

EN LO PRINCIPAL: Demanda en contra de Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y de Fisco de Chile por atentados en contra de la libre competencia que señala. **EN EL PRIMER OTROSI:** Señala receptor. **EN EL SEGUNDO OTROSI:** Solicita lo que indica. **EN EL TERCER OTROSI:** Acompaña versión electrónica de demanda. **EN EL CUARTO OTROSI:** Personería. **EN EL QUINTO OTROSI:** Patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RODRIGO ERRAZURIZ RUIZ-TAGLE, chileno, casado, ingeniero civil, cédula nacional de identidad número 5.618.098-2 en representación, según se acreditará, de **GRANELES DE CHILE S.A.**, sociedad del giro de su denominación, rol único tributario 96.725.160-7 (en adelante **“Graneles de Chile”**), ambos domiciliados en Carretera Eduardo Frei Montalva N° 340, piso 4, comuna de Rancagua, a este H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, respetuosamente digo:

En mi calidad de representante legal de Graneles de Chile, y en conformidad a lo dispuesto por el Decreto Ley N° 211, fijado por el DFL N° 1 de Economía de 2005, y sus posteriores modificaciones (en adelante el **“DL 211”**), vengo en interponer demanda en contra de:

- (A) **PUERTO TERRESTRE LOS ANDES SOCIEDAD CONCESIONARIA S.A.**, representada legalmente por su Gerente General don **Patricio Rafael Gaete Jaime**, ingeniero aeronáutico, ambos con domicilio en calle Vitacura 2771, oficina 405-A, comuna de Las Condes (en adelante indistintamente **“PTLA”**, la **“Concesionaria”** o la **“Demandada”**), por haber incurrido en conductas contrarias a la libre competencia, vulnerando el Artículo 3° del DL 211, al efectuar una explotación abusiva de su posición dominante en el mercado relevante de los servicios de apoyo aduaneros necesarios para el comercio internacional entre Argentina y Chile de la zona central (Buenos Aires/Rosario/Córdoba - Región Metropolitana/V Región / VI Región), conferida en virtud de la adjudicación del contrato de concesión de la obra pública fiscal Puerto Terrestre Los Andes (en adelante la **“Concesión”**). Específicamente el abuso denunciado consiste en que PTLA ha

cobrado por el Servicios de Apoyo a la Inspección del SAG (según dicho término se define más adelante y que, en términos simples, consiste en tomar muestras de los productos transportados bajo instrucciones de la autoridad correspondiente), efectivamente prestados a mi representada y a otras empresas, una tarifa desproporcionada y abusiva que corresponde al cobro por el servicio de estiba y desestiba (carga y descarga total del camión), servicio que en la práctica no se realiza y que además no puede materialmente prestarse a los camiones a granel; y

(B) **FISCO DE CHILE**, representado para estos efectos por el Abogado Procurador Fiscal de Santiago doña **María Teresa Muñoz Ortúzar** o quien la reemplace legalmente, con domicilio en Agustinas 1687, comuna de Santiago, en razón que la Dirección General de Obras Públicas (en adelante “**DGOP**”) ha consentido, avalado o permitido tales abusos al no ejercer sus facultades de fiscalización prescritas en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en la Bases de Licitación de la Obra Pública Puerto Terrestre Los Andes.

I. PREÁMBULO.

PTLA es la concesionaria de la obra pública fiscal “Puerto Terrestre Los Andes”, paso obligado de quienes transitan por el Paso Los Libertadores a objeto que los servicios públicos competentes - el Servicio Agrícola y Ganadero (“**SAG**”), el Servicio Nacional de Salud y Aduanas - cumplan las funciones estatales privativas de control aduanero, sanitario y fitosanitario.

La concesión de PTLA (la “**Concesión**”) le confiere a la Demandada una posición de dominio en rutas que conectan la zona central argentina, en particular los flujos de carga provenientes de Rosario, Córdoba y Buenos Aires, con la zona central chilena, en particular Santiago y otras ciudades de la V y VI regiones de nuestro país. Ello, fundamentalmente porque los pasos cordilleranos alternativos son distantes, con tramos de camino ripiado y horarios de atención más limitados lo que hace que dichos pasos no constituyan sustitutos económicamente viables desde la perspectiva de la libre competencia.

Las bases de licitación de la Concesión (las “**Bases de Licitación**”) establecieron cuales serían los servicios básicos (comerciales y no comerciales) que la Concesionaria debería prestar durante la etapa de explotación de la Concesión y por los cuales estaría facultada a cobrar las tarifas máximas establecidas en las Bases de Licitación o, en caso de no establecerse tarifas máximas en dichas Bases, la tarifa a cobrar por la Concesionaria debería ser una de mercado.

La Concesionaria, abusando de su posición dominante, ha aplicado la tarifa máxima fijada para el servicio comercial de estiba y desestiba –convenientemente, la tarifa máxima más alta de todas las reguladas para la explotación de la Concesión- a un servicio diferente correspondiente al mero apoyo a la labor de inspección sanitaria y fitosanitaria que realiza el SAG a objeto de autorizar el ingreso de dichos productos al territorio nacional (“**Servicio de Apoyo a la Inspección**”).

El abuso en cuestión ha perjudicado no sólo a mi representada - y por esta vía a los consumidores chilenos en general - sino que también a numerosas otras empresas que importan productos a granel desde Argentina y desde otros países y que ingresan a Chile a través del Paso Los Libertadores. Tanto es así que durante el año 2007, seis empresas interpusieron demandas ante este H. Tribunal en contra de PTLA por abusar de su posición dominante, así como también en contra del Fisco de Chile, por permitir a PTLA cometer los abusos descritos. Se trata de Nutripro S.A., Empresas Tucapel S.A. Comercial Terramar Limitada, Agroexportadora e Importadora Limitada, conjuntamente con Agrícola Tarapacá Limitada, E.D. & F. Man Chile S.A. Actualmente, todas las demandas se encuentran acumuladas al Rol C N° 127-2007.

II. ANTECEDENTES.

1. Graneles de Chile es una empresa dedicada a la importación de granos y su comercialización principalmente a las diversas industrias alimenticias, tales como, avícolas, porcinas, salmoneras, lecheras y fábricas de alimentos.

2. Particularmente, Graneles de Chile importa parte de sus granos (aproximadamente 200.000 toneladas anuales) desde la zona centro de Argentina. Por razones de logística y costos, la opción racional para traer dichas mercancías a nuestro país es por medios terrestres, utilizando para ello el Paso de Los Libertadores, V Región, y pasando por el control correspondiente en el Puerto Terrestre Los Andes, trasladándose con posterioridad tales embarques a bodegas de sus clientes en la V y VI Región. El resto los importa vía marítima utilizando los dos únicos puertos graneleros de la Zona Central que resultan viables desde la perspectiva logística operacional: San Antonio y Ventanas, siendo esta zona donde se concentra más del 80% de las importaciones de granos al país.
3. El ingreso de estas materias primas a Chile, debe hacerse necesariamente a través del Paso Los Libertadores, pues como demostraremos oportunamente, las posibles vías alternativas de ingreso, esto es, el Paso Cardenal Samoré, Décima Región o el Paso de Pino Hachado, Novena Región, son inviables no sólo desde la perspectiva de la logística, sino también desde el punto de vista económico, principalmente por el mayor costo en transporte en que se incurriría.
4. De acuerdo a lo establecido en el Artículo 21 del Decreto Ley N° 3.557, 1980, el SAG es la entidad encargada de realizar las inspecciones de granos transportados vía terrestre a granel, con el objeto de verificar su estado fitosanitario y autorizar el ingreso de ellos al territorio nacional. Esta actividad la realiza el mismo SAG por intermedio de sus funcionarios y es indelegable, tal como ha quedado acreditado en los autos seguidos ante este Honorable Tribunal Rol C N° 127-2007.
5. Por disposiciones legales y administrativas vigentes, mercaderías como las importadas por mi representada deben ser controladas por las autoridades sanitarias y fitosanitarias correspondientes.

“Estos productos deben ingresar, ya sea en forma definitiva o en tránsito, por los puertos autorizados para estos efectos, donde personal del SAG efectúa la inspección fitosanitaria documental o física que corresponda según la categoría de riesgo definida”.¹

¹ www.sag.gob.cl

Respecto de las mercaderías que ingresan por el Paso Los Libertadores, tales actividades de control se realizan en el único lugar autorizado para ello, este es, el Puerto Terrestre Los Andes, el que se encuentra ubicado en la ciudad de Los Andes, V Región.

