% por Agencias Universales S.A. (“**AGUNSA**”). Por otra parte, en ABX tienen participación AGUNSA, con un 70%, y Besalco Inversiones y Energía S.A., con un 30%.

Figura N°2: Malla societaria MAIS y ABX



Fuente: Aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023.

13. En específico, el servicio de operación de carga aérea de importación, que es aquél sobre el cual versa la Denuncia, consiste en manejar la mercadería y bienes recibidos desde otros países mediante transporte aéreo, en este caso, en el aeropuerto AMB. Este servicio incluye “la recepción de la carga, su pesaje, la

fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023. Pregunta N°56 respecto al terreno en el que se emplazaría la Bodega Norte: “¿Existe alguna restricción respecto al tipo de actividad que se puede realizar en estos terrenos? En las bases se señala que será explotación inmobiliaria por parte del adjudicatario, pero el arrendatario de dichos terrenos ¿Podría hacer cualquier tipo de actividad? (Bodega de importación, Terminal de Exportación (frigorífico), Terminal Extraportuario, ¿etc.)?”, lo que fue respondido: “R: No existe restricción para desarrollar cualquier actividad, siempre que se cuente con la autorización previa y expresa del Concesionario y del MOP”.

Posteriormente, mediante Oficio Ord. IF-EX AMB. N°1.143, de 30 de mayo de 2022, el Inspector Fiscal MOP de la Concesión del aeropuerto AMB explica a ABX la regulación aplicable a la Bodega Norte y la factibilidad de arriendo para operar carga de importación según lo establecido en el contrato N°2330, de 5 de abril de 2013, celebrado entre SCL y Agunsa S.A., citando dicha respuesta. Este documento fue acompañado por la FNE con fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023.

*transferencia hasta el almacén de carga, el despacho aduanero, la clasificación y etiquetado de la carga, y finalmente la entrega al destinatario o su posterior envío por vía terrestre*¹¹.

14. Los clientes de este servicio son las líneas aéreas y los consignatarios de la carga de importación. Normalmente son las aerolíneas las que definen y contratan a la empresa que manejará su carga, independientemente de quién sea el consignatario¹². Los principales consignatarios son empresas de tecnología, laboratorios farmacéuticos, industria eléctrica y minería, entre otras¹³.
15. Esta Fiscalía considera que el servicio de operación de carga aérea de importación sería un mercado relevante en sí mismo, en atención a que los demás servicios no constituyen sustitutos para sus clientes. Así, la sustituibilidad entre la operación de carga aérea de importación y exportación es nula¹⁴, dado su destino, aun cuando algunas empresas prestan ambos servicios en el aeropuerto AMB¹⁵. Por otra parte, los servicios de operación de carga *courier* se diferencian de los demás servicios debido a que operan cargas de tamaño pequeño¹⁶. Finalmente, la carga nacional es un servicio de carácter local y no internacional.
16. Por su parte, desde el lado de la oferta, la sustituibilidad se encuentra limitada, en atención a que la infraestructura utilizada por Aerosan, Depocargo y Fast Air para prestar sus servicios se encuentra destinada exclusivamente a labores de operación de carga aérea de importación por contrato¹⁷ y en atención a la necesidad de contar con autorizaciones aduaneras. El único actor del mercado que podría eventualmente sustituir su oferta en el corto plazo es aquél que opera desde la Bodega Norte, MAIS,

¹¹ Consulta de Aerosan ante el H. TDLC, rol NC-520-2023, pág. 7.

¹² Información aportada por Aerosan, Depocargo y Fast Air en respuesta a los Of. Ord. N°737-23, 738-23 y 742-23 FNE en el marco de la Investigación Rol FNE N°2725-23, abierta para recabar los antecedentes necesarios para presentar informe en la consulta rol NC-520-2023. Excepcionalmente, en aquellos casos en que el consignatario es de un tamaño “relevante”, será éste quien tome la decisión final. Toma de declaración a Aerosan, de fecha 10 de mayo de 2023.

¹³ Esto sería reflejo de un hecho común en Latinoamérica, en donde los principales productos importados por vía aérea son productos farmacéuticos; equipos electrónicos, audiovisuales y fotográficos; y artículos para el hogar y oficina (no audiovisuales). BID, 2022. El Transporte de Carga Aérea en América Latina y el Caribe, p. 52. Cita extraída del aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023, pág. 6.

¹⁴ Respecto a los productos exportados, estos corresponderían a productos marítimos (especialmente salmones), hortícolas y semillas. Información pública disponible en: <https://www.nuevopudahuel.cl/noticia/carga-exporta-aeropuerto-santiago-2022-record> [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024].

¹⁵ Aerosan, Terminal de Exportación Internacional SpA (del mismo grupo económico de Depocargo) y Servicios Aéreos Pudahuel S.A. (Andesur Cargo) realizan operaciones de carga de exportación en el mismo aeropuerto, utilizando bodegas diferentes y segregadas para cada tipo de operación.

¹⁶ A modo de ejemplo, véase: <https://www.latamcargo.com/es/courier> [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024]. En este mismo sentido, el H. TDLC ha definido el mercado como los terrenos disponibles a empresas *courier*, sin considerar a los otros tipos de operadores de carga. H. TDLC, Sentencia N°75/2008, considerando trigésimo quinto.

¹⁷ “Contrato de Entrega de Terrenos”, de 10 de abril de 2018, entre Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y Depocargo Depósito Aduanero de Carga Limitada, Fast Air Almacenes de Carga S.A. y Servicios Aeroportuarios Aerosan S.A. cláusula 2 y 5.2. Ver aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023, pág. 7.

en atención a que dicha infraestructura puede ser destinada a diferentes actividades, como ya fue indicado.

