

1215

TRIBUNAL DE DEFENSA
16 SEP 2016
DE LA LIBRE
COMPETENCIA



EN LO PRINCIPAL: Formula Requerimiento en contra de Antofagasta Terminal Internacional S.A. y otras; EN EL PRIMER OTROSÍ: Acompaña versión electrónica; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Designa receptores judiciales; EN EL TERCER OTROSÍ: Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, en representación de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante "FNE"), ambos domiciliados para estos efectos en calle Huérfanos N° 670, piso 8, comuna y ciudad de Santiago, al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante "H. TDLC" u "H. Tribunal"), respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18, 19 y siguientes, y 39 del Decreto Ley N° 211 (en adelante "DL 211"); en el Dictamen N° 1045/1998 de fecha 21 de agosto de 1998 (en adelante "Dictamen N° 1045") y en el Dictamen N° 1209/2002 de fecha 20 de junio de 2002 (en adelante "Dictamen N° 1209"), ambos pronunciados por la Honorable Comisión Preventiva Central (en adelante "CPC"); y fundado en los antecedentes de hecho, derecho y económicos que a continuación expondré, formulo Requerimiento en contra de las siguientes personas jurídicas (en adelante las "Requeridas"):

- I. ANTOFAGASTA TERMINAL INTERNACIONAL S.A. (en adelante "ATI"), sociedad del giro portuario, representada legalmente por su gerente general, don Cristián Wulf Sotomayor, ingeniero civil industrial, ambos domiciliados para estos efectos en calle Manuel Antonio Matta N° 1.839, oficina 701, comuna y ciudad de Antofagasta;
- II. INVERSIONES PUNTA DE RIELES LIMITADA (en adelante "Punta Rieles"), sociedad del giro ferroviario, representada legalmente por don Mauricio Ortiz Jara, ingeniero comercial, ambos domiciliados para estos efectos en calle Bolívar N° 255, comuna y ciudad de Antofagasta, y;
- III. SAAM PUERTOS S.A. (en adelante "SAAM"), sociedad del giro portuario, representada legalmente por su gerente general, don Yurik Díaz Reyes, ingeniero

comercial, ambos domiciliados para estos efectos en calle Hendaya N° 60, piso 8, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago.

El Requerimiento tiene por objeto que este H. Tribunal declare que las Requeridas han infringido el artículo 3° inciso primero del DL 211 al haber incumplido la obligación impuesta en el párrafo 3.5 N° 3 del apartado XIII del Dictamen N° 1045 y en los numerales 6 y 7 del Dictamen N° 1209, ambos pronunciados por la CPC, al no enajenar el exceso de participación accionaria que tienen Punta Rieles y SAAM en la concesionaria ATI; incumplimiento que ha tendido a impedir, restringir y/o entorpecer la competencia en el mercado de provisión de servicios portuarios básicos ofrecidos en los frentes de atraque de puertos de uso público de la Región de Antofagasta, al traspasar los umbrales de integración vertical definidos en tales regulaciones.

Como el H. Tribunal bien conoce, los Dictámenes N° 1045 y N° 1209¹ impusieron una serie de obligaciones de carácter estructural para los concesionarios de los frentes de atraque, sus accionistas y usuarios relevantes, estableciendo límites a la integración vertical de estos últimos con los accionistas de las sociedades concesionarias.

Sin embargo, y pese a lo ordenado por la CPC, Punta Rieles y SAAM (en adelante las "**Accionistas Requeridas**"), habiendo traspasado los límites de integración vertical en la concesionaria ATI, no procedieron a enajenar oportunamente ni han enajenado al día de hoy, su participación accionaria excesiva en ATI, ni tampoco ésta última ha procedido a dicha enajenación, estando todas las Requeridas obligadas a hacerlo en la forma y plazos establecidos en los dictámenes mencionados anteriormente.

Lo anterior, justifica que el H. Tribunal imponga a cada una de las Requeridas las multas que se solicitan en el petitorio de esta presentación, y acceda a las demás peticiones que ahí se formulan, con expresa condena en costas.

¹ Los Dictámenes N° 1045 y N° 1209 se pronunciaron por la CPC en las causas sobre "*Solicitud de las Empresas Portuarias sobre aplicación de los Arts. 14 y 23 de la Ley N° 19.542*", Rol N° 102-98, y "*Solicitud de la Empresa Portuaria de Antofagasta*", Rol N° 202-02, respectivamente.