6. La participación de la Concesionaria en las labores de Inspección, es decir, lo que hemos denominado Servicio de Apoyo a la Inspección consiste, en términos simples, en que una cuadrilla de operarios de la Concesionaria, sin calificación técnica alguna, apoya al SAG en la tarea de inspección de los camiones.
7. Para estos efectos, realizan el “desencarpe” total o parcial del camión inspeccionado, toman algunas muestras del producto transportado con un balde o calador vaciando su contenido en un mesón a objeto de que sean inspeccionados por funcionarios del SAG para, luego de realizada la inspección correspondiente, proceder a devolver la muestra (o eliminarla si el SAG así lo ordena) y volver a “encarpar”. Honorable Tribunal, ese es el Servicio de Apoyo a la Inspección efectivamente prestado por PTLA. Servicio que requiere de una o dos personas no calificadas y que toma un promedio de 5 minutos en realizarse. Ese es el servicio por el que se cobran más de \$90.000.
8. De acuerdo a lo informado por el propio SAG, en el ordinario N° 406 de fecha 14 de enero de 2008, acompañando a los autos Rol C N° 127-07 a fojas 4.031, inspección efectuada por el SAG y el Servicio de Apoyo a la Inspección no corresponde ni se asemeja al servicio de estiba y desestiba (carga y descarga) cobrado por PTLA.

“...la inspección se realiza tomando un número determinado de muestras mediante un calador, procedimiento que se realiza sobre cada uno de los camiones que transportan el producto y que no implica una descarga total del camión”.

9. Analizado el alcance de los servicios efectivamente prestados debemos revisar entonces, de acuerdo con las Bases de Licitación, cuál es la tarifa que corresponde cobrar por dichos servicios. En las Bases de Licitación se establecieron cuáles serían los servicios básicos comerciales que la Concesionaria estaría obligada a prestar y por los que tendría derecho a cobrar una tarifa. Dentro de estos servicios básicos comerciales se incluyó el denominado servicio de estiba y desestiba, que se encuentra regulado en el Artículo 1.10.2.2. letra e) de las citadas Bases de Licitación.

Las Bases de Licitación no definen lo que se entiende por servicio de estiba y desestiba debiendo en consecuencia ser entendido este concepto en el sentido natural y obvio utilizado comúnmente por quienes desarrollan este tipo de actividades.

Por su parte, la Real Academia de la Lengua, define los términos de estiba y desestiba de la siguiente manera:

“Estibar: *Distribuir convenientemente la carga en un vehículo. Cargar o descargar un buque; y*

Desestibar: *Sacar el cargamento de la bodega de un barco y disponerlo para la descarga.*

10. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1.10.2.2 letra e) las Bases de Licitación, la Concesionaria está facultada a cobrar por el servicio de estiba y desestiba las siguientes tarifas:

- “i.** *En caso que el servicio de estiba y desestiba deba contratarse obligatoriamente, debido a requerimientos del Servicio Nacional de Aduanas, Agrícola y Ganadero o de Salud Aconcagua, la tarifa máxima a cobrar por este servicio (TEDO) no podrá superar el valor de \$ 84.000 (ochenta y cuatro mil pesos) por camión por ambas operaciones e incluyendo el encarpe y desencarpe(...)*
- ii.** *En cualquier otro caso, la tarifa a cobrar no podrá superar la tarifa de mercado por estos servicios.*

Para los efectos de las presentes Bases de Licitación, se entenderá por tarifa de mercado por estos servicios a aquellos que se cobren

por servicios similares en el Puerto de Valparaíso. En caso que dicho puerto no ofrezca productos o servicios similares u homologables, se entenderá por tarifa de mercado a aquella que se cobre en el Puerto de San Antonio.

11. Como complemento de las Bases de Licitación, la Concesionaria elaboró, con aprobación del Ministerio de Obras Públicas, un documento denominado “Manual de Operación de la Concesión” (en adelante, el “**Manual de Operación**”) que forma parte del Reglamento de Servicio de la Obra, el que se encuentra acompañado a los autos Rol C N° 127-2007 a fojas 233.

En este Manual de Operación se describe con detalle el conjunto de operaciones que involucra la prestación del servicio de estiba y desestiba. Así, en el numeral 1.5 de dicho documento, denominado “**Servicio de Cargue y Descargue de Mercancías**” se describe este servicio. Citamos textualmente:

“Descripción del Servicio

Este servicio consiste en programar, ejecutar y controlar las actividades relacionadas con las operaciones de cargue y descargue de las mercancías en los vehículos de transporte, y su movilización desde la plataforma de los vehículos a tierra y/o viceversa, incluyendo todas las actividades y faenas intermedias que corresponden ejecutar para completar la operación de desestibar y estibar la carga.

Actividades del Servicio.

El servicio de cargue y descargue de mercancías contempla el conjunto de las siguientes actividades realizadas secuencialmente:

- 1) *Asignar y disponer la ubicación del vehículo de transporte en el lugar de la operación.*
- 2) *Retirar carpas u otros elementos de protección que cubren la carga del vehículo (desencarpe).*
- 3) *Destrincar la carga en la plataforma del camión que cubren la carga del vehículo de transporte, cuando corresponda.*

- 4) *Descargar los bultos desde la plataforma del vehículo de transporte, al costado del mismo, depositándolos transitoriamente en el piso del área o andén asignado.*
- 5) *Apilar correctamente la carga en el piso para su cargue en la plataforma.*
- 6) *Movilizar y seleccionar bultos en el apilamiento en piso, en caso de ser requerido por el revisor del Servicio Nacional de Aduanas, por el Servicio Agrícola o por el Servicio de Salud.*
- 7) *Efectuar el cargue de los bultos sobre la plataforma del vehículo de transporte.*
- 8) *Acomodar y afianzar correctamente la carga en la plataforma del vehículo de transporte, de acuerdo a las indicaciones del solicitante del servicio o responsable de la carga.*
- 9) *Ejecutar la colocación de las carpas u otros elementos de protección de la carpa (encarpe)*

12. En efecto, el Servicio de Apoyo a la Inspección efectuada a camiones graneleros, como los de mi representada, claramente no corresponden a un servicio “real” y “efectivo” de estiba y desestiba no se realiza. Lo que PTLA hace es simplemente una labor de apoyo a la Inspección, es decir, ayudar, auxiliar o asistir al SAG en dichas operaciones.

Así lo señala la propia Concesionaria, en su escrito de contestación de la demanda interpuesta por “Agroexportadora e Importadora Ltda. y Agrícola Tarapacá Ltda” que rola a fojas 3880 de los autos Rol N° C 127-2007 :

“Toda la labor del PTLA y de su personal, en especial en los andenes de control es de apoyo a las actividades de control”.

“En efecto, cada camión que contiene graneles de importación que debe revisar el SAG, según las instrucciones del funcionario encargado, se desencarpa - de modo total o parcial - y de él se extraen, a lo menos, 3 ó 4 muestras de distintas posiciones en el vehículo, incluyendo muestras de superficie y profundidad. Para ello, se utilizan baldes u otros recipientes plásticos los bastones se permiten extraer a distintas profundidades, en las secciones delanteras, medianas y posteriores del camión, según las expresas instrucciones del funcionario del competente ante público

fiscalizador, que es apoyado por el personal y equipos del PTLA, en lo que éste disponga”.

¡A confesión de parte, relevo de prueba!

13. Tal como ya hemos señalado, el PTLA solamente ha prestado servicios destinados a ayudar a los funcionarios autorizados a realizar las fiscalizaciones pertinentes, servicios que se encuentran comprendidos en las actividades previstas en los números 1, 2 y 9 de las Actividades de Servicio señaladas en el Manual de Operación, no prestándose en ningún caso aquellos servicios indicados en los numerales 3 a 8 del referido Listado. Mal podrían descargarse o seleccionarse “bultos” -como señala el Manual de Operación- en el caso de productos a granel que por su naturaleza no son susceptibles de ser fraccionados en la forma indicada en el Manual de Operación.
14. Honorable Tribunal, el servicio que PTLA le cobra a mi representada no solamente es un servicio que efectivamente no se presta sino que además no puede físicamente prestarse por la naturaleza misma de los productos transportados y comercializados por Graneles de Chile.
15. En definitiva, tal como lo hemos señalado y también lo afirma la propia demandada ***la única actividad o servicio que presta PTLA a nuestra representada y a otras empresas que se ven obligadas a acudir a sus dependencias, es el Servicio de Apoyo a la Inspección.***
16. Sin embargo, a la hora de proceder a efectuar los cobros por el Servicio de Apoyo a la Inspección, la Demandada en forma injustificada y abusiva cobra la cota superior de la tarifa máxima que le está permitido cobrar para el servicio de Cargue y Descargue Obligatorio de mercaderías, en circunstancias que ésta labor no se realiza. En definitiva, PTLA abusando de su posición de dominio, intenta homologar artificialmente el Servicio de Apoyo a la Inspección con el servicio de Estiba y Desestiba con el único objeto de cobrar la tarifa más alta que las bases de Licitación establecen. Lo anterior, evidentemente y como demostraremos más adelante, genera rentas sobre normales para la Concesionaria.

La homologación de servicios que pretende la Concesionaria y los cobros que dicha homologación trae aparejados no solamente afecta en forma grave la libre competencia sino que además infringe lo establecido en las propias Bases de Licitación.