17. Ahora bien, cabe resaltar que la infraestructura que ofrece el aeropuerto es imprescindible para poder ofrecer servicios de operación de carga aérea. Según ha señalado el H. TDLC, para definir una facilidad o estructura como esencial, se tienen que cumplir tres requisitos: (i) que el producto sea indispensable para participar en el mercado; (ii) que sea suministrado por una única firma en el mercado aguas arriba; y (iii) que no pueda ser replicado a un costo y plazo razonable por una firma aguas abajo¹⁸. Los tres supuestos concurren en el presente caso.

18. Así, no es posible prestar este servicio fuera de un aeropuerto, debido a que las mercancías introducidas al territorio nacional deben ser trasladadas y entregadas en un lugar habilitado por el Servicio Nacional de Aduanas (“**Aduanas**”)¹⁹. En efecto, de acuerdo con la regulación sectorial, la Dirección Regional de Aduanas Metropolitana cuenta solamente con los siguientes puntos habilitados²⁰: i) Aeropuerto AMB, ii) Aeródromo de la Independencia, iii) Paso Portillo Piuquenes, y iv) Paso Cajón del Maipo, siendo el primero el único en donde se reciben importaciones de carga aérea²¹. Adicionalmente, la zona de carga está ubicada de forma estratégica dentro del aeropuerto, entre los espacios públicos y el área destinada a los servicios aeronáuticos, lo que permite un acceso expedito a la carga transportada por las aeronaves²².

19. En la misma línea, si bien existen otros aeropuertos internacionales en el territorio nacional que operan carga de importación, por el aeropuerto AMB transitó el 97,9% de la carga de importación arribada a Chile el año 2022 (medida en peso)²³. De igual modo, no existen aeropuertos internacionales cercanos que puedan ejercer una presión competitiva sobre él²⁴. Por tanto, para prestar el servicio de operación de

¹⁸ H. TDLC, Sentencia N°129/2013, considerando undécimo; y Sentencia N°124/2012, considerando undécimo.

¹⁹ Decreto con Fuerza de Ley N°213, de 1953, del Ministerio de Hacienda, sobre Ordenanza de Aduanas, art. 56.

²⁰ Según lo establecido a través del Decreto N°1.230, de 1989, del Ministerio de Hacienda, Establece las aduanas; fija los puntos habilitados para el paso de personas y mercancías por las fronteras; determina las destinaciones aduaneras susceptibles de tramitarse ante las aduanas y las operaciones aduaneras que podrán realizarse por los puntos habilitados, art. tercero. Las zonas primarias de la Región Metropolitana se encuentran disponibles en la siguiente página web: <https://www.aduana.cl/jurisdicion-y-zonas-primarias-region-metropolitana/aduana/2007-05-15/130819.html> [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024].

²¹ El Aeródromo de la Independencia se ubica cerca de la ciudad de Rancagua y sus principales usuarios son la Brigada de Aviación del Ejército de Chile y el Club Aéreo de Rancagua. En página web: <https://www.dgac.gob.cl/aerodromo-la-independencia-entra-en-funcionamiento/> [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024].

²² Toma de declaración a MOP, de fecha 16 de mayo de 2023, en la Investigación Rol FNE N°2725-23.

²³ Información pública reportada mensualmente en el sitio web de la Junta Aeronáutica Civil (“**JAC**”). Disponible en: <http://www.jac.gob.cl/estadisticas/informes-estadisticos-mensuales-del-traffic-aereo/> [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024].

²⁴ Los aeropuertos internacionales más próximos al aeropuerto AMB son el aeropuerto internacional Carriel Sur, ubicado en la comuna de Talcahuano, y el aeropuerto La Florida, ubicado en la comuna de La Serena. Ambos se encuentran a una distancia en torno a los 400 kilómetros del aeropuerto AMB.

- carga de importación, esta Fiscalía considera imprescindible acceder a la infraestructura del aeropuerto AMB²⁵.
20. Por último, respecto del tercer requisito para calificar a una facilidad o estructura como esencial, debe considerarse que no es factible replicar la infraestructura del aeropuerto AMB dentro de un plazo y costo razonable, debido a que se trata de un proyecto de alta complejidad y envergadura que, además, sólo se justificará económicamente cuando el aeropuerto actual no pueda servir a la demanda existente²⁶.
 21. En concordancia con lo indicado, y de manera análoga, la Sentencia N°75/2008 del H. TDLC, señaló que los terrenos e instalaciones dentro del área de concesión del aeropuerto AMB representan una instalación esencial para las empresas de operación y transporte de carga de *courier* que en él operan²⁷.
 22. En cuanto a la oferta del servicio de operación de carga aérea de importación, actualmente existen 4 empresas competidoras²⁸: (i) Aerosan, perteneciente en un 100% al grupo SAAM²⁹; (ii) Depocargo, perteneciente al grupo Ultramar³⁰; (iii) Fast Air, perteneciente al Grupo LATAM Airlines³¹, y; (iv) MAIS, que, como se vio anteriormente, pertenece en un 100% a Menzies Agunsa Aviation Spa, que, a su vez, pertenece en un 50% a Menzies Aviation (Chile) Limited y 50% a AGUNSA (Figura 2 *supra*).
 23. En el Gráfico N°1, a continuación, se muestran las participaciones de mercado de cada uno de estos actores entre los años 2021 y 2023, medido en cantidad de toneladas transportadas. Como se observa, Depocargo (línea gris) es quien tuvo la mayor participación en los años 2021 y 2022. Sin embargo, durante 2023, fue Fast Air (línea amarilla) el competidor con mayor participación, pasando Depocargo a ocupar el tercer lugar.

²⁵ En la sentencia N°75/2008, el H. TDLC estableció respecto del Aeropuerto AMB: “Que, en consecuencia, la ausencia de terrenos que sirvan como sustitutos válidos entrega a SCL una posición dominante en su relación con los operadores courier, dado que los terrenos e instalaciones dentro del área de concesión del aeropuerto AMB representan una instalación esencial para las empresas courier”, considerando trigésimo séptimo.

