

Santiago, veintiocho de diciembre del año dos mil seis.

Vistos:

En estos autos rol N° 3.395-2006 se trajeron los autos en relación, para conocer de los recursos de reclamación interpuestos, a fojas 5885, por la Fiscalía Nacional Económica; a fojas 5.894, por Agencias Universales S.A., "AGUNSA"; a fojas 5.920, por Ian Taylor y Compañía S.A.; a fojas 5.932, por A.J. Broom y Cía. S.A.C.; a fojas 5.957, por Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. "SAAM"; y a fojas 5.973, por Ultramar Agencia Marítima Limitada, en autos caratulados "Asociación de Exportadores de Chile AG. con Ultramar Agencias Marítimas S.A. y otros", sobre infracciones al Decreto Ley N° 211, de Libre Competencia, contra los reclamados ya individualizados, impugnaciones formuladas respecto de la sentencia definitiva N° 38/2006, de siete de junio del año en curso escrita a fojas 5.841, pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En la decisión que se impugna se acogieron el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y la denuncia de la Asociación de Exportadores de Chile "Asoex" en contra de Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. "SAAM"; Ultramar Agencia Marítima Limitada; Agencias Universales S.A., "AGUNSA"; A.J. Broom y Cía. S.A.C. e Ian Taylor y Compañía S.A., a quienes se les aplicó multas de 2500, 2500, 1440, 190 y 60 UTM, respectivamente, con costas. Asimismo se les previno para que en lo sucesivo, se abstengan de continuar efectuando las conductas materia de estos autos. El procedimiento se inició mediante la denuncia de 27 de enero de 2003 que realizó la Asociación de Exportadores de Chile AG, Asoex, por diversas infracciones al Decreto Ley N° 211, sobre Libre Competencia, entre ellas por concertación de precios, abuso de posición dominante, precios abusivos y discriminación arbitraria, en contra de las siguientes empresas de Agenciamiento de Naves: Ultramar Agencia Marítima S.A. (en adelante, ULTRAMAR), Agencias Universales S.A. (en adelante AGUNSA), Sudamericana Agencias Aéreas y marítimas S.A. (en adelante SAAM), Ian Taylor y Cía S.A.; A. J. Broma y Cía S.A.C. y Marítima Valparaíso-Chile S.A., fundándola en el hecho que, a fin de exportar sus mercaderías cada exportador debe contratar a un Agente de Aduanas para que, en su nombre y representación, realice ante el Servicio Nacional de Aduanas los trámites documentarios necesarios y exigidos para efectuar las distintas operaciones de exportación, y se les ha obligado a efectuar pagos injustificados por un acuerdo de estas empresas.

En efecto, la denunciante, Asociación de Exportadores de Chile AG., asociación gremial representada por Ronald Bown Fernández y Miguel Cana Echeverría Vergara denunció a las Agencias de Naves antes señaladas por diversas infracciones al Decreto Ley N° 211, entre ellas, concertación de precios, abuso de posición dominante, precios abusivos y discriminación arbitraria.

Señala en su denuncia que la entidad gremial está conformada por 73 empresas exportadoras asociadas y más de 220 asociadas en calidad de colaboradoras. Hace una referencia a la normativa legal aplicable y el rol del agente de aduanas en materia de exportaciones, para luego referirse

concretamente a los nuevos cobros implantados por las agencias de naves en abril de 2002, que es la materia fundamental del reclamo, por concepto de visto bueno en el Documento Único de Salida (DUS).

Explica que hasta el año 2000 para embarcar mercadería era necesario tener una orden de embarque, documento que era preparado por el Agente de Aduanas del exportador, numerado por el Servicio de Aduanas y sometido al visto bueno del agente naviero, trámite este último obligatorio en la práctica y sin costo para el exportador. Sólo cumplidos estos trámites se podía llevar la mercadería a puerto para embarque.

Después de embarcada la mercadería y zarpado el barco, se emitía la declaración de exportación, documento que debía ser presentado posteriormente al Banco Central de Chile. Añade que esto cambió el 16 de febrero de 2001, cuando el Servicio Nacional de Aduanas dictó una resolución. Después de embarcada la mercadería y zarpado el barco, se emitía la declaración de exportación, documento que debía ser presentado posteriormente al Banco Central de Chile. Añade que esto cambió el 16 de febrero de 2001, cuando el Servicio Nacional de Aduanas dictó una resolución simplificando el procedimiento, al unir sus propias funciones con las del Banco Central. Así se implementó el llamado Documento Único de Salida (DUS), el que vino a reemplazar a la orden de embarque. No obstante lo anterior, las agencias de naves acordaron continuar exigiendo el visto bueno en el DUS, como condición indispensable para embarcar la mercadería. Agrega que lo que hasta aquí era un trámite burocrático, se transformó luego en un acto contrario a la libre competencia, desde que las mismas agencias -actuando concertadamente- decidieron entre sí comenzar a cobrar tarifas injustificadas. Añade que estas agencias que decidieron, unilateralmente, comenzar a cobrar a las exportadoras por la realización de un mero trámite impuesto también, unilateralmente, como requisito para el embarque de las mercaderías representan un alto porcentaje del total de la carga que sale de nuestro país.

Los servicios que cobran se refieren fundamentalmente a la obtención del visto bueno en el DUS, pero adicionalmente incluyen otros supuestos servicios al exportador como recepción y revisión de la matriz del conocimiento de embarque provisorio, con respecto al llamado "booking" de carga y DUS, eventuales correcciones al conocimiento de embarque hasta 24 horas del zarpe de la nave, y emisión de tres copias no negociables adicionales.

En opinión de la asociación denunciante, ninguno de estos rubros constituyen verdaderamente servicios que las agencias de naves dan al exportador; se trataría más bien de prestaciones inútiles e injustificadas, que de tener algún tipo de fundamento, el mismo se encontraría indisolublemente ligado a las obligaciones propias de la compañía naviera, estando por ellas implícitas en el propio contrato de transporte. Señala que tradicionalmente han sido las propias empresas e exportadoras las que han llenado estos documentos y dicha costumbre no puede usarse ahora, cobrándoles bajo pretexto de revisión del contenido de esos documentos, existiendo, además simultaneidad en el inicio del cobro y de

los precios.

Indica, también que existen otros cobros adicionales, impuestos unilateralmente por las agencias de naves, conjuntamente con el anterior; como por ejemplo, correcciones, servicios fuera de horarios, certificados. etc. Indica, también que existen otros cobros adicionales, impuestos unilateralmente por las agencias de naves, conjuntamente con el anterior; como por ejemplo, correcciones, servicios fuera de horarios, certificados. etc.

En seguida, la Asociación de Exportadores reseña algunas particularidades de los nuevos cobros implantados por los agentes navieros, entre las cuales pueden destacarse las siguientes: simultaneidad; similitud de los precios por visto bueno del DUS; similitud en la estructura de precios de los nuevos cobros, distintos al DUS; idéntica sanción en el caso de no pago; formas en que se dieron a conocer a los exportadores y agentes de aduana; arbitrariedad en los conceptos cobrados: falta de prestación de servicios y distinciones entre servicios sin fundamento; y discriminación entre distintos exportadores sin base objetiva alguna.

Destaca que la igualdad de castigo por no pago es muy importante pues demuestra la existencia de una política concertada entre las agencias navieras. Agrega que en todos los casos, con la excepción de las grandes exportadoras, que han logrado ser eximidas, la forma de exigir el cumplimiento del pago de estos servicios, ha sido negar el embarque de la mercancía que se pretende exportar. Las agencias sólo aceptan el pago del visto bueno cancelando en efectivo o mediante cheque nominativo al día. En otro aspecto, destaca la relevancia económica de la materia en discusión y de la conducta imputada, señalando al efecto la existencia de:

a.- Concertación. Acuerdos horizontales de precios: señala que se está en presencia de una igualdad de precios, cuyos indicios más claros son la simultaneidad en la época en que ocurrió el alza, similitud de las nuevas tarifas fijadas por la empresa, y que no existe ninguna racionalidad económica para explicar esos valores;

b.- Abuso de posición dominante: esta se habría ejercido por las agencias navieras, ya que al momento de exigir un pago adicional al pactado entre la exportadora y la empresa naviera, el afectado no tiene ninguna posibilidad de recurrir a otro proveedor del mismo servicio. En efecto, no existen fletes alternativos que cumplan con los requisitos de fechas, rutas y tipos de carga comprometidas;

c.- Precios abusivos: falta de transparencia y ausencia de justificación de los nuevos cobros. Esto se reflejaría en la negativa de las agencias navieras de informar oficialmente estos nuevos cobros, para hacerlo verbalmente y exigiendo el pago a algunos y no a otros. En el caso del cobro por el visto bueno, los hechos demuestran que no hay servicios prestados a las exportadoras. - Precios abusivos: falta de transparencia y ausencia de justificación de los nuevos cobros. Esto se reflejaría en la negativa de las agencias navieras de informar oficialmente estos nuevos cobros, para hacerlo verbalmente y exigiendo el pago a algunos y no a otros. En el caso del cobro por el visto bueno, los hechos demuestran que no hay servicios prestados a las exportadoras, ya que no sólo no es trámite obligatorio sino que además es

inútil; y, en cuanto al cobro por "fuera de horario", este recargo lo es por presentar el trámite fuera del horario preestablecido, pero que en todo caso está dentro del horario hábil de pleno funcionamiento de las agencias navieras; y d.- Discriminación arbitraria: ello por cuanto las grandes exportadoras habrían logrado ser eximidas de estos pagos.