I.- HECHOS QUE FUNDAN EL REQUERIMIENTO

A.- Antecedentes generales relativos a la Empresa Portuaria del Puerto de Antofagasta, la concesionaria del Frente de Atraque N° 2 y sus usuarios

1. La Empresa Portuaria de Antofagasta (en adelante "EPA"), en su calidad de empresa estatal operadora del Puerto de Antofagasta, tiene a su cargo la administración, explotación, desarrollo y conservación de dicho puerto y de todos sus frentes de atraque, detentando además la prerrogativa de entregar tales actividades a terceros por medio de concesiones portuarias². Así fue que en el año 2003 ATI se adjudicó la concesión del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Antofagasta por un periodo de 30 años, bajo un esquema monooperador³.

2. Con relación a la concesionaria ATI, ésta es una sociedad anónima sujeta a las normas de las sociedades anónimas abiertas cuyo giro exclusivo, de conformidad a las exigencias contenidas en la Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en adelante la "Ley N° 19.542"), es el desarrollo, mantención y explotación del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Antofagasta⁴.

3. Desde el punto de vista de su participación accionaria, ATI tiene tres accionistas, a saber: (i) Grupo Empresas Navieras S.A. con un 35% del capital accionario; (ii) SAAM, titular de un 35% del capital accionario; y (iii) Punta Rieles, con el 30% de la participación accionaria. Cabe señalar que las dos últimas accionistas –requeridas en

² Todas estas facultades se encuentran reconocidas en la Ley N° 19.542. Adicionalmente se debe tener presente que, en virtud del artículo 14 de la misma ley, la asignación de la administración, explotación, desarrollo y conservación de un frente de atraque a un tercero sólo puede efectuarse a través de una concesión portuaria.

³ El sistema monooperador es el "sistema de operación portuaria en que la movilización de la carga en el frente de atraque es realizada por una única empresa de muellaje". El artículo 23 de la Ley N° 19.542 establece como norma general para el uso de frentes de atraque el sistema de multioperador. Sin embargo, el Directorio de la EPA, para llevar a efecto la licitación de la concesión del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Antofagasta bajo un esquema monooperador, debió solicitar Informe a la CPC conforme al inciso segundo del mencionado artículo 23. Fue de este modo que la CPC pronunció el Dictamen N° 1209 que sirve de sustento al presente Requerimiento.

⁴ El artículo 14 inciso tercero N° 1 de la Ley N° 19.542, al regular las concesiones portuarias, establece que los concesionarios deberán constituirse como sociedad anónima dentro de los noventa días siguientes a la fecha de adjudicación de la concesión, cualquiera que sea el número de sus accionistas, de giro exclusivo, y se regirán por las normas de las sociedades anónimas abiertas. Su objeto exclusivo deberá ser el desarrollo, mantención y explotación del frente de atraque respectivo.

estos autos– se encuentran “relacionadas” al formar parte del Grupo Empresarial Luksic⁵.

4. Por su parte, hacen uso del Puerto de Antofagasta diversos usuarios que intervienen en los distintos eslabones del transporte de carga por vía marítima, dentro de los cuales es posible mencionar, a título meramente ejemplar, los siguientes: exportadores, importadores, compañías navieras, consignatarios, embarcadores, fletadores, porteadores, transportistas multimodales y agentes de naves.

5. Ahora bien, para los efectos de determinar los sujetos obligados por las restricciones impuestas en los Dictámenes N° 1045 y N° 1209, debe ponerse especial atención en aquellos usuarios que movilizan elevados volúmenes de carga a través del Frente de Atraque N° 2. Específicamente, dentro de estos usuarios se analizará la situación de aquellos que se encuentran relacionados con las Accionistas Requeridas, esto es, la Compañía Sudamericana de Vapores S.A. (en adelante “CSAV”), relacionada a SAAM, y Antofagasta Railway Company PLC Agencia en Chile (en adelante “FCAB”), relacionada a Punta Rieles.

6. Respecto de CSAV, cabe señalar que con fecha 15 de febrero de 2012 Quiñenco S.A., directamente y a través de algunas de sus filiales, adquirió el 37,44% del capital de la naviera y se transformó en su controlador legal⁶. Del mismo modo, Quiñenco S.A.