²⁶ De acuerdo con información pública, el MOP ha licitado un estudio de factibilidad sobre la construcción de un nuevo aeropuerto en la Macrozona Centro del país. Véase: <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?q=7VohR9FyKf8k+4HJATbTRw==> [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024].

²⁷ H. TDLC, Sentencia N°75/2008, considerando trigésimo séptimo.

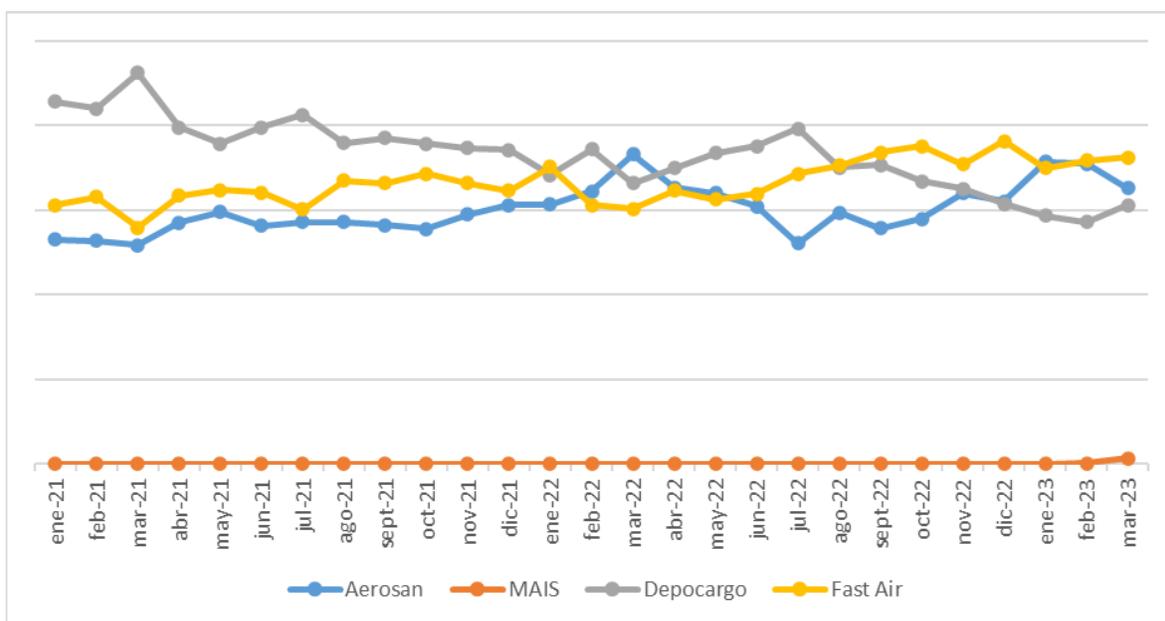
²⁸ En el caso del grupo SAAM, Ultramar y Agunsa, estos conglomerados también participan en la industria de operación de carga marítima y mercados conexos. Véase: <https://www.saam.com/areas-de-negocio/saam-towage/>; <https://agunsa.com/que-hacemos/agenciamiento-maritimo/>; <https://www.ultramar.cl/negocios/#area> [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024].

²⁹ Véase: <https://www.saam.com/logistica/saam-concreta-compra-de-aerosan-y-pasa-a-controlar-100/> [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024].

³⁰ Véase: <https://www.depocargo.cl/depocargo/iquique/quienes-somos/2015-09-29/151259.html> [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024].

³¹ Véase: <https://www.almacenesfastair.com/es/quienes-somos/> [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024].

Gráfico N°1: Cantidad relativa mensual toneladas de carga de importación transportada en aeropuerto AMB³²



Fuente: Aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023.

24. Es pertinente hacer presente que se trata de un mercado relativamente estable a través del tiempo, ya que, si bien en el año 2022 hubo una disminución de casi un 20% en la carga de importación transportada respecto al año 2021, al compararlo con el año 2010 se observa un aumento de un 10%³³.
25. Por otra parte, se trata de un mercado altamente concentrado. Su Índice de Herfindhal Hirschman (“IHH”) sobrepasa el umbral de los 2.500 puntos que utiliza este Servicio para efectos de analizar los mercados³⁴. En efecto, desde el año 2021 y hasta marzo de 2023, se observa un índice de concentración de aproximadamente 3.300 puntos³⁵. Si bien en el año 2023 MAIS ya estaba operando, ello no tiene una incidencia sustancial en el IHH en atención a su baja participación.
26. En relación con las barreras de entrada y expansión en este mercado, cabe considerar, en primer lugar, que conforme a las BALI NPU, estos servicios son de libre acceso, es decir, si una empresa quiere entrar a operar, NPU debe permitirlo y no puede negarse³⁶.

³² No se presenta el eje vertical para resguardar confidencialidad de la información.

³³ Véase: <http://www.jac.gob.cl/estadisticas/estadisticas-historicas/> [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024].

³⁴ Para estos efectos, se utilizó el denominado IHH, que se calcula sumando los cuadrados de las participaciones de mercado de los diversos actores en términos porcentuales. Para mayor información en relación a los umbrales, véase: FNE, 2022. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, párrafo 35.

³⁵ Aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023, pág. 11.

³⁶ BALI NPU, cláusulas 1.10.10 C.2 y C.15.