En efecto, de conformidad con las Bases de Licitación, la Concesionaria solamente está autorizada para cobrar la tarifa máxima de \$84.000 reajustados en la medida que se cumplan las siguientes condiciones copulativas: (a) el servicio de estiba y desestiba sea requerido por el Servicio Nacional de Aduanas, el SAG o el Servicio de Salud de Aconcagua; y (b) dicho servicio de estiba y desestiba efectivamente se preste. Si no se cumplen estas condiciones la tarifa a cobrar debe ser la tarifa de mercado. En efecto, las Bases de Licitación disponen que **“EN CUALQUIER OTRO CASO, LA TARIFA A COBRAR NO PODRÁ SUPERAR LA TARIFA DE MERCADO POR ESTOS SERVICIOS”**.²

*En efecto, tal operación nunca ha sido exigida por los fiscalizadores, es decir, jamás se ha solicitado descargar y volver a cargar un camión granelero*³. Y a mayor abundamiento, si en el evento de que tal operación fuese exigida por la autoridad, ésta no sería posible de llevarse a cabo, toda vez que ***el PTLA no cuenta con la infraestructura adecuada para efectuar la descarga de camiones graneleros en los volúmenes relevantes***. Particularmente, para descargar un camión granelero se requiere en primer lugar, de máquinas volteadoras, las cuales elevan la parte delantera del camión con el propósito de efectuar una descarga por la puerta trasera y en segundo lugar, resulta indispensable contar con lugares adecuados para el acopio de los granos (a fin de evitar la contaminación de los mismos y de que éstos se esparzan por el recinto).

17. Por lo tanto, como este H. Tribunal podrá advertir, existe una diferencia sustancial entre el servicio de estiba y desestiba previsto en las Bases de Licitación - por la cual se cobra hoy la suma de \$98.500 más IVA - y el Servicio de Apoyo a la Inspección que se realiza materialmente en los andenes de revisión del PTLA, el

² Bases de Licitación, Sección 1.10.2.2 e).

³ En la práctica, cuando en una muestra de granos se han encontrado organismos vivos, lo que se hace es que se devuelve el camión completo a su origen, pero nunca se ordena desestibar la carga.

cual como ya hemos mencionado, es asimilable básicamente a un simple servicio de desencarpe, toma de muestra y encarpe.

18. Cambio de glosa en las facturas emitidas por el PTLA a partir de mediados de febrero de 2007.

En efecto, conforme a las facturas emitidas a mi representada, desde su entrada en funcionamiento hasta febrero de 2007, se indicaba por el PTLA la siguiente glosa:

“SBC-05-01 cargue y descargue obligatorio de mercancías”

Desde mediados de febrero de 2007, se ha podido constatar, sin embargo, que bajo el mismo código, es decir, “SBC-05-01”, hoy se describe el servicio como:

“Inspección Organismo Fiscalizador”

Honorable Tribunal, este cambio en la glosa – conservando el código- no es otra cosa que el reconocimiento tácito por parte de PTLA de que el servicio de estiba y desestiba (carga y descarga) no se estaba realizando. ¡Sobran comentarios!

19. En efecto, es dable sostener que las actividades incluidas en el concepto de estiba y desestiba (carga y descarga) forman un conjunto de operaciones que son perfectamente divisibles para efectos de su cobro y lo lógico sería que el PTLA cobre el precio justo por el servicio que efectivamente realiza

Así, los argumentos esgrimidos por el Gerente General del PTLA, don Patricio Gaete Jaime, en carta acompañada a fojas 2.017 de los autos Rol C N° 127-2007, para justificar la indivisibilidad del cobro, resultan del todo ilógicos y abusivos. Textualmente señala:

“Este servicio, en la tabla de tarifas del Puerto terrestre está designado con el código SBC 05 y, por disposiciones del MOP en las bases de licitación, el precio fijado es único e indivisible y se aplica por unidad camión inspeccionado. Asimismo, le debo señalar que, por indicación de las bases mencionadas, los usuarios deben contratar obligatoriamente este servicio a

requerimientos del Servicio Nacional de Aduanas, SAG o Salud Aconcagua”.

20. En este caso, a diferencia de otros procesos productivos que involucran costos fijos asociados a maquinaria o personal especializado, el proceso de toma de muestra consiste en que una cuadrilla de operarios (compuesta por personas no especializadas ni calificadas) desencarpa el camión y toma la muestra para lo cual utiliza como único instrumento unos simples “baldes”. De ahí que resulta artificioso comparar este proceso productivo con aquel de una refinería u horno industrial donde la producción de pequeñas cantidades conlleva costos elevados imposibles de evitar.

Efectivamente, la cuadrilla de operarios bien puede estar trabajando simultáneamente con varios camiones, es decir, puede rotar entre diferentes tareas según la demanda que enfrenta. En efecto, es así como se hace y se ve en terreno.

21. En virtud de lo expuesto y tal como se puede apreciar en terreno, el hecho de que se lleven a cabo sólo un subconjunto de las operaciones no implica generar capacidad ociosa, ya sea de personal o maquinaria. Por ello, no se justifica efectuar el cobro por el total de este concepto si lo se realiza es sólo un subconjunto de las tareas comprendidas en el mismo.

22. El hecho de que las tarifas no están en línea con los costos de dichos servicios queda además de manifiesto dado que la inspección de camiones que transportan carga general / fraccionada, en frío o graneles involucra procedimientos, tiempos y recursos diferentes, y a pesar de ello, el cobro para todos es igual.

Fundamentalmente, y recurriendo sólo al sentido común, resulta absurdo pretender que las nueve operaciones descritas como componentes de la estiba y desestiba, sean asimilables o comparables con la inspección u aforo.

23. En conclusión, dado que son precisamente las Bases de Licitación las que hacen la distinción clara entre estiba y desestiba e inspección y aforo, es suficiente para entender que este precio no es indivisible o único como tampoco lo son estas funciones desde un punto de vista operativo.
24. En relación a la fiscalización del Contrato de Concesión de la Obra Pública Puerto Terrestre Los Andes, es al Ministerio de Obras Públicas, a través de la Dirección General de Obras (en adelante “**DGOP**”), a quien le corresponde fiscalizar dicho contrato de Concesión, en especial respecto a las tareas de inspección y vigilancia por parte de la Concesionaria en el cumplimiento de sus obligaciones. Así se indica en el numeral 16° del Decreto Supremo N° 1163, de 30 de noviembre de 2004, mediante el cual PTLA se adjudica la Concesión.

“La Dirección General de Obras Públicas será el servicio del Ministerio de Obras Públicas que fiscalizará el Contrato de Concesión en sus diversos aspectos”.

25. Asimismo, las Bases de Licitación otorgan a la DGOP la expresa facultad para fiscalizar que el Concesionario no incurra en discriminaciones o ejerza conductas que pudiesen afectar la libre competencia. La letra C.12 del Artículo 1.10.4 establece que:

“El DGOP se reserva el derecho a establecer modificaciones, regulaciones, condiciones o modalidades a cualquiera de los servicios establecidos en el artículo 1.10.2 o de las áreas establecidas para la explotación de los mismos cuando la prestación y/o explotación de dichos servicios o áreas entorpezcan la funcionalidad o servicialidad del Puerto Terrestre o cuando el Concesionario incurra en discriminaciones o ejerza conductas que pudieran afectar el acceso igualitario de los Despachadores de Aduana o de cualquier otro usuario a las instalaciones y servicios del Puerto

Terrestre y, en general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad o efecto eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia, sin perjuicio de las sanciones que procedieren”.

26. Por su parte, la Ley de Concesiones de Obras Públicas, Decreto Supremo N° 900 del Ministerio de Obras Públicas (en adelante, la “**LCOP**”) faculta al MOP para:
- (i) imponer multas al Concesionario que incumple sus obligaciones;
 - (ii) modificar los contratos de concesión;
 - (iii) la inspección y vigilancia del cumplimiento las obligaciones por parte del concesionario.

“Artículo 18° de la LCOP: Tanto en la fase de construcción como en la explotación, el Ministerio de Obras Públicas podrá imponer al concesionario que no cumpla obligaciones, las multas previstas en las bases de licitación;

Artículo 19° LCOP: El MOP, desde que se perfeccione el contrato, podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, acordando con aquél indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez. Las controversias que se susciten entre el concesionario y el Ministerio acerca de dicha indemnización, se resolverán en conformidad a lo señalado en el Artículo 36°.

Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto en el inciso precedente, así como el plazo máximo dentro del cual el Ministerio podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. Si las bases nada dicen a este respecto, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el 15% del monto total de la inversión inicial efectuada por el concesionario, según el valor definido después de la entrega definitiva de la obra, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo total de la concesión, salvo los casos de expreso acuerdo por escrito de la sociedad concesionaria.

Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas

sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el Artículo 36° de esta ley.

Las modificaciones se harán mediante decreto supremo fundado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda;

Artículo 29° LCOP: Corresponderá a la Dirección respectiva del MOP, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario, de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la explotación de la obra. En caso de incumplimiento, podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, siempre que éstas sean inferiores a 500 UTM.

