

EN LO PRINCIPAL: Interpone asunto de carácter no contencioso que indica. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña versiones públicas. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Se tenga presente. **EN EL CUARTO OTROSÍ:** Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA



FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, domiciliado en calle Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago, a ese H. Tribunal respetuosamente digo:

En virtud de lo establecido en el artículo 18 número 4) del Decreto Ley N° 211, de 1973, vengo en interponer el asunto de carácter no contencioso que se indica, a fin que ese Honorable Tribunal (en adelante, indistintamente, "**H. Tribunal**" o "**TDLC**"), ejerciendo la facultad que dicha norma le confiere, proponga al Presidente de la República, a través del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, la modificación del inciso 2° del artículo 5 del Decreto Ley N° 3.059, de Fomento a la Marina Mercante, de 22 de diciembre de 1979 (en adelante, la "**Ley de Marina Mercante**"), en el sentido de derogar la exención que ostentan las empresas navieras chilenas de las disposiciones del Decreto Ley N° 211 (en adelante, "**DL 211**"), en cuanto dichas empresas participen de conferencias navieras de fletes, convenios de *pool* y consorcios que regulen y racionalicen servicios. Lo anterior, con la finalidad de que los señalados acuerdos marítimos se sujeten al DL 211 y, en dicho sentido, se armonicen los preceptos de la Ley de Marina Mercante a los principios y normativa de libre competencia.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 17 de agosto de 2009, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, indistintamente, "**FNE**" o la "**Fiscalía**") recibió una denuncia reservada¹, en la cual se solicitó se investigase el transporte de carga contenerizada por vía marítima desde Chile hacia Asia, por cuanto el

¹ Complementada en declaraciones rendidas por el denunciante ante la Fiscalía Nacional Económica, con fecha 31 de agosto de 2009 y 15 de enero de 2010.

denunciante tenía antecedentes de que las compañías navieras que servían dicha ruta habrían retirado buques de circulación, fijado frecuencias y aumentado las tarifas por TEUS² de manera coordinada³.

2. Posteriormente, con fecha 4 de noviembre de 2009, y a raíz de las presuntas prácticas anticompetitivas denunciadas, esta Fiscalía resolvió iniciar la investigación reservada Rol N° 1545-09 FNE (en adelante, la "**Investigación**").
3. Con ocasión de la Investigación, la Fiscalía pudo constatar que varias de las compañías navieras investigadas pertenecen junto a otras empresas internacionales del rubro -a lo menos- a una conferencia naviera de flete denominada "**Conferencia Marítima Asia/Costa Oeste de Sudamérica**" o *Asia West Coast South America Freight Conference* (en adelante, la "**AWCSA**"), la que se traduce en un convenio de colaboración entre líneas marítimas de servicios regulares, conformada por empresas navieras que transportan carga contenerizada, con operaciones en las rutas entre la costa oeste del continente sudamericano y Asia, incluyendo a Chile.
4. Asimismo, la FNE tuvo conocimiento de la firma por Chile de un tratado internacional de las Naciones Unidas, denominado "Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas"⁴ (en adelante, el "**Código de Conducta**"), en el cual se acordaron los principios generales que deben regir a las Conferencias en los países suscriptores del tratado, permitiendo establecer tarifas y capacidades comunes con el objeto de mantener el control de los efectos de los bruscos aumentos de fletes, los que pueden afectar principalmente a países en desarrollo⁵.
5. Lo relevante de los antecedentes mencionados dice relación con que, según lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Marina Mercante, inciso 2°, las

² "Twenty-foot Equivalent Unit". Unidad de medida de capacidad utilizada en el transporte de carga marítima en contenedores. 1 TEU equivale a la capacidad de carga de un contenedor de 20 pies.

³ Adicionalmente, el denunciante mencionó que lo mismo estaría sucediendo en otras rutas.

⁴ *Convention on a Code of Conduct for Liner Conferences*. Disponible en: <http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%201334/v1334.pdf>

⁵ GARCÍA INFANTE, FELIX "DERECHO DEL TRANSPORTE MARÍTIMO: COMENTARIOS, LEGISLACIÓN COMERCIAL Y ADMINISTRATIVA", Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1993. Pág. 155.

empresas navieras chilenas están autorizadas para participar en conferencias marítimas de fletes, convenios de *pool* y consorcios que regulen y racionalicen servicios, y para dichos efectos, **no se encuentran sujetas a las disposiciones del DL 211:**

"Artículo 5°. Todas las empresas navieras chilenas tendrán derecho a participar en los tráficos, tanto de cabotaje como servicio exterior.

En conformidad a las prácticas y usos del transporte marítimo internacional, las referidas empresas podrán participar en conferencias navieras de fletes, convenios de pool y consorcios que regulen y racionalicen servicios y, en consecuencia, para estos efectos, no estarán sujetas a las normas del decreto ley N° 211, de 1973. Los respectivos acuerdos y tarifas deberán registrarse en el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en la forma que determine el Reglamento"⁶.

6. La norma transcrita implica una exención explícita a la normativa nacional de libre competencia (en adelante, la "**Exención**"), de carácter sectorial y de aplicación específica, respecto de ciertas operaciones, acuerdos o prácticas comerciales propias de la actividad de transporte de mercancías por vía marítima, esto es, conferencias entre compañías navieras, convenios de *pool* suscritos entre éstas y consorcios marítimos que regulen y racionalicen servicios (en adelante, las "**Conferencias**", "**Convenios**" y "**Consortios**" respectivamente, y conjuntamente denominados, los "**Acuerdos Navieros de Flete**").
7. Adicionalmente, la Investigación se abocó, por una parte, a analizar los efectos aparejados a la referida prerrogativa y, por la otra, a recabar antecedentes en el derecho comparado, relativos a la existencia de exenciones a las normas de competencia en el sector naviero, equivalentes a la examinada, así como su tratamiento normativo y los argumentos que justificaron históricamente su incorporación y los procesos de derogación de las mismas en dichas jurisdicciones.
8. Para el análisis de los efectos de la Exención en el mercado de transporte marítimo regular de mercancías, esta Fiscalía tuvo en especial consideración las recomendaciones efectuadas por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante, la "**OCDE**") a sus países miembros, en el

⁶ En lo sucesivo, todos los énfasis son agregados.

informe denominado “*Competition Policy in Liner Shipping*”⁷ (en adelante, el “**Informe**”), resultado de un taller organizado por la OCDE a fin de discutir la necesidad de una reforma regulatoria respecto a las exenciones de competencia en el mercado de transporte marítimo regular de carga.

9. En este contexto, y sin perjuicio de lo que se examinará más adelante en esta solicitud, la OCDE sugirió a sus países miembros, entre otras recomendaciones, **remover las exenciones de competencia existentes en el sector naviero**, cuestión que esta Fiscalía hace suya, mediante la solicitud a ese H. Tribunal de que ejerza la facultad contemplada en el artículo 18 N° 4 del DL 211, y que en dicho mérito, proponga al Presidente de la República, a través del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, la modificación del artículo 5 de la Ley de Marina Mercante, **derogando la exención de competencia que rige respecto de las compañías navieras partícipes de las Conferencias, Consorcios y Convenios**, para que, en definitiva, dichas empresas sometan su actuar a la legislación de libre competencia nacional vigente para todos los agentes de mercado. Así también, sugerir el retiro de Chile como Estado Miembro del Código de Conducta, acuerdo que se presenta en detalle en la letra E del capítulo IV de este documento.

10. El esquema de esta solicitud es el siguiente: (i) presentación de los antecedentes y contextualización de los hechos; (ii) análisis de la **exención al DL 211** de las empresas chilenas partícipes de Acuerdos Navieros de Flete; (iii) **descripción de la industria** del transporte marítimo de carga que motiva la solicitud, los sujetos que intervienen en ésta, examen de las Conferencias en relación con Chile y antecedentes jurisprudenciales de la industria en las comisiones antimonopolios; (iv) **análisis jurídico** de la Exención; (v) **contexto histórico mundial** de los Acuerdos Navieros de Flete, argumentos tradicionalmente sostenidos a favor de las Conferencias, el análisis detallado de las **recomendaciones efectuadas por la OCDE** respecto de las exenciones de competencia en el sector de transporte marítimo de línea y la realidad en el mercado naviero en Estados Unidos de

⁷ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, Directorate for Science, Technology and Industry, Division of Transport “*Competition Policy in Liner Shipping, Final Report*”, 16 de Abril de 2002. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/13/46/2553902.pdf>

América y la Unión Europea; (vi) **fundamentos** de la presente solicitud; y (vii) **conclusiones, recomendaciones y solicitud** de esta Fiscalía.

II. CONTEXTO GENERAL DE LA EXENCIÓN AL DL 211 DE LAS EMPRESAS NAVIERAS CHILENAS PARTICIPES DE ACUERDOS NAVIEROS DE FLETE

A. ANTECEDENTES GENERALES

11. Como ese H. Tribunal bien sabe, la legislación nacional de libre competencia es de aplicación común⁸, esto es, rige para todos los sectores y agentes económicos, tanto para entidades públicas como privadas, en relación con hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos.
12. A este respecto, un reciente informe de las Naciones Unidas sobre las exenciones y excepciones⁹ a las normas de libre competencia en diversos países¹⁰, ha señalado que la legislación de libre competencia debe ser una "*ley general de aplicación general*", e indica que existen argumentos jurídicos y económicos para sostenerlo. Desde una perspectiva normativa, el informe referido indica:

*"[Las] entidades que practican actividades idénticas o similares deben estar sujetas al mismo conjunto de principios y normas legales para garantizar la equidad, la igualdad y el trato **no**¹¹ discriminatorio ante la ley. Este principio permitirá una mayor previsibilidad y coherencia en la interpretación y aplicación de la ley y promoverá una mayor transparencia, atribución de responsabilidades y confianza en las instituciones legales y de otro tipo encargadas de la aplicación de la ley. También contribuiría a promover las garantías legales".*

⁸ Así ha sido resuelto reiteradamente en la jurisprudencia del H. Tribunal: "*Que, en efecto, esta judicatura ya se ha pronunciado en el sentido anteriormente anotado (ver sentencia 67/08), sosteniendo que cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concurra individual o colectivamente a un mercado –siendo indiferente si lo hace como oferente de bienes o servicios, como demandante de ellos, o en ambos roles– realiza actividades económicas que deben respetar el Decreto Ley N° 211, cuyo artículo 3°, inciso primero, no hace distingo alguno referido a fines o calidades (...)*". Sentencia N° 77/2008, Considerando Undécimo.

⁹ La Organización Mundial del Comercio ("**OMC**") distingue entre exenciones, excepciones y exclusiones a la normativa de libre competencia, sin embargo, indica que frecuentemente estos conceptos se utilizan de indistintamente en los diversos ordenamientos jurídicos.

¹⁰ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. SHYAM KHEMANI, R. "*Aplicación de las leyes sobre la competencia: exenciones y excepciones*", Nueva York y Ginebra, 2002. Pág. 5. Disponible en: http://www.unctad.org/sp/docs/ditccplmisc25_sp.pdf

¹¹ Corrección sobre el texto original.

13. Por su parte, desde un punto de vista económico, dicho informe hace referencia a la interdependencia existente entre los diversos sectores económicos, ya sea por la calidad de sustituto, complemento o insumo esencial de los bienes y servicios de ambos sectores. Asimismo se indica que, producto de dicha relación, las exenciones a las normas de libre competencia que ostenta un determinado sector pueden distorsionar, o a lo menos perpetuar, la afectación de las actividades económicas realizadas en otras áreas de la economía.
14. En esta línea, se ha señalado que el establecimiento de determinados sectores económicos, agentes o prácticas exentas de la aplicación de las normas de competencia, puede provocar distorsiones y afectar las condiciones económicas prevalecientes en dichos mercados e, incluso, afectar a otros sectores de la economía que se encuentren conexos o relacionados a ellos. En efecto:

*"Una función importante de la legislación sobre la competencia es impedir las prácticas comerciales restrictivas privadas y las políticas públicas que restringen innecesariamente la reasignación de los escasos recursos, de aplicaciones de poco valor a otras de valor más elevado. Por ejemplo, **una política consistente en aislar a ciertas industrias concretas de las presiones de la competencia puede permitir a las empresas beneficiadas limitar la producción, cobrar precios más elevados y obtener mayores beneficios, lo que a su vez puede tener diversos efectos económicos perjudiciales, directos e indirectos**"¹².*

15. Al respecto, la legislación chilena en materia de competencia, previa a la modificación del DL 211 en el año 2003, disponía en el artículo 5¹³ la vigencia de una serie de leyes sectoriales que, por motivos de orden público económico, establecían normas especiales, admitiendo restricciones a la competencia. Entre ellas se encontraba la legislación sobre propiedad intelectual e industrial, las reservas mineras a favor del Estado, la Ley de Alcoholes, el Código Sanitario y las normas que regulan el fletamento y el

¹² CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, Op. cit., pág. 6.

¹³ Artículo 5°: Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a las propiedades intelectual e industrial, a la minería especialmente al petróleo, a la producción, comercio y distribución del salitre, yodo y cobre; las contenidas en el Código Sanitario; las contempladas en la Ley de Alcoholes y Bebidas Alcohólicas; las que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos o municipales; las relativas a empresas bancarias y bolsas de valores; como también las que digan relación con los transportes, fletamentos y cabotajes, y crédito prendario".

cabotaje, contenidas en la Ley de Marina Mercante¹⁴. Tras la modificación al DL 211 se suprimió dicho artículo por estimarse:

*"[...] que su contenido es innecesario, ya sea porque la materia está tratada en las garantías constitucionales del artículo 19 números 21, 22, 23, 24 y 25 de la Constitución Política de 1980, que regulan el orden público económico, o porque su tratamiento ya está regulado en otros artículos de esta ley, en especial aquel que se refiere a las atribuciones del Tribunal de Defensa de la Competencia"*¹⁵.

16. Actualmente, en el DL 211 no se establecen exenciones generales o sectoriales a la normativa de libre competencia, ni se efectúan distinciones entre sectores económicos, excluyéndolos en bloque de sus disposiciones. No obstante, en la normativa sectorial naviera -en la Ley de Marina Mercante-, se contiene una Exención al DL 211, la cual permanece vigente.

B. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARTÍCULO 5 DE LA LEY DE MARINA MERCANTE

17. El artículo 5 de la Ley de Marina Mercante, que establece la Exención, fue incorporado por la Ley N° 18.454, de 11 de noviembre de 1985 (en adelante, la "**Ley Modificatoria**"), que modificó el Decreto Ley N° 3.059, de 1979.
18. En el año 1984¹⁶ el Ejecutivo presentó, a la entonces Junta de Gobierno, un proyecto de ley que modificaba la Ley de Marina Mercante, con el propósito de aumentar el número de naves con matrícula en Chile y fomentar el desarrollo de la industria naviera en el país, mediante la aplicación de una serie de incentivos, principalmente de orden tributario, a las empresas navieras chilenas¹⁷.
19. Es preciso considerar que la Exención al DL 211 no fue parte del texto original del proyecto de Ley Modificatoria, sino que durante la discusión legislativa ésta fue propuesta por la Asociación Nacional de Armadores

¹⁴Historia de la Ley N° 19.911, página 42, Primer Informe de la Comisión de Economía. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19911/HL19911.pdf>

¹⁵ Historia de la Ley N° 19.911, pág. 9, Mensaje Presidencial.

¹⁶ Mensaje de fecha 21 de marzo de 1984.

¹⁷ La causa principal que motivó esta iniciativa –según quedó plasmado en el Mensaje– fue el debilitamiento de la Marina Mercante Nacional, ya que los armadores nacionales tendieron a traspasar sus capitales al exterior, creando compañías navieras subsidiarias a las que transfirieron parte de sus antiguas flotas, manteniéndose a través de pabellones de conveniencia, bajo dominio de empresas navieras nacionales.

Chilenos A.G. (en adelante, la "ANA"). La ANA fundamentó la referida exención de la industria naviera al DL 211, principalmente, en referencia a la legislación comparada, que por regla general excluía a las empresas navieras de la aplicación de las leyes antimonopolios en sus respectivas jurisdicciones¹⁸.

20. Para los efectos de la presente Solicitud, resulta relevante destacar que a esta Fiscalía le fue solicitado emitir un informe en el marco de la referida discusión legislativa¹⁹. Según dio cuenta ese informe, la H. Comisión Resolutiva (en adelante, la "**Comisión Resolutiva**"), en pronunciamientos sobre conductas contrarias a la libre competencia en el transporte marítimo, había reconocido a las Conferencias o Consorcios como una realidad que no podía ser ignorada, mas sin admitir su legitimidad o concordancia con las normas de libre competencia. Adicionalmente, también habría reconocido tener competencia para corregir los efectos perjudiciales a la libre competencia de dichos acuerdos y que la disposición propuesta resultaba peligrosa e innecesaria:

"En suma, el Fiscal infrascrito estima que la disposición del inciso segundo del artículo 5° que se propone es peligrosa. Ello, porque es innecesaria. Entonces ¿Cuál es el rol que puede jugar? Siendo innecesaria, no se divisa otro que el de servir de justificación o de legitimación para todos los compromisos que las empresas chilenas adquieran o asuman al ingresar a las Conferencias y demás convenios, o que después le sean impuestos por su calidad de partes en los mismos. Así, en consecuencia, frente a cualquiera acción antimonopolios, las referidas empresas podrían invocar aquella disposición sosteniendo que no podría reprochárseles como ilícito algo que la ley les permite o les faculta expresamente [...] según su tenor literal, la disposición propuesta es innecesaria [y] el Fiscal infrascrito estima que es inconveniente".

21. Adicionalmente, la historia de la Ley Modificatoria, en cuyas actas quedó plasmado el debate legislativo, da cuenta del escaso consenso que existió en relación con el establecimiento de una exención sectorial para la industria naviera:

Así, por ejemplo, el Comandante Toledo, Presidente de la Comisión Legislativa, señaló: "**Como digo, esto ha sido fruto de la lucha de los armadores.** No sé qué piensa el Ejecutivo, a este respecto. Pero, en cada oportunidad que sus representantes han venido a la Comisión y todas las veces que han conversado con el Almirante Merino y con los demás miembros de la Junta, han expresado que este artículo es uno de los más

¹⁸ Historia de la Ley, actas de discusión legislativa de la Ley Modificatoria, página 418. Sesión conjunta celebrada por las Comisiones Legislativas el día jueves 7 de junio de 1984. Biblioteca del Congreso Nacional.

¹⁹ Mediante Ord. N° 438, de 21 de junio de 1984, página 516 y siguientes, Historia de la Ley, actas de discusión legislativa de la Ley Modificatoria.

necesarios, porque ellos no tienen tranquilidad al no contar con esta disposición, pese a que el Fiscal de la Libre Competencia en su oficio sostuvo que es un hecho que no puede dejar de reconocerse la existencia de conferencias, consorcios, "pools", etcétera".

Por otra parte, el parlamentario Sr. Villegas, señaló: "Nosotros analizamos esta situación y recibimos las mismas sugerencias de los navieros en forma reiterada. Y siempre coincidimos con lo que usted plantea, acerca de la inconveniencia de establecer en este artículo alguna excepción a la aplicación del decreto 211. **No es una indicación del ejecutivo esto [...] pero podríamos señalar que, ante una uniformidad de criterios aquí, coincidimos en la inconveniencia del articulado en general**".

Sin embargo, en contrario, el parlamentario Sr. Asencio, señaló lo siguiente, en referencia que, a dicha época, la generalidad a nivel mundial era la exclusión del sector naviero de las normas de competencia: "**En ninguna legislación del mundo, el transporte marítimo está afecto a la ley antimonopolio. Es la única actividad que está explícitamente fuera de dicha ley**. Nosotros, de hecho, hemos reconocido que tal actividad, como se maneja en el campo internacional, resulta inconveniente dejarla afectada a las normas de la ley antimonopolios. Entonces ¿Por qué no decirlo derechamente?"²⁰.

22. Con todo, la posición que primó, y que en definitiva permitió la aprobación de la Exención, se plasmó en el informe técnico presentado a las comisiones legislativas por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Dicho informe señaló, en lo pertinente, que resultaba necesario dotar de herramientas a la marina mercante para que esta pudiera negociar mejores condiciones de competencia a nivel internacional, "[...] por considerarse que para que los navieros tengan igualdad de condiciones de competencia con los navieros extranjeros, deben actuar sujetos a similares disposiciones"²¹.
23. Al respecto, y según se expondrá en esta presentación, los fundamentos doctrinarios, económicos y técnicos de la época, esto es, la equiparación de las condiciones de la marina mercante a la realidad internacional de ese entonces –que en general eximía a sus compañías navieras de la legislación de competencia– han quedado obsoletas bajo el escenario actual, que aboga por la plena vigencia de las normas locales de libre competencia sobre todo sector económico.

III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA EXENCIÓN QUE MOTIVA LA PRESENTE SOLICITUD

24. Según se expuso, el artículo 5 de la Ley de Marina Mercante exime a las empresas navieras chilenas que participen de los Acuerdos Navieros de

²⁰ Según consta en la Historia de la Ley, actas de discusión legislativa de la Ley Modificatoria, Biblioteca del Congreso Nacional. Fojas 1653 a 1696.

²¹ En el mismo sentido, el Informe Técnico del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción a fojas 720 y siguientes de la Historia de la Ley Modificatoria, Biblioteca del Congreso Nacional. Asimismo, la ANA, representada por don Beltrán Urenda, expresó la conveniencia de incorporar una norma expresa que excluyera a las empresas navieras de la legislación antimonopolios, la cual, según se indicó, no se aplicaba en ningún país del mundo (página 418).

Flete, de la aplicación de las normas del DL 211, "*de conformidad con las prácticas y usos del transporte marítimo internacional*". Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de registro de tales acuerdos y de las tarifas que se convengan en su marco, ante el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en la forma que determina el Decreto Ley N° 237, de 22 de diciembre de 2000, Reglamento de la Ley de Marina Mercante (el "**Reglamento**").

25. Ahora bien, con el objeto de analizar los alcances de la Exención, resulta necesario examinar lo siguiente: i) quiénes son los sujetos de la Exención y cuáles son los acuerdos cuya celebración hace aplicable la Exención; ii) la participación de las autoridades sectoriales en las obligaciones de registro de los Acuerdos Navieros de Flete que ostentan las empresas navieras chilenas; iii) las Conferencias en Chile y el Código de Conducta que las regularía internacionalmente; y iv) los antecedentes jurisprudenciales de las Comisiones Antimonopolios.

A. LOS SUJETOS DE LA EXENCIÓN: LAS EMPRESAS NAVIERAS CHILENAS

26. El artículo 5 de la Ley de Marina Mercante señala que son las "empresas navieras chilenas" las que, para los efectos de su participación en Acuerdos Navieros de Flete, no estarán sujetas a las normas del DL 211.
27. La normativa sectorial señala en su artículo 1²², que para los efectos de la aplicación de dicha ley, serán consideradas "*empresas navieras chilenas*", las personas naturales o jurídicas que:
- i) cumplan con los requisitos que se exigen para abanderar una nave en Chile²³;

²² Artículo 1 Ley de Marina Mercante: "Para los efectos de la aplicación de esta ley, se entenderá por "naviero chileno" o "empresa naviera chilena", a la persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos que se exigen para abanderar una nave en Chile, de acuerdo con el artículo 11 del decreto ley N° 2.222, de 1978; se dedique al comercio de transporte marítimo y sea dueña o arrendataria de nave o naves mercantes bajo matrícula y bandera chilenas. Asimismo, serán considerados "naviero chileno" o "empresa naviera chilena", las personas naturales o jurídicas que, cumpliendo con los demás requisitos exigidos en este artículo, reputen naves de acuerdo a lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto del artículo 6°".