27. Para estos efectos, se pueden considerar las áreas habilitadas actualmente o habilitar áreas nuevas. Al respecto, se debe tener presente que las bodegas del CDI y Bodega Norte se encuentran arrendadas hasta el año 2035 y 2032, respectivamente, lo que dificulta una entrada al mercado en los espacios existentes.
28. Por tanto, sería necesario habilitar áreas nuevas para estos efectos. De acuerdo con lo informado por el MOP en el marco de la Investigación Rol FNE N°2725-23, las áreas que pueden ser habilitadas para la operación de carga aérea de importación, tal como se muestra en la Figura N°1 *supra*, son las zonas indicadas en celeste con el perímetro en rojo³⁷.
29. La habilitación de nuevas zonas o la ampliación de las existentes solamente sería posible en el mediano o largo plazo, pues, previo a ejecutar un proyecto, se deben modificar los planos de proyección del aeropuerto AMB, requiriendo los permisos de las autoridades pertinentes³⁸.
30. De acuerdo con la evaluación de la inspección fiscal del aeropuerto AMB, la ejecución de un proyecto de menos de 3 bodegas, que no requiera instalaciones para servicios públicos (como Aduanas) y pueda aprovechar accesos existentes³⁹, podría demorar aproximadamente un año y medio. Si, adicionalmente, se requiere modificar el contrato de concesión, habría que sumar a dicho plazo entre 9 y 12 meses más. No obstante, según lo señalado por esta Fiscalía, los plazos son probablemente mayores⁴⁰. Así, el desarrollo del proyecto del CDI, que consideraba una modificación al área de concesión, demoró un poco más de 6 años. A su vez, en el caso del proyecto Bodega Sur y Bodega Norte (que también requerían una modificación de la concesión), su desarrollo y ejecución demoró aproximadamente 7 años⁴¹.
31. Respecto a la capacidad de bodegaje de cada uno de los oferentes en relación con el total de la superficie disponible para prestar estos servicios, a continuación, se muestra en la Tabla N°1 el metraje de cada bodega.

³⁷ Según lo indicado por el MOP, actualmente en el sector Sur Poniente del aeropuerto, en donde se desarrollan los actuales terminales de Carga Nacional, Correos de Chile y Depósito Franco, quedarían terrenos disponibles.

³⁸ En el punto 1.10.9.3.1 j) de las BALI NPU se indica que "*El Concesionario podrá habilitar nuevas áreas para la prestación de este servicio, conforme a lo estipulado en el Plano "Área de Concesión" señalado en el artículo 2.4 de las presentes Bases de Licitación, para que otros operadores puedan prestar servicios a la carga. Para ello, deberá enviar al Inspector Fiscal una Solicitud para la utilización de nuevas áreas para la prestación de este servicio, describiendo el servicio y superficie a utilizar*".

³⁹ Incluiría diseño, aprobación y construcción del proyecto, según lo expuesto en el aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023, pág. 8.

⁴⁰ Ver aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023, pág. 12.

⁴¹ Contados desde la Sentencia N°75/2008 del H. TDLC, que ordenó a la concesionaria de entonces entregar en arrendamiento a las empresas *courier* que se lo requirieran un terreno, a fin de que éstas construyeran las instalaciones que permitiesen su adecuada operación. En: Aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023, pág. 8.

Tabla N°1: Capacidad disponible para el manejo de carga de importación en el aeropuerto AMB

Oferente	Superficie m ²	%	Ubicación bodega
Aerosan	6.699,6	21,01%	CDI
Depocargo	6.699,6	21,01%	CDI
Fast Air	8.932,8	28,01%	CDI
MAIS	9.558,1	29,97%	Bodega Norte arrendada a ABX
Total	31.890	100%	

Fuente: Aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023.

32. En base a los antecedentes relativos a las participaciones de mercado y capacidades de bodegaje, no se observa que algún competidor en este mercado tenga actualmente por sí mismo una posición dominante⁴².

⁴² Conforme a FNE, 2022. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, párrafos 27 – 31, respecto al análisis de competencia, la FNE puede determinar las cuotas de mercado utilizando la medida que mejor refleje la significancia competitiva de cada actor. Además, la FNE puede tener presente eventuales salidas o entradas de actores en el mercado, como también posibles contracciones o expansiones inminentes.

III. ANÁLISIS DE LOS HECHOS DENUNCIADOS

a) Respecto del presunto acuerdo de limitación de espacios para carga de importación y acuerdo de asignación de espacios conforme a sus participaciones de mercado.

33. En primer lugar, de acuerdo con lo indicado en la Denuncia, las empresas Aerosan, Fast Air y Depocargo habrían acordado distribuirse los espacios disponibles en el CDI al momento de la suscripción del Acuerdo Proyecto Centro de Importaciones, de 15 de mayo de 2017, celebrado con NPU (“**Acuerdo CDI**”). Esta distribución – según la Denuncia– tendría un correlato en la distribución de los costos de construcción del CDI, en conformidad con las participaciones de mercado de las empresas mencionadas. Asimismo, el Acuerdo CDI establecería una garantía por parte de NPU a favor de las tres denunciadas, de la exclusividad de las cargas de importación del AMB hasta las 200.000 toneladas.
34. A juicio del denunciante, tratándose de un negocio de depósito, el espacio físico constituiría la medida de la capacidad de operación de un agente económico. Por lo tanto, esta asignación de espacios en el CDI configuraría un acuerdo de asignación de zonas o cuotas de mercado, *per se* ilícito, en virtud de lo establecido en artículo 3° inciso segundo letra a) del DL 211.
35. Al respecto, es pertinente tener presente que, desde el 1 de octubre de 2015, NPU administra el aeropuerto AMB según los lineamientos fijados en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en las BALI NPU del año 2014. Esta concesión contemplaba la ejecución del denominado “Plan Maestro” para el desarrollo futuro del aeropuerto y sus ampliaciones⁴³. 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, al igual que en el caso de la Bodega Norte, excedía el plazo de la concesión de SCL⁴⁴.
36. Por lo anterior NPU debía, simultáneamente, dar cumplimiento al “Plan Maestro” y respetar las subconcesiones vigentes concedidas por SCL a Aerosan y Depocargo.