Artículo 30° LCOP: En conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, la Dirección correspondiente, previo pronunciamiento favorable de la Comisión Conciliadora a que se refiere el Artículo 36° estará facultada para:

1.-Imponer al concesionario las multas que las bases administrativas establezca, cuando éstas fueren iguales o superiores a 500 unidades tributarias mensuales;

2.- Declarar suspendida temporalmente la concesión cuando concurra alguna de las causales establecidas en el Artículo 26° y

3.- Solicitar la declaración de extinción de la concesión cuando concurra alguna de las causales establecidas en el Artículo 27°.

Es del caso, H. Tribunal, que a la fecha, con conocimiento de la actividad que desarrolla en forma ilegítima PTLA, el MOP, por sí o por intermedio de la DGOP no ha efectuado ninguna actividad de fiscalización, permitiendo con ello que el comportamiento abusivo de la Concesionaria se perpetúe en el tiempo.

27. Jurisprudencia reciente de este Honorable Tribunal confirma lo anterior.

“...como criterio general, que en los casos en que el Estado entrega a un particular una concesión que faculta a este último para entregar a su vez determinadas obras o servicios bajo condiciones monopólicas o de competencia restringida (por ejemplo, al limitar el número de posibles operadores), debe en

*todo caso incorporar, entre los criterios de asignación o como regla de operación, condiciones que procuren evitar la posibilidad de abuso de esta posición dominante. Cualquiera sea la forma que esas condiciones tomen -v.gr. tarifas máximas, procedimientos competitivos de asignación u otras- deben en todo caso precaver efectivamente conductas contrarias a la libre competencia y replicar, en todo lo que sea posible, las condiciones de calidad y precio que el producto o servicio del que se trate tendría si se comercializara o prestara en un entorno competitivo”.*⁴

28. Por tal razón, la entidad fiscal ha actuado en complicidad con la Demandada, permitiéndole cometer el abuso que por esta demanda se solicita condenar, en atención a que por una parte, aprobó un marco legal que permitió a PTLA abusar de su posición de dominio, al no fijar con detalle la tarifa a cobrar el Servicio de apoyo a la Inspección, y por la otra, no ejerce sus facultades legales de supervigilancia y fiscalización con relación al Contrato de Concesión, demostrando con ello una desidia absolutamente injustificada.

III. MERCADO RELEVANTE.

29. El mercado relevante o de referencia, en el cual se analiza si una determinada conducta atenta contra la libre competencia, se determina combinando el mercado del producto y el mercado geográfico de la oferta y la demanda de dicho bien.

La determinación del mercado relevante resulta, entonces, esencial para poder establecer si en un determinado caso nos encontramos frente a un atentado a la libre competencia.

30. Mercado del producto.

La doctrina señala que el mercado relevante está conformado por el producto o grupo de productos respecto de los cuales no existen sustitutos suficientemente próximos, como también, las posibilidades de sustituir el bien o servicio por otros

⁴ Sentencia dictada por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con fecha 27 de diciembre de 2007 en causa caratulada “Demanda de Transportes Delfos Ltda. en contra de SCL Terminal Aéreo Santiago S.A”.

resultan demasiado onerosas, o el tiempo utilizado para tal sustitución es excesivamente largo.

En el caso en autos, no hay dudas que PTLA goza de una posición dominante respecto del mercado relevante de los servicios portuarios terrestres de la zona central, toda vez que los usuarios que pretenden transportar bienes por vía terrestre desde la zona de Buenos Aires/Rosario/Córdoba Argentina en dirección a la zona central chilena no cuentan con rutas o pasos fronterizos que puedan considerarse como sustitutos económicamente viables al Paso Los Libertadores.

Es preciso entonces distinguir el mercado referente al de servicios portuarios terrestres de aquel de los servicios portuarios de transporte marítimo. Estos dos servicios no son intercambiables ya que comparando el servicio marítimo con el servicio terrestre, y considerando los centros de recepción, almacenamiento y distribución, que utiliza mi representada, resulta extremadamente oneroso valerse del flete marítimo con respecto al terrestre para ese par origen-destino. Esto significa que los mercados marítimo y terrestre están claramente diferenciados, no siendo posible de manera alguna la sustitución. Menos intercambiable aún, por razones lógicas, es el mercado de servicios de transporte aéreo.

De esta manera, de acuerdo a las reglas que regulan la Concesión, PTLA goza de absoluta exclusividad en relación a los servicios de explotación portuaria terrestre, estando los usuarios del Paso Los Libertadores imposibilitados de usar servicios de otro operador portuario, como también, imposibilitados de utilizar dentro del propio Puerto Terrestre servicios de otra empresa que realice el Servicio de apoyo a la Inspección. De lo anterior, se desprende que hay nula sustituibilidad del producto desde el lado de la oferta considerando las barreras de entrada impuestas por la Autoridad.

31. **Mercado geográfico.**

Debemos entender el mercado geográfico como “el territorio en el cual las empresas ofrecen sus servicios”. La Fiscalía Nacional Económica entiende delimitado el mercado relevante por la menor área geográfica, dentro de la cual sea

probable ejercer poder de mercado, respecto del producto o grupo de productos relevantes.

De esta forma, sólo respecto al valor del flete, cualquier otra alternativa por algún otro paso fronterizo terrestre, corresponde, al menos, el doble del valor del flete que actualmente paga mi representada para importar su mercadería a nuestro país, sin perjuicio de considerar otras variables de igual o mayor importancia, como son, el factor meteorológico y la mayor duración respecto al traslado de mercancías y bienes. Al desarrollarse toda la comercialización de Graneles de Chile dentro de un sistema de libre mercado, el importante aumento de costos que le conllevaría la importación de sus productos por cruces fronterizos más alejados de la capital, impedirían que el producto pueda ofrecerse al público a un precio competitivo en relación a otros productores e importadores.

IV. PROCESO DE LICITACIÓN Y CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN ABUSIVA DE LA CONCESIÓN.

32. En casos de monopolios naturales, es una práctica generalizada la fijación de tarifas por parte de la autoridad respectiva para evitar abusos que emanan de la falta de competencia.
33. Asimismo, en el caso de concesiones, la autoridad puede fijar tarifas o bien la tarifa puede ser la variable de competencia en el proceso de selección del concesionario, produciéndose una competencia denominada “por el mercado” que debiese redundar en precios competitivos. Así lo confirma la jurisprudencia⁵:

“... el único medio para evitar posibles abusos de posición dominante está dado por la fijación de tarifas máximas en el respectivo proceso de licitación, junto con la imposición de exigencias mínimas en la calidad del servicio, lo que sí se ha hecho en el que nos ocupa”.⁶

⁵ Sentencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa Rol C N° 29-04.

⁶ Sentencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa Rol C N° 29-04.

34. El Consejo de Defensa del Estado en su contestación a una de las demandas acumuladas a los autos Rol C N° 127-2007 confirma también lo anterior, al citar la siguiente jurisprudencia:⁷

“La licitación de concesiones es una alternativa a la regulación de monopolios naturales. La idea, en palabras de Chadwick (1859), es promover la competencia “por la cancha” cuando la competencia “en la cancha” no es posible. Normalmente la concesión se otorga al postulante que ofrece cobrar el menor precio por el servicio licitado. Una forma de licitación alternativa es que el estado fije la tarifa y la duración de la concesión y ésta se otorgue al postulante que ofrezca el mayor pago...”

Cualquiera que sea el método utilizado, la competencia ex-ante entre los postulantes determinará, en principio, la desaparición de las rentas monopólicas. De hecho, la tarifa que paga el usuario del servicio licitado queda determinada en la licitación.

El gobierno de Chile está utilizando el sistema de licitación de concesiones para extender la infraestructura vial. A través de las licitaciones busca crear competencia ex-ante en la provisión de estos servicios”. (Dictamen Comisión Preventiva N° 991/622, de fecha 22 de noviembre de 1996, punto 7.3)

35. No obstante, la existencia de un proceso de licitación no es siempre garantía de precios competitivos, en la práctica se pueden dar casos de cobros que se consideren abusivos. Estas fallas de mercado se producen por problemas de colusión, por problemas de diseño en las bases de licitación, por comportamiento oportunista de parte de uno de los participantes, por un bajo número de participantes, por una maniobra del concesionario tendiente a burlar la competencia, etc.

⁷ Contestación a las demandas interpuestas por "Agroexportadora e Importadora Ltda", Agrícola Tarapacá

36. En el caso que nos ocupa, es posible caracterizar la estrategia de participación de AZVI Chile S.A. (en adelante, “AZVI” o el “Licitante”) en la licitación de la obra pública fiscal Puerto Terrestre Los Andes como “oportunista”, toda vez que declaró y se comprometió - y así lo establece el Decreto de Adjudicación de la Concesión, que citamos a continuación - a no cobrar por el acceso al recinto ni por el uso de aparcamientos y andenes de inspección, pero en la práctica “mañosamente” sí lo está haciendo, disfrazando dicho cobro como el de un servicio diverso (la estiba y desestiba).