²³ Ley de Navegación, Decreto Ley N° 2.222, de 31 de mayo de 1978. Artículo 11.- Para matricular una nave en Chile se requiere que su propietario sea chileno y que se cumplan los demás

- ii) se dediquen al comercio de transporte marítimo; y,
 - iii) sean dueñas o arrendatarias de naves mercantes bajo matrícula y bandera chilenas.
28. Asimismo, dicha norma establece que se entenderán por empresas navieras chilenas, a aquellas personas naturales o jurídicas que cumplan con los anteriores requisitos y adicionalmente, se considerarán como tales, a aquellas personas naturales o jurídicas que, cumpliendo con los anteriores requisitos, reputen como chilenas las naves arrendadas a empresas navieras chilenas con promesa u opción de compra, de conformidad con el artículo 6 de la Ley de Marina Mercante²⁴.
29. Debe considerarse que la nacionalidad chilena de una nave se adquiere por la inscripción de ella en el Registro de Matrícula de Naves que lleva la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (en adelante, "**Directemar**"), de conformidad con los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley de Navegación y en el Decreto Supremo N° 163, de 2 de febrero de 1981, Reglamento del Registro de Naves y Artefactos Navales (en adelante, el "**Reglamento del Registro de Naves**").
30. Según información de la Directemar²⁵, al año 2011 habían 169 registros de matrículas de naves mercantes vigentes en el Registro de Naves Mayores, esto es, naves mercantes que tienen matriculadas una nave en Chile, y que cumpliendo los restantes requisitos ya enunciados, a esta fecha se

requisitos que este título establece. Si la nave fuera de propiedad de más de una persona o lo fuere de una persona jurídica, deberán aplicarse las reglas siguientes:

- a) Si el propietario de una nave fuere una sociedad, se considerará chilena siempre que tenga en Chile su domicilio principal y su sede real y efectiva; que su presidente, gerente y mayoría de directores o administradores, según el caso, sean chilenos; y que la mayoría del capital social pertenezca a personas naturales o jurídicas chilenas.
- b) Si la nave perteneciere a una comunidad, se considerará chilena siempre que la mayoría de los comuneros sean chilenos, estén domiciliados y residan en Chile; que sus administradores, en su caso, sean chilenos; y que la mayoría de los derechos en la comunidad pertenezcan a personas naturales o jurídicas chilenas.
- c) Para los efectos previstos en las dos letras anteriores se considerará que las personas jurídicas socias de una sociedad propietaria de naves o comuneras en el dominio de las mismas, son chilenas cuando reúnan los requisitos establecidos en las letras precedentes, respectivamente.

²⁴ En sus incisos 4° y 5°.

²⁵ Mediante Ord. N° 12600/111, de 30 de enero de 2012, en respuesta a Res. N° 18-11 FNE, de fecha 11 de enero de 2012.

consideran como empresas navieras chilenas²⁶. De estas, solo las siguientes empresas son las que prestan servicios de transporte internacional de carga marítima contenerizada:

Cuadro N° 1
Empresas que tienen naves matriculadas en Chile y prestan servicios internacionales de transporte de carga

Empresa (propietario)	Nombre de la Nave	N° de Matricula	Fecha de Matricula
Navieras Ultragas Limitada	Corcovado	2822	18/01/1994
CSAV	Mapocho	3062	30/12/2002
Navieras Ultragas Limitada	Cóndor	3190	28/02/2008

Fuente: Información aportada a la Investigación por la Directemar.

31. A este respecto, cabe destacar lo señalado por la Directemar en relación con la categorización de "empresa naviera chilena":

*"[...] la condición de "empresa naviera chilena" de las personas naturales o jurídicas a cuyo nombre aparecen inscritas las naves [antes señaladas], **depende de que aquellas las empleen en el comercio de transporte marítimo**, lo que debe acreditarse documentalmente, cada vez que se requiera la certificación prevista en el artículo 3° del Reglamento del Decreto Ley N° 3059, Ley de Fomento a la Marina Mercante, aprobado mediante D.S. (T y T) N° 237, de 2000. Atendida la naturaleza coyuntural de esta condición, la ley no contempla la existencia de un registro de empresas navieras chilenas".*

32. En consecuencia H. Tribunal, a partir de una interpretación literal del artículo 5 de la Ley de Marina Mercante, solo las empresas navieras chilenas, que cumplieran con los requisitos que la ley sectorial contempla para clasificarse como tales, y en cuanto participen de alguno de los Acuerdos Navieros de Flete, estarían amparadas en la Exención. No obstante, no resultaría posible sostener que empresas navieras extranjeras y/o Agentes Generales de Navieros extranjeros²⁷, que operen desde o hacia Chile, no se beneficiarían de la Exención, puesto que la legislación chilena y los acuerdos

²⁶ Solo nos referiremos a las naves matriculadas, no las arrendadas, en atención a que la información es parcial, pues no existe obligatoriedad de anotar al margen del Registro de Matricula de una nave mercante, los contratos de arrendamiento que se celebren a su respecto.

²⁷ Sin embargo, de acuerdo con la información entregada a esta Fiscalía por parte de las empresas navieras extranjeras, aquellas discreparían de esta conclusión.

internacionales a los que Chile está suscrito promueven el trato no discriminatorio entre empresas²⁸.

B. LOS ACUERDOS NAVIEROS DE FLETE

33. Por regla general, en la industria de transporte de carga por vía marítima es posible distinguir tres tipos de servicios:

- i) Los **servicios de línea o regulares**, que consisten en el transporte de mercancías, principalmente en contenedores, sobre una base regular, a puertos en rutas geográficas determinadas. Dichas rutas son, por regla general, conocidas como un tráfico o línea comercial. Se caracterizan porque el calendario y las fechas de salida son anunciadas por adelantado, estando los servicios disponibles para cualquier usuario;
- ii) Los **servicios de tramp**, esto es, transporte no regular de mercancías por vía marítima, principalmente a granel, de una única mercancía que ocupa todo un buque fletado total o parcialmente por uno o varios cargadores, en régimen de fletamento, de tiempo o de cualquier otro tipo de contrato. Cabe destacar que los servicios de *tramp* no son programados, y que en éstos las tarifas del flete se negocian libremente y caso a caso; y,
- iii) Los **servicios de cabotaje**, que según la Ley de Marina Mercante, consisten en el transporte marítimo, fluvial o lacustre de pasajeros y de carga entre puntos del territorio nacional, y entre éstos y artefactos navales instalados en el mar territorial o en la zona económica exclusiva. Cabe tener presente, que los servicios de cabotaje pueden consistir en servicios de línea (regulares) o de *tramp* (no regulares), con la particularidad que son prestados entre puertos del territorio nacional.

34. Cabe hacer presente que, **ni el cabotaje ni los servicios de tramp son objeto de la presente solicitud**, en atención a que los Acuerdos Navieros de Flete, esto es, las Conferencias, Convenios y Consorcios, objeto de la

²⁸ En efecto, el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República de Chile garantiza la igualdad ante la ley; artículo 57 del Código Civil, establece que la ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas discriminación racial, entre otras.

Exención, implican, por regla general, la prestación de servicios de transporte de carga, principalmente contenerizada, a nivel internacional, bajo un esquema de continuidad o calendarización.

35. En cambio, según se ha expuesto, los Acuerdos Navieros de Flete que sí forman parte del objeto de la Exención al DL 211, lo constituyen servicios que por regla general son de línea o regulares, estos es, **Conferencias, Convenios y Consorcios**, conforme se singularizan en el artículo 5 de la Ley de Marina Mercante. A continuación, se analizarán brevemente los conceptos y nociones asociados a dichos acuerdos, tanto a nivel nacional como en el derecho comparado.

36. La Unión Europea define las **Conferencias** como un grupo de dos o más compañías navieras que proveen servicios internacionales de transporte regular de carga en una o más rutas particulares, dentro de límites geográficos específicos, y que tienen un acuerdo o arreglo, de cualquier naturaleza, en cuyo marco operan bajo tarifas comunes o uniformes, así como otras condiciones acordadas respecto de la provisión de servicios de línea²⁹. En consecuencia:

“Las conferencias, de conformidad con la experiencia acumulada a lo largo de los últimos 150 años, la normativa jurídica y los usos de sector del transporte marítimo, pueden ser definidos como un acuerdo entre compañías navieras de transporte regular de mercancías para la fijación de fletes comunes entre sus miembros, al que se puede agregar otros elementos secundarios, algunos de los cuales, suelen estar presentes en la práctica [en la] totalidad de los cárteles de este tipo entre transportistas marítimos, con la finalidad de eliminar o reducir al máximo los posibles competidores en la ruta que sirven”³⁰.

37. Otro de los Acuerdos Navieros de Flete, los **Consorcios**³¹, son definidos por la Unión Europea como un acuerdo entre dos o más transportistas, que operan con buques y que prestan servicios internacionales regulares de línea

²⁹ Reglamento (CEE) N° 4056/86, de 22 de diciembre de 1986, sobre las reglas de la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado al Transporte Marítimo: “*Liner conference means a group of two or more vessel-operating carriers which provides international liner services for the carriage of cargo on a particular route or routes within specified geographical limits and which has an agreement or arrangement, whatever its nature, within the framework of which they operate under uniform or common freight rates and any other agreed conditions with respect to the provision of liner services*”.

³⁰ ESTEPA MONTERO, MANUEL: “LAS CONFERENCIAS MARÍTIMAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA: EL FINAL DE UNA EXENCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA”. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIII (2010) 59-82 / ISSN: 1133-3677. Universidad Complutense de Madrid, pág. 61. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3170477>

³¹ En Reglamento (CE) N° 823/2000, de 19 de abril de 2000.

para el transporte exclusivo de mercancías, principalmente en contenedores, correspondiente a uno o más tráficos. Su objeto es establecer una cooperación para la explotación conjunta de un servicio de transporte marítimo, que permita mejorar el servicio que ofrecería individualmente cada uno de los miembros del consorcio a falta de este, a fin de racionalizar sus operaciones, mediante disposiciones técnicas, operativas y/o comerciales, exceptuándose la fijación de precios.

38. Por su parte, los **Convenios** o *pools* son acuerdos entre empresas navieras que agrupan varios buques similares de diferente propiedad, gestionados por una sola administración. Normalmente existe un administrador del *pool* responsable de la gestión comercial, como de la comercialización conjunta, negociación de tarifas de flete, centralización de ingresos y costos de viaje, entre otros³².

C. LAS AUTORIDADES SECTORIALES Y LA OBLIGACIÓN DE REGISTRO DE LOS ACUERDOS NAVIEROS DE FLETE

39. En la industria naviera, y específicamente en relación con los Acuerdos Navieros de Flete, intervienen dos autoridades sectoriales: i) la Directemar, en calidad de autoridad marítima en todos los aspectos de la navegación; y ii) el Departamento de Transporte Marítimo, Fluvial y Lacustre, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (en adelante, el "**Departamento de Transporte**"), respecto a la obligación de registro de los Acuerdos Navieros de Flete que pesa sobre las empresas navieras chilenas, según se expondrá a continuación.
40. En primer lugar, cabe señalar que el Reglamento, en su artículo 11, contempla la obligación para las empresas navieras chilenas que entren a participar en un Acuerdo Naviero de Flete, de registrar, con tres días de anticipación en el Ministerio antes indicado, un extracto de dicho acuerdo y de las tarifas que en el marco de un Acuerdo Naviero de Flete se pacten³³.

³² CE 2008/C 245/02, página 11.

³³ Artículo 27. "Los navieros chilenos que entren a participar en conferencias navieras de fletes, convenios de pool o consorcios que regulen o racionalicen servicios de transporte marítimo internacional, estarán obligados a registrar con la anticipación de tres días en el Ministerio, por cualquier medio, incluido el Correo Electrónico, un extracto del acuerdo y de las tarifas, confeccionado por la Administración del mismo, que deberá contener a lo menos las siguientes

41. En la práctica, los extractos de los referidos acuerdos suscritos entre las empresas navieras, son registrados por las empresas navieras chilenas en el Departamento de Transporte. Dicho extracto debe contener:
- a) Individualización de las empresas participantes y de sus representantes oficiales;
 - b) Características del servicio, plazo del acuerdo y su renovación;
 - c) Propósito y ámbito de aplicación del Acuerdo Naviero de Flete, indicándose: i) el tráfico o tráficos cubiertos por éste y ii) las clases principales clases de tarifas (las más relevantes, su fecha de iniciación y término); y,
 - d) Si fuere procedente, la declaración de no haber tarifas predeterminadas, o que sólo existen tarifas máximas, o que la duración y/o variabilidad por razones de mercado impide o dificulta el registro, o que existe al respecto cualquiera otra circunstancia relevante.
42. Agrega la norma que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones tiene la obligación de mantener dichos extractos solo por el período de un año desde la fecha del registro.
43. En este contexto, es preciso considerar lo declarado ante esta Fiscalía por el ex jefe del Departamento de Transportes, quien, consultado respecto de los mecanismos de notificación, fiscalización y control de los referidos acuerdos entre las compañías navieras chilenas, indicó: *"Nuestra obligación es solamente de almacenar esta información, no fiscalizamos la efectividad de las tarifas ni de los acuerdos"*³⁴.

menciones: **a) Individualización de las empresas participantes y de sus representantes oficiales; b) Características del servicio, plazo del acuerdo y su renovación, y c) Propósito y ámbito de aplicación del acuerdo, convenio de pool, consorcio o similar, indicándose el tráfico o tráficos cubiertos por éste y las clases principales, si las hay, de tarifas con indicación de aquellas más relevantes, su fecha de iniciación y término si la tuviere.** En caso de que no haya tarifas predeterminadas, o que sólo existan tarifas máximas, o que la duración y/o variabilidad por razones de mercado impida o dificulte el registro, o que exista al respecto cualquiera otra circunstancia relevante, deberá expresarse en forma determinada. En todo caso, será obligación de los navieros chilenos proporcionar al Ministerio y/o a la Comisión, en la oportunidad que les sean requeridos, todos los antecedentes complementarios que estimen pertinentes, atendidas las disposiciones legales y el propósito del registro. Los extractos deberán ser confeccionados en idioma español y mantenerse actualizados por la respectiva empresa, los que el Ministerio mantendrá por el período de un año contado desde la fecha de su registro".

³⁴ [1].

44. De lo señalado, es posible concluir que, en los hechos, el Departamento de Transporte no ejercería una labor fiscalizadora ni revisora de los Acuerdos Navieros de Flete, ni de las tarifas u otras variables competitivas acordadas en el marco de dichas convenciones.

D. LAS CONFERENCIAS EN CHILE

45. Según lo informado a esta Fiscalía por el Departamento de Transportes y por algunas compañías navieras, la única Conferencia que ha sido registrada por una empresa naviera chilena³⁵, ante el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, correspondería a la Conferencia Asia/Costa Oeste de Sud América o AWCSA³⁶.
46. Conforme a los estatutos de la AWCSA³⁷, suscritos con fecha 8 de octubre de 2009³⁸, esta Conferencia cuenta con los siguientes miembros:

Cuadro N° 2
Miembros de la AWCSA

COMPAÑÍA NAVIERA	PAÍS DE ORIGEN
APL CO. PTE LTD.	Singapur
CMA – CGM	Francia
Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A.	Chile
Compañía Sud Americana de Vapores S.A.	Chile
Evergreen Marine Corp. (Taiwan) LTD. (EMC)	Taiwan
Hamburg Süd	Alemania
Hapag – Lloyd AG	Alemania
Harjin Shipping Co. Ltd.	Korea
Hyundai Merchant Marine Co. Ltd.	Korea
Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.	Japón
A.P. Moeller-Maersk A/S – Trading AS Maersk Line	Dinamarca
Mitsui O.S.K. Lines Ltda.	Japón
Mediterranean Shipping Co. S.A.	Suiza
Nippon Yusen Kaisha	Japón

Fuente: Sitio *web* oficial de las Conferencias www.scaga.net

³⁵ Así lo informó [2].

³⁶ Mediante Res. N° 839, de 16 de febrero de 2012, el Coordinador General del Programa de Desarrollo Logístico del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones señaló que la Conferencia AWCSA habría sido comunicada al Departamento de Transportes mediante carta remitida por CSAV, con fecha 29 de diciembre de 2011.

³⁷ Esta información asimismo consta en el sitio *web* oficial de la Conferencia: http://www.scaga.net/s_america/awcsa/memb.html

³⁸ Acompañados en el primer otrosí de esta presentación.

47. En el mismo documento, se establece que el objeto de la Conferencia es el suministro de servicios de línea para el transporte internacional de carga, procediendo con tarifas y condiciones uniformes, dentro de los términos acordados, en las rutas que corresponden al ámbito geográfico de acción la Conferencia, esto es, el transporte de carga de contenedores entre puertos de Asia y puertos de la costa del Pacífico de México, América Central y Costa Oeste de Sud América³⁹. Asimismo, se establece que para cumplir dichos objetivos, esta podrá coordinar itinerarios y establecer frecuencias, fechas de salidas y recaladas.
48. Conforme se indica en los estatutos, la AWCSA vela por “[...] la estabilidad del tráfico ajustándose a las reglas acordadas y a las normas legales vigentes”.
49. La ACWSA se encuentra actualmente vigente, sus estatutos establecen que tendrá una duración indefinida. Asimismo, se indica que puede ser modificado o terminado por una decisión especial del *Comité de Principales*, órgano de gobierno de la Conferencia.
50. Durante la Investigación, esta Fiscalía obtuvo antecedentes sobre la existencia de una segunda Conferencia, para la ruta Japón – Costa Pacífico de Colombia, Perú, Ecuador y Chile, en la que participarían empresas navieras chilenas y extranjeras.
51. En efecto, el sitio *web* oficial de las Conferencias a nivel mundial⁴⁰, da cuenta de que actualmente existen dos Conferencias en las cuales participan empresas navieras chilenas y compañías extranjeras, que incluyen como puertos de salida y de destino a nuestro país: a) la Asia/Costa Oeste de Sud América o AWCSA, precedentemente mencionada; y b) la “*Japan West Coast South America Freight Conference*” (la “**JWCSA**”), de la cual no hay registro de un extracto del acuerdo y/o de sus tarifas ante el Ministerio de

³⁹ Lo anterior comprende: Asia: Japón, Corea, Taiwán, China, Hong Kong, Filipinas, Camboya, Vietnam, Tailandia, Singapur, Malasia e Indonesia, incluyendo India sub continental (Pakistán, Bangladesh y Sri Lanka), Nueva Zelanda, Este Medio, más trasbordados en Singapur u otros puertos de Asia. México: Costa Pacífico de México; Central: Costa Pacífico de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica; Costa Oeste de Sud América: Costa Pacífico de Colombia; Ecuador, Perú, Bolivia y Chile.

⁴⁰ www.scaga.net

Transportes y Telecomunicaciones, por parte de alguna empresa naviera chilena, conforme la obligación ya enunciada.

52. Según consta en el sitio *web* antes mencionado⁴¹, las compañías navieras miembros de la JWCSA, serían las siguientes:

Cuadro N° 3
Miembros de la JWCSA

COMPAÑÍA NAVIERA	PAÍS DE ORIGEN
Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A.	Chile
Compañía Sud Americana de Vapores S.A.	Chile
Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.	Japón
Mitsui O.S.K. Lines Ltda.	Japón
Nippon Yusen Kaisha	Japón

Fuente: Sitio *web* oficial de las Conferencias www.scaga.net

53. Cabe destacar que, habida consideración a que esta Conferencia no habría sido informada al Departamento de Transportes por las empresas navieras chilenas partícipes del mismo, en incumplimiento de las disposiciones del artículo 27 del Reglamento, existe absoluto desconocimiento del marco del acuerdo, las características del servicio y del plazo de duración de dicha Conferencia.
54. En efecto, consultado el citado Departamento de Transportes respecto del extracto de los Acuerdos Navieros de Flete registrados por las empresas navieras chilenas y de sus tarifas, se informó que “[...] sólo la *Compañía Sudamericana de Vapores (CSAV) mantiene vigente un convenio de tales características*”, acompañándose registros de tarifas por parte de CSAV a los servicios “Américas”, “Wayport”, “Mediterráneo”, “Golfo de México”, “Euroandes”, “Caribe” y “Andex”⁴².
55. En consecuencia, de lo informado recientemente por la autoridad sectorial, no existiría información alguna de la participación de empresas navieras chilenas en la Conferencia JWCSA⁴³.

⁴¹ http://www.scaga.net/s_america/jwcsa/index.html

⁴² Según informó [3].

⁴³ Mediterranean Shipping Company (Chile) S.A., como filial en Chile de la matriz sueca Mediterranean Shipping Co. S.A., fue oficiada por esta Fiscalía a fin de que acompañare los contratos celebrados con otras compañías navieras. Al respecto, la filial no dio respuesta íntegra a lo solicitado, dado que en comunicación de fecha 31 de agosto de 2011, un abogado del estudio Vial y Compañía afirmó que Mediterranean Shipping Company (Chile) S.A. no había celebrado

E. EL CÓDIGO DE CONDUCTA DE LAS CONFERENCIAS

56. La incorporación de la Exención a las normas de libre competencia nacionales para las empresas navieras partícipes de los Acuerdos Navieros de Flete, tiene como antecedente el Código de Conducta, que consagra los principios generales que deben regir a las Conferencias en los países suscriptores del Tratado, en relación con el control de los bruscos aumentos de fletes que pudieren afectar principalmente a países en desarrollo⁴⁴.
57. Asimismo, el Código de Conducta contiene una serie de normas y principios relativos a la regulación interna de las Conferencias⁴⁵, en cuanto al ingreso de compañías navieras, la participación de éstas en determinadas rutas y los porcentajes de carga transportada, a través de acuerdos de distribución de tráfico⁴⁶, así como la administración y régimen interno de las Conferencias. Asimismo, establece directrices en cuanto a las relaciones entre las compañías navieras miembros de la Conferencia y los usuarios del transporte marítimo de carga.
58. En particular, el referido Tratado dispone los mecanismos y criterios para la fijación de tarifas de flete al interior de la Conferencia, así como los recargos y aumentos generales en la cantidad de flete en una ruta particular, de consuno entre las compañías navieras conferenciadas.
59. Ahora bien, según consta en el sitio *web* oficial de las Naciones Unidas, son 86 los países que han firmado y/o ratificado el referido Tratado hasta la fecha

acuerdo alguno ni formaba parte de la AWCSA, dado que actuaba como "agente general" y no como compañía naviera. Lo anterior, sin perjuicio que en declaración de fecha 7 de julio de 2011, el propio Gerente General de dicha compañía, Sr. Ricardo Klempau Schuler, ya había reconocido que su empresa naviera sí prestaba servicios de transporte de carga marítima –ya sea a través de la matriz o la filial local-, reconociendo, además, la participación de su representada en la AWCSA.

⁴⁴ GARCÍA INFANTE, FELIX "DERECHO DEL TRANSPORTE MARÍTIMO: COMENTARIOS, LEGISLACIÓN COMERCIAL Y ADMINISTRATIVA", Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad católica de Valparaíso, 1993. Pág. 155.

⁴⁵ El Código de Conducta entiende por Conferencias: "*grupo constituido por dos o más empresas porteadoras navieras que prestan servicios regulares de transporte internacional de carga en una ruta particular o unas rutas particulares dentro de determinados límites geográficos y que han concertado un acuerdo o arreglo, cualquiera que sea su naturaleza, dentro de cuyo marco actúan ateniéndose a unos fletes uniformes o comunes y a cualesquiera otras condiciones convenidas en lo que respecta a la prestación de servicios regulares*".