⁴³ Iniciado el periodo de concesión de NPU, y en atención a la necesidad de ejecutar el Plan Maestro relativo a la ampliación del aeropuerto AMB (cláusula 1.2.2 N°94 de las BALI NPU), en el año 2016 se inició la construcción del Nuevo Terminal Internacional.

⁴⁴ En efecto, Aerosan, mantenía un contrato de subconcesión suscrito en noviembre del año 2000 (subconcesión N°667), cuyo adendum N°3 extendió su vigencia hasta diciembre de 2019. Depocargo, por su parte, mantenía un contrato de subconcesión suscrito en diciembre del año 2000 (subconcesión N°904), y también suscribió un adendum N°3 que extendió su vigencia hasta diciembre de 2019. Por otra parte, Fast Air había suscrito un contrato de subconcesión en junio de 2002 (subconcesión N°901) cuya duración era hasta julio de 2013. Luego, suscribió un segundo contrato de subconcesión ese mismo año (N°2307), el cual contemplaba un plazo de duración de poco más de 2 años, hasta septiembre de 2015, justo antes del inicio de la puesta en servicio provisoria de la concesión de NPU. En: Aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023, pág. 17.

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 celebra un acuerdo con las empresas que operaban carga de importación en el aeropuerto AMB: Aerosan, Depocargo y Fast Air⁴⁵. El referido acuerdo 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 ya mencionado CDI⁴⁶.

37. Conforme a lo acordado entre NPU y las empresas operadoras de carga aérea de importación, correspondía a estas últimas construir el CDI por su propia cuenta y costo⁴⁷. Como contrapartida a las obligaciones contraídas, se estableció que las tres empresas recibirían en arriendo las superficies que ellas mismas construyeran para que pudieran prestar los servicios de operación de carga aérea de importación en dichas instalaciones, por un plazo de 13 años y 7 meses⁴⁸. De no mediar tal acuerdo, para dar cumplimiento al Plan Maestro, las empresas habrían tenido que cesar sus actividades antes del vencimiento de sus respectivos contratos, que en el caso de Aerosan y Depocargo expiraban el año 2019⁴⁹.
38. 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 efecto de dar cumplimiento al referido “Plan Maestro”, y para poder continuar adecuadamente con la prestación de sus servicios.

⁴⁵ Documento denominado “Términos del Acuerdo Proyecto Centro de Importaciones”, de 15 de mayo de 2017. En: Aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023, pág. 17.

⁴⁶ Las BALI NPU no exigían que la asignación se realizara por medio de una licitación pública, por lo que NPU celebró contratos con las empresas que ya operaban en el aeropuerto AMB, dos de las cuales tenían contratos cuya vigencia excedía el plazo en que, de acuerdo con el plan maestro NPU, debían reubicarse a dependencias hasta entonces inexistentes. Sin perjuicio de lo anterior, esta Fiscalía señaló en su aporte de antecedentes en el marco de la consulta rol NC-520-2023 que, aunque los servicios de transporte y operación de carga aérea se encontraban ambos excluidos de la obligación de licitar conforme a las BALI NPU, se recomienda evaluar periódicamente estas excepciones y en futuras bases de licitación, pues una vez que ya no es posible garantizar el libre acceso, debiesen asignarse de forma competitiva, mediante una licitación a menor pago al usuario final, adjudicándose a la mayor cantidad de empresas posibles para generar competencia en la medida de lo posible.

⁴⁷ De acuerdo con lo indicado en el considerando N°12, del documento denominado “Términos del Acuerdo Proyecto Centro de Importaciones”, de 15 de mayo de 2017; y en el punto N°3, “11) Proyecto”, del Contrato de Entrega de Terrenos, celebrado entre NPU y Depocargo, Aerosan y Fast Air, el 10 de abril de 2018. En: Aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023, pág. 17.

⁴⁸ Para formalizar lo anterior, se celebraron los respectivos contratos de arriendo, que no empezaban a regir sino hasta que la construcción del CDI estuviera completa.

⁴⁹ La cláusula sobre la duración del contrato consideraba varios hitos, iniciándose el plazo del contrato en la fecha en que ocurriera el primero de ellos. En el caso de Aerosan y Depocargo el plazo se estableció desde (a) la fecha de firma del acta de entrega de los espacios actuales de Aerosan y Depocargo definida en el Programa de las Obras de Ampliación del aeropuerto AMB aprobado por la Inspección Fiscal, la cual no podía ocurrir antes del 30/06/2019, (b) la fecha de firma del acta de inicio de operación en el Espacio, o (c) el 01/03/2022. De igual modo, en el caso de Fast Air el plazo se iniciaba desde (i) la fecha de firma del acta de inicio de operación en el Espacio, o (ii) el 01/03/2022.

39. 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, según se vio en el apartado anterior, 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 un 30% de superficie del CDI para Aerosan, un 30% para Depocargo, y un 40% para Fast Air, incluso en la eventualidad que hubiese respondido a sus participaciones de mercado al momento del Acuerdo CDI, no son participaciones que se hubiesen mantenido fijas con posterioridad.
40. A mayor abundamiento, la misma Denuncia agrega que “*NPU les habría garantizado a los Incumbentes [Aerosan, Depocargo y Fast Air] como contraprestación, 200.000 toneladas de carga exclusivas*”⁵⁰. En primer lugar, como fue señalado anteriormente, no existiría tal exclusividad en los hechos dado que la Bodega Norte puede ser destinada para distintos usos. Es más, la empresa relacionada a la denunciante, MAIS, es quien actualmente opera la Bodega Norte precisamente para carga aérea de importación. En segundo lugar, la propia denunciante, a continuación de la anterior aseveración, indica “*que en la actualidad el volumen de carga de importaciones recibidas en el aeropuerto de Santiago alcanza cerca de 100.000 toneladas*”⁵¹. Por lo anterior, las asignaciones de capacidad a cada denunciada dentro del CDI no constituirían una restricción activa, que determine la oferta total ni, en consecuencia, las cuotas de mercado de cada una de ellas. Dicho de otra forma, carecería de sentido asignarse cuotas que ninguna de las empresas alcanza a producir, en un pretendido acuerdo que no estaría limitando la producción en forma activa.
41. Posteriormente, una vez habilitadas las primeras bodegas, Aerosan y Depocargo trasladaron sus operaciones al CDI durante 2019. El último sector del CDI en estar habilitado para su uso fue el de Fast Air, en marzo de 2022⁵². Entre 2016 y 2022, durante la construcción del CDI, Fast Air operó desde la Bodega Norte mediante un contrato con ABX⁵³.
42. De ese 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 fue arrendada por ABX a MAIS,