“La tarifa por acceso al recinto y utilización de infraestructura de parqueadero y andenes a los camiones que ingresen al recinto (TAR) será de cero peso (\$0), de acuerdo a lo ofertado por el Licitante Adjudicatario en su oferta económica;”

(Decreto Supremo N° 1163 de fecha 30 de noviembre de 2004, párrafo 10)

37. En efecto, la competencia entre los participantes del proceso de licitación se dio sobre la base de un solo parámetro: la “tarifa de acceso al recinto” (en adelante “TAR”). Conforme se define en las Bases de Licitación, dicha tarifa incluye el uso de los andenes para las inspecciones, es decir, la amortización de la infraestructura respectiva. Esto es consistente con la definición que la Concesionaria ha dado de los ítems involucrados, por ejemplo, en el servicio de estiba y desestiba, los que no incluyen el uso de la infraestructura. Sería por tanto no sólo abusivo y engañoso que ahora utilizara mañosamente la tarifa de un servicio distinto, que no presta, para recuperar lo que no cobró en el TAR (y en exceso, como veremos), sino que sería una burla a la competencia pues quien perdió la licitación pudo haber terminado costando más barato para la sociedad (en el supuesto que no hubiera incurrido en el mismo abuso que el ganador) lo cual acreditaremos oportunamente.

38. En la práctica, las rutas alternativas para el transporte de carga hacia la zona central de Chile, en particular la Región Metropolitana, por otros pasos fronterizos con Argentina o bien, mediante el transporte marítimo, no son factibles de

considerarse como sustitutos económicamente viables desde la perspectiva de la libre competencia, dado que implican costos significativamente mayores. En consecuencia es dable afirmar que PTLA ostenta una posición dominante en el mercado relevante para muchos pares origen-destino. En efecto, como se acreditará oportunamente, la diferencial de costos de transporte implícita en el uso de pasos fronterizos alternativos es de tal magnitud que deja mucho espacio para un potencial abuso por parte de quien controla el Paso de Los Andes.

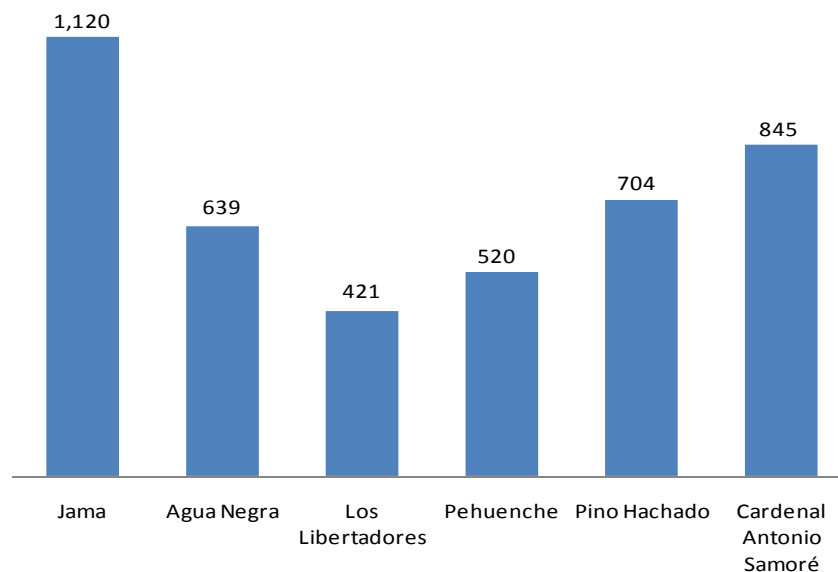
Distancia por diferentes Pasos Fronterizos – Buenos Aires / Santiago

Paso	Región	Distancia Km.
Jama	II	3,712
Agua Negra	IV	2,064
Los Libertadores	V	1,390
Pehuenche	VII	1,704
Pino Hachado	IX	2,251
Cardenal Samoré	X	2,679

Fuente: Elaborado por Bitrán & Asociados en base mapas camineros.

39. En el siguiente gráfico, se muestra el costo estimado de diferentes rutas de transporte entre Buenos Aires y Santiago. Éste es muy relevante para mi representada, pues es precisamente de la zona Rosario y Córdoba, desde donde importa sus productos. Esta estimación de costos no incluye el costo de capital del camión, por lo cual representa una cota inferior de los costos reales que enfrenta el transportista. Aún bajo este conservador cálculo, el diferencial de costo estimado, supera el cobro por estiba y desestiba, con lo cual a pesar de soportar un precio abusivo, la alternativa de transporte por Los Libertadores sigue siendo más económica que otros pasos. Este breve análisis confirma la posición de dominancia de PTLA.

Costos de transporte por diferentes pasos cordilleranos (Miles de \$)



Fuente: Elaborado por Bitrán & Asociados en base a entrevistas con empresas de transporte.

Nota: Para este cálculo se ha considerado un camión de 5-6 ejes, Ruta Buenos Aires – Santiago, se ha incluido el costo de combustible, chofer y peajes, rendimiento de 2.4 km/lit, precio de Diesel de \$522 / lit, velocidad promedio de 60km/hr., costo chofer de \$53.000 / día (sueldo base de \$500.000 / mes, alimentación y alojamiento, trabajando en jornadas de 12 hrs).

40. La posición dominante de PTLA emana de la Concesión que le fue otorgada y se extiende a servicios cuyas tarifas tiene máximos regulados, pero su aplicación no ha sido regulada de manera explícita. Producto de este vacío, la Concesionaria ha podido abusar de su posición dominante cobrando por servicios que en los hechos no realiza.

En efecto, el caso sublite constituye un evidente atentado en contra la libre competencia, toda vez que la Concesionaria abusa de su posición dominante al cobrar precios que no están en línea con los costos y provocando una evidente discriminación en desmedro de los transportistas de graneles sueltos al cobrarle una tarifa excesiva por el servicio de estiba y desestiba.

a.

41. Análisis del Contrato de Concesión.

En procedimientos de licitación de infraestructura, la ley chilena otorga flexibilidad para escoger la variable de competencia. En este caso, la variable elegida correspondió a la tarifa TAR, la que *dejó de ser relevante toda vez que el Concesionario ofreció una tarifa igual a cero.*

Licitación Puerto Terrestre Los Andes

OFERTA ECONOMICA

$$OE(i) = \frac{(TAR \text{ menor} \times 6) + 1}{TAR(i)}$$

- TAR menor : Menor Tarifa por Acceso al Recinto ofrecida por un Licitante
- TAR (i): Tarifa por Acceso al recinto ofrecida por Licitante i
- NTAR (i): Nota obtenida por el Licitante por su Oferta de Tarifa Base de Acceso al Recinto

CRITERIO ADJUDICACIÓN

$$CAF(i) = OT(i) \times 0.35 + OE(i) \times 0.65$$


- CAF (i): Calificación Final Licitante i
- OT (i): Nota por oferta técnica Licitante i
- OE(i): Nota por oferta económica Licitante i

Fuente: Bases de Licitación Puerto Terrestre Los Andes

Estructura de Tarifas - Bases de Licitación

42. A la vez, el esquema de tarifa en dos tramos, con un cobro por acceso y un cobro por servicios ad-hoc, quedó también fuera de uso. En la tabla siguiente, que resume las Bases de Licitación, se puede apreciar los diferentes conceptos de cobro y la manera de determinar las tarifas respectivas.

	Concepto de Cobro	Tarifa
SERVICIOS NO COMERCIALES /1	Acceso al recinto y uso de infraestructura de parqueaderos y andenes (TAR)	Valor Máximo \$8400 Valor Ofrecido \$0
	Sobre-tiempo de uso de andenes de control y aforo (TVA)	Mayor valor entre \$1700 / 30 minutos y 2 x TVP
	Uso del parqueadero por un período mayor al que da derecho el cobro por acceso al recinto uso de infraestructura (TVP)	Valor Máximo de \$500 por cada 15 minutos de uso del estacionamiento
	Servicio de Estacionamiento para público general	Max:110% Tarifa de Mercado
SERVICIOS COMERCIALES	Arriendo de Oficinas para Despachadores de Aduana y Empresas de Transporte	No se explicita en Bases de Licitación
	Area de Servicios de Comunicación	Max:110% Tarifa de Mercado
	Servicio de Transporte Público	No se explicita en Bases de Licitación
	Servicio de Estiba y Desestiba	Si se contrata obligatoriamente por requerimiento de algún organismo fiscalizador Max \$84.000
SERVICIOS COMPLEMENT.	Servicio de Almacenamiento de Carga	Max: Tarifa de Mercado
	Servicios de apoyo, servicios financieros y otros (hotelería, alimentación, abastecimiento de combustibles, etc.)	No se explicita en Bases de Licitación


Tarifa más relevante para PTLA

Fuente: Bases de Licitación Puerto Terrestre Los Andes
 Nota: /1 Conservación, Aseo, Señalética, Vigilancia, Control Ingreso/ Egreso/Parqueadero, Estacionamiento

43. Lo anterior, provoca distorsiones importantes y ciertamente no previstas por la autoridad. Por ejemplo, el Estado pierde el techo de rentabilidad amarrado a TAR (el que se estableció como contrapartida a la garantía de mínimo tráfico, la que también perdió vigencia), evitando que ganancias sobre normales sean compartidas con el Servicio Nacional de Aduanas como fue originalmente pensado⁸.