Termina solicitando que se acoja la denuncia y se dictamine que los cobros denunciados son nulos y contrarios a las normas de la libre competencia, y que se prohíba a las denunciadas y a sus filiales continuar imponiendo los cobros denunciados, por ser ellos nulos y contrarios a las normas de la libre competencia, que se condene a los infractores a las máximas sanciones establecidas en el Decreto Ley N° 211, más las costas de la causa.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia trajo los autos en relación, y en la sentencia, que rola a fojas 5.841 y siguientes, acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y la denuncia de Asoex en contra de SAAM, ULTRAMAR, AGUNSA, A.J.Broom y Cía., e Ian Taylor Cía S.A. imponiéndoles sendas multas por los montos ya señalados.

A fojas 5885, se dedujo Reclamación por la Fiscalía Nacional Económica, en la que se hace referencia a los hechos de la causa, recogidos por los sentenciadores, y luego añade que, pese a acoger gran parte de los requerimientos de la Fiscalía Nacional Económica, la sentencia no hace mención alguna a las circunstancias que han de considerarse para la determinación de la multa en los procesos de defensa de la libre competencia, tal como lo exige el artículo 26 inciso final del Decreto Ley N° 211. Agrega que esto se ve agravado porque en el proceso existen antecedentes suficientes, incluyendo el propio requerimiento de la fiscalía, además de la denuncia de los exportadores, para que el tribunal pudiese haber realizado el análisis requerido por el legislador.

Señala las principales circunstancias determinantes de la multa, que constan en el proceso, son a saber: el beneficio económico obtenido por las requeridas, la gravedad de la conducta, y el daño causado a la libre competencia, a las víctimas "exportadores-, al mercado relevante del transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, y a la economía, modelo exportador del país competitividad de exportaciones. Luego señala cómo el detalle de estas circunstancias han confluído en la especie.

Añade que en la aplicación de las multas el Tribunal no sólo no consideró la cuantía de las mismas, solicitada por la Fiscalía Nacional Económica, pues el monto de ellas fueron considerablemente inferiores, sino que además no se pronunció en parte alguna sobre las razones y circunstancias precisas que la misma Fiscalía Nacional Económica esgrimió y acreditó como fundamento de su petición. A vía de ejemplo señala que, según el Servicio de Aduanas, durante el 2001 se tramitaron más de 280 mil declaraciones de exportación, por lo que si se considera una tarifa promedio de 26,5 dólares por cada visto bueno, el monto que podrían obtener ilegítimamente las denunciadas sería superior a 4 millones de dólares al año. Considera igualmente, que no se puede obviar que desde la fecha en que se iniciaron los cobros, entre marzo y abril del año 2002, reconocido en la sentencia, y hasta la fecha del fallo, los mismos se han seguido produciendo transcurridos

más de cuatro años, lo que representa un gran daño patrimonial a los exportadores y a la competitividad de éstos y del país.

Indica que también debe considerarse que los Documentos Únicos de Salida marítimos constituyen un 70% del volumen total de documentos de exportación, y un 90% si se mide en valor FOB, por lo que es muy relevante la exportación por vía marítima como primera modalidad para este tipo de comercio desde nuestro país, por lo que la conducta sancionada por el tribunal ha sido de tal gravedad (artículo 26) que ha afectado a la principal vía de exportación de los productos chilenos al exterior.

Se agrega, además, que por ello se señaló en el requerimiento que, de no sancionarse oportunamente a las agencias navieras, la conducta podía constituirse en una costumbre mercantil, aplicable en el comercio marítimo a todo aquél que requiera el servicio de transporte en régimen de conocimiento de embarque, dañando seriamente las condiciones de competencia efectiva, al distorsionar la orientación natural, libre y eficiente que debe primar en este mercado. Hace presente, por otra parte, que las conductas cometidas por las requeridas, se han repetido en los principales puertos privados del país, respecto de actividades exportadoras de alta significación nacional, como son las frutas, el salmón, y los vinos, imponiendo a las exportaciones gravámenes improcedentes, que en definitiva han puesto a Chile -en los mercados internacionales- en una situación menos competitiva de la que hubiere sido posible sin la existencia de los cobros impuestos por las agencias navieras, afectando gravemente el retorno de las exportaciones; por lo que se debió imponer una multa más gravosa, con el objeto de impedir real y eficazmente la reincidencia y los efectos anticompetitivos de la conducta sancionada.

Expresa que la sentencia no contiene fundamentos de hecho, de derecho ni económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. Añade que para la Fiscalía Nacional Económica la cuantía de las multas es del máximo interés ya que constituye la principal sanción a los infractores.

Finaliza solicitando que se eleven las multas aplicadas a cada una de las sancionadas a 1000 UTA, o a la suma que la Corte se sirva fijar y complementar dicho fallo con el señalamiento preciso de las circunstancias consideradas para la determinación de dichas sanciones, con costas.

A fojas 5.894, AGUNSA, deduce reclamo en contra del ya referido fallo señalando que en él se ha incurrido en una serie de vicios y errores que, de no haber existido, habrían permitido concluir en el rechazo de la reclamación y denuncia deducida en autos.

Afirma que la sentencia postula que las agencias de naves requeridas habrían incurrido simultáneamente en la figura de colusión y abuso de posición dominante, y el hecho esencial sobre el que se sustenta el fallo, es que los "Servicios Documentales Integrales" (S.D.I) habrían sido impuestos por las agencias de naves a los exportadores, sin darles a éstos la posibilidad de optar también por el servicio anterior,

esto es, poder pagar por cada uno de los servicios por separado. Así, la sentencia, razona sobre la base que la supuesta concertación de las agencias de naves, habría consistido en coordinarse para imponer como única alternativa de cobro los "SDI" y, a su turno, que tal concertación habría permitido a los agentes gozar de una posición dominante que individualmente no tendrían, abusando de ella al imponer como único, el referido sistema de cobro.

Sostiene además, que en el fallo se concluyó que habría habido concertación entre las denunciadas, lo que se demostraría en la simultaneidad en el inicio de la implementación de los Servicios Documentales Integrales, en la similitud de los montos cobrados y motivación.

Explica que en cuanto a la configuración del supuesto abuso de posición dominante, la sentencia señala que tal posición, si bien no sería detentada por las agencias de naves por separado, habría sido posibilitada por la concertación entre las mismas.

Luego analiza los vicios y errores de la sentencia, señalando entre ellos los siguientes:

A.- no es efectivo que AGUNSA haya impuesto a los exportadores como única alternativa los "SDI", pues este servicio constituyó únicamente una alternativa adicional a la cual libremente podían optar los exportadores.

Aduce que tal aseveración constituye un error del fallo que deja a su parte en la indefensión, pues era circunstancia, esto es, determinar si AGUNSA y las demás agencias de naves, mantuvieron o no el sistema anterior de cobro por separado al momento de implementar los "SDI", jamás fue punto controvertido en la interlocutoria de prueba. Es decir, en ningún momento la discusión se planteó en torno a si, al implementar estos servicios integrales, las agencias de naves eliminaron la alternativa de poder pagar individualmente por los servicios prestados por éstas. De haber sido así, su parte hubiera podido probar que ambos sistemas han coexistido en todo momento.

Añade que la discusión siempre versó en cuanto a la época en que las agencias habrían iniciado el cobro en forma individual y la fecha en que comenzó el cobro global, y ello se explica si se considera que la tesis de la fi scalía no fue que se habría implementado una modalidad nueva y abandonado una anterior, sino que la Fiscalía postuló que las agencias de naves no habrían estado facultadas para efectuar cobro alguno a los exportadores, con independencia de la modalidad en cuestión.

Argumenta que, por lo demás, así consta del mérito del proceso y de la interlocutoria de prueba, en la que se fijó como punto controvertido: la época en que cada una de las agencias de naves comenzó a cobrar por servicios documentales; época en que comenzaron a ofrecerse servicios documentales integrales. Indica que en ningún caso se planteó si uno reemplazó al otro, agregando que acreditará en esta Corte la coexistencia de ambos sistemas.

En cuanto a las pruebas que cita la sentencia, específicamente, en lo referente a dos cartas, manifiesta que, además de no expresar lo que la sentencia sostiene, ellas aluden a agencias de naves completamente distintas y ajenas a AGUNSA.