⁵⁰ Denuncia, pág. 8.

⁵¹ Denuncia, pág. 8.

⁵² Desde el año 2016 y hasta el año 2022 -mientras durara la construcción del CDI- Fast Air arrendó a ABX la Bodega Norte para prestar sus servicios, atendido que la operación de dicha empresa se desarrollaba en un sector que sería utilizado para la ampliación del aeropuerto AMB. Por su parte, Aerosan y Depocargo pudieron permanecer en las bodegas en que operaban hasta que estuvieron habilitados sus respectivos sectores en el CDI.

⁵³ Contrato de arriendo entre ABX y Fast Air, de 1 de octubre de 2016, el que fue renovado y cuyo último periodo corresponde al contrato de arriendo de fecha 1 de enero de 2022 con vencimiento el 31 de marzo de 2022.

mediante contrato que se rige por las reglas de la subconcesión que mantiene ABX para la explotación de las Bodegas Sur y Norte.

43. Sin perjuicio de que, como fue recomendado por esta Fiscalía, es necesario que la suscripción de contratos que exceden la duración de una concesión esté siempre acompañada de resguardos que permitan asegurar que las condiciones de acceso para otras empresas que actúan en el mismo mercado, durante la próxima concesión, sean equivalentes y no discriminatorias⁵⁴, en este caso se observa -al menos para efectos del análisis preliminar de la Denuncia- una justificación distinta a un actuar coordinado entre las denunciadas para la suscripción del Acuerdo CDI.
44. Finalmente, 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.
45. En efecto, antes de presentarse la Denuncia, Agunsa Import Services, hoy MAIS, empresa relacionada a la denunciante, solicitó ante el H. TDLC una medida prejudicial de exhibición de documentos, rol C-445-2022, por los mismos hechos objeto de la Denuncia.
46. En la solicitud de medida prejudicial se sostiene que *“los documentos que se busca que las requeridas exhiban permitirán efectuar la enunciación precisa y clara de las peticiones hacia este H. Tribunal”*⁵⁵.
47. Luego de que el H. TDLC accediera parcialmente a la solicitud de exhibición de documentos, no se interpusieron acciones judiciales. En la Denuncia se hace referencia al documento *“Términos del acuerdo proyecto centro de importaciones”*, del 15 de mayo de 2017, como el único supuesto *“documento clave”* no exhibido por Fast Air, Depocargo y Aerosan. Sin embargo, lo cierto es que el denunciante, efectivamente obtuvo bastante detalle del documento indicado en el marco de la consulta rol NC-520-2023⁵⁶⁻⁵⁷.
48. No obstante lo anterior, la denunciante solicita a esta Fiscalía ejercer las facultades intrusivas contempladas en el artículo 39 n) del DL 211, en el entendido que de

⁵⁴ Aporte de antecedentes de FNE de fecha 3 de julio de 2023 en el marco de la consulta rol NC-520-2023.

⁵⁵ Solicitud de medida prejudicial de exhibición de documentos ante el H. TDLC, rol C-445-2022, pág. 13.

⁵⁶ La consulta presentada por Aerosan (consulta rol NC-520-2023) indica que le correspondió un 30% de la inversión requerida para la construcción del CDI. Adicionalmente, el aporte de antecedentes de 3 de julio de 2023, en el marco de la referida consulta, señala que existiría la restricción de 200.000 toneladas anuales comentada en el párrafo 40 del presente informe.

⁵⁷ La denunciante insinúa que este documento no fue exhibido en virtud de un *“ánimo de ocultar antecedentes”*. Sin embargo, cabe tener presente que las resoluciones del H. TDLC de fechas 19 de julio y 8 de agosto, ambas de 2022, acotaron la entrega de contratos a aquellos *“que hayan tenido vigencia en cualquier momento posterior al 1° de enero de 2021”*.

dichas diligencias podrían obtenerse antecedentes adicionales a los exhibidos en la medida prejudicial de exhibición⁵⁸.