44. Curiosamente, al revisar las ofertas económicas se puede constatar que el competidor calificado en segundo lugar, también con una oferta técnica aceptable, propuso una tarifa TAR equivalente a \$6.500 (seis mil quinientos pesos) de la época. Suponiendo que en la práctica el 50% de los camiones es inspeccionado, que el 50% requiere servicios de desencarpe y encarpe y que el 10% de los camiones requiere el servicio de Estiba/ Desestiba completo, se concluye que a igual flujo de camiones los ingresos del actual concesionario son entre un 100% y un 200% superiores a los que hubiera resultado de adjudicar la concesión al segundo participante en la licitación.⁹

⁸ **Bases de Licitación Artículo 1.12.7.4**

⁹ Estimaciones basadas en el supuesto que el segundo participante sí hubiera cobrado por los servicios tarifas que están en línea con los costos involucrados.

Es decir, *el proceso de licitación resultó en un ganador que extrae de los usuarios rentas muy superiores a que aquellas que hubieran resultado de adjudicar la concesión al jugador que en definitiva resultó perdedor, lo cual al margen de los aspectos legales, evidentemente no hace sentido económico.* En otras palabras, estamos diciendo que las tarifas parecen no haber surgido de un proceso perfectamente competitivo, sino más bien, de una competencia “burlada” o, a lo menos, distorsionada.

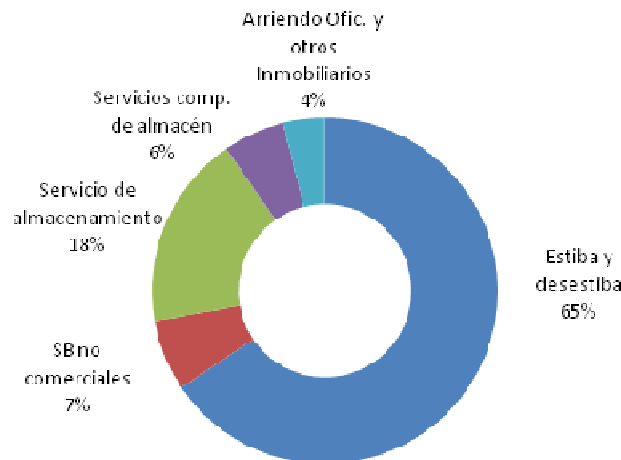
Honorable Tribunal, cabe preguntarse entonces si los competidores entendieron lo mismo al analizar las bases y presentar su oferta, si éstas presentaban cierta ambigüedad o si uno de ellos desarrolló un comportamiento oportunista, confiado en que una vez desarrollada la infraestructura las tarifas se renegociarían de algún modo para asegurar una rentabilidad atractiva. Además, el bajo número de participantes ciertamente también conspiró en contra de un resultado plenamente competitivo.

45. Finalmente, cabe tomar en cuenta que, dada la flexibilidad otorgada en la licitación en cuanto al diseño de la infraestructura, la inversión realizada por PTLA es aproximadamente un 30% superior a aquella prevista por el MOP (si bien será necesario pesquisar si el PTLA fue construido por una empresa relacionada a la misma concesionaria, en cuyo caso habrá que verificar si los precios de transferencia entre partes relacionadas fueron o no de mercado).. Ciertamente, este hecho crea incentivos al concesionario para cobrar tarifas elevadas con el objeto de recuperar su inversión. De ser excesivas las obras de infraestructura realizadas, lo serán también las tarifas.

46. Análisis Económico de la Concesión.

El resultado de la licitación incentiva al Concesionario a enfocarse en generar suficientes ingresos por conceptos distintos de TAR con el fin de para recuperar su inversión. En su primer año de operación, PTLA genera de hecho sobre el 50% de sus ingresos por concepto de estiba y desestiba de camiones.

Ingresos PTLA 2007
Total: 6.967 MM\$



Fuente: Elaboración propia en base a Informe de Explotación PTLA, MOP, Noviembre 2007

47. Al margen de las aproximaciones realizadas, y tal como ya se ha señalado en esta demanda, *el diseño de las bases de licitación y la interpretación efectuada por la Concesionaria redundan en cobros excesivos y no justificados para aquellos camiones que requieren una Inspección del SAG*. Esto dado que los servicios prestados se homologan en forma arbitraria a aquellos de estiba y desestiba (carga y descarga), derivando de este modo en un cobro desproporcionado. Dicho de otra forma, el servicio prestado de apoyo a los organismos fiscalizadores como tal, no ha sido explicitado en el contrato de concesión como parte del conjunto de servicios prestados por PTLA, lo que crea una ambigüedad y la posibilidad de abuso con respecto a la tarifa a aplicar.

48. Reiteramos, que en el caso de camiones graneleros, el cobro por concepto de estiba y desestiba (carga y descarga) es injustificado y el monto es totalmente desproporcionado con la labor efectivamente realizada, ya que si bien todos los camiones son inspeccionados, *en la práctica ninguno es desestibado y vuelto a estibar*.

49. H. Tribunal, tal como se señaló más arriba, es necesario tomar en cuenta que entre las actividades incluidas en el concepto de estiba y desestiba (descrito en el Manual de Operación) no se hace mención al uso de infraestructura como parqueaderos y andenes. Esto naturalmente es consistente con la existencia de una tarifa diferenciada y complementaria por concepto de acceso al PTLA. Dicha tarifa en efecto corresponde a la tarifa TAR. Tarifa que como ya hemos señalado, es de \$0 (cero pesos) según lo ofertado por la Licitante (ver numeral 10 del Decreto Supremo N°1.163 del MOP).
50. Por esta razón, el uso de infraestructura no podría ser incluido dentro de los ítems de costo que forman parte de la prestación de servicios de apoyo a las entidades fiscalizadoras y se así se hiciera (de hecho la concesionaria en la defensa a las demandas ya presentadas no lo hace, pues entiende que sería una inconsistencia), se estaría admitiendo que la concesión fue adjudicada sobre una base no equitativa (i.e. el segundo postulante que cobró un determinado monto por concepto de TAR - es decir por uso de la infraestructura - no podía haber estimado que volvería a cobrar la inversión en las tarifas de los otros servicios).
51. Cabe concluir que la Concesionaria simplemente está aplicando la tarifa máxima permitida para el servicio de estiba y desestiba (carga y descarga), sin que exista relación alguna con los costos de tal servicio.
52. *H. Tribunal, si la concesión fue adjudicada a este operador precisamente por cobrar tarifa cero en el uso de infraestructura, no resulta lógico que ahora pretenda “camuflar” ese cobro en los cobros establecidos por otros servicios. y además, por esa vía obtener rentas sobre-normales como veremos más adelante.* Así las cosas, evidentemente la adjudicación de la concesión, dio espacio a una competencia imperfecta.
53. A mayor abundamiento, y para graficar aún mejor el abuso denunciado, *PTLA no tiene la infraestructura, es decir, no cuenta con la maquinaria, equipos o lugares debidamente protegidos para llevar a cabo la estiba y desestiba de*

camiones graneleros, como los de mi representada. En efecto, los únicos camiones que pueden ser desestibados y luego estibados a petición de algún ente fiscalizador son aquellos que transportan carga general o fraccionada.

54. En conclusión, se ha establecido un cobro por un servicio que, no sólo no se efectúa, sino que en la práctica es imposible de ser realizado porque el concesionario no cuenta con la infraestructura ni equipamiento necesario para hacerlo.

III. PUNTOS DE REFERENCIA PARA ESTABLECER EL JUSTO PRECIO.

55. En primer lugar, es necesario tener presente que el monto en pesos establecido en las Bases de Licitación como máximo para la tarifa de estiba y desestiba no resulta aplicable al caso analizado pues no corresponde al servicio efectivamente prestado a mi representada. En este escenario, la tarifa a cobrar, tal como expresamente lo señalan las Bases de Licitación, no puede superar a la tarifa de mercado por dichos servicios. En particular, las bases establecen que dichos precios de mercado debieran ser aquellos que se cobran en el puerto de Valparaíso o, en subsidio de éste, en el Puerto de San Antonio. Como veremos, los referidos puertos no tienen en sus tarifados cobros orientados específicamente a la labor de apoyo a la inspección del SAG. Sin embargo, sí tienen tarifas para servicios similares como el de desencarpe y encarpe. Por otro lado, el puerto de Iquique sí tiene una tarifa específica para el servicio de apoyo a la inspección de SAG la que, como veremos, es sustancialmente inferior a la que cobra PTLA a través de la tarifa de estiba/desestiba.