⁴⁶ Artículo 2, N° 4) del Código de Conducta.

desde su entrada en vigencia el 6 de octubre de 1983. Con fecha 25 de junio de 1975⁴⁷, Chile suscribió al Código de Conducta sin hacer reserva expresa de ratificación⁴⁸. En consecuencia, y desde una perspectiva de derecho internacional público, Chile es considerado "Parte Contratante" a partir de la fecha de su suscripción.

60. Lo anterior fue confirmado por el Ministerio de Relaciones Exteriores al señalar que:

*"[...] la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas fue adoptada el 6 de abril de 1974 y entró en vigor internacional el 6 de octubre de 1983. Chile la firmó el 25 de junio de 1975 sin reserva de ratificación, aceptación o aprobación, por lo tanto en el ámbito internacional y de conformidad con el artículo 48 de la señalada Convención, nuestro país es considerado Estado parte de la misma"*⁴⁹.

61. Sin perjuicio de lo anterior, informó además el Ministerio de Relaciones Exteriores que esta Convención no ha sido incorporada al ordenamiento jurídico interno. Atendido a que correspondía que dicha Convención se sometiera a aprobación legislativa, previa ratificación por el Presidente de la República, en julio de 1976 se remitieron los antecedentes a la entonces Junta de Gobierno, el órgano legislativo de la época.
62. Según consta en expediente de tramitación del proyecto de ley del Código de Conducta⁵⁰, durante la tramitación legislativa se manifestaron diversas opiniones en orden a recomendar que su texto no fuera aprobado, no sólo por contravenir la Ley de Marina Mercante –considerando que la Ley Modificatoria que incorporó la Exención aún no se había dictado–, sino también por criterios de competencia.

⁴⁷ Según consta en el sitio web oficial de las Naciones Unidas: http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XII-6&chapter=12&lang=en

⁴⁸ El artículo 48, N°2 del Código de Conducta denominado "Cláusulas Finales" contiene las normas sobre firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión del tratado respecto de lo cual señala:

2) Todos los Estados a/ tienen derecho a adquirir la calidad de Parte Contratante en la presente Convención, mediante: a) firma, con reserva de ratificación, aceptación (sic) aprobación, seguida de ratificación, aceptación o aprobación; o b) firma, sin reserva en cuanto a ratificación, aceptación o aprobación; o c) adhesión. Chile suscribió el tratado de conformidad a la letra b) señalada, sin perjuicio que, para que la firma de un tratado sea consistente con nuestro derecho interno, debe suscribirse con reserva de ratificación, habida consideración a los trámites de aprobación legislativa, previa a la ratificación del Presidente de la República, según lo consagran los artículos 32 N° 15 y 54 N°1 de la Constitución Política de la República.

⁴⁹ Respuesta de fecha 9 de marzo de 2012, a través del oficio N°02999.

⁵⁰ En Dirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores.

63. En efecto, consta que en el año 1981, recomendándose la no aprobación del texto del proyecto de ley para la ratificación del Código de Conducta, éste fue retirado del trámite de aprobación correspondiente⁵¹⁻⁵². Así consta en Oficio remitido por la entonces Oficina de Planificación Nacional⁵³ al Ministerio de Relaciones Exteriores lo siguiente:

*“Las Conferencias Marítimas de Fletes son asociaciones privadas de navieros de tráfico de navieros de tráfico internacional. A ellas concurren empresas de los países que forman parte de la ruta. **El ofrecimiento de servicios regulares y tarifas comunes, posibilitan el establecimiento de prácticas monopólicas**, que si bien favorecen a las empresas, afectan directamente al comercio exterior de los países que son parte de su mercado.*

Las leyes proteccionistas a la actividad naviera de cada país reserva para las navieras nacionales parte de los mercados. Este instrumento es utilizado por las empresas para negociar su participación en cada Conferencia.

*Estudios de Naciones Unidas reflejan el hecho que, **amparados por una tarifa común, el usuario se ve obligado a utilizar servicios ineficientes**, a la vez que entrega un importante subsidio a aquellas empresas de mayor eficiencia.*

En relación a este último aspecto, puede acontecer la posible paradoja que el sector ligado al comercio exterior chileno pudiere estar subsidiando empresas extranjeras, que por seguridad nacional resultare para el país altamente inconveniente.

*En atención a lo expresado, **esta Oficina estima como poco recomendable reconocer oficialmente la existencia de estos monopolios**, reconocimiento que se estaría efectuando si el país ratifica el llamado Código de Conducta de las Conferencias Marítimas. Es por ello que se recomienda no ratificar el citado código”.*

64. No obstante lo anterior, cabe tener presente que el hecho que un Tratado Internacional no sea incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante el procedimiento establecido en la Constitución Política de la República, no implica que el Estado pueda eximirse de responsabilidad internacional por

⁵¹ Previamente, en 1979, ya había existido requerimiento en la misma línea. En efecto, en Memorandum N° 190, de don Juan Enrique Walker Ramos, Director General (S) de Relaciones Económicas Internacionales al Director Jurídico, ambos del Ministerio de Relaciones Exteriores, consta la solicitud de suspender la tramitación del proyecto de ley por medio del cual se ratifica el Código de Conducta para las Conferencias Marítimas, “[...] debido a que es conveniente que ese trámite quede pendiente mientras se promulga la nueva Ley de Marina Mercante” (20 de abril de 1979).

⁵² Sobre el particular, cabe tener presente que la Constitución Política de la República de Chile regula la incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno en diversas normas. En primer lugar, el artículo 32 N°15 señala como atribución exclusiva del Presidente de la República la facultad de concluir, firmar y ratificar los tratados internacionales, indicándose en dicha norma que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso. Por su parte, este trámite de aprobación se encuentra establecido en el artículo 54 N°1 de la Carta Fundamental. Por consiguiente, un tratado se entiende válidamente celebrado e incorporado al ordenamiento jurídico nacional cuando ha sido negociado y firmado por el Presidente de la República, aprobado por el Congreso Nacional, ratificado por el Presidente de la República y publicado en el Diario Oficial.

⁵³ Res. N° 11/96, de 17 de junio de 1981, del Ministro Director de la Oficina de Planificación Nacional (hoy Ministerio de Desarrollo Social, ex MIDEPLAN), Sr. Álvaro Donoso Barros, en respuesta a Res. N° 1465 de 12 de mayo de 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores, remitido a fin de que manifestare opinión sobre el Código de Conducta.

incumplimiento de las disposiciones del tratado. Así, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de mayo de 1969, establece que un Estado no puede excusarse del incumplimiento de una obligación internacional, invocando disposiciones de su derecho interno⁵⁴.

65. En consecuencia, el Código de Conducta se encuentra en una situación excepcional e intermedia. Desde la perspectiva del derecho interno, el tratado no forma parte del ordenamiento jurídico nacional. Conforme el Derecho Internacional Público, Chile es parte del Código de Conducta, dado que las normas internacionales en la materia no permiten invocar un vicio de nulidad en la manifestación del consentimiento internacional hecho en su oportunidad por nuestro país. Así las cosas, de cara al derecho internacional, el Código de Conducta entró en vigencia el 6 de octubre de 1983, teniendo a Chile como Estado Parte.
66. Por la anterior disyuntiva entre derecho interno e internacional, esta Fiscalía estima que resulta procedente analizar la posibilidad de que Chile se retire como Estado Parte del Código de Conducta⁵⁵. Al respecto, el artículo 50 de la Convención establece: *"La presente Convención podrá ser denunciada por cualquier Parte Contratante en primer momento después de que hayan transcurrido dos años desde la fecha en que la Convención haya entrado en vigor."*
67. Adicionalmente, a la fecha de entrada de vigencia del Código de Conducta en Chile, y dado que aún no existía el artículo 5 que estableció la Exención, en estricto rigor el Tratado reñía con la normativa interna de libre competencia, al permitir los acuerdos de tarifas o capacidad en el flete marítimo de carga, entre compañías navieras miembros de una Conferencia, cuya celebración, a dicha época, podía configurar una conducta anticompetitiva. Ello se extendió hasta la promulgación de la Ley Modificatoria, en 1985, la cual al incorporar la Exención, en cierta medida,

⁵⁴ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: *"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"*.

⁵⁵ El artículo 54 N°1 de la Constitución señala que corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

adecuó la normativa sectorial interna a las disposiciones del Código de Conducta.

68. Resulta evidente que, de acoger ese H. Tribunal la solicitud de esta Fiscalía de derogar la Exención contenida en la Ley de Marina Mercante, se generaría una incongruencia entre las disposiciones de ésta y las del Código de Conducta. De ahí la necesidad de propender al retiro de Chile como Estado Parte de dicha convención.
69. Por lo demás, a nivel global, el Código de Conducta desde su aprobación fue rechazado por los Estados Unidos de América (en adelante, "EE.UU.") y Canadá. No ha sido ratificado por Japón ni Australia, en atención a que entraba en conflicto con las regulaciones internas de cada país, "[...] y, sobre todo, por chocar con la visión liberal que para la regulación del sector supone, por ejemplo, el establecimiento de conferencias cerradas o la reserva de carga"⁵⁶.
70. En relación a los países de la Unión Europea, previo a la conformación de dicha comunidad, la mayoría de ellos adscribió al Código de Conducta de manera independiente. En el año 2007, considerando la supresión de las exenciones a norma de competencia de los Acuerdos Navieros de Flete en la Unión Europea, fue dictado un reglamento que previno a los Estados Miembros derogar finalmente la aplicación del Código de Conducta⁵⁷.

F. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN EL SECTOR DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGA EN LAS COMISIONES ANTIMONOPOLIOS NACIONALES

71. En lo que atañe a la presente Solicitud, es preciso destacar dos decisiones de las Comisiones Antimonopolios, que corresponden a la jurisprudencia más reciente en la materia de los antecesores de ese H. Tribunal.

⁵⁶ ESTEPA MONTERO, MANUEL: *Op. Cit.*, pág. 69.

⁵⁷ A través del Reglamento 1490/2007, de 11 de diciembre de 2007, la Comisión estableció que, dado que en 2006, a través del Reglamento 1419/2006 la Unión Europea había eliminado de su normativa interna la exención a las normas de competencia que ostentaban las Conferencias, éstas ya no estaban autorizadas a operar entre los puertos de los Estados Miembros y, por ende, la aplicabilidad del Código de Conducta debía ser derogada.

72. La primera, el **Dictamen N° 737**, de la H. Comisión Preventiva Central (en adelante, la "**Comisión Preventiva**"), de 26 de abril de 1990, corresponde a un pronunciamiento con ocasión de una denuncia de un exportador hortofrutícola, en contra de las empresas navieras que operaban entre Chile y los Estados Unidos⁵⁸, ambos parte de una Conferencia que operaba entre Sudamérica y la costa oeste de Estados Unidos.
73. Lo que motivó tal denuncia, fueron las alzas coordinadas de tarifas que anunciaron las empresas miembros de la citada Conferencia. En dicho contexto, las empresas denunciadas invocaron excepciones de incompetencia respecto de los organismos antimonopolios para conocer y resolver los atentados a la libre competencia en el transporte marítimo, amparándose en la Exención del artículo 5 de la Ley de Marina Mercante.
74. En lo pertinente, respecto de las excepciones de incompetencia invocadas, esta Fiscalía informó a la H. Comisión Preventiva que la jurisprudencia de la época (Resoluciones de la H. Comisión Resolutiva, N°s 225, de 1986, y 251, de 1987) era conclusiva en señalar que la Exención establecida en la normativa sectorial marítima, no implicaba una privación de la jurisdicción de los órganos antimonopolios de competencia para conocer materias relacionadas con el transporte marítimo, estuviere o no regulado por Conferencias. En efecto, señaló que:

*"[...] ni el artículo 5° del Decreto Ley N° 211, de 1973 que mantiene vigente las disposiciones legales y reglamentarias referidas al transporte, fletamento y cabotaje, ni la modificación dispuesta en la citada Ley N° 18.454¹, excluyen de una manera general y permanente, ni en su totalidad, de la aplicación de la legislación antimonopolios, la actividad misma del transporte marítimo desarrollado por empresas navieras conferenciadas, pues **el alcance de estas disposiciones fue permitir el ingreso de las empresas navieras nacionales a las Conferencias Marítimas, de por sí monopólicas, pero en caso alguno sustraer de la aplicación de esa legislación las conductas y eventuales abusos de las empresas conferenciadas cometidos en el ejercicio de sus actividades**".*

75. Sobre la base de los antecedentes aportados por empresas navieras chilenas y por esta Fiscalía⁵⁹, la Comisión Preventiva desestimó la denuncia,

⁵⁸ CSAV, CCNI y Lykes Bros. Steamship Co. Inc., representada por Ultramar Agencia Marítima Ltda.

⁵⁹ En lo pertinente, respecto de las excepciones de incompetencia invocadas, esta Fiscalía informó a la H. Comisión Preventiva que la jurisprudencia de la época (Resoluciones de la H. Comisión Resolutiva, N°s 225, de 1986, y 251, de 1987) era conclusiva en señalar que la Exención establecida en la normativa sectorial marítima, no implicaba una privación de la jurisdicción de los órganos antimonopolios de competencia para conocer materias relacionadas con el transporte

por considerar que la Conferencia y las tarifas acordadas en su marco se encontraban registradas ante el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, conforme al Reglamento⁶⁰.

76. Asimismo, la Comisión Preventiva dictaminó la plena competencia de los órganos antimonopolios para conocer y resolver todo abuso de posición monopólica que pudieran cometer las empresas navieras, pertenecientes o no a una Conferencia, en la actividad de transporte marítimo y, por ende, la posibilidad de establecer las medidas para corregir y sancionar dichos abusos:

“La nueva legislación de la Ley N° 18.454, por ser de excepción, debe ser interpretada restrictivamente, y no puede tener el alcance de excluir completamente a las empresas navieras de la aplicación del Decreto Ley N° 211, de 1973, ni de la competencia de los Organismos Antimonopolios, pues ello dejaría en la impunidad las conductas ilegítimas, contrarias a esa legislación, que cometieren, en cualquier orden de negocio, las empresas que participaren de una Conferencia o Convenio de pool [...]”⁶¹.

77. La segunda decisión corresponde a la **Resolución N° 354**, de la Comisión Resolutiva, de 22 de enero de 1991. Dicha resolución se pronunció respecto de las excepciones de incompetencia que opusieron las empresas navieras denunciadas⁶², que eran miembros de la Conferencia que operaba entre Chile y la costa este de los Estados Unidos y el golfo de México⁶³.
78. En sus considerandos, la Resolución N° 354 es muy similar al Dictamen N° 737, en cuanto concluye que la Exención es una verdadera “legitimación” a la participación de las empresa navieras en acuerdos de tarifas o tráfico, que, de no existir, convertiría dicha participación en atentados a las normas de

marítimo, estuviese o no regulado por Conferencias. En efecto, señaló que “[...] ni el artículo 5° del Decreto Ley N° 211, de 1973 que mantiene vigente las disposiciones legales y reglamentarias referidas al transporte, fletamento y cabotaje, ni la modificación dispuesta en la citada Ley N° 18.454⁶⁰, excluyen de una manera general y permanente, ni en su totalidad, de la aplicación de la legislación antimonopolios, la actividad misma del transporte marítimo desarrollado por empresas navieras conferenciadas, pues **el alcance de estas disposiciones fue permitir el ingreso de las empresas navieras nacionales a las Conferencias Marítimas, de por sí monopólicas, pero en caso alguno sustraer de la aplicación de esa legislación las conductas y eventuales abusos de las empresas conferenciadas cometidos en el ejercicio de sus actividades**”.

⁶⁰ Se señaló que: “El mencionado registro es público y tiene por objeto publicitar las tarifas que regirán el transporte marítimo, a fin de que los usuarios estén en condiciones de conocer el monto de los fletes y su período de vigencia”.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² CSAV y CCNI.

⁶³ Considerando Tercero, sección 1 a) de la Resolución N° 354.

libre competencia⁶⁴. Asimismo, otorgando la interpretación entre la Exención y las normas de libre competencia, la Comisión Resolutiva establece que:

“La modificación legal invocada por los denunciados [el artículo 5° de la Ley de Marina Mercante] obedeció al propósito de conciliar la participación de hecho [que] las empresas chilenas han tenido en las Conferencias de Fletes y Convenios de Pools, netamente monopólicos, con la legislación nacional que las rige de libre competencia en materia de transporte”.

IV. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA QUE MOTIVA LA SOLICITUD

A. LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA INDUSTRIA DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGA

79. Cualquiera sea el tipo de servicio de transporte que se preste, los sujetos activos en la actividad comercial marítima de transporte de carga, se encuentran regulados en las disposiciones del Libro III del Código de Comercio -“*De la navegación y el comercio marítimos*”- como asimismo, en la Ley de Marina Mercante, el Reglamento, la Ley de Navegación, el Reglamento del Registro de Naves y el Decreto Supremo N° 374, de 2 de mayo de 1983, que aprueba el reglamento de agentes de naves (en adelante, el “**Reglamento de Agentes de Naves**”).

80. En primer lugar, se tiene que la actividad de transporte mercantil de carga es efectuada por el armador o naviero (en adelante, el “**Armador**”). Según el artículo 882 del Código de Comercio:

“Armador o naviero es la persona natural o jurídica, sea o no propietario de la nave, que la explota y expide en su nombre. Se presumirá que el propietario o los copropietarios de la nave son sus armadores, salvo prueba en contrario”.

81. El Armador, en síntesis, es aquel que independientemente de la titularidad o dominio que ostente sobre la nave, explota la misma. La explotación, en los hechos, implica que el Armador ponga su nombre en la documentación principal que se emplea en el comercio marítimo, esto es, en los conocimientos de embarque o *bill of lading*⁶⁵ y en los manifiestos de carga⁶⁶.

⁶⁴ Resolución N° 354, Sección 2.

⁶⁵ Documento representativo de una operación comercial, por ejemplo, una compraventa de mercaderías. Según el Artículo 977 del Código de Comercio, el conocimiento de embarque es un documento que prueba la existencia de un contrato de transporte marítimo, y acredita que el

82. En la práctica comercial marítima, el Armador normalmente no coincide con quien explota la nave, existe un operador efectivo (en adelante, el "**Operador**"), el cual no tiene la calidad jurídica de Armador, sin perjuicio de lo cual ostenta un mandato conferido en su favor, en virtud del cual puede ejecutar, a nombre propio o en representación del Armador, los actos y contratos pertinentes a efectos de la explotación de la nave⁶⁷.
83. El desarrollo del comercio marítimo en la práctica ha hecho surgir entre el Armador y el Operador, otros agentes comerciales que participan de esta actividad mercantil, que no son reconocidos expresamente por la legislación sectorial, a pesar de tener un rol importante. Nos referimos específicamente a los *freight forwarders* (en adelante, "**Freight Forwarder**") o agentes transitorios de fletes, quienes, en términos generales, son agentes que actúan por cuenta de terceros, con ánimo de lucro, a fin de coordinar y dirigir todas las operaciones necesarias para efectuar el transporte de mercaderías, tales como la contenerización de carga en los centros de acopio, su entrega en las bodegas de destino, entre otros⁶⁸.
84. Los antecedentes recabados en la Investigación efectuada por esta Fiscalía, indican que si bien las empresas exportadoras de mayor relevancia se relacionan directamente con las compañías navieras a efectos de acordar los términos de su contrato de transporte de mercancías, los Freight Forwarders actúan en representación de pequeños y medianos clientes ante los Armadores u Operadores⁶⁹.

transportador ha tomado a su cargo o ha cargado las mercancías y se ha obligado a entregarlas contra la presentación de ese documento a una persona determinada, a su orden o al portador.

⁶⁶ Corresponden a guías o nóminas de cargas para cada puerto donde se dirija la nave, y que deben ser entregados a las respectivas autoridades marítimas, aduaneras o consulares. En CORNEJO FULLER, EUGENIO: "DERECHO MARÍTIMO CHILENO. EXPLICACIONES SOBRE EL LIBRO III DEL CÓDIGO DE COMERCIO: DE LA NAVEGACIÓN Y EL COMERCIO MARÍTIMOS", Universidad Católica de Valparaíso, 2003. Pág. 113.

⁶⁷ Según el artículo 882 del Código de Comercio, inciso 2°, el Operador es la persona que sin tener la calidad de armador, a virtud de un mandato de éste ejecuta a nombre propio o en el de su mandante los contratos de transporte u otros para la explotación de naves, soportando las responsabilidades consiguientes.

⁶⁸ Se ha señalado que un Freight Forwarder es la "persona natural o jurídica que, a cambio del pago de un flete o comisión, se obliga a preparar y tomar las mercancías en el lugar convenido para su transporte, coordina la ejecución de la totalidad de éste, hasta su último destino, supervigila el mismo, así como elige los distintos medios de transporte necesarios para tal propósito mediante su subcontratación, extendiendo al expedidor o cargador el respectivo documento de transporte que generalmente consiste en un conocimiento de embarque y soporta las responsabilidades inherentes al buen resultado". En CORNEJO FULLER. *Op. Cit.*, pág. 127 y 128.

⁶⁹ Del mismo modo, los Freight Forwarders pueden incluir dentro de su cadena de servicios otros medios de transporte (como el terrestre), conformando un transporte multimodal de mercancías. En

85. En este orden de cosas, cabe recordar que la industria de transporte marítimo de mercancías es eminentemente internacional y, como tal, no solo intervienen actores nacionales, sino también extranjeros que transportan carga desde y hacia puertos chilenos. En este contexto, desde la perspectiva de la representación de los Armadores u Operadores de las naves en los puertos chilenos, se tiene que éstos comúnmente se organizan bajo la figura jurídica de *agentes generales*, esto es, una persona, natural o jurídica, que actúa en nombre de un armador extranjero con el carácter de mandatario mercantil (en adelante, el "**Agente General**")⁷⁰⁻⁷¹.
86. Los Agentes Generales deben inscribirse en los Registros de Agentes Generales que lleva la Directemar, conforme los requisitos y procedimientos establecidos en el Reglamento de Agentes de Naves. Sus funciones dicen relación con la expedición de la nave, la firma y recepción de los conocimientos de embarque, como también la entrega de las mercancías a sus destinatarios o depositarios⁷².
87. Además de los Agentes Generales, se encuentran los agentes o consignatarios de naves (en adelante, los "**Agentes de Naves**"), quienes se encargan de todas las operaciones, tanto materiales como jurídicas, relacionadas con el transporte marítimo y la estancia del buque en el puerto (función denominada "atención de la nave"⁷³⁻⁷⁴).

dicho escenario, serán los agentes transitorios de flete, y no directamente el Naviero, quien emitirá el conocimiento de embarque correspondiente. Según el artículo 1041 del Código de Comercio, el Transporte multimodal es el porteo de mercancías por a lo menos dos modos diferentes de transporte, desde un lugar en que el operador de transporte multimodal toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega.

⁷⁰ Artículo 917 del Código de Comercio y artículo 4 del Reglamento de Agentes de Naves.

⁷¹ Así lo han reconocido las empresas navieras extranjeras oficiadas por esta Fiscalía, Maersk Chile S.A. y Mediterranean Shipping Company (Chile) S.A., en respuestas a oficios Res. N° 664-11 y 665-11 remitidos por la FNE, con fecha 23 de agosto y 14 de septiembre de 2011, respectivamente.