49. Sin embargo, la propia Denuncia afirma que *“la implementación del acuerdo consta en diversos documentos que fueron objeto de la medida prejudicial preparatoria iniciada por Agunsa Import Services SpA. En ellos existen antecedentes ciertos y concretos que dan cuenta de la distribución de los espacios entre las Incumbentes, el grado de coordinación entre ellas, así como la falta de independencia económica en las operaciones relativas a la asignación de las zonas de importación”*⁵⁹.
50. En efecto, los antecedentes encaminados a evaluar la pertinencia de iniciar acciones legales ya se encontrarían en poder de la propia denunciante, no avizorándose con claridad la pertinencia ni la utilidad de información adicional que esta Fiscalía pudiera requerir de forma compulsiva para ejercer eventuales acciones ante el H. TDLC. En este punto, debe tenerse especialmente presente la importante cantidad de recursos humanos y materiales que la ejecución de dichas diligencias supone, además de la posible restricción de derechos asegurados en la Constitución aun cuando sean, de conformidad a la ley, autorizadas por orden judicial.
51. Adicionalmente, debe resaltarse que la eficacia de las medidas intrusivas solicitadas puede verse gravemente comprometida si los afectados por las mismas tienen conocimiento previo de su posible realización. En el presente caso, la denunciante decidió iniciar, en forma pública, una gestión prejudicial con anterioridad a presentar una denuncia. En la solicitud de medida prejudicial, la sociedad relacionada de la denunciante sostuvo públicamente que la gestión estaba encaminada precisamente a preparar una demanda por, entre otros, un *“acuerdo que involucra competidores para limitar la oferta...”*⁶⁰. En este contexto, aun cuando hubiesen existido antecedentes a los que la denunciante no tiene acceso, las posibilidades de acceder a ellos mediante el uso de este tipo de medidas de investigación se habrían comprometido seriamente, volviéndolas probablemente ineficaces.
52. 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.
53. Teniendo en consideración que el mandato legal expreso de la Fiscalía consiste en promover y defender la libre competencia en todos los mercados nacionales, lo que necesariamente se debe conciliar con su obligación de velar por la eficacia de sus actuaciones y de procurar un uso eficiente de sus recursos para el cumplimiento de

⁵⁸ Denuncia, pág. 12.

⁵⁹ Denuncia, pág. 7.

⁶⁰ Solicitud de medida prejudicial de exhibición de documentos ante el H. TDLC, rol C-445-2022, pág. 14.

sus funciones legales⁶¹, conforme al mandato contenido en los artículos 3 y 11 de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y en el artículo 9 de la Ley N°19.880, lo que a su vez se debe ponderar conforme a lo indicado en el artículo 39 inciso primero del DL 211, no resulta justificada la apertura de una investigación.

54. Adicionalmente, de acuerdo al párrafo 28 del Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones, del año 2013, la FNE podrá no dar inicio a una investigación, en particular “[c]uando conforme lo establece el artículo 39 inciso 1° del DL 211, no pareciere justificado iniciar, teniendo en cuenta el interés general de la colectividad en el orden económico, la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de la función que le corresponde a esta Fiscalía y la proporcionalidad de la intervención para el resguardo de la libre competencia en los mercados”.

b) Respecto del presunto acuerdo para impedir el ingreso de un competidor a la Bodega Norte de ABX.

55. El segundo grupo de acciones indicadas en la Denuncia consisten en una serie de reuniones concertadas y simultáneas entre las empresas Aerosan, Depocargo y Fast Air con funcionarios de Aduanas. Estas reuniones habrían tenido por objeto, sostiene la Denuncia, tratar específicamente el tema de la operación de la Bodega Norte como almacén de importación, intentando, supuestamente, bloquear la entrada al mercado de MAIS incluso antes de que presentara su solicitud de habilitación.
56. Como consecuencia de estas acciones se habría retrasado en casi un año la operación de la Bodega Norte por parte de MAIS, generando un problema grave en sus flujos proyectados, cuestión que habría puesto en riesgo el cumplimiento del contrato de arrendamiento suscrito entre ABX y MAIS.
57. En relación a la solicitud de operación frente a Aduanas, la Denuncia indica que la autorización (cuya tramitación dura habitualmente 3 a 4 meses) le fue otorgada recién en enero de 2023, no teniendo ninguna justificación legal tal dilación. La real causa para el atraso en el otorgamiento de la autorización de operación habría sido, según ABX, una serie de reuniones simultáneas y concertadas entre funcionarios de Aduanas a fin de tratar específicamente el tema de la operación de la Bodega

⁶¹ “Entre los principios que contiene la Ley N°18.575 destacan la eficacia y la eficiencia en el actuar de los órganos administrativos. Estos exigen que en el ejercicio de sus funciones estas entidades no sólo deben alcanzar los objetivos y metas que se les imponen (eficacia), sino que deben hacer un uso óptimo de los recursos de los cuales disponen (eficiencia). Esta regla constituye una pauta de acción que también debe respetar y aplicar la FNE al momento de ejercer sus atribuciones y facultades”, Eduardo Cordero, “Sobre las facultades de la FNE para poner término a una investigación sobre la base de compromisos y/o cambios de conducta por parte de los sujetos investigados”, en *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)*.

Norte como almacén de importación, intentando bloquear su entrada, incluso antes de que el nuevo operador presentara su solicitud de habilitación⁶².

58. La Denuncia acompaña el registro de seis reuniones de lobby, todas las cuales se llevan a cabo con anterioridad al arriendo de la Bodega Norte por parte de ABX a MAIS el 8 de marzo de 2022. Adicionalmente, el tema tratado en dos de las reuniones acompañadas se refiere al servicio de *courier* y no de importación. Finalmente, de las cuatro restantes, solo la reunión de 29 de julio de 2021 y la de 2 de marzo de 2022, cuyo tema de discusión fue expresamente sobre el CDI, se refirieron, al menos en parte, a la administración y operación de la Bodega Norte.
59. De estas dos reuniones, es efectivo que en la reunión de lobby del 2 de marzo de 2022 participaron las denunciadas Fast Air, Depocargo y Aerosan, lo que, en principio, puede tener una justificación legítima y razonable, dado que son las tres operadoras del CDI. Según se dijo, esta reunión es previa a la suscripción del contrato entre ABX y MAIS. Y es también casi dos meses antes de que esta última presentara ante Aduanas su solicitud para operar, lo que ocurrió el 26 de abril de 2022. A su vez, entre dicha solicitud y el otorgamiento del permiso -el 12 de enero de 2023- transcurrieron aproximadamente 4 meses más del periodo habitual, si nos atenemos a lo indicado por ABX en su Denuncia.
60. Sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento, de los antecedentes revisados por la FNE se sigue que el retraso del permiso al que se refiere la denunciante se seguiría fundamentalmente de trámites regulares en el marco de un procedimiento llevado adelante por Aduanas y en el propio comportamiento de MAIS.
61. En efecto, en presentación de Aduanas en la causa rol NC N°520-2023 de fecha 3 de julio de 2023, se indica en detalle el procedimiento de solicitud referido. Se puede observar que luego de la presentación de MAIS ante Aduanas, se solicitaron por la referida autoridad, mediante Oficio N°2445 de fecha 28 de abril de 2022, antecedentes que fueron omitidos por MAIS; y, posteriormente, mediante Oficio N°2598 de 5 de mayo de 2022, se le indicó por parte de Aduanas que la bodega no se encontraría en el sector de importaciones del aeropuerto AMB por lo que se le señaló que, en principio, no sería factible la habilitación de dicha bodega.
62. Posteriormente, mediante carta N°3/22 de fecha 18 de mayo de 2022, MAIS respondió las observaciones realizadas por Aduanas, respuestas que fueron acogidas por la autoridad, por lo que se procedió a habilitar el recinto mediante Resolución N°1496 de 31 de mayo 2022. Luego de dicha habilitación, en