Explica que, de eliminarse este error, desaparecería el supuesto fáctico sobre el cual se ha pretendido construir las conductas contrarias a la libre competencia, ello por cuanto al no tratarse de una imposición a los exportadores, desaparecería cualquier posibilidad de abuso o imposición legal.

b.- señala, asimismo, que constituye un grave error de derecho el postular la coexistencia y complementación de figuras jurídicas excluyentes como son la colusión y abuso de posición dominante, explicando que se incurre en un error de derecho al dar por establecidas dos figuras jurídicas de libre competencia que en su esencia son incompatibles y excluyentes entre sí, como son Colusión Tácita y Abuso de Posición Dominante.

Expresa que en la sentencia se dice: " En resumen, existiendo una posición dominante de carácter no absoluto, se requirió reforzarla con un acuerdo colusorio"; y luego agrega que Expresa que en la sentencia se dice: " En resumen, existiendo una posición dominante de carácter no absoluto, se requirió reforzarla con un acuerdo colusorio"; y luego agrega que "Este tribunal estima que la conducta individual se ve posibilitada, reforzada y agravada por el acuerdo..". Es decir, arguye, que el fallo reconoce tácitamente que no existe una posición dominante de parte de las agencias de naves y decide superar este inconveniente complementándola con la figura de la concertación, sin reparar que ambas son absolutamente incompatibles y excluyentes, y que tampoco cabe construir figuras híbridas.

Expresa que la "posición dominante" supone necesariamente una estructura de mercado donde no hay propiamente competencia, o si se quiere, los consumidores no disponen de reales alternativas, pues existe una empresa que, dado su poder, puede comportarse como un virtual monopolio.

Por otra parte, en lo que dice relación con la colusión, señala que en ella, la estructura de mercado es inversa: se supone que no hay una empresa que pueda actuar como virtual monopolio, sino que existiría un conjunto de empresas que compiten fuertemente entre sí y que merced a un acuerdo dejan de rivalizar entre ellas para así poder cobrar un precio de cartel. Por lo anterior, son figuras jurídicas que no pueden complementarse, sino que son ilícitos que aplicarán en uno u otro caso, dependiendo de cuál sea efectivamente la estructura de mercado analizada.

A mayor abundamiento, cita el texto legal del artículo 3 del Decreto Ley N° 211, que distingue ambos casos en las letras a y b, agregando que la sentencia, si bien dice que el caso de autos no está construido sobre extremos teóricos, la circunstancia que dos figuras sean incompatibles y excluyentes entre sí, está lejos de constituir un extremo teórico.

c.- la sentencia omite consignar que el supuesto abuso de posición dominante, requerido y denunciado, se fundamentó en interpretaciones contractuales de suyo reservadas a la justicia ordinaria.

Dice que la totalidad de las alegaciones de posición dominante y su supuesto abuso, se fundan expresamente en interpretaciones de las cláusulas contractuales de los contratos suscritos entre los exportadores y las compañías

navieras (que ni siquiera son partes en este proceso), y entre éstas últimas y las agencias de naves.

Agrega que la Fiscalía Nacional Económica no cuestiona que los valores cobrados sean excesivos, sino que lo que hace es interpretar los referidos contratos para concluir que cualquier cobro que pretendan efectuar las agencias de naves a los exportadores, serían improcedentes en su integridad. Ello se fundamenta en que los valores cobrados por las agencias de naves ya han sido pagados por éstas a las compañías navieras con ocasión de los contratos de transporte marítimo: así, habría un doble pago, primero a la compañía naviera y luego a la agencia de naves. Indica que éste fue un tema latamente invocado en el requerimiento y al cual las requeridas también extendieron sus defensas. Pese a lo anterior, la sentencia omite señalar que la fundamentación de la denuncia y del requerimiento, provienen de interpretaciones contractuales, como tampoco menciona la improcedencia de aquello. A continuación transcribe algunos pronunciamientos de los órganos de la libre competencia en que se reitera esta improcedencia.

d.- no existe antecedente alguno que permita concluir o presumir definitivamente que AGUNSA ha actuado concertadamente y menos que la colusión tácita que se le pretende atribuir, haya tenido un objeto o intención dolosa. Esto es de suyo importante, por cuanto el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211, exige acreditar que las actuaciones cuestionadas hayan sido realizadas concertadamente y con la intención positiva de obtener un determinado resultado (dolo). Así, no son aptas para decretar sanciones, la constatación de simples conductas aparentemente similares, que no permiten concluir definitivamente una actuación concertada y dolosa. Al efecto cita jurisprudencia de esta Corte.

Controvierte que haya colusión y al respecto dice que:

(1) la circunstancia que su parte haya establecido la modalidad de cobro de los Servicios Documentales Integrales en el mes de abril de 2002, se explica únicamente y tal como consta en la sentencia, en que otros agentes de naves, en los meses de marzo y abril del mismo año, introdujeron previamente dicho servicio a la industria, como una respuesta a las crecientes solicitudes de los exportadores en relación con la documentación emitida por las agencias. Cita doctrina sobre este punto;

(2) en cuanto a la similitud de los cobros y conceptos que ellos tienden a ser similares, por cuanto los servicios prestados por las agencias de naves son altamente homogéneos y estandarizados. Menciona un dictamen de la Honorable Comisión Preventiva Central que los califica así, y cita un fallo de esta Corte sobre precios similares de un producto.

Sin perjuicio de ello, señala que la similitud en los cobros no es tan cercana como se presenta, y alude a un informe económico elaborado por el economista Jorge Quiroz (a fojas 2.537), donde se establece que los precios cobrados por las requeridas, por los servicios mencionados, diferían hasta en alrededor de un 30 %. , sin que la sentencia se haga cargo de ello;

(3) también destaca que en la denuncia de ASOEX, se pretendió construir la supuesta colusión en que las agencias habrían

impuesto idénticas sanciones por el no pago de los servicios y, al respecto, durante el proceso se acreditó que ni AGUNSA ni las demás agencias habrían aplicado la sanción que la denunciante sostuvo en su presentación; y

(4) por último, la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento manifestó que tendría en su poder y acompañaría evidencias que acreditarían la colusión alegada; sin embargo, no acompañó ningún antecedente de aquellos que supuestamente le habrían permitido construir su requerimiento.

Termina solicitando que se deje sin efecto la sentencia recurrida y se rechace el requerimiento.

A fojas 5.920, corre agregada reclamación de Ian Taylor y Compañía S.A., en la que se refiere, en primer lugar, a la parte resolutive de la sentencia impugnada y, en segundo lugar, hace una descripción de los distintos pasos que sigue la cadena del transporte marítimo en una exportación a través de un servicio naviero de línea, que es propiamente la materia de autos. Dentro de esto último, explica que en la gran generalidad de los casos, sea por errores, extravíos, requerimientos especiales de las cartas de crédito, etc., los embarcadores o sus agentes requieren al agente de naves la emisión de certificados de variada naturaleza, correcciones a los conocimientos de embarque, copias no negociables adicionales del conocimiento de embarque, reemplazo o reemisión de conocimientos de embarque, cambios de destino, etc., y, muchas veces, por la dinámica del transporte, ello ocurre fuera de los horarios normales de atención de público por parte de la agencia; todas estas circunstancias, ajenas enteramente al servicio a que contractualmente está obligado el agente y el naviero y, ante la sistemática reiteración de este tipo de peticiones, cuyo cumplimiento obviamente significa una sobrecarga de trabajo y un costo para el agente, su parte determinó hace algunos años que se empezara a cobrar a los embarcadores por este tipo de servicios, como lo hace cualquier empresa o autoridad pública y así, en junio del año 2001 comenzó a aplicar tarifados y en marzo de 2002, al igual que las otras empresas, optó por estructurar un tarifado doble que comprendía servicios individuales o alternativamente -a requerimiento del interesado-, un paquete de servicios denominado "Tarifa de Servicio de Exportación" que involucraba todos los servicios mencionados y otros adicionales, a fin de mejorar la gestión de exportación, en beneficio del propio exportador.

A continuación se refiere al fallo recurrido, señalando que el Tribunal no ha ponderado debidamente la prueba, pues si bien es efectivo que debe ponderar los antecedentes conforme a las reglas de la sana crítica, ello no significa que esté liberado de la obligación de construir su opinión en base a la prueba rendida, a criterios objetivos y dar razón de sus conclusiones conforme a la misma.

Agrega que el fallo da por acreditados ciertos hechos sin referencia a los medios de prueba y a de qué manera estos razonablemente en realidad prueban o no el hecho, recurriendo simplemente a referirse a las reglas de la sana crítica o similares, lo que no se compadece con el extenso volumen de pruebas aportadas por su parte.

A continuación, explica lo que, en su concepto, constituye la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana

crítica.