⁷² Artículo 17, inciso 2°, Ley de Navegación: "[...] el Agente General, en el ámbito de sus atribuciones y en cuanto a las funciones que se indican en el citado artículo 923 [del Código de Comercio], sólo podrá realizar las señaladas en los números 2, 9 y 10".

⁷³ En puerto, el Agente de Naves se relaciona directamente con el importador y/o exportador de mercancías en cuanto a la emisión del conocimiento de embarque, las gestiones de remolcadores, ante Aduana y la tramitación del ingreso y salida de la carga.

⁷⁴ El Código de Comercio define a los Agentes de Naves, en su artículo 917, señalando al respecto: "*Agentes de naves o consignatarios de naves son las personas, naturales o jurídicas chilenas, que actúan, sea en nombre del armador, del dueño o del capitán de una nave y en representación de ellos, para todos los actos o gestiones concernientes a la atención de la nave en el puerto de su consignación*".

88. La Ley de Navegación establece en su artículo 2 la obligación para toda nave, nacional o extranjera, de tener un Agente de Naves en los puertos nacionales a los que arribe, salvo en aquellos puertos donde el Naviero tenga oficina establecida, caso en que podrá actuar el mismo como Agente de Naves⁷⁵⁻⁷⁶.

B. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LA INDUSTRIA

89. Para los efectos de fundamentar debidamente la solicitud, es necesario analizar los efectos de los Acuerdos Navieros de Flete sobre las condiciones de competencia del mercado. En este contexto, la definición de mercado relevante se encuentra estrechamente vinculada al ámbito geográfico de acción de los referidos acuerdos. Es por ello que, para los efectos de definir el mercado relevante asociado a la solicitud, analizaremos de modo particular las Conferencias, por sobre los restantes Acuerdos Navieros de Flete.
90. Tanto la experiencia internacional como la evidencia doméstica indican que las Conferencias estarían asociadas fundamentalmente a servicios de línea o regulares de carga, principalmente contenerizada⁷⁷.

⁷⁵ Para poder actuar como tales, el Reglamento de Agentes de Naves establece que éstos deben registrarse ante la Directemar, para lo cual deben cumplirse los requisitos establecidos en dicha normativa, dentro de los que se destacan, en caso de personas jurídicas, el estar legalmente constituido en Chile, constituir domicilio en los puertos en que ejercerá su actividad y acreditar un patrimonio mínimo. Artículo 919 del Código de Comercio, y artículos 5 y 8 del Reglamento de Agentes de Naves.

⁷⁶ Entre el Armador y el Agente de Naves existe una relación jurídica que se da a través del "contrato de agenciamiento". El artículo 918 del Código de Comercio indica que las relaciones entre el agente y sus mandantes, se rigen por lo estipulado en los contratos respectivos y, en su defecto o a falta de pacto expreso, les será aplicable la legislación sobre el mandato mercantil. La normativa comercial, por tanto, reconoce con claridad la evidente calidad de mandato del contrato de agenciamiento naviero. Las estipulaciones del Contrato de Agenciamiento sirven de base para determinar los derechos y obligaciones entre ambos, así como las responsabilidades del agente respecto del Naviero y frente a los cargadores y receptores de la carga. Todo lo anterior, en cuanto al cumplimiento del contrato de transporte, de suerte que el Agente de Naves, al actuar a nombre del Naviero, obliga directamente a este frente al cargador.

⁷⁷ Según información presentada por las Empresas Portuarias de Valparaíso y San Antonio en respuesta a los oficios Res. N° 863 y 865, respectivamente, el 85% de la carga anual movilizada por las empresas navieras pertenecientes a la **Conferencia Asia/Costa Oeste de Sud América**, en el año 2010, entre los puertos de San Antonio o Valparaíso y el Lejano Oriente correspondió a carga contenerizada. Al desagregar esta cifra por puerto, se tiene que prácticamente el 100% de la carga que salió o entró por el Puerto de Valparaíso, movilizada por las empresas navieras pertenecientes a la Conferencia en la ruta antes indicada, fue contenerizada; 67% en el caso de San Antonio. Es importante señalar que los niveles de contenerización han presentado importantes incrementos en las últimas décadas y se espera que esta tendencia se mantenga.

91. En este contexto, el mercado relevante para Chile sería consistente con la definición de la Comisión Europea para estos efectos, es decir, la provisión de servicios regulares programados de transporte marítimo de mercaderías principalmente en contenedores, entre pares de ciudades -los denominados *servicios de línea*-, el cual incluye, como oferentes, a las compañías navieras (directamente o a través de sus respectivos agentes generales) y como demandantes, a los importadores u operadores de carga⁷⁸.
92. Por su parte, el mercado relevante a nivel geográfico se ha definido como las operaciones de importación y exportación de carga que se realizan entre pares de puntos de embarque y desembarque. Para el caso chileno, considerando que el ámbito geográfico de la Conferencia AWCSA abarca las rutas entre puertos de Asia y puertos de la costa Pacífico de México, América Central y Costa Oeste de Sud América, los mercados relevantes geográficos corresponderán a las rutas entre puertos chilenos y asiáticos⁷⁹.
93. Para efectos de esta Solicitud, y considerando la importancia relativa de los Puertos de la Región de Valparaíso⁸⁰, el análisis que se presenta a continuación se centra en las rutas entre Asia y los puertos de la Región de Valparaíso, sin perjuicio de que pudiere extenderse a otros puertos públicos chilenos de menor envergadura en términos de cantidad de carga transferida.
94. Es importante señalar que, en términos generales, cada ruta representa un mercado relevante en sí mismo, en la medida que no cuentan con rutas alternativas cercanas. En el caso de Chile, los puertos de Valparaíso y de San Antonio son sustitutos cercanos entre sí en términos geográficos, de

⁷⁸ Así ha sido definido el mercado relevante en esta industria por la Comisión Europea. Ver: Decisión de la Comisión 1999/485/CE, de 30 de abril de 1999 Asunto IV/34.250 -**Europe Asia Trades Agreement** (DO L 193 de 26.7.1999, p. 23); Decisión 94/980/CE de 19 de octubre de 1994; Asunto IV/34.446 -**Transatlantic Agreement** (DO L 376 de 31.12.1994, p. 1) ("TAA") y Decisión 1999/243/CE de la Comisión de 16 de septiembre de 1998 Asunto IV/35.134 —**Trans-Atlantic Conference Agreement** ("TACA") (DO L 95 de 9.4.1999, p. 1) considerandos 60-84. La definición de mercado contenida en la Decisión TACA fue confirmada por el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia en los asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98, **Atlantic Container Line AB y otros/Comisión**, Rec. 2003, p. II-3275 ("Sentencia TACA" apartados 781-883).

⁷⁹ No se analiza el Mercado relevante de la Conferencia Japan West Coast South America Freight Conference, en vista de que no ha sido registrada oficialmente en Chile y, por lo mismo, no se dispone de información suficiente.

⁸⁰ Según información entregada por SEP Chile (Sistema de Empresas Públicas), a través de los puertos de Valparaíso y San Antonio se moviliza más del 50% de la carga total, y más del 65% de la carga contenerizada transferida por los puertos públicos del país.

nivel de especialización para carga y descarga general, de contenedores y nave de diseño⁸¹. Por esta razón, las rutas con origen o destino en Puerto San Antonio o Puerto Valparaíso y un puerto específico en Asia, se considerarán como parte del mismo mercado relevante, para carga general y de contenedores.

95. Por último, es pertinente indicar que el transporte aéreo de carga no representa un sustituto cercano al transporte de carga por vía marítima. Esto se explica principalmente por los altos costos del transporte aéreo, las limitaciones de capacidad y restricciones para ciertos tipos de carga (por ejemplo, combustibles). El transporte aéreo resulta apropiado para envíos pequeños, mercancías perecederas o de alto valor, o aquellos de carácter urgente o que involucren animales vivos.
96. En este contexto, se analizará el transporte de carga particularmente contenerizada, entre los principales destinos de Asia (Japón, China, Hong Kong, Singapur, entre otros) y los puertos de Valparaíso y San Antonio, en Chile.

1. NIVELES DE CONCENTRACIÓN DE LA INDUSTRIA

97. Según estadísticas de la Cámara Marítima y Portuaria⁸², Asia es el origen más importante de las importaciones contenerizadas del país, representando un 32% del total. Al mismo tiempo, Asia es el destino más importante en términos de exportaciones contenerizadas de Chile, ostentando el 36% del

⁸¹ En términos geográficos, el artículo 14 de la Ley N°19.542, que Moderniza Sistema Portuario Estatal, presume que el mercado relevante está limitado a cada una de las regiones. Es decir, como se explicita en el punto 7.2 del Informe N°6/2009 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, NC 317-08, Solicitud de Informe de EPSA sobre Licitación del Frente Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio. En este se señala que el mercado geográfico sería la Región de Valparaíso. Adicionalmente, según se establece en el punto 8.2 y 8.2.1 del Informe citado, que los operadores de los cuatro frentes de atraque de uso público de los puertos de Valparaíso y San Antonio (Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Valparaíso (concesionado a TPS), Frente de Atraque N° 2 de Valparaíso (Espigón de Valparaíso), Frente de Atraque Molo Sur de San Antonio (concesionado a STI) y Frente Costanera-Espigón de San Antonio (Espigón de San Antonio) pertenecen al mismo mercado relevante para carga general, mientras que el Frente N°1 de Valparaíso y el Frente de Atraque Molo Sur de San Antonio, son sustitutos cercanos entre sí para contenedores, en vista de que ambos pueden atender la nave de diseño.

⁸² Disponibles en el sitio *web* de la Cámara Marítima y Portuaria www.camport.cl. Estas cifras no son completamente comparables a las del SEP, porque incluyen las transferencias de carga tanto de puertos privados como públicos.

total, según se muestra -en cifras absolutas y relativas- en el cuadro a continuación.

Cuadro N° 4
Carga contenerizada transferida por Puertos Chilenos, año 2010

Carga contenerizada					
			Carga General	Carga Refrigerada	Total
Descargada	Asia	T.M.	2.836.273	14.704	2.850.977
		%	33,6%	2,6%	31,6%
	Total Mundial	T.M.	8.440.380	569.069	9.009.449
Embarcada	Asia	T.M.	4.380.384	671.647	5.052.031
		%	38,7%	23,5%	35,6%
	Total Mundial	T.M.	11.322.690	2.856.760	14.179.450
Total Comercio Exterior	Asia	T.M.	7.216.657	686.351	7.903.008
		%	36,5%	20,0%	34,1%
	Total Mundial	T.M.	19.763.070	3.425.829	23.188.899

Fuente: Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G.

98. En el año 2010, el comercio marítimo de Asia representó, para los puertos de Valparaíso y San Antonio, alrededor del 24% del total de carga movilizada, porcentaje que se replica si solo se observa la carga de contenedores. En particular, con respecto al puerto de Valparaíso, esta cifra se incrementa a casi un 28% para el total de la carga, y a 27% para carga contenerizada, mientras que se reduce a 19% y 15%, respectivamente, en el caso del puerto de San Antonio.
99. Al desagregar las cifras por embarque y desembarque, se observa una mayor importancia relativa de la carga desembarcada desde Asia (25%), que la embarcada en nuestro país hacia el Asia (21%).
100. Durante el año 2010, alrededor de 40 empresas navieras ofrecieron servicios de transporte de carga marítima, en Chile, desde y/o hacia Asia. De estas, alrededor de 30 lo hicieron desde/hacia los puertos de Valparaíso y San Antonio. Específicamente, para carga de contenedores, esta cifra se reduce a 34 en toda la región (29 en el Puerto de Valparaíso y 16 en el Puerto de San Antonio), de las cuales 8 tienen menos de un 0,5% de participación.

101. En el cuadro a continuación se singularizan los actores más relevantes a nivel nacional, desagregados por puerto, para el total de la carga y, específicamente, para carga contenerizada. En todos los casos se presentan, además, los porcentajes de participación y el índice de concentración CR3.

Cuadro N° 5
Principales actores de la industria de transporte marítimo de carga
Año 2010

		Total carga		Contenedores	
		Empresa	%	Empresa	%
EPSA	CIA SUDAMERICANA DE VAPORES		25,2%	CIA SUDAMERICANA DE VAPORES	42,1%
	MAERSK LINE		13,5%	MAERSK LINE	26,8%
	NIPPON YUSEN KAISHA		8,6%	CMA - CGM	12,3%
	CR3		47,3%	CR3	81,2%
EPV	HAMBURG SUD (PSNC + LASER)		29,4%	HAMBURG SUD (PSNC + LASER)	30,7%
	MEDITERRANEAN SHIPPING CO. SA		16,7%	MEDITERRANEAN SHIPPING CO. SA	17,5%
	CIA. CHILENA DE NAV INTEROCEA		9,6%	CIA. CHILENA DE NAV INTEROCEA	10,0%
	CR3		55,7%	CR3	58,2%
TOTAL REGIÓN	HAMBURG SUD (PSNC + LASER)		15,7%	HAMBURG SUD (PSNC + LASER)	21,2%
	CIA SUDAMERICANA DE VAPORES		11,8%	CIA SUDAMERICANA DE VAPORES	13,4%
	MEDITERRANEAN SHIPPING CO. SA		8,9%	MEDITERRANEAN SHIPPING CO. SA	12,0%
	CR3		36,4%	CR3	46,6%

Fuente: Información aportada a la Investigación por Empresas Portuarias de Valparaíso y San Antonio.

102. Con el objeto de profundizar el análisis de los niveles de concentración en la región, se calcularon los índices de Herfindahl–Hirschman (“**HHI**”) y CR3 para los años 2008, 2009 y 2010, para los puertos de San Antonio, Valparaíso y en la Región de Valparaíso, respectivamente. Como se observa en el cuadro a continuación, los niveles de concentración transitan de niveles moderados a altos en gran parte de los casos, situación que ha sido constante en el tiempo. Cabe destacar que los indicadores de concentración más elevados se observan en el mercado de contenedores, en el puerto de San Antonio.

Cuadro N° 6
Niveles de concentración en carga total y carga de contenedores

	AÑO	Total Carga		Contenedores	
		HHI	CR3	HHI	CR3
EPVA	2008	929	43,7%	2.527	81,3%
	2009	1.053	47,0%	2.588	82,6%
	2010	1.134	47,2%	2.701	81,1%
EPV	2008	1.515	55,8%	1.515	55,8%
	2009	2.065	64,6%	2.125	64,2%
	2010	1.480	55,7%	1.600	58,2%
TOTAL REGIÓN	2008	824	36,7%	998	40,9%
	2009	984	43,0%	1.239	47,4%
	2010	755	36,5%	1.033	46,5%

Fuente: Información aportada a la investigación por Empresas Portuarias de Valparaíso y San Antonio.

103. En lo sucesivo, se analizará el potencial efecto de la Conferencia Asia/Costa Oeste de Sud América, en los niveles de concentración de la industria, haciendo la prevención que no se incluirán otros Acuerdos Navieros de Flete, por cuanto esta Fiscalía no cuenta con información detallada y actualizada al respecto.
104. Adicionalmente, dado que la referida Conferencia tiene la facultad e incentivos para acordar variables competitivas respecto de sus miembros, tales como tarifas y capacidad, resulta posible analizar su participación como un solo gran actor en la industria. En el cuadro a continuación se observa que las compañías navieras pertenecientes a la Conferencia, que operan desde y hacia puertos chilenos, tienen una participación de mercado, en el total de la carga, que bordea el 70% en el puerto de San Antonio para el año 2010, superior al 80% en el puerto de Valparaíso, y un 75% en la región como conjunto.

Cuadro N° 7

Niveles de concentración en carga total y carga de contenedores, agrupando Conferencias como único actor

	AÑO	Total Carga		Contenedores	
		% Participación	HHI-Conferencia	% Participación	HHI-Conferencia
Puerto San Antonio	2008	69,5%	4.956	91,3%	8.383
	2009	76,7%	5.956	93,4%	8.740
	2010	69,5%	4.961	92,8%	8.634
Puerto Valparaíso	2008	92,7%	8.600	92,7%	8.600
	2009	95,7%	9.165	96,3%	9.276
	2010	81,8%	6.738	85,1%	7.280
TOTAL REGIÓN	2008	82,0%	6.752	92,3%	8.530
	2009	86,7%	7.530	95,3%	9.091
	2010	76,1%	5.830	87,5%	7.683

Fuente: Información aportada a la investigación por Empresas Portuarias de Valparaíso y San Antonio.

105. Ahora bien, si nos centramos en el transporte de carga de contenedores en el año 2010, se tiene que las empresas de la Conferencia tuvieron una participación del 93% en el puerto San Antonio; 85% en el puerto de Valparaíso; y, casi 88% en la Región de Valparaíso. En todos los casos los porcentajes de participación de la Conferencia fueron mayores en el 2009, periodo que, según consta en los datos presentados por el Sistema de Empresas Públicas (“SEP”) y por lo expuesto en declaraciones de las compañías navieras ante esta Fiscalía⁸³, fue un año complejo para la industria en términos de demanda.

106. En efecto, en el año 2009, se observó una caída del orden del 15% del total de carga movilizada por los puertos públicos de Chile, con respecto al año 2008. La misma declinación se observó en los niveles de carga movilizada con destino u origen Asia, a través de los puertos de la Región de Valparaíso. En este contexto, y asociado a los elevados porcentajes de participación de las empresas navieras pertenecientes a la Conferencia en los distintos segmentos analizados, se observa que el índice de concentración HHI -al considerar a la Conferencia como un único actor en la

⁸³ “...pasamos de sobreoferta el 2009, en que además era caída de la economía mundial [...]”, Declaración de [4], con motivo de la Investigación.

industria- es considerablemente elevado, específicamente en el segmento de contenedores.

107. Otro aspecto relevante a considerar es que, según datos entregados por la Empresa Portuaria Valparaíso y la Empresa Portuaria de San Antonio, en respuesta a los oficios reservados remitidos por esta Fiscalía⁸⁴, consta que en el año 2008 las empresas navieras pertenecientes a la Conferencia Asia/Costa Oeste de Sud América, en conjunto, tenían una participación de mercado equivalente al 92% del total de la carga contenerizada movilizada por los puertos de Valparaíso y San Antonio.
108. Del nivel de participación en la industria de las empresas navieras pertenecientes a la Conferencia, resulta posible inferir que AWCSA constituiría una instancia de coordinación de los actores, no sólo para la ruta a Asia, sino que también para otras rutas, aún cuando no existan Conferencias asociadas. Ello, en vista de que tendrían el incentivo y la habilidad para llegar a acuerdo en rutas diferentes a las de la Conferencia.
109. Lo anterior, sin perjuicio de lo señalado por los representantes legales de las empresas navieras más relevantes, miembros de AWSCA, en declaraciones rendidas ante esta Fiscalía, en cuanto a que el rol de las Conferencias habría perdido preponderancia en los últimos años. Concretamente, se ha señalado que:

*"La conferencia principalmente es una situación existente, pero los precios, aunque fijemos precios, en la práctica, nadie, ninguna compañía sabe los precios que tienen los otros usuarios. **Tengo certeza de que las tarifas que fijamos en esas conferencias, ninguna de ellas es real**"⁸⁵.*

*"[...] **que todas las navieras cobran lo mismo, esto desapareció hace muchos años y no existe hoy en día**, incluso las navieras en un Conferencia tienen mucha diferencia en sus tarifas entre ellos, pero no fue siempre así"⁸⁶.*

"[...] al final del día, todos van a decir en la mesa "sí, si quiero hacerlo y es necesario hacerlo, así que sí", y salen de la reunión y "ya, baja la tarifa para este", y realmente no hay confianza hoy en día"⁸⁷.

*"[...] **se juntan "el club de los mentirosos"**"⁸⁸.*

⁸⁴ Oficios Reservados N° 836 y 835, ambos de fecha 29 de noviembre de 2011.

⁸⁵ Declaración de [5] con motivo de la Investigación.

⁸⁶ Declaración de [6] con motivo de la Investigación.

⁸⁷ Declaración de [7] con motivo de la Investigación.

⁸⁸ Declaración de [8] con motivo de la Investigación.

110. Esta Fiscalía estima que lo anterior se explicaría, en primer lugar, porque las navieras más eficientes no tendrían incentivos a mantener las tarifas de la conferencia en tiempos de baja demanda y sin restricciones de capacidad, si desviándose -e incluso sin incurrir en pérdidas- podrían obtener una gran proporción de la demanda.
111. Un segundo argumento que explicaría el declive de las Conferencias en la actualidad es la debilidad de los acuerdos celebrados en su seno y la carencia de sanciones asociadas al desvío aplicable por la organización. Ello es confirmado por una de las declaraciones efectuadas con ocasión de la Investigación:

"No hay ninguna multa a cualquiera que no cumpla con la sugerencia [...] Es importante el punto, porque tú no puedes echar a nadie de la Conferencia. Entonces por muy contrario al acuerdo que alguien haya sido, o que vaya a hacer, si él perfectamente no cumple tú no puedes pedir que lo echen de la Conferencia, ni la Conferencia lo puede expulsar"⁸⁹.

112. La interrogante que surge, es cuál es la razón de por qué siguen vigentes las Conferencias aún cuando no hay confianza entre sus miembros y uno de sus objetivos centrales -la fijación de tarifas o la coordinación respecto de otras variables de competencia- en los hechos, no se estaría cumpliendo.
113. La principal respuesta entregada por la OCDE a este respecto, es que la fijación de tarifas permite a las Conferencias definir un "benchmark" común a sus miembros, sobre el cual estos pueden negociar con sus respectivos clientes. Las declaraciones de algunos miembros de la Conferencia Asia/Costa Oeste de Sud América son consistentes con estos argumentos:

"Para mí la finalidad es mejor información, y eso se termina traduciendo en ciertas fijaciones e indicaciones de precios, pero que pueden o no ser seguidas"⁹⁰.

*"La conferencia permite esta fijación de precios que al final, no sirven digamos, pero sí nos ayuda a generar expectativas"*⁹¹.

*"La Conferencia en este tráfico, existe básicamente porque se ha visto es un tráfico muy importante para Chile y ha habido mucha inestabilidad, y en la Conferencia la posibilidad de poder hablar entre empresas y apurarse en tener la capacidad que corresponde, yo creo que ha sido positivo para el tráfico"*⁹².

⁸⁹ Declaración de [9] con motivo de la Investigación.

⁹⁰ Declaración de [10] con motivo de la Investigación.

⁹¹ Declaración de [11] con motivo de la Investigación.

⁹² Declaración de [12] con motivo de la Investigación.

*"La Conferencia, tiene de alguna manera mayor control sobre la capacidad de la flota, la economía de la flota, etcétera, etcétera, ellos pueden ofrecer en el tiempo tarifas más regulares, no necesariamente tienen que ir, digamos, con el mercado"*⁹³.

114. En este contexto, aun cuando el rol de las Conferencias, según las declaraciones de los partícipes, habría perdido preponderancia en los últimos años, el riesgo de coordinación entre los miembros de la Conferencia en análisis -no sólo en términos de tarifas-, podría tener un fuerte impacto en la competitividad de las importaciones y exportaciones chilenas con Asia, debido a la alta participación de mercado de las compañías navieras miembros. En efecto, es posible señalar que la alta participación de las navieras de la Conferencia Asia/Costa Oeste de Sud América en todas las rutas con origen/destino puertos de la Región de Valparaíso, podría facilitar la acción coordinada de los actores en otras rutas, aún cuando no existan Conferencias asociadas.

