

Santiago, veinticuatro de enero de dos mil seis.

**VISTOS:**

**I.- ANTECEDENTES DE LA CONSULTA:**

Con fecha 26 de octubre de 2005, Sudamericana, Agencias Aéreas y Marítimas S.A., en adelante SAAM, solicitó, mediante el procedimiento establecido en el 31 del Decreto Ley Nº 211, que este Tribunal se pronuncie favorablemente en el sentido de que la eliminación o alzamiento de las restricciones a la integración vertical aplicables a la concesión del frente de atraque Molo Sur del Puerto de San Antonio, no constituye infracción alguna a las disposiciones del Decreto Ley 211, y, en consecuencia, no impide, restringe o entorpece la libre competencia.

Señala que, en razón de que la Ley 19.542 reservó a las empresas portuarias estatales la decisión de licitar concesiones en los frentes de atraque y de definir el esquema -monooperador o multioperador- bajo el cual tales concesiones habrían de ser otorgadas, en el año 1998 las empresas portuarias de San Antonio, Valparaíso y Talcahuano - San Vicente decidieron licitar concesiones portuarias de diversos frentes de atraque de sus terminales bajo la modalidad de un esquema monooperador.

En el caso del Puerto de San Antonio, la Empresa Portuaria San Antonio, EPSA, decidió licitar la concesión del frente de atraque Molo Sur, compuesto por los sitios 1, 2 y 3.

Así, las tres empresas portuarias estatales referidas solicitaron conjuntamente a la Comisión Preventiva Central de la época, la emisión de un informe respecto de las condiciones de competencia que deberían regir con motivo de la licitación de los frentes de atraque, proponiendo para ello la incorporación de reglas comunes para los postulantes de la licitación.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Con fecha 21 de agosto de 1998, la Comisión Preventiva Central emitió el Dictamen N° 1.045, que estableció las reglas restrictivas que menciona en el N° 3° de su párrafo N° XIII.

En lo que concierne al Puerto de San Antonio, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 19.542, éste enfrentaba una fuerte necesidad de atraer inversiones privadas para el desarrollo de sus terminales.

En efecto, el Puerto de San Antonio está conformado por tres grandes sectores o terminales, que son los siguientes:

- a) Sector Molo Sur sitios 1, 2 y 3: terminal principalmente destinado y dedicado al transporte de contenedores,
- b) Sector Espigón, sitios 4, 5, 6 y 7: terminal multipropósito,
- c) Sector Norte, sitios 8 y 9: terminal de graneles.

Asimismo, las inversiones que resultaban necesarias y urgentes en el puerto de San Antonio estaban vinculadas al desarrollo de terminales especializados, tanto para el Molo Sur como para el frente de atraque comprendido por el sitio 8, Panul.

Fue así que la empresa portuaria de San Antonio abrió un proceso de licitación pública para concesionar a privados ambos frentes de atraque.

En el año 1990 llamó a licitación para la concesión, bajo esquema monooperador, del Frente de atraque Molo Sur. La concesión daría derecho a desarrollar, mantener y explotar el frente de atraque por un plazo de 20 años, prorrogable por un período de 10 años más si el concesionario efectuaba ciertas obras opcionales de ampliación de dicho frente.

La licitación pública fue adjudicada al Consorcio formado inicialmente por SSA Holdings Internacional (en adelante SSAHI), sociedad constituida en las Islas Cayman, con domicilio en la ciudad de Seattle, y Sudamericana, Agencias Aéreas y Marítimas. Estas empresas constituyeron una sociedad anónima cerrada, regida por las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas, denominada San Antonio Terminal Internacional (STI), con el objeto de desarrollar, mantener y explotar el frente de atraque concesionado.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Si bien originalmente SAAM participó de la concesión del Molo Sur del Puerto de San Antonio detentando la propiedad del 70% del capital accionario de San Antonio Terminal Internacional, con posterioridad y en razón de las restricciones a la integración vertical fijadas por el Dictamen N° 1.045, se vio obligada a deshacerse de parte de su propiedad en STI, lo cual concretó vendiendo, cediendo y transfiriendo parte de sus acciones al accionista SSAHI.

De acuerdo a los criterios restrictivos, SAAM constituye lo que el Dictamen denomina “usuario relevante”, motivo por el cual se ve impedida de poseer más de un 40% del capital de San Antonio Terminal Internacional.

En cuanto a la duración y vigencia de las restricciones a la integración vertical, la Comisión Preventiva Central, en el N° 9 del párrafo XV de su dictamen, estipuló lo siguiente: “Estas reglas sobre integración vertical tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Con todo, luego de 5 años de celebrado el contrato de concesión, los concesionarios podrán requerir su modificación a la Empresa Portuaria respectiva, la que solo podrá proceder previo informe de la Comisión Preventiva Central”.

Habiéndose celebrado el contrato de concesión con fecha 10 de noviembre de 1999, se encuentra satisfecho el primer requisito para requerir de la Empresa Portuaria respectiva la modificación a las reglas sobre integración vertical.

A su vez, ya fue solicitada la modificación del Contrato de Concesión a la Empresa Portuaria respectiva, la cual manifestó su conformidad y coincidencia en orden a eliminar las restricciones a la integración vertical, restando el necesario informe previo de la Comisión Preventiva Central para autorizarlo, el que hoy debe emitirse por este Tribunal en su calidad de sucesor legal de dicha Comisión.