Posteriormente hace referencia a la circunstancia que la sentencia afirma, a propósito de la contratación del agente por el naviero, que el embarcador "no tiene opción de elegir a ninguna otra agencia", lo cual si bien es efectivo, no tiene trascendencia ni relevancia suficiente para la materia en discusión. Posteriormente hace referencia a la circunstancia que la sentencia afirma, a propósito de la contratación del agente por el naviero, que el embarcador "no tiene opción de elegir a ninguna otra agencia", lo cual si bien es efectivo, no tiene trascendencia ni relevancia suficiente para la materia en discusión, pues tanto en Chile como en el extranjero, los navieros emplean a un solo agente, ya que de no ser así, el resultado sería caótico.

Respecto a lo que se dice en el considerando 32, en relación a que las agencias iniciaron simultáneamente el cobro por Servicios Documentales Integrales, entre marzo y abril del 2002, lo que antes se realizaba como funciones propias del servicio de transporte ofrecido y sin costo, hace dos comentarios: a) que el cobro en cuestión no tiene relación con las obligaciones documentales que impone el contrato de transporte marítimo; y b) que no es efectivo que con anterioridad al 2002 su parte no efectuara cobros. Al respecto, expresa que basta revisar la prueba aportada al efecto, en particular, la acompañada al escrito de fecha 11 de enero de 2006.

A continuación se refiere a la afirmación de la sentencia en cuanto a que en el expediente no existiría constancia del carácter opcional de los servicios "Tarifas de Exportaciones Agencia" (TEA) y que ellos hubiesen sido solicitados por un exportador, citando unas cartas que no dicen relación con su parte. Sobre esto alude al tarifado transcrito en el libelo de fecha 28 de abril de 2003, donde figura el TEA como cobro opcional y distinto de los demás servicios allí señalados, y si se analiza, se verá que es mucho más conveniente para el exportador.

Luego, en el considerando 34, se haría una simple alusión a la sana crítica, dando por establecida la existencia de una supuesta imposición concertada, sin dar razón concreta como no sea la referencia a dichos basamentos. El tribunal funda su conclusión en situaciones circunstanciales, las cuales ni siquiera se aplican a su parte. También se desliza la idea que el embarcador es una suerte de "cautivo" del agente, lo que no constituye ilegalidad ni irregularidad alguna, sino más bien la realidad legal y fáctica, lo que además la hace aparecer en el fallo como circunstancia agravante.

A continuación analiza el considerando 36, donde el tribunal expone dos elementos que a su juicio sirven de base para configurar la conducta supuestamente reprochable, la simultaneidad en los cobros y la similitud de los montos cobrados, dejando de lado los elementos esenciales que explican esta circunstancia. En seguida se pregunta por A continuación analiza el considerando 36, donde el tribunal expone dos elementos que a su juicio sirven de base para configurar la conducta supuestamente reprochable, la simultaneidad en los cobros y la similitud de los montos cobrados, dejando de lado los elementos esenciales que explican esta circunstancia. En seguida se pregunta por qué,

si la Fiscalía Nacional Económica o el Tribunal estimaron esta modalidad tan singular o fuera de lugar, no se investigó la conducta de la generalidad de las agencias y sólo se limitaron a las denunciadas.

Expresa, en cuanto al análisis teórico que hace el tribunal para enmarcar la conducta supuestamente reprochada - constituir el abuso de posición dominante y el acuerdo colusorio- que no se habría considerado los siguientes aspectos:

- a.- Que no existe prueba concreta alguna de la supuesta colusión;
- b.- Que las únicas pruebas que considera el tribunal son las circunstancias ya analizadas, olvidando que para el acto colusorio se necesita la voluntad conjunta de los partícipes, así como la decisión conjunta de adoptar la práctica, elementos que no pueden tenerse por demostrados sólo con la simultaneidad y similitud de los cobros; y
- c.- Que nada se dice respecto de la justificación de los cobros individuales y no por "paquetes", los que deben considerarse legítimos porque suponen un servicio concreto cuya prestación tiene un costo para la agencia que, de estimarse improcedente, se estimularía el abuso y la falta de corrección en la tramitación documentaria por parte de los agentes de aduana.

Finalmente, hace referencia a que si bien los Servicios Documentales Integrales serían injustificados para el tribunal, los mismos servicios que integran el paquete individualmente considerados no lo serían; de lo contrario no se explica la absolucón de Marítima Valparaíso S.A. que también efectuó los cobros, pero que empezó a hacerlo más tarde; luego no puede existir reproche a los cobros porque de lo contrario también debió sancionar a Marítima Valparaíso, por lo que, en su opinión, debió absolverse a su parte.

Por último, en cuanto a la sanción, expresa que el fallo reclamado acoge la denuncia y el requerimiento, pero no dice en cuanto a qué, no obstante que la denuncia y el requerimiento contienen una larga exposición de diversas conductas que se atribuyen a su parte, de las cuales al parecer sólo estaría considerado lo que se califica como abuso de posición dominante; por lo tanto, si se estimó reprochable sólo una de las conductas, estima que no debió condenársela en costas.

Finaliza solicitando que se deje sin efecto la multa y la condenación en costas o, en subsidio, reducir el monto de la misma, absolviéndola de las costas y, en subsidio de lo anterior, eximirlo sólo del pago de las costas.

A fojas 5.932, A.J. Broom y Cía. S.A.C. deduce recurso de reclamación en contra de la ya referida sentencia, pronunciándose respecto de la denuncia efectuada por Asoex, lo que ella comprendió: al requerimiento, a la recepción de la causa a prueba, y a las probanzas rendidas por su parte. En primer lugar se refiere a las conclusiones que en su

concepto, se obtendrían de la prueba rendida; es así como, en lo que dice relación con el primer punto de prueba, manifiesta que los servicios documentales han existido desde hace mucho tiempo y que en abril de 2002, hubo una reestructuración tarifaria, añade que en 1999, se produce una organización de estos servicios documentales, determinando el correspondiente tarifado y, en abril de 2002, se realizó una reorganización traducida en el establecimiento de los Servicios Documentales Integrales, debido al "boom exportador", consecuencia de lo cual surgieron muchos exportadores de los más diversos productos, quienes eran incapaces de llevar adelante el procedimiento con el debido orden, por lo que descansaron en los agentes de naves. Añade esta reclamante que ha publicitado suficientemente los cobros de los Servicios Documentales Integrales, al menos desde el año 1998.

Menciona que estos servicios documentales consisten fundamentalmente en la corrección del conocimiento de embarque, reemisión de los mismos, "originalización" de ellos, cambios de destino, emisión de certificados y habilitación de oficina para el visto bueno del DUS fuera del horario.

Agrega que a partir del año 2002, cada exportador y su agente de aduanas disponen de las siguientes alternativas: a) organizar sus embarques a través de sus propios departamentos y agentes de aduana, presentando todo a tiempo y en orden, lo cual no da lugar a servicio ni cobro alguno; b) requerir los servicios documentales por separado, recibiendo el cobro de la misma forma; y, finalmente, c) optar por los Servicios Documentales Integrales. Así, el exportador/agente de aduanas, elige la alternativa que estime más conveniente, ocurriendo que quienes estén menos preparados optan por los Servicios Documentales Integrales porque les resulta más económico.

En seguida, en lo que se refiere, al segundo punto de prueba, expresa que la necesidad de tales servicios documentales y el timbre en el DUS, dependen de lo que requiere el exportador y/o su agente de aduanas, fundamentalmente, en función a los requerimientos formulados por los terminales/puertos, en cuanto a exigir tal visto bueno para el ingreso de las mercaderías, como forma de cerciorarse que las que ingresan al puerto cuentan con una reserva de espacio y por consiguiente, serán oportunamente embarcadas, fuera de ser conducidas al "stacking" que corresponda.

Agrega que el cobro de estos servicios puede ser al contado o a plazo, emitiendo una factura que queda sujeta al posterior pago, siendo muchas las que no se pagan, por lo que han debido posteriormente ser anuladas o emitirse una nota de crédito a fin de solucionar el problema que se genera respecto del IVA

Explica que no todos los terminales, sean públicos o privados, mono o "multioperadores", han exigido el visto bueno en el DUS, la situación ha variado de puerto en puerto y a través del tiempo.

Concluye que el pago de los servicios documentales y el visto bueno en el DUS por las agencias de naves, no es una condición necesaria para el ingreso de las mercancías a los puertos ni para que estas puedan ser embarcadas y, por consiguiente, exportadas.

Respecto del tercer punto de prueba, en opinión del reclamante la carga probatoria le corresponde a la denunciante, a sus coadyuvantes y a la Fiscalía Nacional Económica, sin perjuicio de la abundante prueba rendida por las denunciadas para desvirtuarlo.

En cuanto al cuarto punto de prueba, concluye que la oferta de los servicios proviene de las agencias de naves, al tiempo que la demanda proviene de los exportadores y/o sus agentes de aduana, según su mayor o menor idoneidad para organizar el proceso exportador.