⁵ El artículo 96 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores dispone que un Grupo Empresarial “es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorguen o en la adquisición de valores que emiten”. Dada la definición precedente, y de acuerdo a la letra c) del artículo 96 de la ley antes mencionada, la Superintendencia de Valores y Seguros ha determinado la calidad de Grupo Empresarial del conglomerado empresarial conocido como Grupo Luksic. Sobre el particular: <http://www.svs.cl/portal/principal/605/w3-propertyvalue-18651.html> [Fecha de la consulta: 15 de septiembre de 2016]

⁶ De acuerdo al hecho esencial presentado por CSAV a la Superintendencia de Valores y Seguros, de fecha 15 de febrero de 2012, “[...] Quiñenco S.A., directamente, y a través de sus filiales Inmobiliaria Norte Verde S.A. e Inversiones Río Bravo S.A., quedó como titular de 3.264.041.231 acciones de CSAV, las que representan el 37,44 de su capital suscrito y pagado, siendo, de acuerdo a los Artículos 97 y 99 de la Ley de Mercado de Valores, el controlador legal de CSAV”. Adicionalmente, de acuerdo a información del mismo sitio web antes indicado, dentro de los 12 mayores accionistas de CSAV se encuentra Quiñenco S.A., Inversiones Río Bravo S.A. e Inmobiliaria Norte Verde S.A. (filiales de Quiñenco S.A.)Ver: <http://www.svs.cl/institucional/mercados/entidad.php?mercado=V&rut=90160000&grupo=&tipoentidad=RVEMI&row=AABbBQABwAAAA5ZAAJ&vig=VI&control=svs&pestanía=25> [Fecha de la consulta: 15 de septiembre de 2016).

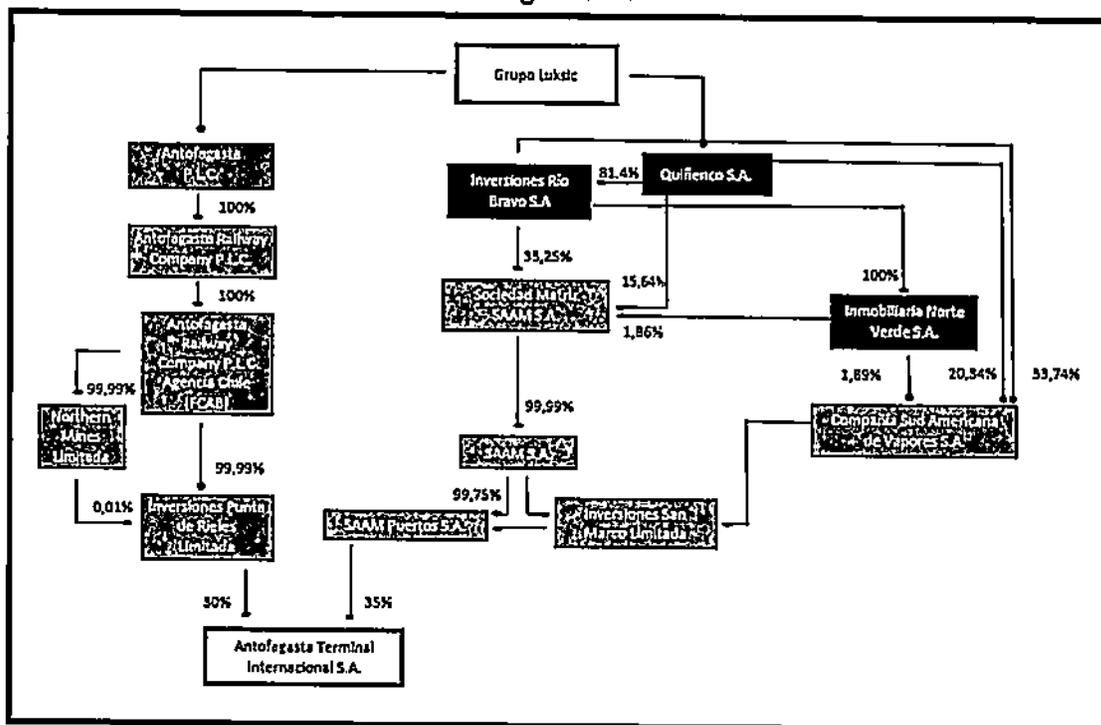
ejerce el control de SAAM a través de Sociedad Matriz Saam S.A. y Saam S.A. Por último, debemos señalar que Quiñenco S.A. es de propiedad del Grupo Luksic.

7. Por otro lado, la accionista Punta Rieles es controlada por el usuario FCAB a través del dominio del 99,99% de su capital accionario. FCAB es la agencia en Chile de Antofagasta Railway Company PLC, quien a su vez es filial de Antofagasta PLC. Finalmente, Antofagasta PLC también es de propiedad del Grupo Luksic.

8. Por lo expuesto, se concluye que (i) los usuarios FCAB y CSAV se encuentran relacionados a las accionistas de ATI, Punta Rieles y SAAM, respectivamente; y (ii) adicionalmente, todas las sociedades mencionadas en los párrafos precedentes se encuentran relacionadas a través de su controlador común, esto es, el Grupo Luksic.