2. CONDICIONES DE ENTRADA

115. En la industria naviera, el potencial de movilidad de buques entre distintas rutas comerciales y el crecimiento del mercado de arrendamiento de naves, es una realidad que apunta a la reducción de las barreras de entrada y salida de la industria. Sin embargo, no es menos cierto que, para ser un competidor efectivo en la industria, se necesita una escala mínima eficiente de servicio, lo cual implica ostentar naves de un cierto tamaño, y servir un número mínimo de frecuencias en cada ruta, entre otros factores. Todo lo anterior supone, necesariamente, altas inversiones y costos fijos elevados. Un ingreso efectivo en una ruta específica requiere, además, ofertar servicios regulares, con itinerarios predeterminados, de modo de representar una alternativa real para exportadores e importadores, en un esquema de continuidad.

116. En este sentido es ilustrativo lo señalado por el representante legal de [14] en declaración ante esta Fiscalía⁹⁴.

⁹³ Declaración de [13] con motivo de la Investigación.

⁹⁴ Declaración de [15] con motivo de la Investigación.

"[...] Lo malo de este negocio, es que es un negocio que tiene hartos costos fijos. Entonces, nosotros cuando ya decidimos hacer una ruta, el buque tiene que salir si o si, entonces va a navegar si o si, entonces yo ya cerré el contrato de arriendo del buque, y voy a gastar en combustible y en puerto, entonces el buque ya [...] el 50 por ciento de los costos están fijos y no hay nada que hacer [...]"

117. De los antecedentes allegados a la Investigación, ha sido posible concluir que, a fin de que la entrada a la industria de transporte marítimo de carga sea suficiente, es necesario poseer un número elevado de naves, de amplio tamaño y capacidad, particularmente para la carga de contenedores.
118. De hecho, los avances tecnológicos y la creciente contenerización han ido profundizando una cierta *necesidad de coordinación* entre las compañías navieras -principalmente a través de la celebración de Consorcios y Convenios- debido a que grandes naves portacontenedores requieren de procesos logísticos que incrementen los niveles de utilización de la capacidad y así reducir el costo medio asociado al transporte; a lo que se puede agregar que la escala de producción requerida ha motivado una creciente concentración de la industria.
119. En este orden de cosas, si bien en Chile hay más de 60 empresas navieras, chilenas y extranjeras, que operan en la ruta entre los puertos de la Región de Valparaíso y Asia, el índice de concentración CR3 para el año 2010 fue de 37% para el total de la carga movilizada, y de 47% para carga contenerizada; cifras que se incrementan considerablemente al segmentar el análisis por puerto.

Cuadro N° 8
Número de firmas y niveles de concentración
(Carga de contenedores)

	N° de firmas	HHI	CR3
Puerto San Antonio	16	2.701	81%
Puerto Valparaíso	29	1.600	58%
TOTAL REGIÓN	34	1.033	47%

Fuente: Información aportada a la investigación por Empresas Portuarias de Valparaíso y San Antonio.

120. Otro de los aspectos relevantes, dentro del análisis de las condiciones de entrada en la industria, es el acceso que tienen las compañías navieras a los puertos chilenos de uso público. Al respecto, la regulación de los frentes concesionados de los puertos de uso público establece que los

concesionarios portuarios deben prestar el servicio de forma continua y permanente y en condiciones no discriminatorias, y de igual modo, que las tarifas deben ser públicas y no discriminatorias⁹⁵.

121. En este contexto, toda naviera que recale en los frentes concesionados, tendrá condiciones de acceso equivalente a los servicios portuarios, por lo tanto, esta Fiscalía no observa barreras a la entrada por esta vía.
122. Analizada ya la Exención y la industria nacional de transporte marítimo de carga, resulta relevante revisar el contexto internacional a los Acuerdos Navieros de Flete, tanto en EE.UU. como en Europa, así como los argumentos que históricamente han argüido las empresas navieras para sustentar su eximición de las normas de competencia de sus respectivas jurisdicciones. Asimismo, analizaremos las principales conclusiones del citado informe de la OCDE al respecto.

V. CONTEXTO HISTÓRICO MUNDIAL DE LOS ACUERDOS NAVIEROS DE FLETE

A. ARGUMENTOS HISTÓRICOS DE LAS CONFERENCIAS PARA FUNDAMENTAR SU EXENCIÓN A LAS NORMAS DE COMPETENCIA

123. El origen de las primeras Conferencias está asociado a la entrada al mercado de los buques a vapor que reemplazaron la obsoleta flota naviera británica existente en el siglo XIX. El ingreso de esta nueva flota generó tempranamente excesos de capacidad en la industria, lo cual se tradujo en una importante caída en las tarifas, que no hacían posible recuperar la inversión inicial. En este contexto, las empresas navieras británicas -actores dominantes en dicho periodo- optaron por acordar formalmente limitaciones de capacidad y fijación de tarifas.
124. Existen diversos argumentos sobre los cuales las empresas navieras han sustentado la existencia de prácticas concertadas y, en particular, su

⁹⁵ Artículo 19, decreto n° 104 que establece normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7° de la Ley n° 19.542.

coordinación a través de Conferencias, las que históricamente han estado exentas de los regímenes de competencia en gran parte del mundo. En efecto, según se señala en el citado informe de la OCDE, las empresas navieras han argumentado que existe una necesidad real de controlar la capacidad y de fijar tarifas en el sector de transporte regular internacional de mercancías, con el objeto de asegurar la estabilidad del servicio⁹⁶⁻⁹⁷.

125. Los principales argumentos que sostienen las empresas navieras a este respecto, dicen relación con características particulares del sector de transporte marítimo internacional de mercancías, que potenciarían la existencia de fallas de mercado, tales como la competencia destructiva entre los agentes de mercado y los equilibrios inestables en la industria (el “**Empty Core**”).

126. Entre las características que se han mencionado como propias a la industria del transporte marítimo por parte de los defensores de las prácticas concertadas, destacan las siguientes⁹⁸:

- a) Existencia de flujos desbalanceados de comercio entre los viajes de ida y vuelta y altos niveles de estacionalidad;
- b) Cumplimiento de los servicios de transporte de los buques según programa, los cuales tienen que zarpar independientemente de si la nave se encuentra a plena capacidad de carga o no; y,
- c) Sector de transporte de carga es intensivo en capital y presenta importantes economías de escala, lo que se traduce en altos costos fijos y bajos costos marginales.

127. A continuación se describen las principales fallas de mercado y otras consideraciones que, según lo han argumentado transversalmente las

⁹⁶ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, *Op. Cit.*, sección 2.5, página 18.

⁹⁷ El Informe de la OCDE expone cuáles han sido los beneficios típicamente citados como justificación para la existencia de este tipo de acuerdos. En resumen, se indica que las altas inversiones en capital, la existencia de una demanda desbalanceada (estacional y direccional), costos marginales por debajo de los costos medios en periodos de sobrecapacidad, la mantención de sobrecapacidad de forma continua y la necesidad de evitar la competencia destructiva, justificarían la existencia de inmunidad de libre competencia en esta industria.

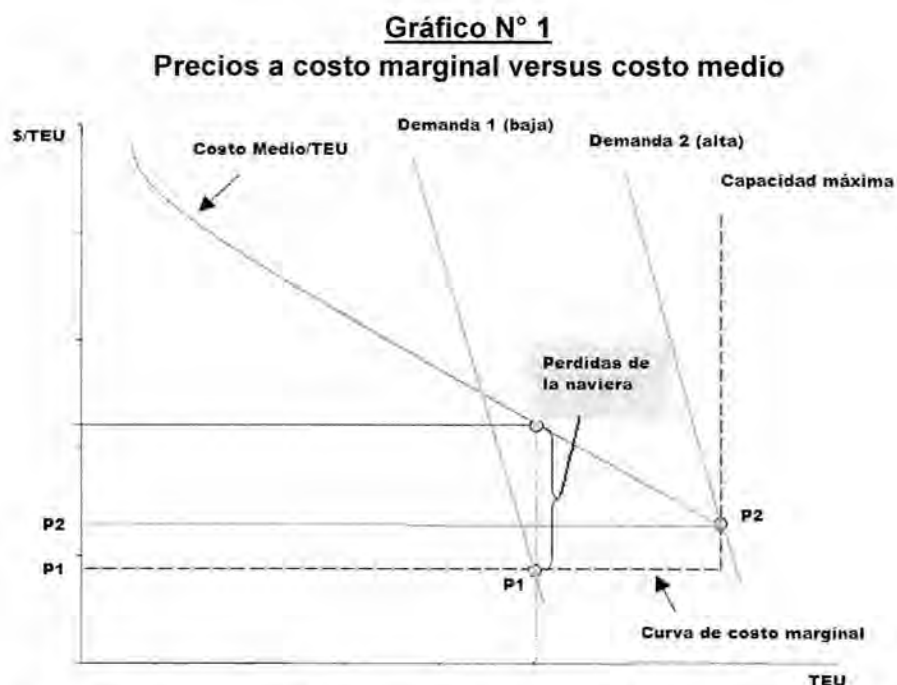
⁹⁸ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, *Op. Cit.*, sección 2.5, página 18.

empresas navieras, justificarían la existencia de prácticas concertadas y exenciones de las normas de competencia de las mismas:

1. COMPETENCIA DESTRUCTIVA

128. La Teoría de la Competencia Destructiva (en adelante, la “**Competencia Destructiva**”), según se ha definido en la literatura económica, podría ocurrir en mercados con muchos productores, que por la intensa competencia existente entre ellos, disminuyen los precios a tal punto que ninguno genera beneficios.

129. En particular, en la industria del transporte internacional marítimo de carga, dadas las particularidades del sector naviero, se ha señalado recurrentemente que la capacidad de las naves estaría determinada por los períodos o rutas de alta demanda. Lo anterior, toda vez que, cuando la demanda por dichos servicios es baja, y dado que el buque tiene que zarpar con o sin carga, desde la perspectiva económica resulta eficiente ofrecer el servicio de traslado de carga con tarifas incluso inferiores al costo medio - siempre que se cubran los costos marginales-, tal como se observa en el Gráfico N° 1 a continuación.



Fuente: Elaboración propia basado en la Figura 4.2 de *Competition Policy in Liner Shipping: Final Report*, OECD.

130. El problema está en que, con esta política tarifaria, no sería posible financiar la inversión en el mediano y largo plazo de las empresas navieras en el sector. Dicho de otro modo, si las firmas en un mercado con estas características actuaran competitivamente, no lograrían financiar sus inversiones y se reducirían los incentivos a invertir en el futuro, generándose un círculo vicioso conocido en la literatura como Competencia Destructiva, con efectos negativos en la capacidad y calidad de los servicios de la industria.
131. Este argumento ha sido empleado reiteradamente por las empresas navieras a nivel internacional, como sustento y justificación de su membrecía a las Conferencias y, por tanto, para la fijación de tarifas alineadas a los costos medios en periodos de baja demanda.
132. Del mismo modo, navieras chilenas y extranjeras, participantes en el mercado doméstico, han declarado que con el objeto de utilizar su capacidad ociosa, están dispuestas a ofrecer sus servicios a costo marginal, aún cuando la variable relevante para financiar sus inversiones es costo medio:

"[...] nosotros cuando ya decidimos hacer una ruta, el buque tiene que salir si o si, entonces va a navegar si o si, entonces yo ya cerré el contrato de arriendo del buque, y voy a gastar en combustible y en puerto, entonces el buque ya...el 50 por ciento de los costos están fijos y no hay nada que hacer, entonces, lamentablemente con la idea de marginar, uno puede llegar a decir "estoy dispuesto a cobrar solo los costos variables y quedo perdiendo el 50 por ciento de mi venta. [...] La alternativa es no ir vacío [sic] Estoy con el buque, "ya, ahora tengo que llenarlo y mi tarifa para que quede es 100" [...] Entonces viene alguien y me ofrece una tarifa y me dice "te ofrezco 90", "pucha, entre llenarlo y no llenarlo, igual voy a ganar 40...[sic], después viene otro "80", ya "60" y lo hechas para dentro, porque te conviene más llenarlo, que no llenarlo, porque por último son 10, que si no lo habría perdido, porque es un producto perecible, una vez que salí el espacio ya se perdió, no puedo esperar la carga [...]"⁹⁹.

2. TEORÍA DEL EMPTY CORE

133. Otra de las teorías en las que se ha sustentado la defensa de las Conferencias, estrechamente asociada a la Competencia Destructiva, es la teoría del *centro vacío* o *Empty Core*.
134. La teoría del *centro vacío* es la opuesta a la del *centro* o *núcleo* (*core*), en la que dicho centro es el conjunto de asignaciones factibles en la que ningún

⁹⁹ Declaración de [16] con motivo de la Investigación.

individuo puede estar mejor, sin que otro esté peor (*Pareto eficiente*). Por lo tanto, ninguno de los agentes tiene incentivos a moverse del centro y, en consecuencia, el equilibrio es estable. En cambio, cuando en la práctica no existe un equilibrio estable, se dice que el núcleo o centro está vacío.

135. Según se ha señalado en la literatura, esta situación podría ocurrir en mercados con pocos competidores, donde los incumbentes obtienen rentas que atraen la entrada de nuevos actores, pero que, sin embargo, con la entrada de nuevos participantes se genera una competencia frenética y pérdidas económicas para todos los participantes. En estos casos, un mercado completamente competitivo falla en la promoción de un resultado *óptimo de Pareto*.

136. En el informe de la OCDE, con el objeto de explicar el problema teórico y aplicarlo a la industria naviera, dio el siguiente ejemplo:

“Suponga que una ruta es servida por dos compañías navieras cuyas tarifas de mercado están por sobre los costos medios. Por esta razón, la industria resulta atractiva para nuevos competidores, sin embargo, con tres actores sirviendo en la ruta, el precio de mercado cae por debajo del costo medio y alguno de los actores saldrá del mercado. Luego, si las decisiones de entrada y salida, se repiten en el tiempo, la industria no tendrá nunca un equilibrio estable”¹⁰⁰.

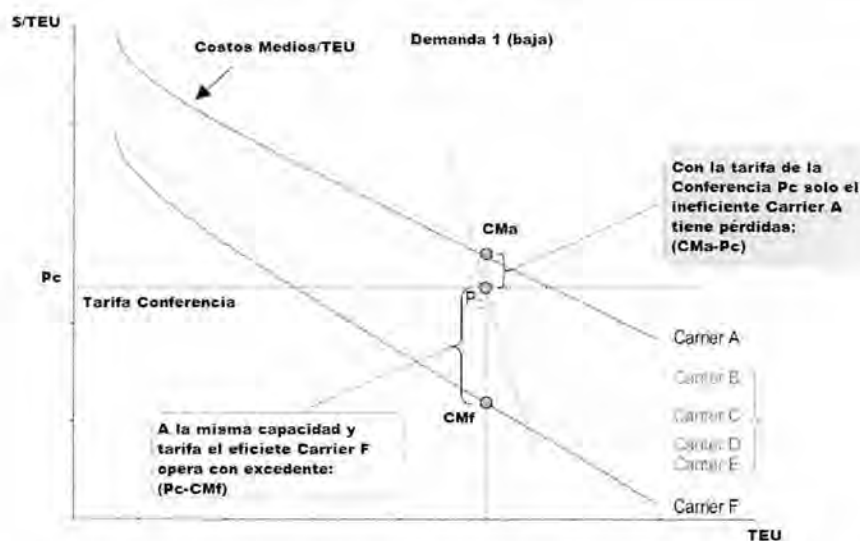
3. OTRAS CONSIDERACIONES A FAVOR DE LAS CONFERENCIAS

137. Un punto adicional que se debe tener presente en el análisis, es que no todos los miembros de las Conferencias tienen los mismos niveles de eficiencia y, por tanto, tampoco enfrentan las mismas estructuras de costos. Por esta razón, los miembros de las Conferencias habrían optado por alinear las tarifas a los costos medios de las empresas navieras menos eficientes, asegurándoles su permanencia en el mercado, al mismo tiempo de que se generan beneficios para las empresas más eficientes (Ver Gráfico N° 2)¹⁰¹.

¹⁰⁰ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, *Op. Cit.*, sección 4.

¹⁰¹ “EASY AS ABC”, 2001- quoting a former K-Line Executive y OECD, “COMPETITION POLICY IN LINER SHIPPING: FINAL REPORT”, 2002, página 59.

Gráfico N° 2
Precio definido por la Conferencia



Fuente: Elaboración propia basado en la Figura 4.4 de *Competition Policy in Liner Shipping: Final Report*, OECD.

138. En este orden de cosas, los promotores de las Conferencias señalan que a través de ellas u otros tipos de prácticas concertadas, es posible: i) fomentar la inversión privada en capacidad y tecnologías, permitiendo a las navieras obtener una tasa de retorno que compense la inversión y reducir los riesgos de quiebra; ii) evitar la salida del mercado de las empresas menos eficientes, reduciendo así el potencial comportamiento monopolístico que se generaría en un mercado que con pocos actores; y, iii) asegurar servicios regulares, predecibles, con capacidad suficiente y tarifas más estables.
139. Los argumentos históricamente esgrimidos por las Conferencias fueron analizados en el marco de un taller de expertos que organizó la OCDE, en mayo de 2000, con el objeto de discutir una reforma regulatoria respecto a las exenciones de competencia en el mercado de transporte marítimo regular de carga. Dicho taller devino en el Informe ya citado, cuyas conclusiones y recomendaciones se exponen en el capítulo a continuación.

B. RECOMENDACIONES DE LA OCDE RESPECTO DE LAS EXENCIONES DE COMPETENCIA EN EL SECTOR DE TRANSPORTE MARÍTIMO. REALIDAD EN EUROPA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

1. EL INFORME DE LA OCDE

140. En el referido taller organizado por la OCDE, se concluyó que **el transporte marítimo de línea no debiera seguir amparado en inmunidades de competencia respecto a las fijaciones de precios**, entre otras variables competitivas acordadas al interior de Conferencias y otros Acuerdos Navieros de Flete. En lo pertinente, el referido Informe señaló:

*“Este reporte ha investigado diversas evidencias, las que, consideradas como un todo, llevan a concluir que **las exenciones de competencia relativas a la fijación de precios de conferencias [marítimas] ya no son útiles para sus propósitos iniciales (si es que alguna vez lo fueron) y ya no son relevantes**. Por extensión, la habilidad de los competidores de discutir información sensible del mercado, respecto de tarifas, y de efectuar sugerencias de precios, potencialmente sirve para distorsionar el mecanismo de precios de mercado, sin perjuicios de las garantías de las navieras en contrario”¹⁰².*

141. En las conclusiones del Informe a este respecto se indicó que, resultaba esperable que al remover las exenciones de competencia existentes en los países respecto de la facultad de las compañías navieras para fijar precios y discutir tarifas, se contribuiría a una mayor competencia en la industria, lo cual conllevaría a una aceleración de las tendencias relativas a una mayor calidad del servicio, descenso en las tarifas y aumento de la concentración de la industria¹⁰³.

142. En efecto, en relación con el aumento en los niveles de concentración en el sector, la OCDE indicó que, por sí misma, esta tendencia no necesariamente tendrá un impacto negativo, en la medida que las autoridades regulatorias le den al sector de transporte marítimo de línea un tratamiento equivalente al de

¹⁰² ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, Op. Cit., sección 199. Traducción libre. “However, this report has investigated several strands of evidence that, taken together, lead to the conclusion that anti-trust exemptions for conference price-fixing no longer serve their stated purpose (if they ever did) and are no longer relevant. By extension, voluntary and non-binding rate agreements and discussions would seem to fall under the same category. The ability for competitors to discuss sensitive market information regarding rates and to suggest pricing guidelines potentially serves to distort the market pricing mechanism, despite assurances from carriers to the contrary”.

¹⁰³ OCDE, Op. cit., pág. 70, sección 169.

otras industrias globales. En consecuencia, la OCDE se aleja del argumento histórico de que la industria naviera es particular y diferente de otras actividades económicas, lo cual la harían merecedora de un tratamiento diverso, al menos, en cuanto a su sujeción a las normas de libre competencia.

143. En este contexto, dicho organismo realizó un llamado a los gobiernos de cada país miembro a fortalecer las normas que permitan contratos individuales y confidenciales entre las distintas compañías navieras y sus clientes expedidores de carga o flete y así a mejorar las condiciones de competitividad en este mercado.
144. Adicionalmente, reconociendo la amplia divergencia de opiniones entre reguladores, operadores y compañías navieras, la OCDE propone tres principios para guiar la política de transporte marítimo en línea en las distintas jurisdicciones:
- i) Libertad para negociar tarifas, sobrecargos y otros términos de transporte de manera individual y confidencial;
 - ii) Libertad para operadores y navieros de proteger contractualmente los términos de los contratos de servicios negociados, en cuyo caso la confidencialidad de dichos contratos debe ser estrictamente protegida; y,
 - iii) Libertad para que los operadores lleguen a acuerdos operacionales o de capacidad con otros transportistas, siempre que no confieran un poder de mercado indebido a las partes involucradas¹⁰⁴.
145. Conforme lo expuesto, H. Tribunal, no es posible a esta Fiscalía desconocer las recomendaciones de la OCDE, esto es, que los países miembros revisen seriamente sus regulaciones y exenciones de libre competencia en lo

¹⁰⁴ Estos principios están basados en elementos que ya han recibido apoyo tanto por transportistas como por navieras, por esta razón el informe concluye que constituyen la mejor manera de avanzar en la materia. En razón de ello, la OCDE tomar en consideración los mencionados principios al momento de revisar las exenciones de competencia para el transporte marítimo. Asimismo, el Informe destaca que sin perjuicio de que estas disposiciones ya están instauradas en distintos comercios de transporte marítimo de línea -por ejemplo, en la "Ocean Shipping and Reform Act", de 1998, la cual permite contratos confidenciales entre el comercio marítimo en Estados Unidos y la Unión Europea. Por su parte, el Informe analiza algunos acuerdos para establecer el nivel de poder de mercado.

pertinente a la industria naviera, utilizando los principios del Informe como medio tanto para reevaluar las políticas del transporte marítimo de línea, como para incrementar la competitividad en la industria. Tampoco puede desconocerse, si se considera que dicha recomendación ha sido activamente seguida por parte de una serie de países que cuentan con la más avanzada institucionalidad en sede de libre competencia, según se verá a continuación.

2. LA UNIÓN EUROPEA

146. El artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰⁵ (en adelante, “TFUE”), en su apartado N°1 -antiguo artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea-, establece una proscripción general respecto de todos los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones entre empresas y prácticas concertadas, que tengan por objeto o resulten en un impedimento, restricción o falseamiento de competencia dentro del mercado común europeo. En particular, conforme a dicha norma, los acuerdos que consistan en la fijación directa o indirecta de precios de compra o venta, y la limitación o control de la producción, se consideran prácticas prohibidas¹⁰⁶.
147. Sin embargo, dicho artículo, en su apartado N°3¹⁰⁷, establece cuatro condiciones copulativas en virtud de las cuales un determinado acuerdo,

¹⁰⁵ Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:es:PDF>

¹⁰⁶ Artículo 101.1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

¹⁰⁷ 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 [del Artículo 101] podrán ser declaradas inaplicables a:

- Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
- Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;

decisión o práctica concertada, se encontraría exento de la aplicación de la prohibición contemplada en el apartado N°1, ya citado:

- a) Que el acuerdo restrictivo contribuya a mejorar la producción o distribución de mercancías, o a promover el progreso técnico o económico, es decir, deben generar mejoras de eficiencia;
- b) Que las restricciones deben ser indispensables para alcanzar las mejoras de eficiencia;
- c) Que se reserve a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, es decir, las mejoras de eficiencia, incluidas las cualitativas, logradas mediante las restricciones indispensables deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo; y,
- d) Que el acuerdo no ofrezca a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate¹⁰⁸.