Después analiza pormenorizadamente la sentencia recurrida, refiriéndose, en primer término, a su razonamiento vigésimo sexto, en el cual se menciona a los actores que participan en este mercado; y en el motivo siguiente, concluye que el fallo se involucró. Después analiza pormenorizadamente la sentencia recurrida, refiriéndose, en primer término, a su razonamiento vigésimo sexto, en el cual se menciona a los actores que participan en este mercado; y en el motivo siguiente, concluye que el fallo se involucró de lleno en una interpretación del contrato de agenciamiento de naves, proyectando sus efectos al proceso completo de exportación, en circunstancias que, como el propio considerando lo reconoce, el referido contrato es celebrado entre el principal o mandante y el agente de naves en calidad de mandatario, como asimismo teniendo presente que en esta causa sólo han sido partes los exportadores, sus coadyuvantes, las agencias de naves y la Fiscalía Nacional Económica, pero no los mandantes o principales de las agencias de naves, es decir, las navieras.

Agrega que se están proyectando los efectos de esta sentencia a quienes no han sido emplazadas en la causa, a saber, los transportadores en el contrato de transporte marítimo de mercaderías, lo cual atenta contra el principio del debido proceso, ya que nadie puede ser afectado sin ser oído, pues en este considerando se dijo que los transportadores o principales de los agentes de naves están obligados a proveer al mandatario de todo lo necesario para la ejecución del mandato y de reembolsarle los gastos razonables causados por dicha ejecución, incluyendo en este ítem, todas las operaciones relacionadas con el transporte marítimo y la estadía del buque en puerto, en circunstancias que como quedó claro, los servicios documentales cuestionados no forman parte de los efectos propios del contrato.

Respecto del motivo vigésimo octavo, en opinión del recurrente, en él se incurre en dos errores al negar la posibilidad de una relación contractual entre el exportador con el agente de naves, que es lo que precisamente ocurre respecto de los servicios documentales, y asume que un mandatario siempre tiene que actuar en representación de su

mandante, lo que no es efectivo conforme a lo dispuesto en el artículo 2151 del Código Civil y 254 del Código de Comercio. En lo que dice relación al fundamento trigésimo segundo, se reconoce en él que con anterioridad a los meses de marzo y abril del año 2002, las agencias de naves ofrecían servicios documentales específicos, con tarifas determinadas, es decir, la licitud de tales cobros; y luego se alude al "nuevo" cobro, con lo cual se reconoce que con anterioridad existía cobro, habiendo estos Servicios Documentales Integrales representado sólo una alternativa para los exEn lo que dice relación al fundamento trigésimo segundo, se reconoce en él que con anterioridad a los meses de marzo y abril del año 2002, las agencias de naves ofrecían servicios documentales específicos, con tarifas determinadas, es decir, la licitud de tales cobros; y luego se alude al "nuevo" cobro, con lo cual se reconoce que con anterioridad existía cobro, habiendo estos Servicios Documentales Integrales representado sólo una alternativa para los exportadores.

Respecto de lo concluido en el motivo trigésimo tercero, expresa que ello significa simplemente prescindir de la abundante prueba rendida en autos, de la que se demostró que los exportadores tienen tres alternativas: no requerir servicios documentales, requerirlos por separado o requerirlos en forma integral. Así, se acompañaron miles de facturas por cobros de los servicios integrales e individuales, y también facturas no pagadas.

En cuanto al considerando trigésimo cuarto, manifiesta que él se refiere al análisis del caso conforme a las reglas de la sana crítica, haciendo referencia a lo que ello significa, citando al efecto el Código del Trabajo, y concluyendo que la sentencia no cumple con los requerimientos de dicha normativa, simplemente se ha prescindido y no se ha ponderado la prueba, con lo cual se infringen las normas reguladoras de la misma. Añade que en este caso, no se ha acreditado el dolo ni que haya existido una actuación concertada voluntaria, puesto que como se explicó, tratándose de agencias de naves, los servicios que prestan son esencialmente idénticos, por lo que resulta razonable que formulen cobros análogos, aún cuando se han acreditado diferencias. Cita al respecto la jurisprudencia de esta Corte respecto de la causa seguida contra las empresas distribuidoras de combustibles.

Refiriéndose al motivo trigésimo quinto expresa que reconoce la posibilidad de que un exportador pueda contratar y pagar los servicios adicionales, que pueda haber servicios adicionales, que el servicio pueda ser solicitado y que lo reprochable es la imposición a un cliente cautivo; estimando, el reclamante, que esto último no es efectivo, por cuanto los cobros no han sido impuestos, sino requeridos dentro de una gama de alternativas, por lo que han debido remunerarse al margen de las obligaciones que las agencias de naves tengan en virtud de un contrato de agenciamiento, con lo cual nuevamente la sentencia califica e interpreta los contratos. Explayándose respecto del basamento trigésimo sexto, el reclamante reitera lo relativo a la ponderación de la prueba y en cuanto a la simultaneidad y similitud de los cobros.

Refiriéndose a los fundamentos trigésimo séptimo a cuadragésimo segundo, manifiesta que la sentencia entra aquí en una suerte de mezcla de las imputaciones de acuerdo

horizontal de precios y abuso de posición dominante. Refiriéndose a los fundamentos trigésimo séptimo a cuadragésimo segundo, manifiesta que la sentencia entra aquí en una suerte de mezcla de las imputaciones de acuerdo horizontal de precios y abuso de posición dominante, repitiendo lo que dicen los mencionados considerandos, agregando que el tribunal no dio por establecido, individualmente considerados, el acuerdo colusorio ni el abuso de posición dominante a que alude, sino que hizo una mezcla de ellos, no obstante que las dos imputaciones son incompatibles.

En cuanto al motivo cuadragésimo tercero, señala que le parece de especial gravedad -al margen de que el tribunal reitera su conclusión en cuanto a que se configuró una concertación entre las agencias de naves para el cobro de los servicios documentales integrales- que la denunciada Marítima Valparaíso, por la sola circunstancia que inició los cobros de los servicios con posterioridad, y por tarifas menores, estaría legitimada para efectuar dichos cobros, de lo que se concluye que el cobro no es ilícito per se, y si lo fuera, no se explica cómo la referida agencia Marval pueda seguir haciéndolo.

A continuación el reclamante expresa que la sentencia recurrida conlleva una aplicación retroactiva de las modificaciones introducidas al Decreto Ley N° 211, por la Ley N° 19.911, de 14 de noviembre de 2003. Agrega que para el fallo reclamado, el acuerdo colusorio se habría configurado entre los meses de marzo y abril del año 2002, y en esa época el artículo 1° del referido Decreto Ley, tenía un determinado contenido, y en virtud de la modificación del artículo 3°, ahora tiene otro. Sobre esto, dice que la sentencia en parte alguna, en lo que se refiere al acuerdo colusorio, afirma ni menos prueba que el acuerdo haya sido expreso, de modo que la única posibilidad es que la sentencia haya concluido que existió un acuerdo tácito.

Luego alude a la forma en que los actores participan en este mercado y cómo se relacionan entre ellos, para luego referirse a cómo la sentencia entra a calificar e interpretar diversas relaciones contractuales, incluso de sujetos que no han sido emplazados en autos, por lo que, a su juicio, la sentencia reclamada entra de lleno a ejercer jurisdicción en materias que no están entregadas a su competencia, sino a los tribunales ordinarios o arbitrales, según corresponda.

En seguida, hace una distinción entre el contrato de transporte marítimo y los efectos de éste, en lo que se refiere al aspecto documental, indicando la obligación del transportador de emitir el conocimiento de embarque y demás obligaciones que se generan y los servicios documentales que presta el agente de naves al exportador y/o su agente de aduanas, que debe desvincularse, en lo documental, del contrato de transporte marítimo.

A continuación hace alusión a los elementos de la esencia y de la naturaleza de un contrato, concluyendo que no son ni de la naturaleza ni de la esencia del contrato de transporte marítimo, los servicios documentales a que se refiere esta causa, provocados por el exportador y prestados cuando son requeridos y cuando lo son conforme a la modalidad que ellos determinan, lo que genera costos que no son retribuidos por el mandante y que, por lo mismo, los fondos percibidos no le

son remitidos, fuera de que estos cobros son de conocimiento de tales mandantes sin que los hayan objetado o pretendido que están incluidos en el contrato de agenciamiento, menos en el flete.

Concluye que entre el exportador, su agente de aduanas y el agente de naves, se configura un contrato distinto al de transporte marítimo de mercancías,, lo cual lleva a distinguir y a separar los servicios documentales prestados por las agencias de naves por sí, de aquellos propios del contrato de transporte.

A su vez, la responsabilidad que el agente de naves tiene ante el Servicio de Aduanas "la entrega del manifiesto con la información exacta- también avala el cobro de estos servicios documentales extraordinarios.