9. Con una finalidad meramente ilustrativa, la figura N° 1 da cuenta de la relación entre SAAM - Punta Rieles y CSAV - FCAB, respectivamente; y a su vez, de la relación de todas estas empresas con su grupo controlador.

Figura N° 1



Fuente: Elaboración propia en base a (i) respuesta de Quiñenco S.A. a Oficio Ordinario N° 918 de fecha 21 de julio de 2015, dentro de la investigación Rol N° 2390-16, e (ii) información obtenida del sitio web de la Superintendencia de Valores y Seguros.

B.- Regulación aplicable a la concesionaria ATI, sus accionistas y a los usuarios “relevantes” del Puerto de Antofagasta

10. Con motivo de la licitación de la concesión del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Antofagasta, que fue adjudicado a ATI en el año 2003, la EPA debió solicitar informe preventivo a la CPC respecto de las condiciones bajo las cuales se debería llevar a efecto esta licitación, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542.

11. Así, con fecha 20 de junio de 2002 la CPC emitió el Dictamen N° 1209 que, en lo que importa para los efectos del presente Requerimiento y con la sola excepción de su numeral octavo⁷, hizo suyas todas las disposiciones contenidas en el Dictamen N° 1045⁸.

12. Dentro de las condiciones establecidas por la CPC en los dictámenes mencionados, se encuentra la restricción al grado de integración vertical que un usuario portuario calificado como relevante –o alguna de sus personas relacionadas– pudiese llegar a tener en la sociedad concesionaria del puerto donde presta sus servicios, para evitar la comisión de prácticas de carácter anticompetitivas que dejen a empresas más pequeñas en situación de desventaja estratégica.

13. Sobre el particular, puede señalarse que una característica del mercado portuario que funda las restricciones establecidas en los dictámenes mencionados es la falta de transparencia en términos de información. Las condiciones de tiempo y espacio en que

⁷ El numeral octavo del Dictamen N° 1209 es del siguiente tenor: *"Las reglas de integración horizontal y vertical referidas precedentemente tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Con todo, luego de transcurrido el plazo consignado en el numeral 9 del Dictamen N° 1045, esto es, cinco años contados desde la suscripción de los contratos de concesión que se efectuaron en relación a los puertos de la Quinta y Octava Regiones, y a objeto de, en su momento, examinar la situación sobre integración de manera global, es decir, analizando lo ocurrido en la Segunda, Quinta y Octavas Regiones, el concesionario que se adjudique la licitación a que llame la EPA, podrá requerir su modificación a la Empresa Portuaria de Antofagasta, la que sólo podrá proceder en este sentido, previo informe de la Comisión Preventiva Central o del organismo al que se hayan traspasado sus facultades".*

⁸ El Dictamen N° 1045 fue emitido por la CPC con fecha 21 de agosto de 1998, y vino a dar respuesta a la solicitud de las Empresas Portuarias de Valparaiso, San Antonio y Talcahuano-San Vicente que pretendían concesionar algunos de sus frentes de atraque bajo un sistema monooperador. La importancia de este dictamen está dada por el hecho de establecer las bases de una serie de dictámenes e informes pronunciados posteriormente sobre la materia; señalando un catálogo de obligaciones tanto estructurales como conductuales para los concesionarios de los frentes de atraque, sus accionistas y usuarios relevantes.

se prestan los servicios son, generalmente, desconocidas para todos los actores y difícilmente se puede recurrir a prestadores alternativos. Lo anterior genera incentivos para el administrador del puerto a controlar la disponibilidad de éste con miras a obtener ventajas en mercados alternativos y así privilegiar a sus relacionadas por sobre otras empresas que participen aguas arriba o aguas abajo.

14. Adicionalmente, los mecanismos con los que cuenta el operador portuario para discriminar son múltiples y no sólo se reducen al manejo de precios sino que también incluyen “[...] *ineficiencia operativa en la nave o la carga (velocidades bajas y retraso en el trámite de la documentación) [...] manejo de áreas de acopio y de otros recursos escasos en los puertos en beneficio de empresas relacionadas*” entre otros⁹. Entonces, dadas las diversas estrategias a través de las cuales se puede concretizar la discriminación de competidores, es que estos riesgos resultan plausibles y, por tanto, deben ser mitigados mediante el establecimiento de condiciones estructurales.

15. En la especie, el numeral séptimo del Dictamen N° 1209 establece un límite porcentual a la participación accionaria de los usuarios relevantes en ATI:

“El conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de un 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% en las utilidades de la sociedad concesionaria [...]”.