148. En consecuencia, a través del apartado N°3 de dicho cuerpo normativo, la Comisión Europea (en adelante, indistintamente, la "**Comisión**" o "**CE**") autorizará determinados acuerdos entre empresas, si los efectos positivos aparejados a dichas convenciones compensan los efectos negativos de los mismos, y siempre que una parte justa de dichos beneficios sean traspasados a los consumidores¹⁰⁹.

149. Lo anterior no implica una prohibición generalizada de que las compañías navieras celebren Acuerdos Navieros de Flete, sino que, por el contrario, significa que cuando dichas empresas participen de ellos, la Comisión tendrá

-Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

¹⁰⁸ Reglamento N°1419/2006, secciones (4) a (7).

¹⁰⁹ MEMO/05/480, Bruselas, 14 de diciembre de 2005: "*Proposal to repeal block exemption for liner shipping conferences – Frequently Asked Questions*".

la facultad de revisarlos y de ponderar sus efectos, autorizándolos o bien, proscribiéndolos según los resultados de su análisis.

150. Señalado lo anterior, se analizará el tratamiento que la CE le ha dado a cada uno de los Acuerdos Navieros de Flete, así como la normativa sectorial aplicable.

i) Las Conferencias

151. Si perjuicio de la facultad legal de la Comisión para analizar la pertinencia de determinados acuerdos, según se expuso, **hasta el año 2008 las Conferencias se encontraban exentas de las normas de competencia de la Unión Europea.**
152. El sector de transporte marítimo de mercancías se encontraba originalmente regulado por el **Reglamento (CEE) N° 4056/86**¹¹⁰, el que estableció para los miembros de las Conferencias una exención por categorías o "*block exemption*", en virtud de la cual se les eximió de la prohibición general del Artículo 101, apartado N°1 del TFUE. En la práctica esto significó que las compañías navieras miembros de las Conferencias estaban autorizadas para fijar concertadamente precios, coordinar horarios y regular capacidad.
153. El argumento esgrimido por la Comisión a dicho respecto, se centraba en que la estabilidad que aportaban las Conferencias, al garantizar a los exportadores servicios fiables, no podía lograrse por medios menos restrictivos a la libre competencia¹¹¹. Cabe señalar que el citado Reglamento -y por ende, la exención por categoría- no era aplicable al cabotaje ni a los servicios internacionales de *tramp*.
154. Con fecha 16 de diciembre de 2002, el Reglamento N° 4056/86 fue modificado por el artículo 32 del **Reglamento (CE) N° 1/2003**, dictado por el Consejo de la Comisión Europea con el objeto de incluir al sector marítimo en el ámbito de aplicación de las normas comunes de competencia, con excepción del cabotaje y los servicios internacionales de *tramp*. No obstante,

¹¹⁰ De 31 de diciembre de 1986.

¹¹¹ Reglamento (CE) N° 1419/2006, sección (3).

la regulación sustantiva de las Conferencias, y otras prácticas entre compañías navieras, seguía amparado en la exención por categorías del Reglamento N° 4056/86.

155. Sin embargo, el año 2006, el Reglamento N° 4056/86 fue derogado por el **Reglamento (CE) N° 1419/2006** del Consejo, de 25 de septiembre de 2006¹¹², suprimiéndose la exención sectorial del artículo 101, apartado 1 del TFUE, tanto respecto de las Conferencias, como del cabotaje y servicios de *tramp*. Tras un estudio acabado del sector de transporte marítimo de línea, la Comisión concluyó que **dicho sector no presentaba singularidades, dado que su estructura de costos no difería sustancialmente de las otras industrias**, señalando que, en definitiva, no existían motivos que sustentaran una protección especial de este sector frente a las normas de competencia¹¹³.
156. Adicionalmente, la CE indicó que las Conferencias -en marco de las cuales las empresas navieras fijaban concertadamente precios por sus servicios- no cumplían con las cuatro condiciones copulativas para acogerse a la exención del artículo 81 [101], apartado N° 3, ya singularizadas, situación que, sin embargo, no se replicaba respecto de los Consorcios y Convenios entre compañías navieras. En efecto, en aplicación de las recomendaciones de la OCDE en 2002, la Comisión señaló lo siguiente:

*"Las conferencias marítimas de línea están toleradas en varias jurisdicciones. En este sector, al igual que en otros, el derecho de competencia no se aplica de forma homogénea en todo el mundo. Teniendo en cuenta que el sector de las líneas marítimas es de carácter mundial, **la Comisión dará todos los pasos adecuados para avanzar hacia la supresión de la exención relativa a la fijación de precios aplicable a las conferencias marítimas de línea que existe en el resto del mundo**, manteniendo al mismo tiempo la exención aplicable a la cooperación operativa entre líneas marítimas agrupadas en consorcios y alianzas, de conformidad con las recomendaciones de la secretaría de la OCDE en 2002"*¹¹⁴.

¹¹² Reglamento (CE) No 1419/2006 del Consejo, de 25 de septiembre de 2006, que deroga el Reglamento (CEE) N° 4056/86, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos y se modifica el Reglamento (CE) N° 1/2003 ampliando su alcance con objeto de incluir el cabotaje y los servicios internacionales de *tramp*. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:269:0001:0003:ES:PDF>

¹¹³ Reglamento (CE) N° 1419/2006, sección (3).

¹¹⁴ Reglamento (CE) No 1419/2006 del Consejo, sección 11.

157. En definitiva, la CE derogó el Reglamento 4056/86 y artículo 32 del Reglamento 1/2003, lo que en la práctica implicó **la supresión de la exención que ostentaban las Conferencias de la aplicación del artículo 101, apartado 3 del TFUE, a partir de octubre de 2008**¹¹⁵.
158. Ahora bien, cabe señalar que uno de los “pasos adecuados” hacia la supresión de la exención, consistió en la derogación de la Unión Europea de la aplicación del ya citado Código de Conducta de las conferencias marítimas de las Naciones Unidas¹¹⁶ respecto de los Estados Miembros. A través del **Reglamento 1490/2007**, de 11 de diciembre de 2007, la CE estableció que, dado que en 2006¹¹⁷ se había eliminado la exención a las normas de competencia que ostentaban las Conferencias, estas ya no estaban autorizadas a operar entre los puertos de los Estados Miembros y, por ende, la aplicabilidad del Código de Conducta debía ser derogada.

ii) Los Consorcios y otras prácticas del Transporte Marítimo de Mercancías

159. El **Reglamento (CE) N° 823/2000**¹¹⁸, de 19 de abril de 2000, estableció la exención de los Consorcios a la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, del TFUE. Dicha exención era aplicable tanto respecto de Consorcios que operaban dentro de una Conferencia, como respecto de aquellos que lo hacen al margen de ella, y **siempre que no fijaren tarifas comunes de flete**.
160. En dicho contexto, el Reglamento citado estableció que dicha exención sólo sería aplicable para ciertas operaciones en el marco de un Consorcio, tales

¹¹⁵ El transcurso de 2 años entre la dictación del Reglamento (CE) 1419/2006 y la efectiva inclusión de las Conferencias a las normas de libre competencia de la Unión Europea, se explica porque el referido Reglamento, en su artículo 16, establece que: “*Dado que los Estados miembros pueden necesitar ajustar sus compromisos internacionales habida cuenta de la abolición del sistema de conferencias, las disposiciones del Reglamento (CEE) no 4056/86 relativas a la exención por categorías de las conferencias marítimas de línea deberían continuar aplicándose durante un período transitorio a las conferencias que cumplan los requisitos del Reglamento (CEE) no 4056/86 en la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento*”.

¹¹⁶ Disponible en: http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-6&chapter=12&lang=en

¹¹⁷ A través del Reglamento 1419/2006.

¹¹⁸ Reglamento (CE) N° 823/2000, de 19 de abril de 2000, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios).

como coordinación de horarios, utilización conjunta de buques e instalaciones portuarias y ajustes temporales de capacidad, entre otras¹¹⁹.

161. Por su parte, el Reglamento 1419/2006, ya singularizado en el capítulo anterior, a pesar de sujetar las Conferencias a la normativa común en materia de competencia, mantuvo ciertos acuerdos de cooperación entre compañías navieras, como Convenios y Consorcios, que no involucraren fijaciones de precios, exentos de la aplicación de la prohibición general.
162. Posteriormente, con fecha 26 de febrero de 2009, el Consejo emitió el **Reglamento (CE) N° 246/2009**¹²⁰, el cual estableció que la exención de determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de Consorcios de las disposiciones del artículo 101, apartado N° 1 del TFUE, regiría por un período de 5 años, es decir, las empresas navieras que participaren de Consorcios -no Conferencias ni otros Acuerdos Navieros de Flete-, en cuyo seno no se fijaren precios se encontrarían exentos de las normas de competencia hasta el año 2014¹²¹.
163. En el citado Reglamento la CE tuvo en consideración que el transporte de carga marítima en contenedores constituye un sector que exige altas inversiones de capital, y que en dicho contexto resultaba necesaria la cooperación comercial, técnica y operativa para que las compañías navieras pudieran participar del mismo, sin que por ello se produjere efectos nocivos desde el punto de vista de la política de competencia, sin perjuicio del análisis caso a caso a dicho respecto.

¹¹⁹ Artículo 3, N°2 del Reglamento 823/2000.

¹²⁰ Reglamento (CE) No 246/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la aplicación del artículo 81 (hoy 101) apartado 3, del TFUE, a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea (consorcios), publicado con fecha 25 de marzo de 2009 en el Diario Oficial de la Unión Europea. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:079:0001:0004:ES:PDF>.

En su artículo 1, se señala: "La Comisión podrá, por vía de reglamento y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 apartado 3, del Tratado, declarar inaplicables las disposiciones del artículo 81, apartado 1 del Tratado, a determinadas categorías de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que tengan por objeto fomentar o establecer una cooperación en la prestación conjunta de servicios de transporte marítimo entre compañías de transporte marítimo regular, con objeto de racionalizar sus operaciones mediante acuerdos técnicos, de funcionamiento o comerciales, con excepción de la fijación de los precios designados en los medios marítimos con el término de «consorcios»".

¹²¹ Hasta el 25 de marzo de 2014.

iii) Disposiciones comunes a los Acuerdos Navieros de Flete

164. El año 2008, la Comisión dictó las denominadas “*Maritime Guidelines*” o “Directrices sobre la aplicación del artículo 81 [101] del TFUE a los servicios de transporte marítimo¹²²” (en adelante, las “**Directrices**”), como complemento a los anteriores Reglamentos emitidos en la materia, ya singularizados.
165. Las Directrices contienen los principios aplicables por la CE al momento de efectuar el análisis de compatibilidad de los acuerdos de cooperación en los servicios de transporte marítimo de línea, cabotaje e internacionales de *tramp*, con el artículo 101 del TFUE. Las Directrices refuerzan lo señalado por el **Reglamento (CE) N° 1419/2006** en cuanto a que:
- “[...] las compañías marítimas de línea que operan servicios a y/o desde uno o más puertos de la Unión Europea **deben cesar cualquier actividad de conferencia marítima contraria al artículo 81 [hoy 101] del TFUE**, aun en el caso de que otras jurisdicciones permitan a las conferencias marítimas, explícita o tácitamente, la fijación de tarifas o los acuerdos de discusión”.
166. Adicionalmente, las Directrices analizan y describen los distintos tipos de servicios de transporte marítimo (*liner*, *tramp* y cabotaje), examinando, en particular tres tipos de acuerdos de cooperación horizontales en la industria: (a) acuerdos técnicos¹²³; (b) intercambios de información entre competidores de servicios de transporte de *liner*; y (c) acuerdos de pool en los servicios de *tramp*¹²⁴, todos los cuales podrían justificarse, desde la perspectiva económica, bajo ciertas circunstancias.
167. En síntesis, la normativa actual en el derecho comunitario de la competencia en materia de servicios de transporte marítimo de mercancías, **prohíbe las Conferencias en cuyo seno se fijen tarifas**, sin perjuicio de que dichas prácticas sean admitidas por otras jurisdicciones. Sin embargo, siguiendo las recomendaciones provistas por la OCDE, permite a las compañías navieras la celebración de Consorcios o Convenios, en la medida que dichos acuerdos

¹²² Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:245:0002:0014:ES:PDF>

¹²³ Acuerdos con el objeto de introducir mejoras técnicas o relativas a la aplicación de estándares medioambientales.

¹²⁴ Puesta en común de buques similares de diferente propiedad, gestionados por una sola administración, cuyos servicios se producen y venden conjuntamente.

operacionales no atenten contra la libre competencia, ni impliquen una coordinación tarifaria entre sus miembros¹²⁵.

168. Luego, las Conferencias y otros Acuerdos Navieros de Flete en cuyo seno se acuerden variables competitivas y precios, se encuentran sujetas a la normativa de libre competencia común. Así, las empresas navieras deben respetar los artículos 101 y 102 del TFUE, en particular en los acuerdos que celebren con sus competidores. Asimismo, la Comisión Europea se encuentra facultada para requerir y revisar los acuerdos que le parezcan atentatorios contra la libre competencia y, eventualmente, ejercer las acciones que en dicho mérito correspondan. Ahora bien, los Consorcios, en cuyo marco no haya fijación de precios, se encuentran temporalmente exentos de las normas de competencia, hasta el año 2014.

iv) El escenario post eliminación de las exenciones de competencia en el sector naviero en la Unión Europea

169. Entre los efectos esperados de la reforma realizada en la Unión Europea, se ha señalado que si bien se prevén cambios en la estructura y funcionamiento de la industria marítima, no se vislumbran cambios históricos que marquen “*un antes y un después*”, dado que la industria naviera es similar a otros sectores que funcionan con plena normalidad frente a la competencia. Lo anterior, pues las compañías navieras se habrían estado preparando para dicho cambio, y la relevancia de las Conferencias habría comenzado ya a declinar. En efecto, se ha indicado que:

“El futuro del sector, por consiguiente, en el nuevo escenario vigilado por las Instancias comunitarias de la competencia, no parece que vaya a presentar un cambio fundamental, al menos en sentido negativo, para los usuarios de los servicios de transporte marítimo de mercancías. Por el contrario, es de esperar una clarificación y ajuste del cuadro de precios y tarifas existente a la estructura de costes, unida a una mejor información sobre el servicio y una mayor capacidad de negociación de los grupos de cargadores portuarios asociados a las empresas del transporte terrestre que operan en el interior de la Unión Europea¹²⁶.”

¹²⁵ A mayor abundamiento, cabe señalar que la Comisión Europea ha fiscalizado activamente el cumplimiento de las normas de competencia que prohíben el ejercicio de prácticas anticompetitivas en el mercado del transporte marítimo de línea. Ver MEMO/11/307, Bruselas, 17 de Mayo de 2011 “*Antitrust: Commission confirms unannounced inspections in the container liner shipping sector*”. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/307&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

¹²⁶ ESTEPA, M., *Op. Cit.*, pág. 23.

170. Entre los cambios de estructura esperados, se estima que las Conferencias serían reemplazadas por otros tipos de acuerdos entre navieras, que permitan una operatividad coordinada de compañías que realizan una misma ruta. Así también, podrían observarse procesos de fusiones y absorciones de empresas navieras; previéndose la tendencia hacia la configuración de una industria oligopolística, que requerirá de una mayor supervisión de las autoridades de competencia¹²⁷.
171. En este orden de cosas resulta complejo realizar una evaluación más acuciosa del impacto que la eliminación de la exención ha tenido para el sector marítimo y para el comercio internacional en Europa, dado que es difícil presentar resultados concluyentes a tan solo 3 años de entrada en vigencia de la reforma. Adicionalmente, este último período estuvo marcado por una fuerte crisis económica, que afectó al comercio mundial y consecuentemente a la industria de transporte marítimo.
172. Sin perjuicio de lo anterior, existen esfuerzos preliminares, aunque acotados a determinados aspectos, por analizar en términos cuantitativos los efectos de la reforma¹²⁸.
173. En este contexto, una encuesta aplicada en 44 puertos antes de la eliminación de la exención evidenció que las navieras conferenciadas aplicaban el mismo cargo por puerto -por comercio-, independientemente de sus propios costos, mientras que las navieras no conferenciadas parecían ser seguidoras de las conferenciadas, aplicando el mismo cargo. En cambio, desde la abolición de la Exención, se han observado diferencias significativas en los precios aplicados por las distintas compañías navieras y, en efecto,

¹²⁷ En efecto, en la práctica las fusiones han sido una de las principales estrategias que han seguido las empresas, razón por la cual se ha anunciado por la prensa que: "*Hace dos meses la italiana Mediterranean Shipping Company y su par francesa CMA CGM, segundo y tercer actores del mercado, respectivamente, firmaron una alianza para compartir sus naves en las rutas de Asia, Europa y Sudamérica [...] En Asia, las tres principales navieras japonesas, Matsue OSK, NY Line y K Line, consideran que fusionarse podría ser la mejor opción para enfrentar el mal momento de la industria*". Diario el Mercurio, Cuerpo B: Economía y Negocio, página B4, domingo 19 de febrero de 2012.

¹²⁸ Al respecto, es relevante mencionar un estudio de la Comisión Europea en el que se analizan los cargos por manipulación de carga en terminales portuarios (*terminal handling charges* – THC) durante la existencia de conferencias en Europa y con posterioridad a la eliminación de la exención, denominado "*Terminal handling charges during and after the liner conference era*", de octubre de 2009, que establece que dichos cargos serían aplicados por las navieras de carga contenerizada en la mayoría de los puertos.

varias empresas habrían publicado en sus sitios *web* las tarifas vigentes. El referido estudio concluye lo siguiente¹²⁹:

"Diferencias sustanciales en los precios entre las compañías navieras aparecieron luego de la eliminación de las [exenciones], con el subsecuente aumento en la competencia".

3. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

174. En EE.UU., los Acuerdos Navieros de Flete se encuentran regulados por la *Shipping Act*, de 1984¹³⁰, la que fue modificada en 1998 por la *Ocean Shipping Reform Act* (la "OSRA", y ambas denominadas conjuntamente, la "Shipping Act").
175. La norma sectorial citada regula los siguientes aspectos relacionados con los Acuerdos Navieros de Flete:
- a) el sistema de fiscalización y revisión de la autoridad sectorial, la *Federal Maritime Commission* (en adelante, la "FMC")¹³¹, de los acuerdos celebrados entre compañías navieras¹³²;

¹²⁹ Traducción libre: "[11] Significant differences in pricing between the carriers appeared following the elimination of the carriers and the subsequent increase in competition. This competition has led many carriers to begin posting current terminal handling charges on their websites (primarily for Europe, although in some cases for Asia as well)".

¹³⁰ Disponible en:

[http://www.fmc.gov/assets/1/Page/The Shipping Act of 1984 Re-Codification.pdf](http://www.fmc.gov/assets/1/Page/The%20Shipping%20Act%20of%201984%20Re-Codification.pdf)

¹³¹ Dentro de las responsabilidades y funciones de la *Federal Maritime Commission* están: monitorear las actividades de los transportistas marítimos, los operadores de terminales, conferencias, puertos e intermediarios del transporte marítimo (*Ocean Transportation Intermediaries* ("OITs")) que operan en el comercio exterior de los Estados Unidos para asegurar que mantengan prácticas justas y razonables, y supervisar la responsabilidad financiera de los operadores de pasajeros. Además, mantener un programa de monitoreo diseñado para asistir a las entidades reguladas en el cumplimiento de la normativa y detectar y remediar prácticas inadecuadas y violaciones a la sección 10 del *Shipping Act*, y monitorear las leyes y prácticas de gobiernos que podrían tener efectos discriminatorios o un impacto adverso en el transporte marítimo en los EE.UU., fiscalizar el cumplimiento de los requisitos regulatorios aplicables a los transportistas de propiedad o controlados por gobiernos extranjeros. Asimismo, la FMC revisa y fiscaliza acuerdos y contratos de servicio, revisa las tarifas de los transportistas que operan de manera conjunta para que esta información se encuentre accesible y sea precisa y entrega licencias a OITs calificados en los EE.UU., asegurando que todos mantengan evidencia de responsabilidad financiera y responsabilidad frente a siniestros. Disponible en:

<http://www.fmc.gov/>

¹³² La *Shipping Act*, en su sección 40301, establece una nómina amplia de convenciones, entre las que se contemplan los Acuerdos Navieros de Flete, así como otros acuerdos generales, tales como acuerdos de tarifas y de capacidad; acuerdos de *pool* de ganancias, pérdidas, ingresos y tráfico; acuerdos de asignación de puertos; regulación del volumen y características de la carga;

- b) los lineamientos de acción de las Conferencias;
 - c) la posibilidad para la FMC de establecer una “exención administrativa” a las obligaciones establecidas en la Shipping Act, respecto de ciertos acuerdos entre compañías navieras u otras prácticas, en la medida que dicha exención no implique una reducción sustancial de la competencia, o un detrimento del comercio; y,
 - d) la exención a las normas de libre competencia (*antitrust immunity*) de los acuerdos entre compañías navieras que han sido comunicados a la FMC, o que esta ha eximido de conformidad con la facultad signada en la letra c) anterior, entre otras convenciones que se encuentran asimismo exentas conforme a la norma en examen.
176. El tratamiento y regulación de los Acuerdos Navieros de Flete, entre otras convenciones y prácticas que pueden acordarse entre compañías navieras, se estructura sobre la base de un sistema de monitoreo por la autoridad sectorial, la *Federal Maritime Commission* (en adelante, la “FMC”).
177. En particular, la fiscalización de dichos acuerdos se centra en aquellos suscritos por compañías de transporte marítimo de carga pertenecientes a Conferencias, en cuyo marco se acuerden y fijen tarifas, capacidad, frecuencias de servicios y otras variables competitivas.
178. En términos generales, la Shipping Act establece un sistema de notificación periódica de los acuerdos celebrados entre compañías navieras a la FMC, por parte de las empresas partícipes de dichas convenciones¹³³. En especial, deben ser además enviadas a la FMC las actas de las sesiones o reuniones que celebren las Conferencias¹³⁴.
179. Cabe destacar que en 1998, la OSRA introdujo una modificación en la versión original de la Shipping Act, confiriendo a las compañías navieras miembros de una Conferencia y los agentes de carga, la posibilidad de

establecimiento de exclusividades entre compañías navieras; control, regulación o impedimento de la competencia en el transporte marítimo internacional; y acuerdos o discusiones de cualquier materia relacionada con un contrato de servicios, entre otros.

¹³³ Con excepción de aquellos acuerdos relativos al transporte ejecutado por o entre países extranjeros, o entre compañías navieras para establecer, operar o mantener un terminal portuario en EE.UU., según se indica en la sección 40302 (b) de la Shipping Act.

¹³⁴ Secciones 40104 (b) y 40602 (a), Shipping Act.

negociar y celebrar acuerdos confidenciales de servicios entre ellos, al margen de la Conferencia -los *Confidential Service Agreements*-, pudiendo acordar dichos términos sin más publicidad que la remisión de los acuerdos a la FMC¹³⁵ (en adelante, los "**Acuerdos Confidenciales**") y la previa notificación a la Conferencia.