Otro argumento que apoya el cobro, es la doctrina de los actos propios pues la propia denunciante y la Fiscalía Nacional Económica han reconocido que durante el año 2002 se formularon nuevos cobros, o sea, hubo cobros anteriores.

Finalmente, alega que no procede la condena en costas, por no haber resultado totalmente vencida y solicita que se deje sin efecto la sentencia y se absuelva a su parte o, en subsidio, se rebaje prudencialmente la sanción impuesta y deje sin efecto la condena en costas.

A fojas 5957 A fojas 5957, la denunciada Sudamericana Agencias Marítimas S.A. "SAAM", interpone recurso de reclamación en contra del ya mencionado fallo imputándole a éste diversos errores, mencionando en primer lugar, la inobservancia del mérito del proceso con lo cual se vulnerarían las reglas de la sana crítica.

Así, la sentencia expresa en el motivo 33°, que no existe en el expediente ningún antecedente que acredite que los servicios documentales integrales hubieren sido ofrecidos por las requeridas como opcionales para los exportadores, y que ellos hubieran sido solicitados por algún exportador.

Agrega que ello es incorrecto por cuanto existen los siguientes antecedentes que prueban la existencia de la opción referida: a) escrito de fojas 5.245, en el que se acompañaron facturas de SAAM donde se prueba la coexistencia de ambos servicios y da el ejemplo de 3 exportadores que alternativamente optaron por uno u otro servicio a lo largo del tiempo, citando al efecto, las facturas agregadas a fojas 5960; b) testimonios de Christina Sessler (técnico en comercio naviero) de fojas 2030 a 2037, Juan Riedermann May, Yurik Díaz Reyes, Héctor Castro Aray (agente de aduanas) y Julio Díaz Contreras, quienes hacen referencia y explican las diferentes opciones de estos servicios y las situaciones cuando se opta por uno u otro; c) facturas acompañadas por Asoex emitidas por SAAM por servicios individuales; y d) informe agregado a fojas 2536 a 2588 sobre "Condiciones de la Oferta y la Demanda en la Provisión de Servicios Documentales" elaborado por Jorge Quiroz Castro en el cual se analiza la opción que tienen los exportadores para elegir entre los distintos sistemas tarifarios.

Un segundo error lo hace consistir en la ilógica apreciación de los documentos agregados a los autos, con lo que nuevamente se vulneran las reglas de la sana crítica. Explica que sólo dos documentos fueron los que sirvieron de fundamento a la sentencia para llegar a la convicción acerca

de la inexistencia de opción para los exportadores frente al cobro de las agencias y ellos son las cartas agregadas a fojas 13 y 2413.

Arguye que la lógica no permite desprender de esos dos documentos la existencia de un cobro impuesto por las agencias de naves a los exportadores. Así, en la primera carta, de fojas 13, "Unimesa" devuelve unas facturas emitidas por SAAM, pero en ellas no se indica el concepto por las cuales fueron emitidas, por lo que lógicamente no se puede saber si ellas lo fueron por servicios integrales, servicios individuales o por algún otro servicio o concepto. Arguye que la lógica no permite desprender de esos dos documentos la existencia de un cobro impuesto por las agencias de naves a los exportadores. Así, en la primera carta, de fojas 13, "Unimesa" devuelve unas facturas emitidas por SAAM, pero en ellas no se indica el concepto por las cuales fueron emitidas, por lo que lógicamente no se puede saber si ellas lo fueron por servicios integrales, servicios individuales o por algún otro servicio o concepto.

En cuanto a la carta de fojas 2413, ella da cuenta de la devolución de facturas emitidas, que no serán pagadas por su destinatario por considerar éste que no ha convenido en el cobro o que no ha solicitado el servicio.

El recurrente estima que es lógico concluir, luego de revisar ambas misivas, que no existió un cobro obligado, ya que es de la esencia de una imposición, que ésta debe necesariamente verificarse, es decir el que impone está en condiciones de exigir la prestación efectiva del objeto del cobro.

Por otra parte "agrega- no hay constancia que los destinatarios de esas facturas hayan debido pagarlas. Como un tercer error de derecho dice que la sentencia concluye que existe cobro impuesto u obligatorio, sin establecer la existencia de una sanción, con lo cual el fallo nuevamente contraría la lógica, pues para configurar un supuesto abuso de posición dominante, la sentencia reprocha a las agencias de naves, el imponer a los exportadores un determinado cobro, sin que éstos hayan aceptado contraer dicha obligación. La única forma de obligar a alguien a realizar una prestación sin su consentimiento es bajo la amenaza de una sanción.

Además indica que ni ASOEX ni la Fiscalía Nacional Económica basaron sus imputaciones sólo en la simultaneidad en el tiempo y la similitud de las tarifas, sino que para configurar el abuso, siempre hicieron referencia a un supuesto dato definitorio que consistiría en la identidad de la sanción, esto es, que si no pagaban, no podrían embarcar. En concordancia con esto, se fijó como punto de prueba la efectividad de que el pago de los servicios documentales integrales y el timbre en el DUS sea una condición necesaria para el ingreso de la mercadería a los puertos, hechos y circunstancias que lo acreditarían. Y así, se habría probado, en concepto del recurrente, que el pago por los Servicios Documentales Integrales no es ni ha sido condición ni para el ingreso de la mercancía al puerto ni para su embarque.

A fin de comprobar sus asertos refiere la prueba en la que ello constaría, al efecto: a) oficio de fojas 2114 de 10/11/05 en que San Vicente Terminal Internacional S.A. informa que no exige que previo al ingreso de la mercancía al

puerto se acredite el pago de servicios documentales de las agencias y el timbre A fin de comprobar sus asertos refiere la prueba en la que ello constaría, al efecto: a) oficio de fojas 2114 de 10/11/05 en que San Vicente Terminal Internacional S.A. informa que no exige que previo al ingreso de la mercancía al puerto se acredite el pago de servicios documentales de las agencias y el timbre en el DUS; b) en el mismo sentido informa Puerto Lirquén S.A. a fojas 2128, Iquique Terminal Internacional S.A. a fojas 2129, Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. a fojas 2130, San Antonio Terminal Internacional S.A. fojas 2131, Empresa Portuaria Talcahuano San Vicente a fojas 2132, Empresa Portuaria de Iquique a fojas 2134, y Empresa Portuaria de San Antonio de fojas 2144; c) testimonios que singulariza, entre ellos, menciona a don Sergio Palma Arancibia, ex Director de Aduanas, presentado como testigo por los terceros coadyuvantes de la denunciante Chilevid y Salmón Chile, quien expresa que tal exigencia no concurre en la especie por las razones que señala; y d) el documento "Análisis e Informe Económico" agregado de fojas 540 a 570, de Juan Cruz Sánchez, a pedido de ASOEX, en el que se reconoce que no aparecen casos en que el resultado fue impedir la exportación de fruta.

Como un cuarto error de derecho, señala que la sentencia da por establecida con "indicios" y sin ninguna prueba directa, la supuesta concertación de las agencias, agregando que tales indicios son la pretendida simultaneidad en el comienzo de la nueva modalidad de cobro y la similitud de los montos cobrados. Indica que la propia sentencia relativiza que el cobro haya sido simultáneo cuando reconoce que fue durante los meses de marzo y abril de 2002, y en cuanto a los montos, hay diferencias de hasta un 12 % entre ellos. Hace referencia a un fallo de esta Corte para demostrar la errónea conclusión de la sentencia.

Finalmente, impugna la condena en costas por cuanto no fue totalmente vencida, solicitando que se revoque la sentencia, se declare sin lugar la denuncia y el requerimiento de autos, se condene en costas a la denunciante y a sus terceros coadyuvantes, así como a la requirente. En subsidio, se deje sin efecto la condena en costas impuesta a la reclamante. A fojas 5973, la denunciada Ultramar Agencias Marítimas Ltda. deduce recurso de reclamación en contra de la mencionada sentencia de fojas 5.841, argumentando, que su defensa siempre planteó que, en su caso, los exportadores han podido elegir entre varias opciones: a) entrega precisa de la información de su embarque, ya que si el exportador proporciona información exacta de su embarque, no necesita servicios documentarios y por ende no hay cobro alguno; b) opción de pago por corrección; es decir, si el exportador no está en condiciones de entregar información en forma precisa de su embarque, puede hacer cambios en la misma según lo contratado, y en tal caso, debe pagar tarifas específicas según el tipo de corrección que se trate, de acuerdo a las tarifas que rigen desde hace muchos años y de los que se acompañó evidencia desde 1999; y c) alternativa de Servicio de Tramitación Integral de Exportación (TIDE). Si el exportador no está en condiciones de entregar en forma oportuna la información exacta de su embarque, se le ofrece

una alternativa opcional de servicio documentario integral, que incluye el examen y revisión de los documentos requeridos para efectuar la exportación y, además, hasta dos reprocesamientos por matriz de conocimiento de embarque, todo ello por una tarifa que resulta más económica que el valor de la suma de correcciones de acuerdo a la alternativa anterior. Como fundamento de lo anteriormente señalado se acompañó numerosa prueba, dando cuenta de estas alternativas y de la forma de solicitarlas, prueba que demostraba que ni la contratación del servicio ni el pago del mismo, eran condicionantes del embarque, lo que se confirmó además con la declaración de los testigos presentados por su parte. Indica además que, si se hubiesen considerado individualmente a las agencias de naves, se les hubiese absuelto y el error del Tribunal fue considerarlas como un todo, como una sola parte genéricamente y sin distinción.