SAAM no sólo tiene interés legítimo en la modificación de restricciones a la integración vertical, sino además es la única afectada y perjudicada por tales reglas. En efecto, en la concesión del otro frente de atraque explotado por capitales privados al interior del Puerto de San Antonio no tienen aplicación las restricciones a la integración vertical, en tanto que en la concesión del Molo Sur es únicamente SAAM la que se ha visto perjudicada y afectada por

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

tales disposiciones, teniendo que ceder parte de su propiedad en San Antonio Terminal Internacional o renunciar a acceder a un aumento en la misma.

Añade la consultante que, a su juicio, las restricciones a la integración vertical impuestas por el Dictamen N° 1.045 fueron, desde su gestación, innecesarias. En efecto, señala que, desde antes del establecimiento de las restricciones a la integración vertical, existen disposiciones legales tendientes a impedir conductas discriminatorias y que, en consecuencia, otorgan al usuario afectado herramientas efectivas para impugnarlas. Agrega que basta para ello una revisión de las normas contenidas en la Ley 19.542 y su reglamento, de las cuales se observa que una eventual discriminación de precios por parte del concesionario es inviable. En particular, el artículo 51 de la Ley, y los artículos 19 letra E y 20 del DS muestran de qué manera la legislación ya se había preocupado de resguardar debidamente la libre competencia, sin que fuese necesaria la imposición de las restricciones que vino a establecer el Dictamen N° 1045.

Por lo demás, indica, la integración vertical *per se* no ha sido ni es contraria a la Ley 19.542 ni al DL 211. Añade que no es sólo en el texto de la ley donde no se contemplan las restricciones a la integración vertical fijadas en el Dictamen N° 1.045, sino que tampoco pueden hallarse pretensiones de establecer, regular y/o justificar restricciones de tal naturaleza durante la tramitación de la misma y/o en su historia fidedigna.

Por otro lado, la experiencia ha demostrado que la eliminación de las restricciones a la integración vertical no perjudicará la libre competencia.

En efecto, según la consultante, las condiciones de competencia existentes en el mercado portuario, las regulaciones legales, reglamentarias y convencionales aplicables a los actores del sector y, finalmente, las características del negocio, harían inviable, de manera absoluta, la presencia de dificultades en materias de transparencia o de imposibilidad de recurrir a prestadores alternativos.

La experiencia ha demostrado que la presencia de competencia relevante y efectiva en el mercado del Puerto de San Antonio ha impedido, desde los inicios de la concesión, que el concesionario ejerza conductas monopólicas

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

en perjuicio de los usuarios. La más importante competencia existente entre los diversos actores del sector y las estrictas regulaciones a la que éstos se ven sometidos, no son los únicos motivos por los cuales se hacen innecesarias y redundantes las restricciones a la integración vertical. En efecto, la existencia en el negocio del concesionario monooperado de inmensos costos fijos, hace que la rentabilidad de un terminal como el explotado por STI pase por lograr incrementar la escala de operación de éste, razón por la que tener actitudes discriminatorias o perjudiciales en contra de actores distintos de las sociedades relacionadas del concesionario va necesariamente en contra de toda racionalidad económica.

Por otro lado, transcurridos ya casi seis años de vigencia de la concesión del Molo Sur del Puerto de San Antonio, no pareciera haber dudas acerca de la redundancia e inutilidad de las reglas restrictivas de integración vertical.

Indica la consultante que las restricciones a la integración vertical han resultado ser reglas que han atentado en contra de la libertad y eficiencia de la empresa, pues han creado una barrera a la entrada a un mercado cuyo efecto es dejar fuera de él, parcial o totalmente, a quienes tienen el mejor conocimiento y el mayor interés legítimo para que ese mercado opere eficientemente.

El alzamiento de las restricciones provocaría un aumento de la eficiencia en el proceso productivo y una verdadera transmisión o irradiación de *know how* por parte del verticalmente integrado al mercado en el cual participa.

Respecto de los efectos positivos que se derivarían para el sector, como lo indican los señores Rojas y Jiménez, ello debiera traducirse en:

- 1) un mantenimiento y aumento de la inversión en el Puerto de San Antonio;
- 2) lo anterior traería aparejado un aumento de la inversión en los puertos que compiten con el terminal San Antonio;
- 3) lo cual conllevaría un incremento en la eficiencia portuaria regional y nacional;
- 4) que a su vez vendría acompañada por una reducción de los costos del comercio exterior y, finalmente;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

5) todo ello contribuiría a la obtención de un nivel social óptimo en la generación de servicios portuarios.

Finalmente, la consultante solicitó que este Tribunal informe y se pronuncie favorablemente respecto de la consulta realizada, declarando que la eliminación o alzamiento de las restricciones a la integración vertical aplicables a la concesión del frente de atraque Molo Sur del Puerto de San Antonio, no constituye ni conlleva infracción alguna a las disposiciones del Decreto Ley 211 y, en consecuencia, no impide, restringe ni entorpece la libre competencia.

**II.- ANTECEDENTES APORTADOS POR LOS INTERVINIENTES:**

1.- A fs. 270 aporta antecedentes el **COMITÉ SISTEMA DE EMPRESAS, SEP.**

El SEP es de opinión que resultaría conveniente alzar las restricciones impuestas a la integración vertical fijadas por el Dictamen N° 1045, en lo que se refiere a la concesión del frente de atraque Molo Sur del Puerto de San Antonio.