56. Como se señalaba, la labor de desencarpe y encarpe puede ser considerada como una tarea similar a la realizada por la Concesionaria en PTLA. Estos precios conocidos varían entre US\$13 (trece dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) y US\$20 (veinte dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) por camión. En el caso de Iquique se cuenta con una tarifa por un servicio comparable al prestado en PTLA por un valor de US\$30 (treinta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) relacionado al Apoyo a la Inspección del SAG. Esta simple comparación permite apreciar la gran diferencia que existe entre

estos cobros y los efectuados por PTLA a transportistas por conceptos similares. Desde otro ángulo, esto da clara cuenta del abuso cometido.

Tarifas Apoyo Inspección – Puertos Marítimos Concesionados

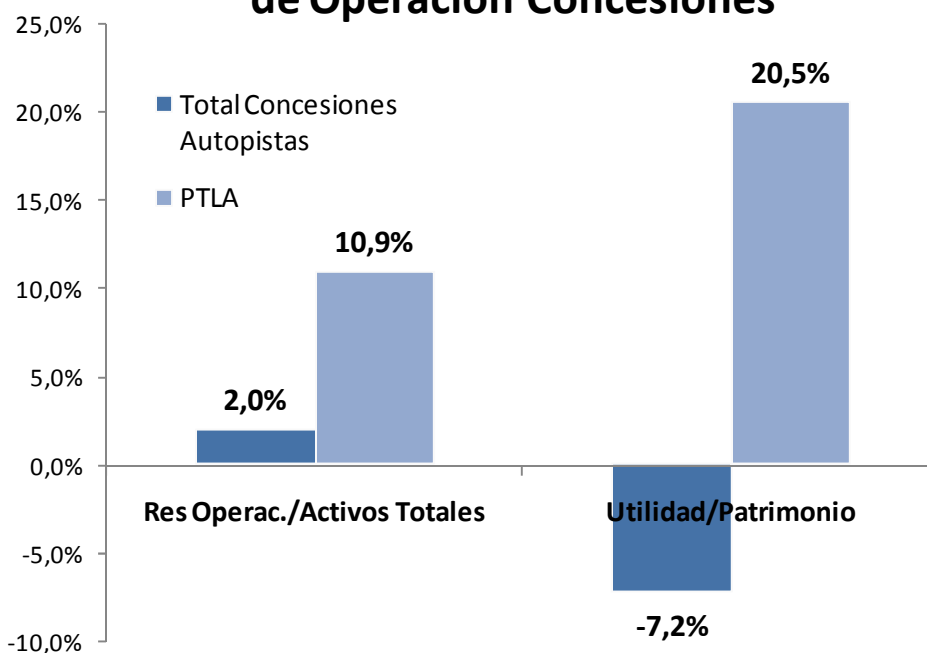
Actividad	Arica	Iquique	Mejillones	Antofagasta	San Antonio	Valparaíso	San Vicente
Camiones US\$ / camión							
Inspección SAG de carga suelta en camiones		30					
Amarra/ desamarra/ encarpado/ desencarpado de camiones	20		13		15	13	20
Traspaleteo					17	40	



Fuente: Páginas Web de Puertos Concesionados

57. Como resultado de la implementación de este cobro por concepto de estiba y desestiba que corresponden al 65% de los ingresos de la Concesionaria en su primera año de operación, ésta tiene una rentabilidad significativamente más alta que la de otras concesiones de infraestructura en nuestro país, particularmente autopistas interurbanas, comparadas en un período similar de su vida útil. Específicamente, el Retorno sobre Activos (“**ROA**”) de PTLA en su primer año completo de operación (2007) corresponde a un 10,9%, mientras que el ROA promedio de las carreteras inter-urbanas en su primer año de operación es de sólo un 2.0%. En cuanto a rentabilidad patrimonial, PTLA, en su primer año **ya tiene un 20% de rentabilidad**, mientras que el promedio de las autopistas tiene una cifra negativa que demuestra que al inicio de algunas de ellas no cubren sus gastos financieros.

Indicadores de Rentabilidad Primer Año de Operación Concesiones



Fuente: Análisis Bitrán & Asociados en base a FECUs.

Notas: (1) Considera el primer año calendario de operación plena de cada una de las concesiones; (2) En el caso de las concesiones de autopistas, se incluyen todas ellas y las cifras corresponden al promedio simple de los ratios individuales; el promedio ponderado arroja cifras más bajas aún, tanto para el ROA como para el ROE.

58. No sólo estas cifras salen de toda norma en cuanto a la rentabilidad en el primer año de una concesión que todavía tiene 17 años de explotación por delante con un aumento sostenido esperado en el tráfico de camiones. Lo que sale de toda norma también es el hecho que para un camión que transporta maíz, la tarifa por servicio de estiba/desestiba, servicio no prestado pero sí cobrado por el concesionario, representa nada menos que un 2,6% del valor de la carga. Esto es con el precio del maíz al día de hoy, hace un año era casi el doble de ese porcentaje pues el maíz ha subido fuertemente su precio en estos últimos 12 meses. Es decir, hace un año, el cobro por este servicio de menos de 15 minutos equivalía prácticamente al arancel aduanero del 6%. Por otro lado, los más de 7.000 camiones que mi representada transita anualmente por el PTLA deben pagar por este concepto casi 1,5 millones de dólares a la concesionaria, una cifra que, en el supuesto que pudiera ser

transferida íntegramente a precio final, estaría siendo injustamente financiada por el consumidor de alimentos chileno.

59. Otra forma de apreciar la desproporción que este cobro significa es comparándolo con el costo de transporte entre Buenos Aires y Santiago, estimado en \$ 421.000 (tal como se ilustró en un gráfico más arriba). En efecto, cómo podría explicarse que una gestión de pocas personas, que no dura más de 15 minutos, cueste más del 20% del costo un transporte dos días, con un precio de combustible en su record histórico?

V. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE: PRECIOS ABUSIVOS Y DISCRIMINATORIOS.

60. En virtud de las Bases de Licitación, el Concesionario tiene derecho a cobrar las tarifas que determine para los servicios básicos comerciales que explote, respetando las restricciones de tarifa señaladas en las mismas.

Sin embargo, a pesar de ello, en el Artículo 1.10.4 de las Bases de Licitación se establece además, como límite a este derecho lo siguiente:

“El Concesionario, por cada servicio, no podrá cobrar tarifas discriminatorias a usuarios de la misma categoría, entendiéndose por ella, aquella que incluye un mismo tipo de usuario y servicio, hora, día de la semana, y época del año, según lo califique el Inspector Fiscal.

El Concesionario podrá ofrecer y cobrar estructuras tarifarias especiales a empresas, instituciones u otros organismos diferentes a las ofrecidas al público en general conforme a lo señalado en B.3, en la medida que dichas estructuras tarifarias especiales guarden relación fundada con los beneficios para ambas partes. Estas ofertas y acuerdos deberán ser de público conocimiento, previo a la puesta en vigencia de éstos y cualquier usuario equivalente que cumpla las mismas condiciones tendrá acceso al mismo trato comercial.

El Inspector Fiscal podrá rechazar esquemas tarifarios del Concesionario cuando ellos contravengan las disposiciones establecidas en las presentes Bases”.

61. Como es lógico, la autoridad pública no puede imponer un precio legal que no tenga por base el justo precio; si el precio legal carece de dicha base es un precio injusto y contrario a Derecho. En efecto, se trate de una estimación que realizan los oferentes o demandantes, según sea el caso, de un determinado mercado relevante y dando lugar a la formación del justo precio o precio de mercado, en tanto que no medie abuso monopólico, fuerza o dolo.
62. En cuanto a determinar a quién le corresponde sancionar las infracciones al justo precio, según el jurista Domingo Valdés Prieto¹⁰, existen dos fórmulas de sanción y rectificación del precio injusto: los juzgados civiles y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

“Los juzgados civiles han de ocuparse de los precios injustos constitutivos de lesión enorme y de las indemnizaciones a que den lugar determinadas ofensas antimonopólicas lesivas del justo precio; en tanto que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es competente para conocer de los precios injustos que resulten de los abusos de posición monopólica y éstos pueden exhibir dos variantes: precios predatorios donde la injusticia radica en un precio inferior al justo para expulsar a ciertos competidores y precios exorbitantes donde la injusticia consiste en cobrar por sobre el justo precio con el ánimo de percibir una renta monopólica”.

63. En palabras del mismo destacado jurista:

“el precio justo es aquel precio que respeta la equivalencia o conmutatividad entre los bienes que se intercambian (mercancía y precio) y dicha equivalencia se establece considerando los valores económicos de los bienes intercambiados vigentes en el lugar y en el momento en que se realiza el intercambio. Sólo en la medida que concurra un justo precio se dará satisfacción a la justicia conmutativa, puesto que las partes intervinientes en dicha transacción obtendrán, respectivamente, la utilidad que a cada una de ellas corresponde con motivo de la misma. Dicha utilidad será función de la necesidad de cada una de las partes.