A continuación el reclamante se refiere a la prueba rendida en el proceso, expresando que en el considerando 33°, en relación al motivo 34°, el Tribunal concluye que se está en presencia de una imposición concertada de cobros por servicios no solicitados por los exportadores, como consecuencia de que en el expediente no existiría ningún antecedente que acredite que S.D.I. se hubieren ofrecido como opcionales a los exportadores y que ellos hubieren sido solicitados por algún exportador. Ello revela, a su juicio, que el tribunal no consideró la prueba rendida en autos, esto es, la que fuera acompañada: a) a fojas 209 y 1873, se agregaron numerosas comunicaciones dirigidas a diversos agentes de aduanas por Ultramar en el mes de abril de 2002, informando a continuación el reclamante se refiere a la prueba rendida en el proceso, expresando que en el considerando 33°, en relación al motivo 34°, el Tribunal concluye que se está en presencia de una imposición concertada de cobros por servicios no solicitados por los exportadores, como consecuencia de que en el expediente no existiría ningún antecedente que acredite que S.D.I. se hubieren ofrecido como opcionales a los exportadores y que ellos hubieren sido solicitados por algún exportador. Ello revela, a su juicio, que el tribunal no consideró la prueba rendida en autos, esto es, la que fuera acompañada: a) a fojas 209 y 1873, se agregaron numerosas comunicaciones dirigidas a diversos agentes de aduanas por Ultramar en el mes de abril de 2002, informándoles de la reestructuración del tarifado vigente desde mayo de 1999, donde se aprecian las opciones que más acomode a sus intereses; b) diversos correos de CCU, Corpora Aconcagua, Agrona, Viña Undurraga, Viña Miguel Torres, Exportadora Agua Santa, Geofrut, JF Hillebrand, Invertec Foods, Cintac, y Pesquera El Golfo S.A.; c) carta tipo enviada a los exportadores en el segundo semestre del año 2002, aclarando su tarifado a partir de abril del mismo año; y d) prueba testimonial, la refiere y puntualiza lo que dice. Expresa que el fallo reclamado cometió errores que lo llevaron a concluir que, en la especie, hubo una imposición concertada de cobros por servicios no solicitados por los exportadores y esos errores influyeron en lo substancial del fallo, los que sintetiza de la siguiente manera: haber ignorado por completo la defensa de Ultramar y la prueba rendida por ésta en apoyo de su defensa, con la que se

acreditaría que no hubo imposición de cobro alguno a los exportadores y que los servicios que presta a este respecto son siempre solicitados por éstos; indicando que estos errores tuvieron influencia en lo dispositivo del fallo, porque de lo contrario se habría absuelto a su parte. Concluye que las denuncias de imposición, abuso y colusión caen por su propio peso: por una parte no hay constancia alguna en el expediente que Ultramar al reestructurar sus tarifas de abril de 2002, ello haya obedece a una actuación concertada, y por la otra de haber mediado tal imposición, abuso y colusión, las opciones conferidas a los exportadores carecerían de sentido.

Indica que la consideración de la prueba indiciaria esbozada en el considerando 36°, que ni siquiera serían hechos concretos, no fue confrontada con la evidencia acompañada, la que acreditaría fehacientemente hechos que hacen completamente absurda, ilógica e irracional la conclusión de existir en la especie, imposición, abuso y colusión.

A continuación analiza los dos indicios que consideraría la sentencia para arribar a la decisión impugnada: a) respecto de la simultaneidad, dice que Ultramar fue la primera en establecer el cambio en la estructura de las tarifas, cambio que por razones propias de la competencia, fue seguido por algunas agencias de naves, pero no por todas, pues de hecho, no efectuaron cambios, por ejemplo, Marval ni Maersk Chile; y b) en cuanto a que la tarifa sea similar, es más una continuación analiza los dos indicios que consideraría la sentencia para arribar a la decisión impugnada: a) respecto de la simultaneidad, dice que Ultramar fue la primera en establecer el cambio en la estructura de las tarifas, cambio que por razones propias de la competencia, fue seguido por algunas agencias de naves, pero no por todas, pues de hecho, no efectuaron cambios, por ejemplo, Marval ni Maersk Chile; y b) en cuanto a que la tarifa sea similar, es más que factible, es probable, si se tiene en consideración que los servicios documentarios tiene una estructura de costos que no debería ser sustancialmente diferente en una u otra agencia. Además hay tarifas diferentes y así la de SAAM es 10,72 % más barata y la de AGUNSA 17,85 % más alta en relación a Ultramar. Finaliza, solicitando que se revoque la sentencia recurrida, rechazando la denuncia y el requerimiento con costas. Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

1°) Que, abordando el análisis de las reclamaciones, conviene reiterar que el objeto del presente procedimiento fue conocer de la denuncia presentada por Asoex A.G. por diversas infracciones al Decreto Ley N° 211, que pueden sintetizarse en concertación de precios, abuso de posición dominante, precios abusivos y discriminación arbitraria.

En cuanto a los hechos denunciados debe señalarse que las empresas requeridas entre los meses de marzo y abril del año 2002, iniciaron el cobro de lo que se denomina "Servicios Documentales Integrales" (SDI), pues con anterioridad para embarcar mercaderías era necesario tener una orden de embarque, documento que era preparada por el Agente de Aduanas del exportador, numerado por el Servicio de Aduanas y sometido al visto bueno del Agente Naviero, trámite obligatorio y sin costo alguno para los exportadores, y s□

3lo una vez cumplidos estos pasos se podía llevar la mercadería al puerto para el embarque respectivo. Sin embargo, a partir de la fecha ya señalada, las denunciadas en forma simultánea y con precios similares comenzaron a efectuar el mencionado cobro, que se refiere a la obtención del visto bueno en el Documento Único de Salida, pero, adicionalmente, incluyeron otros servicios al exportador, tales como recepción y revisión de la matriz del conocimiento de embarque provisorio con respecto al "booking" de carga y Documentos Únicos de Salida, servicios éstos que deben pagarse al contado, en efectivo o con cheque nominativo al día, sin lo cual la mercadería no puede ser embarcada;

2°) Que en opinión de las denunciadas el nuevo cobro de Servicios Documentales Integrales se implantó como una alternativa que se ofrecía a los exportadores que solicitaban una mayor cantidad de correcciones a la documentación de embarque. Así, según las requeridas, los exportadores podrían elegir entre no contratar los nuevos servicios ofrecidos y solicitar, en caso de ser necesario, correcciones puntuales que tienen asociado un cobro por corrección, o bien, solicitar los nuevos Servicios Documentales Integrales; agregando que en el primer caso, si no se quiere realizar ninguna corrección a la documentación necesaria para realizar la exportación, no sería necesario ningún pago;

3°) Que, en el mes de enero de 2003, la Asociación de Exportadores de Chile AG. interpuso una denuncia en contra de las requeridas imputándoles el haber incurrido en una serie de conductas ilícitas, a saber, acuerdo horizontal de precios, abuso de posición dominante, precios abusivos y discriminación arbitraria, ello con ocasión del establecimiento entre los meses de marzo y abril del año 2002, de una nueva opción de pago para los exportadores denominada SDI. Las imputaciones relativas a una supuesta concertación entre las denunciadas se fundaron en la simultaneidad de la nueva modalidad de cobro implementada por las Agencias de Naves, en la similitud de los montos cobrados y en la entidad de las sanciones derivadas de su no cumplimiento. Por su parte, el supuesto abuso de posición dominante se construyó sobre la base que a los exportadores les resultaría imposible recurrir a otro oferente (Agencias de Naves) para satisfacer sus necesidades de servicio, toda vez que al consentir el exportador en el contrato de transporte marítimo con una determinada compañía naviera, quedaría obligado a relacionarse con la Agencia de naves determinada con anterioridad por la propia compañía naviera. Es decir, la denunciante indica que el abuso de posición dominante sería ejercido por la agencias de naves mediante la exigencia de un pago adicional al emanado del contrato de transporte marítimo, sin existir posibilidad de recurrir a otro proveedor del mismo servicio.