Para considerar lo anterior señaló especialmente que:

a) No se han producido conductas que pudieran afectar a la libre competencia y que motivaron las restricciones en comento. Sin embargo, dichas restricciones podrían haber servido como factor o elemento disuasivo para evitar abusos de posición dominante;

b) La tasa de eficiencia alcanzada por los puertos y su nivel de inversiones indica que la autorregulación ha funcionado de manera conveniente;

c) Resulta necesario tener un criterio concordante con aquellos establecidos en los contratos de concesión, a fin de que las empresas portuarias estatales puedan reaccionar oportunamente frente a eventuales situaciones que afecten la competencia, considerando que es posible, basado en las cláusulas de los mismos, hacer un debido control, pese a que el concepto de Autoridad Portuaria se circunscribe a lo estipulado en el contrato y no se

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

puede imponer a otras materias. Existiendo los controles establecidos en los contratos y en los reglamentos desde el inicio de las concesiones, ningún actor del sistema ha efectuado denuncia alguna de abuso de posición dominante;

d) La observación del mercado marítimo portuario de la V región, en especial lo acontecido en el Puerto de San Antonio en los últimos 5 años, demuestra empíricamente que los actores relevantes de la industria o los de mayor tasa de crecimiento han sido compañías competidoras de los controladores del terminal concesionado STI.

Por todo lo anterior, sostiene que no sería necesario mantener las restricciones a la integración vertical y se podría, por tanto, al menos, modificar los porcentajes de participación societaria permitidos, para así incentivar inversiones que permitan responder a un escenario de demanda creciente.

2.- A fs. 312 la **SUBSECRETARIA DE TRANSPORTES** aporta antecedentes y opina que:

a) La Ley 19.542 no contiene restricciones expresas a la integración vertical;

b) Las medidas restrictivas adoptadas fueron de origen preventivo y, transcurrido un lapso de 5 años, se ha constatado que no existen comportamientos discriminatorios en la carga y descarga del transporte marítimo por parte de STI, con una alta competitividad dentro del Puerto de San Antonio mismo y con los otros puertos públicos y privados de la V Región;

c) Si se consideran solamente los totales de carga de contenedores y carga general movilizada por los puertos de Valparaíso y San Antonio en el año 1997, San Antonio participaba con la movilización de un 50,5% y Valparaíso con un 49,7%. En el año 2004, la participación de Valparaíso fue de un 44,27% y la de San Antonio 55,73%, lo que muestra la alta competencia que existe entre estos dos puertos;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

d) Para mantener y aumentar su tasa de crecimiento creciente a través del aumento de la eficiencia portuaria y de la reducción de costos, el concesionario del Frente de Atraque Molo Sur debe emprender nuevos proyectos de inversión no contemplados en el contrato de concesión. Sin embargo, su iniciativa se ve supeditada a las prioridades de los otros socios, ya que su participación es minoritaria en la sociedad debido a la restricción de integración vertical que le asigna un máximo de 40% de participación;

e) En la actualidad, alrededor de un 87% de las exportaciones chilenas se movilizan a través del transporte marítimo y éstas son crecientes, por lo que es necesario proveer las herramientas que estimulen al máximo la eficiencia portuaria; y,

f) La presencia de Empresa Portuaria San Antonio, y de otras empresas al interior de Puerto San Antonio que compiten con STI, concesionario del frente de atraque Molo Sur, asegura que si el alzamiento de las medidas restrictivas a la integración vertical comenzara a producir distorsiones en la atención de la carga, éstas serán prontamente puestas en conocimiento de la autoridad;

En atención a lo expuesto, esa Subsecretaría se pronuncia favorablemente al alzamiento de las medidas restrictivas del Dictamen N° 1045 de la C.P.C.

3.- A fs. 318 se hace parte **Sociedad Marítima y Comercial Somarco Ltda.**, quien no aportó mayores antecedentes en la tramitación de la consulta, pero expresó su opinión en la audiencia pública que se llevó a efecto, manifestando su oposición a la eliminación de las restricciones a la integración vertical que solicitara la consultante.

4.- A fs. 319 se hace parte la **Federación de Trabajadores Marítimos Portuarios Eventuales, Contratados y Afines**, la que no aportó antecedente alguno en autos.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

5.- A fs. 330 informa la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA**, en los siguientes términos:

Existen numerosos trabajos teóricos y empíricos dedicados a estudiar cómo en un mercado se puede ver afectada la competencia cuando una de las etapas del proceso productivo requiere un insumo que es una facilidad esencial. Cuando esta facilidad esencial es provista por un monopolista, indudablemente cobra mayor relevancia y por esto es que se ha regulado el libre acceso a ella fijándole tarifas máximas y otras regulaciones de conducta. Cuando el monopolista, dueño de la facilidad esencial, está integrado verticalmente, podría tener incentivos a discriminar a sus competidores, entregándoles mala calidad de servicio, y con esto quitarles clientes mientras dura la discriminación. Esta discriminación no tarifaria también es conocida como sabotaje.

La integración vertical puede permitir extender el monopolio al mercado integrado. Para lograr un monopolio aguas abajo, la empresa puede usar discriminación de calidad o sabotaje, que consiste en ofrecer peores condiciones a los competidores de la firma en el mercado aguas abajo.

Una solución al problema del sabotaje es, directamente, impedir al dueño de la facilidad esencial la integración vertical con el mercado aguas abajo. No obstante, es factible aceptar la participación en la propiedad pero limitando el control a una empresa que no tenga participación en el mercado aguas abajo. Esto, a juicio de la Fiscalía, favorece la competencia y generaría una estructura societaria que desincentiva la colusión de los actores en el mercado portuario chileno concesionado.