¹⁰ Valdés Prieto, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Editorial Jurídica.2006

64. Si el precio justo es el que determina el mercado sin las interferencias del fraude, de la fuerza y del abuso monopólico, será injusto y monopólico el precio abusivamente fijado por un monopolista, esto es, abusa de su poder de mercado para establecer un precio superior al justo de ese momento.
65. Podemos sostener que la justicia conmutativa prescribe la igualdad al interior de cada una de las operaciones de intercambio o conmutaciones, sean éstas voluntarias (convenciones) o involuntarias (indemnizaciones), esto es, se atiende a la igualdad entre lo dado y lo recibido, sin preocuparse de las personas que intervienen sino que considerando la estimación común o precio establecido por ese mercado relevante, en tanto se halle exento de fuerza, engaño, error, o abuso monopólico.
66. Según Domingo Valdés Prieto el precio cobrado por un monopolista puede considerarse un justo precio, siempre que exista una relación objetiva entre lo pagado y lo vendido.

“... el justo precio cobrado por un monopolista sigue siendo justo precio; en efecto, EL JUSTO PRECIO CORRESPONDE A UNA RELACIÓN OBJETIVA ENTRE LO VENDIDO Y LO PAGADO, CON INDEPENDENCIA DE QUIEN VENDA Y QUIEN PAGUE. Si quien cobra un precio justo es una persona favorecida por un monopolio de privilegio infralegal, no por ello deja de existir una situación atentatoria al Decreto Ley 211 y, particularmente, a la libre competencia. Sin embargo, es preciso advertir que la causa del atentado radica en el monopolio de privilegio y no en el justo precio. A diferencia, si el monopolista cobra precios monopólicos incurre en una injusticia conmutativa puesto que el precio no depende de su mero capricho o afán desmedido de lucro, sino que de la “estimación común” del mercado relevante respectivo: la interacción entre la cantidad ofertada y demandada de un determinado bien, con independencia de en cuantas manos se halla la cantidad ofertada

y la cantidad demandada. ASÍ, EL JUSTO PRECIO LO FIJA LA OFERTA Y LA DEMANDA Y NO ES ADMISIBLE QUE RESULTE DE LA MERA VOLUNTAD QUE IMPONE EL MONOPOLISTA”.

VI. CONCLUSIONES.

67. La Concesionaria ha abusado reiteradamente de su posición dominante en el mercado, efectuando cobros excesivos y no justificados a mi representada y otras empresas, precisamente al cobrar la tarifa máxima autorizada en las Bases de Licitación por concepto de estiba y desestiba, en circunstancias que -como se demostró- dicho servicio no se presta en lo absoluto.
68. Los Abusos se fundan en que:
1. Las tarifas cobradas son abusivas pues corresponden a un servicio establecido en las Bases de Licitación (estiba y desestiba) distinto al servicio efectivamente prestado a mi representada (Servicio de Apoyo a la Inspección).
 2. Las tarifas cobradas no corresponden a las tarifas de mercado por los servicios prestados ni están en línea con los costos involucrados en la prestación de dichos servicios.
 3. Existe una discriminación de precios en desmedro de transportistas de graneles, cuyo proceso de inspección es mucho más simple, breve y barato que aquel ocupado en el caso de carga fría o carga general, no obstante las tarifas son las mismas.
69. El precio que se cobra por concepto de estiba y desestiba no puede considerarse como un precio indivisible o único, por lo que es perfectamente posible desglosar dicho concepto y efectuar cobros por los servicios efectivamente realizados.
70. El MOP ha permitido que la Concesionaria abuse de su poder de dominio. En primer lugar, porque el servicio de apoyo a la Inspección como tal, no ha sido explicitado en el contrato de concesión como parte del conjunto de servicios prestados por PTLA, lo que crea una ambigüedad y por ende, le da la posibilidad

de abusar con respecto a la tarifa a aplicar. En segundo lugar, el MOP no ha ejercido oportunamente sus facultades legales conferidas por la Ley de Concesiones de Obras Públicas y por las Bases de Licitación, destinadas a fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de la Concesionaria.

71. El abuso de posición dominante en que incurre la Concesionaria provoca perjuicios perniciosos para el mercado en general, toda vez que se eleva el costo de las materias primas de productos alimenticios que sin duda son de primera necesidad.

POR TANTO,

Y de conformidad con los Artículos 3, 18, 20 y siguientes del DL 211, y demás normas legales pertinentes,

RUEGO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por interpuesta demanda en contra de Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y en contra del Ministerio de Obras Públicas, ya individualizados, acogerla a tramitación y, en definitiva,

(A) Declarar que:

(1) Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. ha abusado de su posición dominante al cobrar, respectivamente, en sus diferentes oportunidades, \$84.000, \$91.500, y hoy \$98.500 más IVA, por los servicios de apoyo a la Inspección realizados a los camiones de mi representada, y que dichos servicios no pueden ser equiparados a la “estiba y desestiba” (“carga y descarga”) independientemente de lo que dispongan las Bases de Licitación y Manual de Operación;

(2) La Dirección General de Obras Públicas ha consentido, avalado o permitido tales abusos al no ejercer sus facultades de fiscalización prescritas en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en la Bases de Licitación de la Obra Pública Puerto Terrestre Los Andes.

(B) Ordenar que:

(1) Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. se abstenga de seguir incurriendo en los abusos de posición dominante descritos;

(2) La Dirección General de Obras Públicas instruya a la demandada Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. a que cese en dichos abusos de posición dominante;

(3) Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A., con el consentimiento de la Dirección General de Obras Públicas, y previa consulta a este H. Tribunal, establezca cargos por sus servicios de apoyo a la Inspección por un monto máximo de US\$13 (trece dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), en consideración a que ese es el precio que actualmente cobra el Puerto de Valparaíso por labores equivalentes a las descritas.

(4) Si lo indicado en el número 3) anterior no fuere posible, el Ministerio de Obras Públicas ponga término a la concesión otorgada a Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. haciendo uso de sus facultades legales dispuestas en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en la Bases de Licitación de la Obra Pública Puerto Terrestre Los Andes y, si así lo estimare, re-licite esta concesión, previa indemnización a Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. por el valor de sus inversiones;

(5) Se le aplique a Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. una multa de equivalente a los montos cobrados en forma abusiva, o aquella otra cantidad que este H. Tribunal determine prudente aplicar.

PRIMER OTROSI: De conformidad a lo dispuesto en el Artículo 21 del Decreto Ley N° 211, fijado por el DFL N°1 de Economía de 2005, y demás normas pertinentes aplicables, vengo en proponer como ministro de fe a la receptora judicial doña **Inés Valdés Espinoza**, Cédula Nacional de Identidad N° 9.099.980-K, domiciliada en calle Sótero del Río 508, oficina 616, comuna y ciudad de Santiago, para que practique la notificación de la demanda de autos.

SEGUNDO OTROSI: Considerando que la presente demanda tiene como base los mismos antecedentes de las demandas interpuestas ante este H. Tribunal por Nutripro

S.A., Empresa Tucapel S.A., Comercial Terramar S.A., E.D & F. Man Chile S.A., Ariztía y Soprodi S.A., todas acumuladas al rol 127-07, solicito se ordene traer a la vista los documentos acompañados en esas demandas y durante su tramitación, en especial los siguientes:

1. Bases de Licitación del PTLA;
2. Manual de Operaciones del PTLA;
3. Tabla de Precios Máximos cobrados por el PTLA;
4. Decreto Supremo N° 1163, de 30 de noviembre de 2004 del Ministerio de Obras Públicas;
5. Resolución N° 6118, de 29 de noviembre de 2006, emanada del Director Nacional de Aduanas; y
6. Ordinario N° 406 del SAG de fecha 14 de enero de 2008, enviado al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

TERCER OTROSI En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 7 de fecha 25 de mayo de 2006, venimos en acompañar disco compacto que contiene una versión de la presente demanda en formato Microsoft Word.

CUARTO OTROSI: Por este acto vengo en acompañar mi personería para actuar en representación de Graneles de Chile S.A. en Acta de Directorio de la sociedad, reducida a escritura pública de fecha 14 de agosto de 2003 ante el Notario Público de Rancagua don Ernesto Montoya Paredo, copia de la cual se acompaña en este acto, con citación.

QUINTO OTROSI: Sírvase H. Tribunal tener presente que designamos abogados patrocinantes y conferimos poder para actuar conjunta o separadamente a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, don Claudio Lizana Anguita, cédula nacional de identidad número 7.037.826-4 y doña Lorena Pavic Jiménez, cédula nacional de identidad número 9.907.762-k, ambos con patente profesional al día, domiciliados para estos efectos en calle Miraflores N° 222, piso 20, comuna y ciudad de Santiago.