16. Como se desprende de la lectura del párrafo recién transcrito, la determinación y caracterización de un usuario como “relevante” deviene en fundamental. En razón de lo anterior, el numeral séptimo del Dictamen N° 1209 establece los supuestos que deben concurrir para definir a un “usuario relevante”, al señalar:

“[...] las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier

⁹ Dentro de los mecanismos de discriminación, además del manejo de precios, el Dictamen N° 1045 destaca los siguientes: “[...] (d) deficiencias en la calidad de servicio a navieras no relacionadas (horarios, contenedores en mal estado); (e) establecimiento de requerimientos administrativos discriminatorios; (f) acceso previo a información privilegiada, ya que si bien la información debe hacerse pública, es posible anticipar discriminadamente su entrega lo que constituye una clara ventaja para navieras relacionadas y (g) establecimiento de exigencia adicionales a naves de terceros (remolcadores) [...]”.

modalidad en el transporte de carga por vía marítima, sea como empresas navieras, exportadores, importadores, consignatarios, embarcadores, fletadores, portadoras, transportistas multimodales, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier otro título o modalidad, (i) con más de un 15% del tonelaje de carga marítima movilizada en la región, o (ii) con más del 25% del tonelaje de carga marítima movilizado por medio del frente de atraque objeto de la concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas) participare a varios títulos, será considerado usuario relevante si supera los porcentajes referidos en razón de su participación a cualesquiera títulos de la misma naturaleza [...].

17. Respecto de la periodicidad con que deben efectuarse los cálculos indicados y la obligación de comunicarlos a EPA, el numeral séptimo dispone que:

"[...] Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán al 31 de marzo, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de esas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a la Empresa Portuaria dentro de los 30 días siguientes [...]".

18. Finalmente, para los efectos de determinar el cálculo de los porcentajes previamente mencionados, el Dictamen N° 1209 establece que la participación que las accionistas puedan tener en ATI tiene la misma relevancia que las que sus relacionadas puedan tener en ella:

"[...] Para los efectos de los porcentajes máximos referidos en los números precedentes, al porcentaje de propiedad, voto o utilidades que tengan directamente en la sociedad concesionaria sus accionistas, se agregará la participación total que posean en la propiedad, voto o utilidades de la concesionaria sus personas relacionadas [...]".

19. Por otro lado, para el completo entendimiento del numeral séptimo del Dictamen N° 1209, se debe tener presente lo establecido en el numeral 3.5 del apartado XIII del Dictamen N° 1045 en relación con la incorporación en los estatutos de ATI de la obligación de enajenar, dentro del plazo establecido, que nace para los accionistas en caso de configurarse un exceso de participación:

"[...] Los estatutos de las sociedades concesionarias incorporarán la regla de que si uno o un conjunto de accionistas de la sociedad concesionaria (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) supera los límites de participación referidos en el número 1) precedente (exceso de participación), tales accionistas deberán proceder a la enajenación dentro de 3 meses del exceso de participación de la manera que tales accionistas acuerden en los pactos que celebren [...]"

20. Ahora bien, no sólo los accionistas de ATI son obligados en caso de configurarse un exceso de participación, sino que tal obligación se extiende al Directorio de ATI –sin extinguir la de los accionistas–, en la forma y los plazos regulados:

"[...] otorgándose en todo caso poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a la enajenación del exceso de participación a prorrata de sus respectivas participaciones por medio de una bolsa de valores si transcurridos 45 días desde que se produjo el exceso de participación, éste no hubiere sido enajenado".

21. Es más, los estatutos de ATI así lo confirman, al contener en su artículo vigésimo tercero el poder irrevocable para enajenar el exceso de participación que establece el Dictamen N° 1045¹⁰:

"[...] los accionistas otorgan poder irrevocable al Directorio de la sociedad para que éste dé cumplimiento a las condiciones que

¹⁰ Los estatutos de ATI, de fecha 21 de enero de 2003, contienen esta cláusula en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 4.4. numeral 4 del apartado XIII del Dictamen N° 1045.

establece o establezca la Honorable Comisión Preventiva Central en lo que se refiere a los máximos de participación, especialmente las contenidas en el Dictamen mil doscientos nueve ya referido, así como también, en lo que fuere aplicable, en el Dictamen mil cuarenta y cinco ya citado”.

22. En definitiva, determinado que uno o más usuarios del Frente de Atrache N° 2 tienen el carácter de “relevante”, y superados los porcentajes de participación de los accionistas relacionados a ellos en la sociedad concesionaria, dichos accionistas deben enajenar, dentro de los 3 meses siguientes de ocurrido el exceso, su participación excesiva en la propiedad de la concesionaria; obligación que es extensible a la sociedad concesionaria en atención al poder irrevocable conferido a su Directorio para proceder a dicha enajenación en los plazos y formas indicados en los dictámenes.