Las regulaciones establecidas en el Dictamen N° 1045 para evitar la producción de conductas discriminatorias por parte de la sociedad concesionaria dueña de la facilidad esencial, son necesarias pero no suficientes, ya que, aún con esas regulaciones, el riesgo de sabotaje está siempre presente en este tipo de mercados.

En consecuencia, los riesgos de sabotaje están siempre latentes; dichos riesgos son muy difíciles de impedir completamente por la vía de la regulación de la facilidad esencial; el monopolista integrado siempre tiene incentivos a discriminar dadas las condiciones particulares de este mercado.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Respecto a la competencia intra e interportuaria en la V Región, la Fiscalía señala que debe consignarse que la competencia que presenta STI en esa región es imperfecta, ya que no siempre se encontrará un proveedor alternativo a sus servicios portuarios. Cabe hacer notar que la especialización de STI es hacia la carga contenedorizada, debido a que ésta genera una mayor valor a la actividad portuaria.

Para la competencia por carga contenedorizada y carga en general, se observa que el concesionario del Molo Sur de San Antonio, STI, compite de manera imperfecta con su contraparte en este puerto, el Espigón, ya que éste, por restricciones de calado, no puede atender el mismo tipo de naves que transfieren carga en STI. A nivel regional, el Espigón del puerto de Valparaíso queda limitado a competir por las mismas restricciones que su símil de San Antonio, y el frente de atraque concesionado de dicho puerto, Terminal Pacífico Sur, también representa una competencia imperfecta por las razones que señalará.

Para el análisis de competencia por la carga a granel, STI compite con el frente Panul de San Antonio y con los puertos de Ventanas y Oxiquim Quintero.

En cuanto a la competencia intraportuaria en el puerto de San Antonio, se puede señalar que:

- 1) la nave de diseño de este puerto se encuentra en el Molo Sur, por lo que la competencia del Espigón es imperfecta;
- 2) respecto de las actuales normas sobre prioridades establecidas para la atención de naves en el Molo Sur y en el Espigón, existen opiniones encontradas, las cuales no permiten asegurar que dichas normas garanticen suficientes condiciones de competencia, como para recomendar la eliminación de las restricciones a la integración vertical.

Respecto a la nave de diseño, la Fiscalía opina que el Puerto de San Antonio posee dos frentes de atraque. El Espigón, multioperado y administrado por EPSA y el Molo Sur, objeto de esta consulta. Las naves del tipo Panamax requieren de un calado de a lo menos 11 metros para su atención en el frente de atraque. Es posible observar que el calado de los sitios del Molo Sur es

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

superior al del Espigón (11,34 metros versus 9,45 metros, respectivamente). Esta condición de infraestructura limita las condiciones de competencia dentro del puerto, ya que no todas las naves que son atendidas en STI podrían serlo en el Terminal Multioperado. Producida esta situación, se observa un escenario de competencia intraportuaria limitada, en la que la sustituibilidad del Espigón respecto de STI no es perfecta.

Según la Fiscalía, este aspecto no fue considerado en la presentación de SAAM ni en el informe económico. Los consultantes sólo se refieren a la posibilidad de atender naves dependiendo del tipo de carga que transportan, y de esta manera consideran al Espigón como sustituto porque ambos pueden atender naves porta contenedores y naves de carga en general, pero no se hacen cargo de las restricciones que a este respecto plantea el hecho, cierto y de fácil comprobación, que la atención de nave de diseño es fundamental, más aún teniendo presente que es considerado en la Ley 19.542 como factor determinante al momento de decidir licitar un frente estatal y bajo qué modalidad se llevará a cabo dicha licitación.

Debe considerarse que actualmente EPSA está en proceso de licitación para dragar los sitios 4 y 5 del Espigón. Sin embargo, el objetivo de este dragado es aumentar el calado de los sitios hasta 10,5 metros, por lo que la nave de diseño seguirá estando en STI.

Respecto de las prioridades en la atención de naves, señala que el Espigón cuenta con 4 sitios, de los cuales sólo el 4 y 5 son comparables con los del frente licitado, por el tipo de naves que atienden, ya que éstos compiten por ciertas naves porta contenedores y de carga en general. No todas las naves que transfieren carga en STI podrían ser atendidas en el Espigón. Los sitios 6 y 7 sólo se utilizan para embarcaciones menores.

En cuanto al Molo Sur, señala que es un frente cuya especialización se enfoca en transferencia de contenedores.

Existe por otro lado un Acta de Conciliación entre EPSA y STI, producto de un juicio arbitral entre ambas, de fecha 30 de mayo de 2002, en la que se consignan las prioridades de atención de naves del Espigón, y además se incluye una cláusula en la que se indica que “Una nave podrá hacer uso parcial del sitio contiguo cuando éste se encuentre desocupado. Atracada

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

una nave cualquiera de los sitios 4 o 5 no podrá ser sacada hasta el término de la transferencia de su carga en ese sitio”.

Entonces, esta cláusula limita la capacidad del Espigón de competir con STI, sobre todo cuando se trata de carga contenedorizada. El Espigón, específicamente los sitios 4 y 5, poseen en conjunto una eslora de 341 metros de largo. Sin embargo, las naves que actualmente atienden en el Puerto de San Antonio, corresponden en su mayoría a naves de más de 170 metros de eslora. Sólo las naves de cabotaje serían una excepción a esto. Se observa entonces que la existencia de esta cláusula de arbitraje restringe las posibilidades del Espigón de competir con STI.