La Fiscalía Nacional Económica conociendo de la denuncia de que se trata formuló un requerimiento en contra de las ya referidas agencias navieras el que fundamenta en que éstas habrían incurrido en "un acuerdo o práctica concertada, para hacer efectivo un cobro improcedente, simultáneo y tarifariamente similar" afectando la tarifa que el exportador originalmente acordó con la compañía naviera que éstas agencias representan". Vale decir, los cargos se centran

principalmente en que los agentes de naves se habrían coludido respecto a las tarifas a cobrar (colusión) y en que éstos habrían impuesto concertadamente a los exportadores cobros improcedentes o si se quiere, ya pagados `por éstos a las compañías navieras en virtud de los contratos suscritos con aquéllas (abuso de posición dominante);

4°) Que en el considerando 33° de la sentencia reclamada se concluye que no existe en el expediente ningún antecedente que acredite que los Servicios Documentales Integrales hubieren sido ofrecidos por las requeridas como opcionales para los exportadores, y que ellos hubieren sido solicitados por algún exportador, agregando que según se desprendería de los documentos acompañados a fojas 13 y 2413, el cobro de los referidos servicios no se originaría a partir de la solicitud de dicha modalidad de servicios por parte de los exportadores, sino que sería un cobro impuesto por las agencias de naves a los exportadores;

5°) Que en el motivo 34° del referido fallo los sentenciadores expresan que analizando los antecedentes de autos de acuerdo a las reglas de la sana crítica, se formaron la convicción de estar en presencia de una imposición concertada, por parte de los agentes de naves requeridos, de cobros por servicios no solicitados por los exportadores. Añaden que los exportadores no contratan a un agente de naves, sino que contratan servicios de transporte marítimo con una naviera determinada, la que es representada por sólo un agente de naves de su elección con el que en definitiva deben tratar y, por lo tanto, una vez tomada la decisión de contratar a una naviera, el exportador quedaría cautivo de la agencia de naves correspondiente;

6°) Que en la reflexión 36° de la resolución reclamada los falladores expresan que los indicios en los que se basa la convicción del tribunal respecto de la concertación ente las agencias de naves denunciadas corresponden principalmente, a la simultaneidad en el comienzo de la nueva modalidad de cobro (marzo-abril de 2002), y a la similitud de los montos cobrados y su concepto, transcribiendo una tabla comparativa de los tarifados y servicios prestados por algunas de las denunciadas, concluyendo que las requeridas se coludieron y sí cometieron un abuso de posición dominante;

7°) Que en el fundamento 43° el tribunal concluye que se configuró una concertación entre las requeridas para establecer de forma prácticamente simultánea el cobro de los Servicios Documentales Integrales, la que tendría como finalidad poder hacer sostenible en el tiempo el cobro de los mismos, minimizando así el riesgo de que los exportadores decidieran cambiarse a navieras cuyos agentes de naves no cobrarán por este concepto;

8°) Que como puede apreciarse de los razonamientos transcritos precedentemente del fallo reclamado los sentenciadores pretenden justificar un supuesto abuso de posición dominante y un acuerdo colusorio entre las agencias requeridas, fundándolos en la imposibilidad del exportador para cambiar de agencia, en que éstas no compiten entre sí, sino que lo hacen las navieras, y en que existirían barreras de cambio para negociar con otra naviera;

9°) Que la afirmación antes estampada no es compartida por esta Corte, pues los cargos formulados no lograron ser

establecidos ni probados, desde que el mencionado artículo 3° letra c) del Decreto Ley N° 211 establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado.

Por lo tanto, no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, o sea el producto de actuaciones meramente coincidentes entre las distintas agencias, pues no puede sancionárseles por supuestas o presuntas "colusiones" como fue calificada la actuación de éstas por la propia Fiscalía Nacional Económica.

En efecto, la lectura y análisis de los diversos antecedentes y probanzas del expediente, sólo podría permitir formular meras hipótesis de colusiones tácitas entre las denunciadas, pero en ningún caso extraer conclusiones definitivas, que es lo que se necesitaría para poder tipificar un hecho descrito en la norma legal y producto de ello imponer sanciones;

10°) Que, revisado detenidamente el proceso, en concepto de esta Corte no existe prueba concluyente de la supuesta colusión que se les atribuye a las denunciadas, puesto que los únicos indicios que consideran los sentenciadores son dos: a) la supuesta simultaneidad en el cobro; b) la similitud de precios cobrados por las distintas agencias requeridas. Sin embargo, el acto colusorio necesariamente requiere de dos elementos para configurarse: la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa, condiciones ambas cuya existencia no puede tenerse por demostrada por la simple concurrencia de las circunstancias ya señaladas (simultaneidad y homogeneidad de precios);

11°) Que no puede olvidarse de que de los elementos esenciales que explican lo anterior, la similitud de precios encuentra su justificación en el hecho de tratarse de actividades y servicios de naturaleza similar y en algunos casos idéntica, que demandan por ende, un compromiso similar de recursos, no constituyendo ello algo sospechoso o novedoso;

12°) Que, en lo que dice relación con la simultaneidad en el inicio de los cobros objetados, tampoco puede obviarse que la relación entre las agencias requeridas es altamente competitiva por lo que las modalidades del mercado y naturaleza de los servicios son rápidamente imitadas e internalizadas por sus competidores;

13°) Que, en cuanto a la imputación efectuada por la denunciante y la Fiscalía Nacional Económica, relativa al supuesto cobro de un servicio inexistente, esta debe ser rechazada, en atención a que de las probanzas rendidas en el proceso, en especial documental y testimonial, aparece que ocasionalmente los clientes de las denunciadas solicitan todos o sólo algunos de los servicios comprendidos en los S.D.I.. Así, aparece demostrado por ejemplo, en las fotocopias de las facturas acompañadas con el escrito de fojas 6060, por AGUNSA, en las que puede advertirse que únicamente en algunas de ellas se cobra tarifa por Servicios Documentales Integrales o por Corrección B/L de Exportación;

14°) Que la documentación recién señalada es útil, además, para comprobar que no es efectivo que exista absoluta simultaneidad en el establecimiento de algunos de los cobros

que sirven de fundamento a la denuncia de que se trata, puesto que del examen de la misma puede advertirse que ya en el año 1999 se efectuaban cobros por concepto de Corrección B/L (v.gr. fojas 6.117 y 6.119);

15°) Que no están en lo cierto los sentenciadores reclamados cuando afirman en los motivos 33° y 34° del fallo impugnado, que no existiría en el expediente ningún antecedente que acredite que los Servicios Documentales Integrales hubieren sido ofrecidos por los requeridos como opcionales para los exportadores, por cuanto consta del mérito de autos, en especial de la documental acompañada a fojas 6.082 y 6.129 por ULTRAMAR, que los Servicios Documentales Integrales constituyeron únicamente una alternativa u opción adicional ofrecida a los exportadores, pudiendo éstos optar libremente y según su conveniencia por el servicio que mejor se ajuste a su situación particular. Por lo demás, aunque no se hubiera probado, cabe señalar que las requeridas no estaban obligadas a acreditar dicho extremo, desde que ello no fue fijado como un punto controvertido en la interlocutoria de prueba de fojas 1.173, es decir, en ningún momento la discusión se centró en torno a si al implementar los Servicios Documentales Integrales, las agencias de naves eliminaron la opción de poder pagar individualmente por los servicios prestados por las referidas agencias;

16°) Que, acorde con lo expuesto, razonado y concluido, los recursos de reclamación deben ser acogidos;

17°) Que, respecto de la reclamación formulada por la Fiscalía Nacional Económica, ella pretende el aumento de las multas impuestas a los demás reclamantes, y tal solicitud sólo podría proceder en el supuesto de mantenerse las sanciones. Teniendo en consideración los razonamientos y las conclusiones contenidas en los fundamentos precedentes, que llevan al término del castigo aplicado, necesariamente debe desestimarse el aludido reclamo de fojas 5885;

De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 22, 26, 27 del Decreto Ley N° 211, se declara:

Que **se acogen** los recursos de reclamación interpuestos a fojas 5894, por Agencias Universales S.A. "AGUNSA"; a fojas 5920, por Ian Taylor y Compañía S.A.; a fojas 5932, por A.J. Broom y Cía. S.A.C.; a fojas 5957, por Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. "SAAM"; y a fojas 5973 por Ultramar Agencia Marítima Limitada, contra la sentencia de siete de junio pasado, escrita a fojas 5841 y siguientes "complementada a fojas 6074- y, en consecuencia, se dejan sin efecto las multas impuestas.

Se desecha la reclamación de la Fiscalía Nacional Económica, corriente a fojas 5885.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Gálvez.

Rol N° 3.395-2006.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Milton Juica, Sr. Patricio Valdés, y los Abogados Integrantes señores José Fernández y Arnaldo Gorziglia. No firman no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo los abogados integrantes señores Fernández y Gorziglia por estar ausentes. Santiago, 28 de diciembre de 2006.

Autorizado por el Secretario subrogante de esta Corte Sra.
Carola Herrera B.