C.- Los hechos que dan cuenta del incumplimiento imputado a las Requeridas

(i) Las Accionistas Requeridas Punta Rieles y SAAM han excedido los límites de integración vertical en ATI contenidos en los Dictámenes N° 1045 y N° 1209

23. Tal como se ha expuesto, SAAM y Punta Rieles son accionistas de la concesionaria ATI y ambas son empresas relacionadas en atención a su controlador común, el Grupo Luksic. A efectos de determinar si las Accionistas Requeridas han superado los límites de integración vertical, resulta necesario constatar si SAAM y Punta Rieles, a través de sus relacionadas CSAV y FCAB respectivamente, adquirieron el carácter de “usuarios relevantes” de acuerdo a la definición indicada en los Dictámenes N° 1045 y N° 1209.

24. En primer lugar, respecto del usuario relevante CSAV –relacionado a SAAM– esta Fiscalía, a través de la fiscalización llevada a cabo, corroboró que la naviera tuvo la calidad de “usuario relevante” para las fechas 31 de diciembre de 2012 y 31 de marzo de 2013. Lo anterior en atención a que las cargas movilizadas por CSAV fueron

superiores al 25% del total de carga movilizada en el Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Antofagasta para cada uno de esos periodos¹¹.

25. La siguiente tabla da cuenta de los porcentajes de carga reseñados en el párrafo precedente hasta diciembre de 2015:

Tabla N°1: Carga movilizada por CSAV a través de ATI en los periodos indicados.

Fecha de Fiscalización ¹²	CSAV (toneladas) ¹³	Total ATI (toneladas)	Carga movilizada por CSAV (en toneladas) en la concesión (%)
31-dic-12	807.261	2.550.826	31,65%
31-mar-13	655.268	2.495.536	26,26%
30-jun-13	567.264	2.512.521	22,58%
30-sep-13	608.221	2.855.281	21,30%
31-dic-13	563.303	2.861.611	19,68%
31-mar-14	580.374	2.822.631	19,85%
30-jun-14	571.178	2.774.889	20,58%
30-sep-14	549.322	2.660.635	20,65%
31-dic-14	450.078	2.434.591	18,49%
31-mar-15	453.724	2.432.151	18,66%
30-jun-15	400.524	2.292.405	17,47%
30-sep-15	374.677	2.130.619	17,59%
31-dic-15	394.671	2.272.177	17,37%

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por ATI.

26. En segundo lugar, también se determinó que FCAB –relacionada a Punta Rieles– tuvo, constantemente, la calidad de "usuario relevante" en el periodo de fiscalización comprendido entre diciembre de 2012 y mayo de 2016.

27. Sobre el particular, debe señalarse que la calidad de usuario de FCAB viene dada por el importante rol que tiene en la importación de insumos para la minería y exportación de minerales, a través de sus servicios "integrales" de transporte terrestre¹⁴ entre los yacimientos mineros y el Puerto de Antofagasta. En efecto, dentro

¹¹ En efecto, a partir de lo informado por ATI se determinó que entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre del año 2012, la naviera CSAV transportó un 31,65% del total de carga movilizada por el frente en el mismo periodo. Adicionalmente, entre el 1 de abril de 2012 y el 31 de marzo de 2013, la misma naviera transportó un 26,26% del total de carga movilizada en la concesión para el mismo intervalo temporal. De este modo, en las fechas de fiscalización 31 de diciembre del año 2012 y 31 de marzo de 2013, los porcentajes de carga movilizada fueron de 31,65% y 26,26%, respectivamente.

¹² Las fechas de fiscalización establecidas en el Dictamen N° 1209 corresponden a las siguientes: 31 de marzo, 30 junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre.

¹³ Las toneladas reportadas corresponden al promedio de carga transportada para los últimos 12 meses a la fecha de la Fiscalización. Es decir, la medición hecha el 31 de diciembre de 2012 es el promedio mensual transportado entre el 1 de enero de 2012 y la fecha anterior.

¹⁴ Cabe destacar que FCAB no sólo presta servicios de transporte terrestre a través de su ferrocarril, sino que también a través de camiones que son operados por su relacionada FCAB TRAIN Transportes

de los servicios que FCAB presta a diversos clientes se encuentran aquellos denominados "puerta a puerta"¹⁵, en virtud de los cuales la compañía ferroviaria se encarga de toda la cadena logística de transporte terrestre, incluyendo los servicios de embarque y/o desembarque a nave, según corresponda¹⁶.