En cuanto a la competencia interportuaria en la V Región, señala que se puede anticipar que la sustituibilidad entre los puertos de la V Región no es perfecta. Si bien Valparaíso disciplina a San Antonio en ciertos aspectos de la carga contenedorizada y fraccionada, las obligaciones contractuales de los puertos con las empresas navieras hacen que la posibilidad de cambio sea restringida en el corto plazo.

En la V Región, se da competencia entre puertos estatales y privados. Los principales puertos comerciales chilenos son San Antonio y Valparaíso, que concentran más del 70% de la carga transportada desde y hacia el país, moviendo en mayor medida contenedores y graneles sólidos en el primer caso y contenedores y carga fraccionada en el segundo.

Los puertos privados de uso público de la V Región son Puerto Ventanas y el Terminal Oxiquim Quintero. El primero de ellos opera graneles líquidos y sólidos y el segundo sólo líquidos.

Análisis de sustituibilidad: la Fiscalía señala que es posible concluir que la nave de diseño de la V Región puede ser operada, tanto en el STI como en Terminal Pacífico Sur, en adelante TPS, de Valparaíso. Si se analiza por tipo de carga transferida, se podrá observar que los puertos privados de la V Región sólo compiten por cargas a granel y fraccionadas, mientras que la especialización de San Antonio se enfoca hacia la carga contenedorizada. Entonces, centrando el análisis en la competencia por la carga en contenedores, se entenderá que ésta se restringe a STI con TPS, ya que tanto el Espigón de San Antonio como el de Valparaíso no son sustitutos

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

perfectos debido a que tienen un menor calado, lo que no permite la sustituibilidad entre el Molo Sur y aquellos.

No obstante lo anterior, la competencia entre STI y TPS no es perfecta, por las siguientes razones:

- a) Si se compara la tasa de transferencia de ambos puertos, se podrá observar que TPS posee un rendimiento promedio de transferencia de 279 ton/hora, mientras que en San Antonio este mismo indicador presenta un nivel de 419 ton/hora;
- b) La competencia entre ambos terminales está además condicionada a los aspectos logísticos de los mismos. En este aspecto, San Antonio cuenta con accesos expeditos y extensas áreas de respaldo, mientras que Valparaíso no cuenta con este nivel de facilidades;
- c) En el puerto de San Antonio la mayoría de las compañías navieras que allí operan poseen servicio de línea, es decir, naves que recalcan con una periodicidad establecida y programada de antemano.

Un eventual alzamiento de las restricciones a la integración vertical en el Molo Sur podría dar lugar a probables sabotajes de parte del monopolista para favorecer a sus empresas navieras relacionadas, lo que podría generar una ventaja estratégica para estas últimas, que no derivarían necesariamente de la eficiencia, lo que podría ser explotado a través de una cadena logística integrada, versus sus competidores que no la tienen. Hoy no es posible cuantificar el tamaño de este efecto sobre los clientes, pero dado que el negocio del flete marítimo tiene una mayor disposición a pagar por un menor tiempo de viaje, el nuevo producto de la compañía naviera integrada a la instalación esencial, sería mejor valorado que el de otras líneas de su competencia, suponiendo que las otras condiciones ofrecidas sean iguales; y,

- d) En casos de congestión en TPS, lo que efectivamente ocurre en la temporada de exportación de fruta, en la que el puerto establece un cambio en su prioridad de atención de naves en dos de sus sitios, relega a los portacontenedores a un segundo lugar y da preferencia a los productos hortofrutícolas que son embarcados como carga fraccionada;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Todo lo anterior grafica que la definición de sustituibilidad de un puerto por otro no es simple de delimitar y los problemas asociados a la competencia que esto pueda traer tienen que ser analizados en detalle.

Finalmente la Fiscalía señala que:

- 1) Cabe hacer presente que, si bien la consulta realizada se refiere a las restricciones verticales impuestas para el puerto de San Antonio, el Dictamen N° 1045 afecta también a los puertos de Valparaíso, San Vicente, Antofagasta y Arica. Por lo tanto, un eventual alzamiento de las restricciones al puerto de San Antonio podría tener efectos en dichos puertos concesionados;
- 2) Los argumentos que dieron origen a las restricciones impuestas por el Dictamen N° 1.045 se fundamentaban en que en este mercado, a pesar de existir una normativa muy detallada, las discriminaciones son sutiles y difíciles de probar, por lo que no resulta suficiente la regulación de la instalación esencial para evitar las posibles conductas anticompetitivas;
- 3) La solicitud de la consultante se sustenta, por una parte, en el hecho que, en la medida que existan servicios portuarios alternativos, será imposible para el operador portuario sacar provecho de un comportamiento discriminatorio ya que no existirían incentivos para realizar dicha discriminación. En relación con este argumento, se debe tener presente que la competencia que enfrenta STI en la V Región es imperfecta, ya que no siempre se encontrará un proveedor alternativo a sus servicios portuarios y, además, los servicios portuarios representan un costo muy pequeño dentro del costo del flete marítimo, por lo cual podrían existir incentivos para discriminar en los servicios portuarios si el entorno en el mercado del transporte de carga marítimo compensa los costos de dicha discriminación;
- 4) En relación con la competencia intraportuaria, la nave de diseño de este puerto se encuentra en el Molo Sur, por lo que la competencia del Espigón es imperfecta. Asimismo, las actuales condiciones de prioridades establecidas para la atención de naves en el Molo Sur y en el Espigón no entregan suficientes condiciones de competencia. Sería necesario, al

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

menos, contar con que el Espigón de San Antonio tuviera la capacidad y condiciones suficientes para competir directamente con el Molo Sur;

- 5) Adicionalmente, debe consignarse que respecto a la materia en estudio, los puertos son activos específicos, con altos costos hundidos. Por tanto, si se levantan las restricciones verticales y posteriormente se producen problemas de competencia a raíz de esta decisión, la dificultad de reimplantar las restricciones y/o de dar pie atrás con lo invertido, es de un valor considerable; y,
- 6) Por lo tanto, un eventual alzamiento de las restricciones verticales establecidas en virtud del Dictamen N° 1045 o una flexibilización de aquéllas, debiera tener presente las anteriores consideraciones desde el punto de vista de la libre competencia.