180. Se ha señalado que tras la reforma mencionada, se habrían aminorado los efectos de la exención a las normas de competencia conferidas por la Shipping Act en 1984, al conferir a las partes de un contrato de transporte marítimo de carga la posibilidad de negociar Acuerdos Confidenciales, al margen de la Conferencia. Aquello habría incrementado las condiciones competitivas en el transporte de carga regular de línea.
181. En apoyo a esto, el Informe de la OCDE señala que el resultado de dicha modificación fue un rápido y masivo traslado de las compañías navieras y agentes de carga hacia los Acuerdos Confidenciales, pues aquellos tenían el potencial de disminuir la dominancia de las tarifas acordadas en el marco de las Conferencias, al menos respecto de los agentes de carga con el poder para negociar tarifas menores. Adicionalmente, se indicó que el traslado hacia los contratos de servicios entre dichos agentes de la industria, habría provocado una erosión generalizada del poder de las Conferencias¹³⁶.
182. En definitiva, en EE.UU., los Acuerdos Navieros de Flete u otras convenciones o prácticas entre compañías navieras en cuyo marco se determinen variables competitivas relevantes, o convenciones que tengan por objeto regular la competencia en el transporte marítimo internacional de carga, se encuentran autorizados por la Shipping Act y, en consecuencia, están exentos de la aplicación de las normas de libre competencia de dicho país, en la medida que sean remitidos a la FMC. Esta autoridad podrá revisarlos y analizarlos y, de ser procedente, ejercer las acciones de competencia que estime pertinentes, a través del Departamento de Justicia, para cautelar la libre competencia que pudiere ser afectada por dichos acuerdos.

¹³⁵ La versión original de la Shipping Act establecía la posibilidad para las compañías navieras de ofrecer tarifas menores a las acordadas en el marco de las Conferencias, en la medida que estas fueren publicadas y comunicadas a otras compañías navieras miembros de la Conferencia.

¹³⁶ OCDE, *Op. Cit.*, sección 22.

183. A pesar de lo anterior, recientemente se ha cuestionado la permanencia de la exención a las normas de libre competencia que ostentan las compañías navieras partícipes de los acuerdos singularizados en la Shipping Act. A este respecto, la actual postura de la FMC es proclive a la terminación de prácticas que pudiesen ser lesivas a la competencia generadas en el marco de los acuerdos celebrados entre compañías navieras, como por ejemplo la fijación de precios engañosos o reducciones de capacidad efectuadas con la finalidad de incrementar artificialmente las tarifas del transporte marítimo regular de carga¹³⁷⁻¹³⁸.

VI. FUNDAMENTOS DE LA PRESENTE SOLICITUD

184. Una vez analizada la Exención a las disposiciones del Decreto Ley 211 que ostentan las empresas navieras chilenas, en cuanto partícipes de Acuerdos Navieros de Flete, los antecedentes legislativos de ésta y los argumentos que históricamente han sostenido las Conferencias para fundar su exclusión de las normas de competencia, resulta relevante examinar los fundamentos de competencia, tanto jurídicos como económicos, que sustentan la solicitud de esta Fiscalía de modificar el artículo 5 de la Ley de Marina Mercante, derogando la Exención.
185. Cabe hacer presente que, por su mayor envergadura y relevancia a nivel internacional, y operación en Chile, el análisis se centrará en las Conferencias.

¹³⁷ En "Ocean carriers set to lose antitrust exemption", Global Competition Review, 21 de septiembre de 2010. El director de la FMC, Richard Lidinsky, ha señalado recientemente que la misión central de la FMC, y de cualquier agencia regulatoria que proteja a los consumidores, es terminar con las prácticas engañosas, ya sea que sobrevivan o no las exenciones a las normas de libre competencia ("*I will focus on ending deceptive practices – a core mission of the FMC and any regulatory agency that protects customers and consumers, whether or not antitrust exemptions survive*"). En efecto, actualmente, la FMC se encuentra en una discusión a nivel pre legislativo, con el propósito de introducir un proyecto de ley que podría terminar con la inmunidad que ostentan las compañías navieras y agentes de naves en materia de competencia, iniciativa legal que está siendo impulsada por el congresista *James Oberstar*, presidente del *US House Committee on Transportation and Infrastructure*. El objetivo de dicho proyecto de ley sería prohibir a los transportistas marítimos el llegar a acuerdos respecto de tarifas, lo cual a juicio del Congresista sería la causal de diversas conductas anticompetitivas.

¹³⁸ Richard A. Lidinsky, Jr. Chairman, U.S. Federal Maritime Commission "Winds of Change: Summary of Address on Recent Developments in Maritime Policy and Competition Law. Global Shippers' Forum Macau September 6, 2010.

Disponible en: http://www.fmc.gov/winds_of_change_summary_maritime_policy_competition_law/

186. Las razones que históricamente han dado las compañías navieras para sustentar la inaplicabilidad de las normas de competencia a su participación en Acuerdos Navieros de Fletes, han ido sostenidamente perdiendo validez en el tiempo, tal como lo estimó la OCDE en su Informe.

187. Sin perjuicio de los sólidos argumentos económicos que sustentan esta petición, es dable señalar que la inclusión de todos los sectores económicos en la legislación de libre competencia es un principio uniforme en las distintas legislaciones, siendo beneficioso para la economía, la no discriminación en dicha materia. En efecto, la OMC ha señalado:

"[...] hay que reconocer que el hecho de conceder exenciones o de aplicar políticas que aislen a determinados sectores (o empresas) de la competencia puede tener otros efectos desfavorables, directos e indirectos, sobre el sistema económico en su conjunto. Hay que evaluar cuidadosamente si los costos de estas exenciones y excepciones o de estas políticas quedan compensados por los beneficios obtenidos"¹³⁹.

188. A continuación se expondrán los principales fundamentos considerados por esta Fiscalía para solicitar la derogación de la Exención.

A. LA INDUSTRIA NAVIERA NO ES UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA PARTICULAR

189. Las compañías navieras han sostenido reiteradamente que la industria naviera sería una actividad diversa a otros sectores, que la haría merecedora de diversas prerrogativas, tales como la exención de competencia que se examina.

190. Al respecto, es importante tener presente que si bien es efectivo que la industria naviera se caracteriza por altos requerimientos de capacidad e importantes flujos de demanda. Sin embargo, tales características son comunes a prácticamente todas las industrias de redes, tal como lo estimó la OCDE¹⁴⁰.

"Las características únicas de la industria naviera citadas por los transportistas, incluyen altos costos de inversión en capital, fluctuaciones de demanda (tanto de temporada como por trayecto), costos marginales bajo costos medios en periodos de exceso de capacidad, exceso crónico y necesario de capacidad y la necesidad de evitar la "competencia destructiva". Esta lista de características podría ser usada

¹³⁹ OMC, Op. Cit., pág. 7.

¹⁴⁰ Traducción libre. OECD, sección 133.

para describir los principales desafíos que enfrenta toda industria que provee servicios garantizados y/o programados -y ciertamente, describe la situación de todos los proveedores de transporte con programas fijos" [...] "parece haber un creciente consenso en cuanto a que las características tecnológicas de las compañías navieras no son tan únicas como para recibir el actual tratamiento especial".

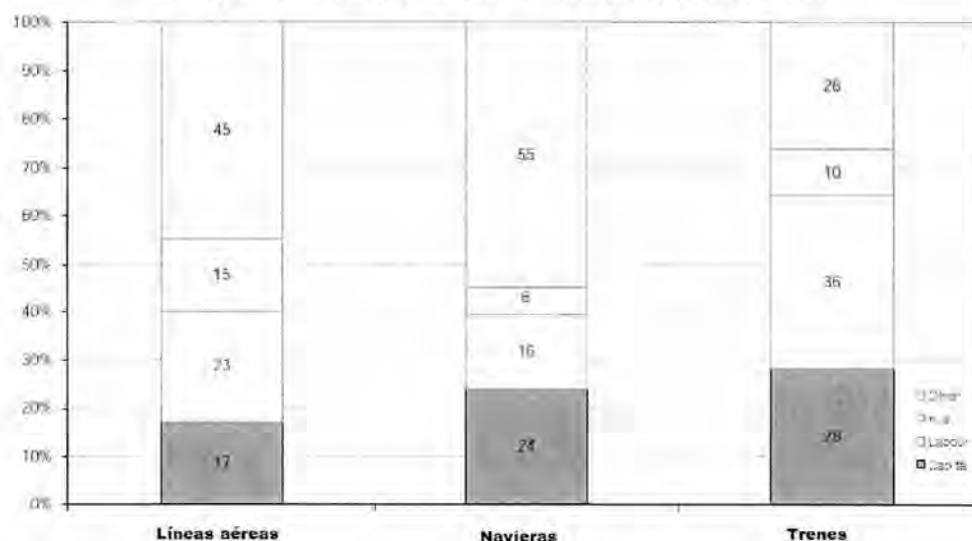
191. En complemento con lo anterior, y contrastando las estructuras de costos de otras industrias con las del sector de transporte marítimo de carga, la Unión Europea ha señalado¹⁴¹:

"[...] un estudio completo del sector realizado por la Comisión ha demostrado que el transporte marítimo de línea no es singular pues su estructura de costos no difiere sustancialmente de la de otras industrias. Así pues, no hay pruebas de que sea necesario proteger el sector frente a la competencia".

192. Así también, el Informe de la OCDE comparó las estructuras de costos de los agentes de tres segmentos de la industria del transporte -líneas aéreas, empresas navieras y ferroviarias-, sin observarse diferencias relevantes al respecto, conforme lo señala el gráfico a continuación:

Gráfico N° 3

**Estructura de costos. Sector de transporte
Datos de Transporte de Canadá, Stopford, 1997**



Fuente: Figura 4.1 de *Competition Policy in Liner Shipping, Final Report, OECD*.

193. Una vez establecido que la industria naviera no es particularmente distinta a otras industrias de redes, cabe destacar que la gran mayoría de ellas, no se encuentran exentas de la aplicación de las leyes de libre competencia.

¹⁴¹ Numeral 3 del Reglamento (CE) N°1419 de 2006.

194. En atención a que las compañías navieras han tendido históricamente a justificar la Exención en las características particulares de la industria de transporte marítimo de carga respecto de otros mercados del rubro, resulta preciso analizar: i) cómo ha sido abordada en otras industrias sujetas al DL 211 la problemática asociada a los requerimientos de capacidad y a fluctuaciones de demanda; y ii) cuáles son las tendencias de los mercados en materia de gestión de infraestructura y capacidad en otras industrias de redes que pudiesen ser -o están siendo- aplicadas a la industria de transporte marítimo de carga, particularmente contenerizada.

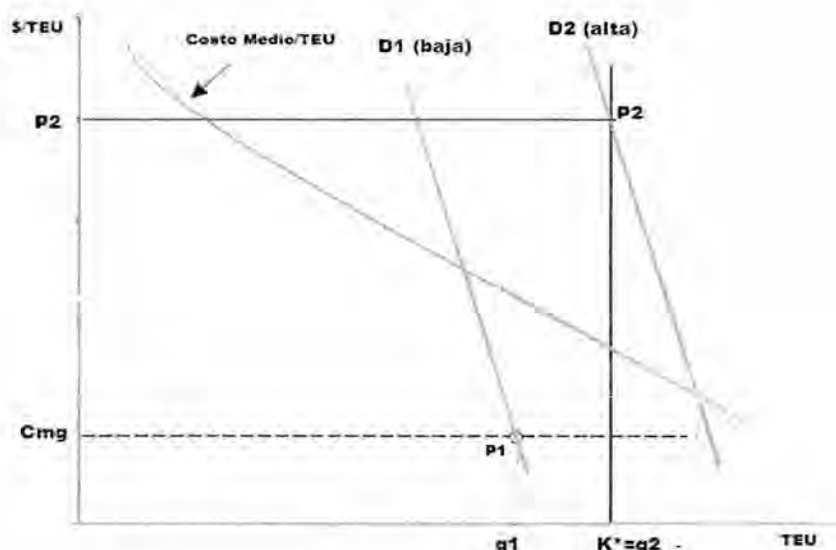
1. DEFINICIÓN DE LA CAPACIDAD ÓPTIMA EN MERCADOS CON FLUCTUACIONES DE DEMANDA

195. Una de las características comunes de las industrias de red, son las fluctuaciones que experimentan las compañías incumbentes en la demanda. Tales variaciones dificultan la estimación de dichas empresas en la capacidad óptima de largo plazo, y por ende, obstaculizan la configuración de estrategias de financiamiento asociadas. Todo ello, en un contexto con altos requerimientos de capacidad.

196. A este respecto, se ha concluido que la existencia de restricciones de capacidad para determinados niveles de demanda no sólo resulta eficiente, sino que además, es la única forma de que las redes sean autofinanciables en el tiempo y, así, se generen los incentivos necesarios para la inversión futura.

197. En el siguiente gráfico, se presenta un escenario donde existen fluctuaciones de demanda y restricciones de capacidad para los niveles de mayor demanda. Como resultado, el precio de equilibrio es igual al costo marginal, cuando la demanda es baja, y superior al costo medio en periodos de alta demanda, generando excedentes para las firmas que permiten compensar las pérdidas de los periodos de baja demanda. Por consiguiente, el nivel de capacidad óptima dependerá de la duración y temporalidad de los periodos de baja y alta demanda.

Gráfico N° 4
Equilibrio con restricciones de capacidad



Fuente: Elaboración propia basado en la Figura 4.3 de *Competition Policy in Liner Shipping: Final Report*, OECD.

198. De este modo, los equilibrios con restricciones de capacidad para determinados niveles de demanda son considerados óptimos, y han sido utilizados en la mayor parte de las industrias de red. Luego, en términos prácticos, no resulta óptimo que las Conferencias definan la capacidad de la industria, según lo han declarado las compañías navieras miembros de la AWCSA, sin restricciones para ningún nivel de demanda¹⁴² (Ver gráfico N° 1):

"[...] Pero después el problema que nos pasa, que estamos en eso, es que en noviembre se nos acaba el peak season y tenemos las naves para el peak season y después, ¿qué vamos a hacer? Nos va a sobrar oferta y se caen los precios [...]"¹⁴³.

199. En un escenario de este tipo, resulta que los mayores precios de los periodos de alta demanda no podrían compensar las pérdidas que enfrentaría una compañía naviera en periodos de baja demanda y, por tanto, estas no tendrían incentivos a invertir en el futuro. A este respecto, la OCDE es plenamente conteste¹⁴⁴:

"Se ha vuelto cada vez más obvio que las compañías navieras ya no contemplan la provisión de nuevos buques como su única opción para aumentar la oferta –muchos

¹⁴² En dicho caso, el precio de equilibrio sería igual al costo marginal en periodos de baja demanda, e igual al costo medio en periodos de alta demanda.

¹⁴³ Declaración de [17] con motivo de la Investigación.

¹⁴⁴ Traducción libre. OCDE, secciones 173 y 174.

de ellos se han volcado al fletamento o a los acuerdos de reparto [de espacios], como una respuesta más flexible a la nueva demanda. Considerando estas tendencias, ¿Qué podría uno concluir en relación con el impacto en la oferta de la remoción de las exenciones a las normas de competencia de los acuerdos de precios o tarifas? Las compañías navieras solo invertirán en nueva oferta cuando comercialmente juzguen que, en un mercado competitivo, sus inversiones se pagarían por sí mismas. Esto significa que el nivel de sobreoferta que se ha visto en los años pasados tenderá a disminuir, especialmente si muchas compañías navieras persiguen acuerdos de reparto [de espacios] a efectos de incorporar nueva capacidad en unidades menores a una nave. Es posible esperar que la oferta de transporte marítimo de línea se pusiera más en línea con la demanda por servicios".

200. H. Tribunal, en resumen, de la teoría económica y de la experiencia en otras industrias de redes¹⁴⁵, se desprende que en estos casos resulta necesario tener ciertos niveles de restricciones de capacidad (*second-best pricing*), pues ello: i) hace que la inversión sea financiable en el mediano/largo plazo; ii) incentiva la inversión futura; y iii) podría tener efectos en la cantidad de participantes del mercado.
201. Desde esta perspectiva, podría resultar deseable que en industrias con estas características se definan determinados niveles de restricciones de capacidad. Sin embargo, de aplicarse lo ya expuesto a la industria de transporte marítimo de carga, surgen necesariamente dos cuestionamientos: i) ¿Se requiere necesariamente la coordinación entre los actores del mercado para definir la capacidad de la industria, o bien, cada uno actuando por sí solo puede llegar a un equilibrio eficiente?; y ii) ¿Cómo salvaguardar que las restricciones de capacidad no se determinen con el objeto de obtener rentas monopólicas?
202. La evidencia en relación a otras industrias con similares características al sector naviero, como por ejemplo la de transporte aéreo de carga y de pasajeros, la industria ferroviaria e incluso el transporte marítimo en la Unión Europea, muestra que ha resultado exitoso incrementar la competencia entre los actores, promoviendo la autorregulación de capacidades.
203. No obstante, es preciso hacer presente a ese H. Tribunal, que la desregulación de la industria ha ido aparejada, en algunos casos, a la

¹⁴⁵ Para graficar lo expuesto, Joskow y Tirole (RAND 2000) en un ejemplo aplicado al **sector de generación eléctrica** establecen: "Cuando la demanda es muy alta en el verano en San Diego, no existe capacidad de transmisión suficiente para satisfacer la demanda con importaciones u oferentes de bajo costo de la zona oeste de Estados Unidos, sin embargo, un número de viejos y relativamente ineficientes generadores locales podrían entrar al mercado a balancear oferta y demanda".

- celebración de distintos tipos de acuerdos entre competidores, que implican ciertos grados de coordinación entre sus actividades.
204. Por ejemplo, la liberalización de la industria del transporte aéreo de pasajeros -que a nivel mundial no se encuentra, en general, exenta de las normas de competencia-, ha promovido el crecimiento global del volumen de pasajeros, la proliferación de líneas aéreas de bajo costo y el incremento de la cooperación entre líneas aéreas a través de alianzas globales y acuerdos de códigos compartidos¹⁴⁶. Pero, al mismo tiempo, se ha producido un incremento en la aplicación de las normas de competencia en el sector, lo cual responde a la preocupación de las jurisdicciones por propender y salvaguardar los equilibrios competitivos de los mercados.
205. Ahora bien, como bien sabe el H. Tribunal en relación al mercado aéreo, la "autorización" para suscribir acuerdos entre competidores entre las líneas aéreas -tales como acuerdos de código compartido¹⁴⁷, de interlínea¹⁴⁸ y alianzas globales, entre otros-, tiene como contrapartida la facultad de autoridades sectoriales y de competencia, para revisar que determinadas alianzas o acuerdos se encuentren adecuadas a las normas locales de competencia, pudiendo incluso rechazarlas o aceptarlas condicionadas a determinadas medidas de mitigación frente a los riesgos reales o potenciales que aquello pueda acarrear para la competencia de la industria¹⁴⁹.

¹⁴⁶ De hecho, debe tenerse presente que el incremento de alianzas entre compañías aéreas fue uno de los principales argumentos de la Comisión Europea, en el año 2006, para revocar la exención de la conferencia aérea IATA de la ley antimonopolio (la que se ha llevado a cabo por rutas, de manera paulatina, desde enero de 2007). Al respecto, cabe destacar que la Comisión Europea argumentó, en lo pertinente, que: "[...] el crecimiento de las alianzas internacionales de aviación ha incrementado la competencia, reducido las tarifas y aumentado las posibilidades de elección de los consumidores, haciendo más difícil la justificación de la exención de las conferencias" (Ver Sock-Yong Phang, "Competition Law and the International Transport Sectors", The Competition Law Review 2009, vol. 5, asunto 2, página 210).

¹⁴⁷ Contratos en que dos líneas aéreas acuerdan unificar dos vuelos entre un par Origen-Destino en un único avión operado por alguna de las dos compañías. Así, el vuelo tiene códigos de ambas compañías. Resolución N° 37 TDLC.

¹⁴⁸ Corresponde a un acuerdo suscrito entre dos o más aerolíneas, que les permite comprar asientos en vuelos de la contraparte para rutas no cubiertas por la red de la primera, con el fin de ofrecer a sus clientes tal punto como destino. Resolución N° 37 TDLC.

¹⁴⁹ Los acuerdos de código compartido y las alianzas globales son un ejemplo de acuerdos entre competidores que, en atención a las eficiencias que generan para la industria, por regla general, han sido tolerados por las autoridades de competencia, en la medida que contemplen menores grados de coordinación (específicamente, sólo una coordinación operacional directa de rutas, horarios e infraestructura). Sin embargo, en la medida que impliquen la combinación de operaciones respecto de variables competitivas (precios, costos, ingresos y beneficios conjuntos, entre otros), se reconoce la posibilidad de que se generen riesgos para la

206. En este sentido, por ejemplo, uno de los riesgos que la Resolución N° 37¹⁵⁰ del H. Tribunal reconoce en los acuerdos de código compartido -que pueden aparejarse a los Consorcios y/o Convenios-, ha sido la posibilidad de incremento de precios con ocasión de la coordinación entre los competidores en rutas poco competitivas. En efecto:

"[...] un acuerdo entre dos líneas aéreas que tienen el monopolio o un muy significativo poder de mercado en las rutas nacionales del respectivo país, provocaría un aumento en las tarifas para el tramo entre los respectivos *hubs*, junto con una posible reducción en las tarifas de rutas alimentadoras"¹⁵¹.

207. Ahora bien, en relación con el segmento de transporte marítimo de mercancías que nos aboca, debe considerarse que, de manera similar a lo expuesto para el mercado aéreo, en la Unión Europea se ha permitido que las empresas navieras puedan intercambiar información entre competidores en los servicios de transporte regular o de línea, así como suscribir determinados acuerdos técnicos (los que no consideran la fijación de precios y capacidades), y Convenios, en servicios de *tramp*, ya singularizados previamente. Todo lo ello, bajo la premisa de obtener mayores niveles de eficiencia, y siempre que el intercambio de información y los señalados acuerdos no atenten contra las normas básicas de competencia¹⁵².

208. En este orden de cosas, la Comisión Europea tiene la facultad de estudiar y evaluar si determinados acuerdos entre empresas tienen potenciales efectos anticompetitivos. De dicha ponderación se establecerá que, si los efectos

competencia. Al efecto, ese H. Tribunal ha concluido, respecto de los mencionados acuerdos, lo siguiente: *Así, se puede concluir que los acuerdos de código compartido permiten coordinaciones entre aerolíneas que generan eficiencias y aumentos en la calidad de la oferta de las partes involucradas en ellos. Sin embargo, también generan riesgos para la competencia. Por un lado, la coordinación reduce la intensidad de la competencia entre las aerolíneas que integran un acuerdo y, además, incrementa la dificultad de entrada de rivales, ya que al ser el número de vuelos diarios que ofrece una compañía una de las variables que determina la calidad del servicio en oferta, para competir en ese aspecto se debe entrar con un número de vuelos al menos similar al operado conjuntamente por las empresas coordinadas, incrementándose así, con la celebración del acuerdo, la escala mínima eficiente para un entrante. Ello pone en riesgo la entrada, puesto que dificulta obtener pasajeros –dada la demanda residual– para justificar aquella escala mínima eficiente de operación.* Numeral 73 de la Resolución N° 37 del TDLC.

¹⁵⁰ Que aprobó la operación de concentración entre LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aereas S.A. condicionada al cumplimiento de 14 medidas de mitigación.

¹⁵¹ Resolución N° 37-2011 TDLC, numeral 75.