28. Por lo demás, la calidad de FCAB como usuario del Puerto de Antofagasta ha sido reconocida por la misma EPA al momento de efectuar la presentación que dio inicio al procedimiento no contencioso que decantó en la dictación del Dictamen N° 1209 -al reconocer que un transportista efectivo podría participar en el transporte marítimo¹⁷-, así como también lo ha sido por el H. Tribunal en su Informe N° 11 de fecha 20 de marzo de 2014¹⁸.

Integrados. Sobre el particular: <http://www.fcab.cl/empresas/train/> [Fecha de la consulta: 15 de septiembre de 2016].

¹⁵ A modo meramente ejemplar, puede señalarse que existe un contrato entre FCAB y una minera en virtud del cual el ferrocarril se obligó a prestar servicios de transporte de cátodos de cobre que dicha minera "despacha desde los recintos de su propiedad [...] hasta los Puertos de Antofagasta y/o Mejillones, incluyendo su almacenamiento, preparación para estiba a barcos y embarque a través de dichos puertos [...]"; regulándose minuciosamente, en un anexo del referido contrato, todo el procedimiento en virtud del cual FCAB –definido en dicho instrumento como porteador– debe proceder a preparar los embarques, despachar a puerto el mineral a exportar y cargar la nave respectiva. En idéntico sentido, en declaración prestada ante Fiscalía Nacional Económica, un ejecutivo de otra minera que ha contratado los servicios de FCAB señaló "DECLARANTE: El contrato nuestro de ferrocarril considera un patio de acopio, como te comenté, y un embarque por Antofagasta, y en esa tarifa hay un valor integral que cubre el embarque. O sea, ahí no tenemos la relación directa con puerto, sino que la cubre el contrato de ferrocarril [...]". A modo de prevención, todos los énfasis realizados en esta cita y los siguientes han sido efectuados por esta parte.

¹⁶ De acuerdo al sitio web de FCAB, ésta "[...] busca ser un aporte efectivo en la creación de valor para sus clientes, por medio de una interesante variedad de servicios de carga, que incluyen transporte, almacenamiento, transferencia y embarque o desembarque a nave. En los procesos de exportación e importación, FCAB realiza los trámites y manejo de documentación ante las autoridades correspondientes. Sobre esta base, los clientes del grupo disponen de una oferta integral, segura, confiable y eficiente, que resuelve toda la logística de producción e insumos, bajo una modalidad puerta-puerta o entre sus instalaciones y los puertos [...]". [Fecha de la consulta: 15 de septiembre de 2016].

¹⁷ Refiriéndose a la fundamentación de las reglas de limitación a la integración vertical propuestas en su presentación de fecha 22 de abril de 2002, en la causa no contenciosa Rol N° 202-2002, la EPA sostuvo "[...] ruego tener presente, en consecuencia, que las limitaciones propuestas –restricciones a la integración vertical– persiguen proteger precisamente los intereses de empresas participantes en el transporte marítimo (sea como navieras, exportadoras, importadoras, embarcadores, consignatarios o transportistas efectivos) porque evitan que el terminal licitado sea tributario de sólo algunos usuarios en perjuicio o desventaja de los otros".

¹⁸ Sobre este punto, el H. Tribunal estimó que "en cuanto a la solicitud de la FNE de incorporar expresamente dentro del concepto de usuario relevante a las empresas de transporte de carga terrestre, en especial, los ferrocarriles, este Tribunal lo estima innecesario atendida la definición amplia de usuario relevante, la que incluye a dichas empresas al mencionar dentro de aquellos a los fletadores, porteadores y los operadores de transporte multimodal". La solicitud a que hace referencia el párrafo recién transcrito, de fecha 4 de noviembre de 2011, fue del siguiente tenor: "En base a lo discutido, esta Fiscalía estima necesario, tal y como lo hiciera presente en otras ocasiones, que en la evaluación que hará S.S. respecto de la solicitud de la Consultante para modificar las reglas de restricción vertical, se pondere lo establecido en el Dictamen N° 1.045 en lo que respecta a la determinación de los usuarios relevantes, pero interpretando dicha determinación en el sentido de incorporar la cadena logística en

29. La siguiente tabla da cuenta de los porcentajes de carga reseñados en los párrafos precedentes:

Tabla N°2: Carga movilizada por FCAB a través de ATI en los periodos indicados.