Con fecha catorce de diciembre de dos mil cinco tuvo lugar audiencia pública decretada en autos, participando los abogados de las partes intervinientes y quedando los autos en estado de fallo.

**CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que el Dictamen N° 1.045, de fecha 21 de agosto de 1998, estableció en el numeral 8.- del título XV del dictamen, en relación con el numeral 3.- del título XIII, ciertas normas relativas a las limitaciones a las empresas que presenten un grado de integración vertical relevante con la actividad portuaria. El propósito de dicho Dictamen fue asegurar la transparencia y evitar subsidios cruzados, promoviendo la existencia de intereses independientes suficientemente fuertes al interior de las sociedades concesionarias, de modo de propender al manejo de la concesión como un negocio independiente, que maximice su propio beneficio económico.

Además, el dictamen señala en el numeral 3.1.- (página 22 del texto del dictamen) que el conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

un 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% de las utilidades de la sociedad concesionaria.

Por otra parte, el dictamen precisa en su numeral 3.2.- que “serán considerados usuarios relevantes las personas que por sí y en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga por vía marítima, sea como empresas navieras, exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, transportistas multimodales, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier título o modalidad, i) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva o ii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada por medio del frente de atraque objeto de la respectiva concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas) participare a varios títulos, será considerado usuario relevante si supera los porcentajes referidos en razón de su participación a cualquier título de la misma naturaleza. Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán al 31 de marzo, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a la Empresa Portuaria dentro de los 30 días siguientes”.

Asimismo, en su numeral 3.3.- se indica que, para los efectos de los porcentajes máximos referidos precedentemente, al porcentaje de propiedad, voto o utilidades que tengan directamente en la sociedad concesionaria sus accionistas, se agregará la participación total que posean sus personas relacionadas en la propiedad, voto o utilidades de la concesionaria.

En su numeral 3.4.-, a efectos de las reglas anteriores del Dictamen, se tiene por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros para dar por establecida tal relación.

Adicionalmente, el numeral 3.5.- del dictamen exige que los estatutos de las sociedades concesionarias incorporen la regla de que si uno o un conjunto de accionistas de la sociedad concesionaria (incluyendo sus respectivas

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

personas relacionadas) supera los límites de participación referidos anteriormente (exceso de participación), tales accionistas deberán proceder a la enajenación, dentro de tres meses, del exceso de participación, de la manera que acuerden en los pactos que celebren, otorgándose en todo caso poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a la enajenación del exceso de participación a prorrata de sus respectivas participaciones, por medio de una bolsa de valores, si transcurridos 45 días desde que se produjo el exceso de participación, éste no hubiere sido enajenado.

El numeral 3.6.- del dictamen en cuestión señala que los concesionarios proporcionarán a las Empresas Portuarias información, a lo menos trimestralmente, respecto de las relaciones de sus accionistas con sus personas relacionadas que resulten pertinentes.

El numeral 3.7.-, por su parte, establece que las bases y el contrato de concesión establecerán que, si pasados tres meses desde que se produce el exceso de participación no se ha procedido a enajenar el referido exceso de participación a un tercero no sujeto a inhabilidad, se entenderá por ese solo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, y la Empresa Portuaria respectiva tendrá derecho a poner término a la concesión, según lo dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19.542 .

Finalmente, el numeral 3.8.- señala que estas reglas tendrán vigencia durante el plazo de concesión, pero indica asimismo que, luego de cinco años de alebrado el contrato de concesión, los concesionarios podrán requerir su modificación a la Empresa Portuaria respectiva, la que sólo podrá proceder previo informe favorable de la Comisión Preventiva Central.

**Segundo:** Que en cuanto a las normas sobre integración horizontal, el referido Dictamen N° 1.045, en sus numerales 7.1 al 7.5, del título XV, aprobó las siguientes reglas:

1.- La sociedad que se adjudique la concesión de un frente de atraque estatal, sus controladores y sus accionistas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas tengan, directa o indirectamente, más del 15% del capital accionario, no podrán participar con más del 15%, directa o

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

indirectamente, en una sociedad concesionaria de otro frente de atraque estatal en la misma región. Las sociedades que participen con más de un 15% en la propiedad u operación de puertos privados, sus controladores y sus accionistas, por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, no podrán participar, directa o indirectamente, en más de un 15% en la sociedad concesionaria de un frente de atraque estatal en la misma región.

2.- No obstante lo anterior, ningún interesado estará impedido de participar en la licitación de más de un terminal estatal en una misma región, pero en caso de que se le adjudique más de una licitación deberá atenerse a las condiciones establecidas en el punto 7.1 del Dictamen. Los propietarios de puertos privados también podrán participar en las licitaciones y, en caso de adjudicárselas, no podrán acceder a más de un 15% de las acciones de la sociedad concesionaria en la misma región. Sin embargo, es posible que las empresas adjudicatarias, por razones de preferencia, opten por alcanzar una mayor participación en el frente de atraque estatal en la misma región, para lo cual deberán reducir su participación en el puerto privado hasta alcanzar el 15% del capital accionario, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se ejerza tal opción.