¹⁵² "Directrices sobre la aplicación del artículo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los servicios de transporte marítimo", 2008/C 245/02.

positivos del acuerdo sobrepasan los efectos negativos del mismo, y si los beneficios son efectivamente traspasados a los consumidores, entonces, dicho acuerdo quedará exento de la prohibición establecida en el Artículo 101, apartado 1 del TFUE. De lo contrario, la Comisión Europea puede iniciar las investigaciones y deducir las acciones pertinentes para cautelar que dichos acuerdos se adecúen a las normas de competencia establecidas en el TFUE¹⁵³.

209. H. Tribunal, este fue uno de los principales argumentos de la Unión Europea para eliminar la exención de las Conferencias de las normas de libre competencia. Dado que la Comisión Europea puede revisar la pertinencia de determinados acuerdos, siempre será posible que algunos de ellos sean aceptados, en la medida que se tenga la certeza de que dichos acuerdos son compatibles con las normas de libre competencia. Antes, mientras las Conferencias se encontraban exentas de dichas normas, la CE no se encontraba habilitada para revisarlos ni analizarlos, impidiéndose así salvaguardar que tales acuerdos se ajustaran a la libre competencia.

2. TENDENCIAS EN GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y CAPACIDAD. NECESIDAD DE FISCALIZACIÓN POR LA FNE

210. En las últimas décadas se ha observado un importante crecimiento del mercado de arrendamiento de algunos tipos de infraestructura, como aviones o naves, que ha reducido los elevados costos de compra y otorgado mayor flexibilidad de entrada y salida de actores al mercado¹⁵⁴.

¹⁵³ Conforme se indica en <http://www.maritime-executive.com/article/eu-commission-raids-shipping-companies-in-antitrust-investigation>, en mayo de 2011, la Comisión Europea allanó las oficinas de las principales compañías navieras, entre ellas A.P. Moeller-Maersk, CMA-CGM y Hapag-Lloyd. Ello, en virtud de que "[...] habrían razones para creer que las compañías habrían violado las reglas de libre competencia que prohíben la cartelización". La investigación se inició debido a que, tanto en la Unión Europea como en EE.UU., se habrían recibido una serie de quejas por parte de los usuarios de la industria naviera, las que señalaban que las compañías estarían manipulando la oferta en la industria con el objeto de incrementar las tarifas.

¹⁵⁴ En la industria del transporte aéreo de pasajeros, la liberalización del mercado en Europa y Estados Unidos, confirió mayores niveles de competencia, importantes incrementos en la capacidad de la industria y mejores tarifas para el consumidor final. Según estimaciones de la Asociación de Transporte Aéreo, las tarifas de las líneas aéreas han caído 45% en términos reales desde la desregulación del mercado aéreo en Estados Unidos en 1978 (Ver Fred L. Smith Jr. and Braden Cox, "Airline Deregulation." *The Concise Encyclopedia of Economics*, 2008. Library of Economics and Liberty, December 2011. <http://www.econlib.org/library/Enc/AirlineDeregulation.html>). A ello se ha sumado el desarrollo del mercado de arriendo de aviones, el que ha generado importantes efectos sobre la entrada y salida de firmas en la industria. Si una ruta no es rentable, los operadores cambian de ruta o simplemente suspenden el arriendo de infraestructura y viceversa (Ver Gavazza, A., "Leasing and Secondary

211. Es evidente que los cambios que ha enfrentado la industria naviera en esta dirección podrían generar mayores niveles de competencia entre empresas en el tiempo, así como mejores condiciones de servicio y precio para los usuarios de dichos servicios.
212. Por otra parte, asociado al rápido crecimiento de la contenerización de la carga, ha existido un aumento substancial en el tamaño de las naves. Según se indica en el Informe de la OCDE¹⁵⁵, en el año 2001 el 41% de la capacidad total correspondía a buques de contenedores para entre 2.000 y 4.000 TEUS, y el 22%, a buques de más de 4.000 TEUS. En el mismo año, ya existían buques de 7.000 TEUS y estaban en proyecto naves de 10.000 TEUS. En la actualidad, la capacidad de las naves es de 15.000 TEUS, lo que se traduce en el aumento de la capacidad de cada nave al triple, durante la última década.
213. En este contexto, resulta evidente que el mantener los niveles de utilización de capacidad ha requerido de mejores niveles de organización y coordinación de las redes de empresas navieras, generando importantes procesos de fusiones, consolidaciones, consorcios y alianzas entre compañías. Esta tendencia internacional a nivel de industria, dice relación con una creciente integración de los servicios de transporte marítimo, de manera de aprovechar economías de escala y facilitar la logística y operatoria naviera. Así lo ha señalado la OCDE¹⁵⁶:

"[...] el comercio en contenedores está creciendo y está siendo más consolidado, las naves están siendo más grandes y, por ende, los requerimientos de capital están aumentando, las operaciones siguen siendo desbalanceadas y los navieros están en búsqueda de reestructuraciones y alianzas a fin de minimizar los impactos de estos desequilibrios y variaciones cíclicas en las operaciones".

214. A modo ilustrativo, en el siguiente cuadro se grafica la tendencia en los niveles de concentración en la industria mundial de transporte marítimo de contenedores. En la primera parte, se muestra la evolución de la participación de mercado -medida como la participación de capacidad- de los mayores operadores de la industria. En la sección inferior del cuadro, se

Markets: Theory and Evidence from Commercial Aircraft", *Journal of Political Economy*, 2011, vol. 119, no. 2).

¹⁵⁵ OECD, Op. Cit., página 15.

¹⁵⁶ OECD, Op. Cit., pág. 27. Traducción libre.

presenta la evolución del índice de concentración CR4¹⁵⁷ sobre el total de la industria, y sobre el conjunto de los mayores operadores.

Cuadro N° 9
Concentración Mundial de Navieras (Carga contenerizada)

	1998	2000	2003	2005	2007
Top 100	-	93,6%	92,5%	94,2%	94,7%
Top 50	-	85,8%	86,6%	89,1%	90,3%
Top 25	-	74,6%	77,4%	81,3%	84,3%
Top 20	-	68,7%	71,9%	76,3%	81,3%
Top 10	-	46,6%	48,4%	50,0%	60,2%
CR4					
Total líneas	-	28,4%	30,4%	30,9%	38,7%
Top 100	-	30,4%	32,9%	32,8%	40,9%
Top 25	31,0%	38,1%	39,3%	38,0%	46,0%
Top 20	35,0%	41,4%	42,3%	40,5%	47,7%

Fuente: "Measuring the degree of concentration in the container liner shipping Industry"¹⁵⁸.

215. Ahora bien, otro indicador de los niveles de concentración de la industria naviera es el número de firmas que en conjunto tienen, por ejemplo, el 50% de la participación del mercado. En este contexto, según el estudio de Christa Sys¹⁵⁹, en el año 1995, 16 empresas tenían el 50% del mercado, mientras que en el año 2007, esta cifra se redujo a solo 7 firmas.
216. En Chile, los niveles de concentración de la industria no están ajenos a la tendencia mundial. Por ejemplo, en la ruta cubierta por las Conferencias existentes, es decir, entre los puertos de la Región de Valparaíso y Asia, según se observa en el cuadro a continuación, los tres actores más relevantes en carga contenerizada tienen más del 80% de la participación en el Puerto de San Antonio, 58% en el Puerto de Valparaíso y más del 45% en la Región.

¹⁵⁷ El índice de concentración CR4 es la suma de las participaciones de los 4 actores principales de la industria.

¹⁵⁸ Sys C., "Measuring the degree of concentration in the container liner shipping Industry", pág. 5.

¹⁵⁹ Sys C., *Op. cit.*, pág. 6.

Cuadro N° 10
Niveles de concentración en carga total y carga de contenedores

	AÑO	Total Carga		Contenedores	
		HHI	CR3	HHI	CR3
EP SA	2008	929	43,7%	2.527	81,3%
	2009	1.053	47,0%	2.588	82,6%
	2010	1.134	47,2%	2.701	81,1%
EPV	2008	1.515	55,8%	1.515	55,8%
	2009	2.065	64,6%	2.125	64,2%
	2010	1.480	55,7%	1.600	58,2%
TOTAL REGIÓN	2008	824	36,7%	998	40,9%
	2009	984	43,0%	1.239	47,4%
	2010	755	36,5%	1.033	46,5%

Fuente: Información entregada por Empresas Portuarias de Valparaíso y San Antonio.

217. Lo expuesto implica que, indudablemente, los altos niveles de concentración de la industria y la tendencia creciente en esta dirección, requieren de mayores niveles de fiscalización y control por parte de las autoridades de competencia.

B. IMPROCEDENCIA DE LOS ARGUMENTOS HISTÓRICOS DE LAS CONFERENCIAS

218. Habiéndose desestimado que las compañías navieras tengan características únicas que las diferencien de otras industrias de redes, resulta relevante analizar, a continuación, las fallas de mercado que se generarían como consecuencia de las características de la industria en análisis.

1. COMPETENCIA DESTRUCTIVA

219. Esta teoría fue utilizada como argumento para regular el transporte aéreo y terrestre en la década de los treinta, pero en los años consecutivos fue y sigue siendo ampliamente rechazada por la evidencia empírica y teórica.
220. En efecto, la *competencia destructiva* no es consistente con la *teoría clásica* y *neoclásica*, en los que se sustentan los modelos económicos vigentes. En los modelos clásicos, los mercados competitivos tienen una tendencia natural a los equilibrios estables, que se producen, en el largo plazo, cuando el costo medio es mínimo y equivalente al costo marginal en ese punto, igual

al precio de mercado. La tarificación a costo marginal, por su parte, promueve que las empresas menos eficientes salgan del mercado. De acuerdo con este punto de vista, lo que podría ser percibido como competencia destructiva para las firmas que salen del mercado, resulta constructivo desde el punto de vista social.

221. Ahora bien, los resultados antes mencionados asumen que los costos marginales son siempre superiores a los costos medios, lo que no es cierto para industrias con altos costos fijos, economías de escala y fluctuaciones de demanda, como es el caso del transporte marítimo de mercancías. Acá, en la medida que existan restricciones de capacidad para los niveles más altos de demanda, que permitan a las empresas navieras financiar -con precios mayores a los costos medios y marginales-, las pérdidas en periodos de baja demanda por transporte de carga -cuando el precio es igual a costo marginal-, será posible obtener equilibrios sostenibles.

222. En este contexto, no resulta creíble que, en la industria de transporte de carga por vía marítima, históricamente las decisiones de inversión en capacidad se hubieren tomado exclusivamente considerando el precio de mercado o la demanda más alta. En efecto, una compañía naviera señaló, ante esta Fiscalía¹⁶⁰:

“Hemos pasado de [...] si vamos a economía esto está en unos libros de economía que es muy interesante [...] pasamos de sobreoferta el 2009, en que además era caída de la economía mundial, el último mal de muchos, al año pasado que nadie creyó que el mercado iba a crecer lo que creció, la demanda; entonces, faltó oferta, los precios subieron extraordinariamente, fue un muy buen año, con rentas extraordinarias. Y este año, la tontera que todos tenemos sobreoferta y estamos igual que el 2009”.

223. Al respecto, el Informe de la OCDE¹⁶¹ señala que, en la práctica, raramente las decisiones de inversión dependen de los precios presentes, sino más bien de estimaciones de precios futuros. Asimismo, indica que, como en toda industria, los quiebres y éxodos de empresas del mercado existen, pero son el resultado de operaciones ineficientes, más que el efecto de eventos sorpresivos. De este modo, no hay razón para creer que en una industria

¹⁶⁰ Declaración de [18] con motivo de la Investigación.

¹⁶¹ OCDE, “Op. cit.”, página 61.

con restricciones de capacidad, como la naviera, haya una tendencia sistemática de sobre y baja inversión¹⁶².

2. TEORÍA DEL EMPTY CORE

224. La teoría del *Empty Core* ha sido aplicada a la industria aérea, sin embargo, no hay consenso en los resultados empíricos asociados. T. Tacker¹⁶³ señala que la teoría del *Centro Vacío*, ya expuesta, estaría explicando la concentración de la industria aérea en EE.UU., así como la quiebra de otras líneas aéreas. Sin embargo, también podría argumentarse desde la perspectiva económica, que la salida de actores y la concentración de la industria es un equilibrio en sí mismo.
225. Por otra parte, K. Button¹⁶⁴, en un estudio empírico desarrollado para el mercado de la aviación en Europa, señala que aún cuando no hay suficientes antecedentes empíricos que permitan acreditar la teoría del *Centro Vacío* en la industria, de existir, podrían generarse ventajas tanto para oferentes, a través del desarrollo de acciones cooperativas, como para consumidores, quienes podrían acceder a menores precios. Sin embargo, para los reguladores se dificulta la posibilidad de distinguir acciones cooperativas con el objeto de solucionar los problemas del núcleo vacío y restablecer un equilibrio, frente a acciones concertadas, orientadas a extraer rentas económicas.
226. Al igual que en la industria aérea, esta teoría podría aplicarse hipotéticamente a la industria naviera, en la medida que nuevos actores negocien acuerdos con los consumidores y que estos deshagan los previos acuerdos con las navieras incumbentes. Sin embargo, al igual que para la

¹⁶² Por su parte, la OCDE ha afirmado que: "*El problema con este modelo es que asume que las navieras se comportan de manera miope. [...] En otras palabras, no hay razón para creer que, en una industria con restricciones de capacidad como la industria naviera, hay una tendencia sistémica a un ciclo de sobre y subinversión*".

¹⁶³ Tacker, T. (2009), "U.S. Airline Antitrust Policy and Empty Core Disequilibrium", en *The Journal of Private Enterprise* 25(t).

¹⁶⁴ Button, K. (1996), "Liberalizing European Aviation, Is There an Empty Core Problem?" En *Journal of Transport Economic and Policy*, Septiembre 1996.

teoría de la competencia destructiva, no existe evidencia empírica que sustente el modelo teórico¹⁶⁵.

3. ALTOS PRECIOS PARA ASEGURAR MÁS ACTORES EN EL MERCADO

227. Por último, H. Tribunal, el argumento de fijar los precios sobre el costo medio de las empresas menos eficientes, con el fin de evitar su salida del mercado y tener mayor cantidad de participantes en el mismo, no tiene justificación desde la perspectiva económica.
228. En primer lugar, cabe señalar que en industrias con importantes economías de escala o con escalas mínimas eficientes de producción, menos actores están potencialmente en condiciones de obtener equilibrios más eficientes al duplicar su capacidad. En efecto, en las industrias de redes, como la distribución eléctrica, gas natural o agua, son ejemplos extremos en los que resulta más eficiente tener un solo actor y no duplicar la infraestructura en una misma área geográfica.
229. En segundo lugar, en un mercado competitivo es evidente que los agentes menos eficientes no son capaces de competir en él y, por ende, salen de la industria y dan paso a que los más eficientes se desarrollen, generando un círculo virtuoso en la economía. Al respecto, en el Informe de la OCDE se señala¹⁶⁶:

"Capacidades o navieras ineficientes se verán forzadas a salir del mercado cuando la demanda estimada de mercado es baja. Esto reducirá la capacidad total de la industria e incrementará la utilización de la capacidad restante".

230. H. Tribunal, según lo expuesto, esta Fiscalía estima que la Exención implica una protección a los actores menos eficientes de la industria naviera, traducida en la autorización a las compañías navieras para ejercer prácticas concertadas como fijación de precios o coordinación de la capacidad.

¹⁶⁵ Mayor detalle en "Competition Policy in Liner Shipping: Final Report", 2002, página 61-62.

¹⁶⁶ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, Op. Cit., sección 140. Traducción libre: "Inefficient capacity and/or carriers would be forced out of the market in times when forecast future demand is low. This would reduce overall capacity and increase utilization of the remaining capacity".

VII. CONCLUSIONES Y SOLICITUD DE EJERCER LA FACULTAD DEL ART. 18 N° 4 DEL DECRETO LEY 211

231. En virtud del análisis realizado, esta Fiscalía estima que es necesario modificar el artículo 5 de la Ley de Marina Mercante, derogando la Exención que actualmente ostentan las empresas navieras chilenas, para participar en Acuerdos Navieros de Flete.
232. En este sentido, esta Fiscalía concuerda plenamente con las recomendaciones efectuadas por la OCDE, según las cuales resulta necesario revocar la exención en materia de competencia para el transporte marítimo de línea, en especial, en cuanto a la discusión de variables competitivas, fijación de tarifas y capacidad de la industria. Lo anterior, para cautelar la libre competencia en todos los mercados.
233. Los antecedentes que justifican la necesidad de eximir a las empresas navieras chilenas de las normas de competencia, para permitir la competencia en igualdad de condiciones, han cambiado radicalmente. La tendencia actual es a la inclusión de todos sus sectores bajo las normas de competencia, erradicando de sus legislaciones las exenciones en bloque.
234. Han transcurrido más de 20 años desde la incorporación de la Exención, y los argumentos económicos en que históricamente las empresas navieras han justificado la celebración de Conferencias, y otros acuerdos, ya no resultan defendibles.
235. Es importante destacar que el desarrollo de las industrias asociadas al transporte de carga, en particular el transporte vía marítima, que representa el 96% de las exportaciones y el 85% de las importaciones de Chile según volumen transferido en el año 2010¹⁶⁷, es crucial para el desarrollo del comercio internacional entre los países; más aún si se trata de economías que han basado su estrategia de desarrollo en el impulso exportador, como Chile.

¹⁶⁷ Datos calculados a partir de la información de la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. para el año 2010.

236. Aprovechar las oportunidades que ofrece el comercio exterior, exige velar permanentemente por reducir o eliminar condiciones que disminuyan la competencia, o impidan una asignación óptima de recursos.
237. Por ello en la última década, el desarrollo del sistema portuario fue un elemento crítico de las políticas públicas, las que se estuvieron orientadas a promover la competencia y fortalecer los niveles de productividad y eficiencia en la operación.
238. En síntesis, esta Fiscalía estima que el establecimiento de la Exención en comento, que permite y ampara legalmente la coordinación entre los miembros de la industria naviera, a través de los Acuerdos Navieros de Flete, introduce graves distorsiones a la competencia. Bajo su amparo, las empresas navieras tienen la facultad para definir capacidades y precios de la industria, incluso con el fin de generar rentas monopólicas, lo que no resulta justificable desde la perspectiva económica.
239. H. Tribunal, resulta evidente que la Exención es contraria a las tendencias globales en la materia y, especialmente, a las recomendaciones de la OCDE. En consecuencia, conforme lo expuesto, es posible sino concluir la urgencia de modificar la normativa imperante para incluya al sector en referencia a las disposiciones del Decreto Ley 211, norma que no distingue entre mercados ni actividades económicas en relación con su objeto de defensa de la libre competencia¹⁶⁸.
240. Con todo, cabe señalar que la solicitud de esta Fiscalía, de derogar la Exención y sujetar al sector naviero y, en particular, a las empresas navieras partícipes de Acuerdos Navieros de Flete a las normas de competencia, en ningún caso pretende la proscripción general de tales acuerdos. Lo que se persigue, dice relación únicamente con la **posibilidad de los organismos protectores de la libre competencia para revisar y analizar si dichos acuerdos se ajustan o no a la competencia**, pudiendo determinar si la coordinación entre competidores en el sector naviero tiene marcadas eficiencias para la industria, o bien, si las conductas de sus agentes resultan atentatorias a la libre competencia.

¹⁶⁸ Artículo 1º, DL 211: "La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley".

241. Esta Fiscalía es del parecer que sólo mediante un análisis de competencia como el señalado -que es el mismo que se realiza en todo mercado e industria, y respecto de cualquier agente económico, sin distinción alguna- es el que permite que conductas que atenten o pongan en peligro el bien jurídico libre competencia puedan ser efectivamente prevenidas y fiscalizadas por este Servicio, y, de ser pertinente, sea posible ejercer las acciones correspondientes, de conformidad con las disposiciones del DL 211, a fin de que tales comportamientos puedan ser conocidos, corregidos, o sancionados por ese H. Tribunal.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto, las disposiciones legales citadas, y lo dispuesto en el artículo 18 número 4) del Decreto Ley N° 211,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA:

Tener por interpuesto el presente asunto de carácter no contencioso, iniciar un Expediente de Recomendación Normativa y, en definitiva, proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, la modificación del artículo 5 de la Ley de Marina Mercante, derogando la exención que ostentan las conferencias navieras de fletes, convenios de *pool* y consorcios que regulan y racionalizan servicios a las disposiciones del Decreto Ley N° 211, de 1973, de modo tal de armonizar la citada regulación sectorial, con los principios y normativa de libre competencia. Por su parte, de eliminarse la exención antes descrita, se requerirá analizar la posibilidad de que Chile se retire como Estado parte del Código de Conducta.

PRIMER OTROSÍ: Solicito se sirva ese H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos, bajo los apercibimientos legales correspondientes:

1. Anexo Confidencial, el cual contiene las referencias correspondientes a la información confidencial utilizada en esta presentación;
2. Bases de datos aportadas por el Sistema de Empresas Públicas, Puerto Valparaíso, Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. y San Antonio Terminal Internacional, en base a las cuales se elaboraron los cuadros, gráficos y estimaciones de esta presentación;

3. Documento electrónico en el que constan las grabaciones de declaraciones de 5 Compañías Navieras realizadas ante esta Fiscalía, junto con su transcripción libre;
4. Copia de la “*Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas*”, de las Naciones Unidas, de fecha 6 de abril de 1974;
5. Copia de informe de la OCDE, “*Competition policy for liner Shipping: Final Report*”, de 16 de abril de 2002;
6. Copia de Oficio DGTM. Y MM. ORD. N° 12600/111 F.N.E., de la Dirección General de Transporte Marítimo y Marina Mercante, de fecha 11 de enero de 2012;
7. Copia de Oficio Reservado N° 839, de 16 de febrero de 2012, remitido por el Coordinador General del Programa de Desarrollo Logístico de la Subsecretaría de Transportes del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones;
8. Copia de Oficio RR.EE. (DIJUR) OF. PUB. N° 02999, de fecha 9 de marzo de 2012, remitido a la FNE por Director de Asuntos Jurídicos Subrogante del Ministerio de Relaciones Exteriores;
9. Copia del Oficio Res. N° 11/96, del Director de la Oficina de Planificación Nacional, en respuesta al Res. N° 1465 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 12 de mayo de 1981, con ocasión de la Opinión sobre el Código de Conducta; y
10. Acta notarial de fecha 23 de abril de 2012, otorgada ante la Notaría Pública de Santiago de don Eduardo Avello Concha, mediante la cual se certifica el contenido de la página web www.scaga.net.

Sírvase ese H. Tribunal decretar la confidencialidad de los documentos signados en los numerales 1, 2, 3 y 7, y su custodia por el Sr. Secretario, en atención a que contienen información sensible para las personas de quienes emanan, información comercial relativa a sus empresas y otros elementos cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de los titulares de dicha información, y por cuanto su conocimiento por personas ajenas a ese H. Tribunal o a funcionarios de esta Fiscalía puede perjudicar de manera significativa la investigación llevada a cabo por este Servicio.

SEGUNDO OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 11 de ese H. Tribunal, sírvase V.S. tener acompañadas las versiones públicas de los

documentos confidenciales singularizados en los numerales 1, 2, 3 y 7 del primer otrosí de este escrito.

TERCER OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 11 de ese H. Tribunal, sírvase V.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá al Sr. Secretario, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.

CUARTO OTROSÍ: Sírvase ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo N° 211 de 3 agosto de 2010, en que se realiza mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia en la Secretaría de ese H. Tribunal. Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía Sres. María Soledad Krause Muñoz, Francisco Borquez Electorat y Andrés Fuchs Nissim, todos habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman junto a mí en señal de aceptación.