⁶² Esta alegación fue reiterada por parte del apoderado de MAIS en la audiencia pública de fecha 10 de enero de 2024, en el marco de la consulta rol NC-520-2023. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=sd7tLGROnG4> (1:37:50) [Fecha de última visita: 6 de junio de 2024].

cumplimiento de la normativa legal, Aduanas requirió los informes a la Subdirección de Fiscalización y Administrativa, la que mediante Oficio N°3898 de 2022 emitió informe con observaciones, las que fueron notificadas a MAIS por Oficio N°4093 de 8 de julio 2022, y subsanadas mediante carta N°6 de 2022, finalizando con informe sin observaciones mediante Oficio N°4773 de 8 de agosto de 2022.

63. A su vez, mediante Oficio N°728 de 29 de julio 2022, del Director Regional Metropolitano de Aduanas, se hicieron presentes ciertas consideraciones respecto de la ubicación del recinto.
64. Luego, el informe de la Jefa del Departamento de Fiscalización de Agentes Especiales de la referida autoridad pública informó favorablemente mediante Oficio N°5205 de fecha 19 de agosto 2022.
65. Finalmente, mediante Resolución N°152, de 12 de enero de 2023, se le autorizó a MAIS la operatoria del recinto habilitado en razón de que contaba con todos los requisitos legales y reglamentarios para ello, a saber: (i) Informe de la Subdirección Administrativa; (ii) Informe de la Subdirección de Fiscalización; (iii) Aprobación del sistema informático; y (iv) Garantía rendida. Al menos en el contexto de un análisis preliminar de admisibilidad, no es claro que lo anterior revista la entidad suficiente como para configurar un obstáculo significativo al desempeño competitivo de MAIS, en los términos tratados en la jurisprudencia⁶³.
66. En conclusión, 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.

c) Respecto de las presuntas acciones individuales o concertadas para dificultar la operación del operador de Bodega Norte.

67. Finalmente, la Denuncia indica que Aerosan, Depocargo y Fast Air han desplegado acciones individuales o concertadas que tienen como propósito dificultar la operación de MAIS. Como evidencia de lo anterior, se indica la consulta de Aerosan al H. TDLC, causa rol NC N°520-2023, la que buscaría instalar una aparente impugnación de la actividad de MAIS para perjudicarla comercialmente, lo que

⁶³ Interpretando a *contrario sensu* el considerando 111 de la Sentencia del H. TDLC N°134/2014, que señala que, para configurar un acuerdo excluyente, es necesario probar que “*las conductas efectivamente constituyeron un obstáculo significativo (...)*”.

tendría un impacto concreto en la viabilidad del contrato de arrendamiento suscrito por ABX y MAIS.

68. Adicionalmente, la Denuncia señala que existirían antecedentes de que las empresas ya indicadas se habrían dirigido a autoridades y clientes con el objeto de imponer obstáculos a la operación de MAIS, llegando incluso a entregar información falsa con el propósito de perjudicarla.
69. En primer lugar, 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 -lo cual, como se dijo, no consta en los antecedentes acompañados ni revisados- tampoco en este caso la conducta parece estar revestida de una aptitud suficiente para configurar una hipótesis de colusión con el objeto de excluir competidores⁶⁴.
70. En segundo lugar, 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.

⁶⁴ De acuerdo a la jurisprudencia del H. TDLC, los elementos que permiten establecer cuándo el ejercicio de acciones constituyen un abuso anticompetitivo serían, entre otros, los siguientes: (a) que se aclare toda duda sobre quién inicia las acciones (debe ser el competidor acusado); (b) que se acredite que las mismas han tenido la inequívoca finalidad de restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado; (c) que en el caso de que se ejerciten dos o más acciones, sean contradictorias; y (d) que tengan un efecto anticompetitivo, es decir, que se acredite que las mismas en los hechos han impedido o retardado la entrada de competidores o han tendido a producir dichos efectos. Ver Sentencias H. TDLC N°46/2006, 47/2006, 80/2009, 83/2009, 125/2012, entre otras.

IV. CONCLUSIÓN

71. A partir del análisis realizado por esta División, no es posible concluir la existencia de elementos o indicios que justifiquen la instrucción de una investigación por una supuesta infracción al artículo 3° del DL 211.
72. Conforme a lo anterior, se recomienda declarar inadmisibles la presente Denuncia, sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía Nacional Económica de velar permanentemente por la libre competencia en este mercado, y de la posibilidad de analizar la apertura de una investigación en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,

MATÍAS BELMONTE PARRA
JEFE DIVISIÓN ANTI-CARTELES (S)

DMB