3.- Los estatutos de las sociedades concesionarias deben incorporar la regla de que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que hayan superado los umbrales de participación referidos en la regla anterior (exceso de participación), deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación, de la manera que tales accionistas acuerden en los pactos que celebren, otorgándose en todos los casos poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a esa enajenación por medio de una bolsa de valores si pasados 45 días desde que venció el plazo indicado, este exceso no fuere enajenado.

4.- Las bases y el contrato de concesión deben establecer que, si transcurridos los plazos señalados anteriormente no se hubiere procedido a enajenar el referido exceso a un tercero no sujeto a inhabilidad, se entendería por ese solo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, y la Empresa Portuaria respectiva tendría derecho a

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

poner término a la concesión según lo dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19.542.

Para los efectos de las reglas antes indicadas, el Dictamen estableció que se aplican las definiciones de controladores y de relacionadas contenidas en la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros para dar por establecida tal relación;

**Tercero:** Que, en su numeral 9, del título XV, el Dictamen estableció que las reglas sobre integración vertical y horizontal referidas en los considerandos anteriores, “tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Con todo, luego de cinco años de celebrado el contrato de concesión, los concesionarios podrán requerir su modificación a la Empresa Portuaria respectiva, la que sólo podrá proceder previo informe de la Comisión Preventiva Central”. De esta forma, se reconoció en el propio Dictamen que durante el período posterior a las licitaciones probablemente se haría más fácil definir si es posible que los puertos compitan entre sí en igualdad de condiciones y que sean concebidos y operados como negocios independientes de otros negocios vinculados al comercio exterior. De suceder aquello, se estaría en situación de analizar la conveniencia de disminuir o eliminar algunas de las restricciones señaladas;

**Cuarto:** Que, en su presentación de fs. 206, SAAM solicitó que este Tribunal informe y se pronuncie favorablemente respecto de la consulta efectuada, resolviendo y declarando que la eliminación o alzamiento de las restricciones a la integración vertical aplicables a la concesión del frente de atraque Molo Sur del Puerto de San Antonio, no constituye ni conlleva infracción alguna a las disposiciones del Decreto Ley N° 211 y, en consecuencia, no impide, restringe ni entorpece la libre competencia;

**Quinto:** Que, para resolver la consulta planteada, es necesario tener en cuenta las potenciales consecuencias de la integración vertical que, desde el punto de vista de la libre competencia, podrían producirse de aceptarse por este Tribunal el alzamiento de las restricciones impuestas por el Dictamen N° 1.045;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Sexto:** Que, en cuanto a la relación comercial entre la empresa naviera consultante y la empresa portuaria integrada verticalmente con ésta, es necesario tener en consideración que la importancia relativa de la Compañía Sudamericana de Vapores S.A.(CSAV) -relacionada con SAAM- dentro del total de servicios prestados por STI ha disminuido en los últimos años. De acuerdo a información proporcionada por la consultante, en el año 2000 CSAV era el principal cliente naviero de STI con una participación mayor al 50%. A junio del año 2005, CSAV presentaba una participación cercana al 25%. Maersk Sealand ha aumentado su importancia relativa en el negocio de STI en el mismo período. Por otra parte, han entrado nuevos clientes como Mediterranean Shipping Co. y la Compañía Chilena de Navegación Interoceánica. Lo anterior puede considerarse un indicador de que STI no necesariamente favorece a su empresa relacionada en los servicios portuarios, al menos en cuanto a volumen;

**Séptimo:** Que, respecto a la competencia intraportuaria, debe tenerse en cuenta que el Espigón no puede atender a las naves de mayor calado (carga en contenedores y carga general), las que sí pueden ser atendidas en STI. Menciona además la consultante que, actualmente, las naves que requieren el calado que sólo tienen los frentes de atraque de STI, representan el 8% de las embarcaciones que llegan a los mismos; el 92% restante de las naves podrían ser atendidas en el Espigón de San Antonio. Por otra parte, la consultante indica que, a fin de beneficiarse de los altos volúmenes transferidos por dichas naves, STI les ofrece las tarifas más atractivas;

**Octavo:** Que, respecto a la competencia interportuaria, este Tribunal estima que el competidor más cercano a STI es el puerto de Valparaíso, puerto en que operan el Espigón de Valparaíso -no concesionado- y Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. (TPS), que es el frente de atraque concesionado de dicho puerto. El calado de TPS es prácticamente igual al calado de STI, por lo que TPS es un competidor relevante que podría prestar servicios a las naves de mayor calado que actualmente no pueden ser atendidas en el Espigón de San Antonio. Según lo señalado por SAAM y no contradicho por ningún antecedente aportado a la consulta, TPS contaría con más sitios de atraque y más metros de muelle que STI. Para

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

las naves de menor calado, también se vuelve relevante la competencia del Espigón de Valparaíso;

**Noveno:** Que, si bien el terminal de STI enfrenta competencia, tanto intra como interportuaria, y la regulación aplicable a los puertos establece mecanismos que disminuyen los riesgos de prácticas anticompetitivas por parte de la empresa concesionaria, dicha competencia es imperfecta, como bien señala el señor Fiscal Nacional Económico en su informe y, por ende, aún existe un potencial riesgo de este tipo de conductas por parte de STI, con el objeto de beneficiar a CSAV por sobre el resto de las compañías navieras. Dicho riesgo aumentaría si CSAV, por sí o a través de empresas relacionadas, se hiciere dueño exclusivo de STI. En efecto, dado que las utilidades del negocio portuario son muy bajas en relación con las del negocio de transporte marítimo, existe la posibilidad de que la naviera relacionada con el puerto obtuviese poder de mercado discriminando a la competencia. Esta estrategia podría ser rentable para el dueño del negocio integrado aún ante la pérdida de utilidades en el negocio portuario, dado que, en dicho caso, el negocio relevante para la toma de decisiones sería la suma del negocio portuario y el negocio naviero. Por lo anterior, sacrificar utilidades en un negocio para aumentar las utilidades en el otro podría ser rentable para el negocio global;

**Décimo:** Por lo anterior, para evitar -o al menos disminuir- la posibilidad de que STI desarrolle estrategias de este tipo, este Tribunal estima conveniente que dicha empresa tenga al menos un accionista que no sea usuario relevante del Terminal de STI, que tenga derecho a participación en el directorio y en las utilidades. De esta forma, se genera un mecanismo de control de este tipo de conductas, pues este accionista tendría los incentivos adecuados para impedir acciones discriminatorias que no sean convenientes para el negocio portuario, aun cuando fuesen rentables para el negocio naviero integrado, o a lo menos tendría incentivos para denunciar eventuales discriminaciones arbitrarias a favor de la naviera integrada verticalmente, las que, de existir, serían ilícitas;

**Undécimo:** Que, en efecto, tanto la ley N° 19.542, que moderniza el sector portuario estatal, como el Decreto Supremo N° 104 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones del año 1998 (reglamento de dicha ley),

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

contienen disposiciones que tienden a impedir conductas discriminatorias por parte de los concesionarios. De hecho, el artículo 51 de la ley N° 19.542 estipula que las concesiones portuarias se extinguirán, entre otras cosas, por “incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, y de las causales que estipulen las bases de licitación”. Por su parte, el reglamento de la ley prescribe en su artículo 19 que, entre otras obligaciones del concesionario, se encuentran las de prestar el servicio “en forma continua y permanente y en condiciones no discriminatorias”, y la de “establecer tarifas públicas y no discriminatorias, las que no podrán ser superiores a las contratadas” en la licitación que adjudica el puerto. El artículo 20 de dicho reglamento estipula que “el concesionario no podrá establecer exenciones ni rebajas ajenas al tarifado vigente por el servicio de uso de la respectiva infraestructura, cualquiera que sea la denominación con que en adelante se denomine o estructure este servicio”. Es la empresa portuaria quien debe velar porque se cumplan las condiciones estipuladas en la concesión, entre las cuales se cuentan las recién mencionadas;

**Duodécimo:** Que, asimismo, eventuales conductas discriminatorias en favor de la empresa integrada verticalmente podrían infringir también las normas sobre protección a la libre competencia y ser, por ende, objeto de las sanciones y medidas que establece el Decreto Ley 211;

**Décimo Tercero:** Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que, en la Resolución N° 733 de la Honorable Comisión Resolutiva, antecesora de este Tribunal, de fecha 24 de junio de 2004, que se encuentra plenamente vigente, se dispusieron dos recomendaciones a la Empresa Portuaria San Antonio S.A. cuyo cumplimiento por dicha empresa implicaría, por una parte, flexibilizar el sistema de preferencias establecido en su Reglamento de Servicio, a fin de que pueda darse preferencia a las naves porta contenedores que esperan atracar en los sitios 4 y 5 del Espigón y, por la otra, que puedan operar en el Espigón naves de mayor calado. El cumplimiento de tales recomendaciones tenderá a promover una mayor competencia entre el Espigón y el Molo Sur, operado por STI, lo que hace esperable que los riesgos que, desde el punto de vista de la competencia, implicaría el hecho de disminuir las restricciones a la integración vertical, podrían verse atenuados en el futuro;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Décimo Cuarto:** Que, en conformidad a lo señalado en los considerandos precedentes, este Tribunal estima que las condiciones de competencia existentes y el análisis del mercado en cuestión y su evolución desde el otorgamiento de la concesión del Molo Sur del Puerto de San Antonio a STI, permiten concluir que están dadas las condiciones para disminuir las restricciones a la integración vertical establecidas en el Dictamen 1.045 tantas veces citado, pero no estima prudente dejarlas sin efecto, dados los referidos potenciales riesgos para la competencia que se producirían si la integración vertical fuese total;

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 31 y siguientes del Decreto Ley N° 211, este Tribunal **resuelve:**

Informar favorablemente la consulta efectuada por Sudamericana, Agencias Aéreas y Marítimas S.A. a fojas 206, sólo en cuanto se autoriza que los usuarios relevantes, definidos en el Dictamen N° 1.045 de la Honorable Comisión Preventiva Central, entre los que se cuenta la consultante, puedan tener una participación en el capital, en el capital con derecho a voto y en las utilidades de la sociedad concesionaria del Molo Sur del Puerto de San Antonio, San Antonio Terminal Internacional S.A., que no podrá exceder del 60 % de los mismos, todo ello en los términos establecidos en el numeral 8., del título XV, en relación con el numeral 3., del título XIII, del referido Dictamen N° 1.045, de fecha 21 de agosto de 1998.

En todo lo demás, se mantiene plenamente vigente el referido Dictamen y las restricciones a la integración vertical y horizontal que contiene.

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Pablo Serra Banfi. No firma el Ministro señor Serra por encontrarse ausente, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo. Autoriza, Jaime Barahona Urzúa, Secretario Abogado.