Fecha de Fiscalización	FCAB (toneladas)	Total ATI (toneladas)	Carga movillada por FCAB (en toneladas) en la concesión (%)
31-dic-12	980.854	2.550.826	38,45%
31-mar-13	929.406	2.495.536	37,24%
30-jun-13	915.977	2.512.521	36,46%
30-sep-13	1.020.202	2.855.281	35,73%
31-dic-13	982.451	2.861.611	34,33%
31-mar-14	989.648	2.822.631	35,06%
30-jun-14	936.850	2.774.889	33,76%
30-sep-14	868.783	2.660.635	32,65%
31-dic-14	753.843	2.434.591	30,96%
31-mar-15	708.303	2.432.151	29,12%
30-jun-15	684.930	2.292.405	29,88%
30-sep-15	661.905	2.130.619	31,07%
31-dic-15	746.051	2.272.177	32,83%
31-mar-16	889.350	2.384.797	37,29%

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por ATI y FCAB¹⁹.

30. Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, de acuerdo a lo señalado en los Dictámenes N° 1209 y N° 1045, las accionistas SAAM y Punta Rieles –relacionadas a los usuarios CSAV y FCAB respectivamente– adquirieron la calidad de usuarios relevantes para los periodos en que sus relacionadas sobrepasaron los límites de transporte de carga movilizada en el Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Antofagasta, esto es, en el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2012 y 31 de mayo de 2016.

31. Ahora bien, dando cumplimiento a lo indicado en el Dictamen N° 1209, y para efectos de fiscalizar debidamente el cumplimiento de los límites a la integración vertical es necesario sumar las participaciones accionarias de SAAM y Punta Rieles en ATI, de tal forma de establecer el cumplimiento o no de los umbrales definidos.

relevantes, pero interpretando dicha determinación en el sentido de incorporar la cadena logística en toda su amplitud. Estimamos que la regla del Dictamen N° 1045 incorpora, en términos generales dicha amplitud, pero insistimos en la necesidad que se pueda expresar claramente que la regla sí incorpora otros eslabones, quizá no mencionados expresamente en la redacción de la regla referida, como sería el transporte terrestre para el caso de ferrocarriles".

¹⁹ Para la confección de esta tabla, se consideraron dos fuentes: (i) Información proporcionada por ATI, en respuesta de antecedentes solicitados durante la investigación, e (ii) Información obtenida a partir del Sistema de Empresas Públicas ("SEP Chile"). En este último caso, SEP Chile publica periódicamente una base de datos relativa a la carga movilizada a través de puertos y sus concesiones, disponiendo de información más actualizada que la proporcionada por ATI.

32. De este modo, SAAM y Punta Rieles –al ser controladas por el mismo grupo empresarial– son propietarias del 65% de las acciones de ATI, habiendo excedido de esta forma el límite a la integración vertical del 40% del capital de la concesionaria, dispuesto en los dictámenes que las regulan.

(ii) Las Requeridas han incumplido su obligación de proceder a enajenar el exceso de participación accionaria de SAAM y Punta Rieles en ATI

33. Conforme a lo expuesto en el párrafo 22 precedente, verificado el exceso de participación accionaria en la sociedad concesionaria, SAAM y Punta Rieles tuvieron la obligación de proceder a la enajenación de ese exceso (25%) dentro del plazo de 3 meses contado desde la fecha en que se produjo el exceso de participación. Adicionalmente, ATI también se encontraba obligada a enajenar el exceso de participación accionaria antes referido, en la forma y a contar de los plazos señalados en el Dictamen N° 1045.

34. En los hechos, la obligación de las Accionistas Requeridas de proceder a la enajenación del exceso de participación se configuró a partir del mes de marzo de 2013. Lo anterior se debe a que tanto CSAV y FCAB –relacionadas a SAAM y Punta Rieles respectivamente– superaron en esa fecha el 25% de tonelaje de carga marítima movilizada por medio del Frente de Atraque N° 2²⁰.

35. Así entonces, es a partir de esta fecha que se debe computar el plazo de 3 meses regulado en el numeral 3.5 del apartado XIII del Dictamen N° 1045 para que las Accionistas Requeridas hubiesen procedido a la enajenación de su exceso de participación en ATI.

36. Pues bien, consta de la investigación de esta Fiscalía que SAAM y Punta Rieles no enajenaron dicha participación dentro del plazo de 3 meses contado desde el mes de marzo de 2013. De ese modo, al mantener su 65% de participación accionaria en

²⁰ Sobre el particular, debe tenerse presente que también a diciembre de 2012 las Accionistas Requeridas superaron los límites de participación en ATI. Sin embargo, solo desde el 15 de febrero de 2012, fecha en que el Grupo Luksic completó su operación de toma de control de CSAV, es posible que este Grupo haya podido controlar la carga de sus relacionadas. Por consiguiente, no es posible imputarle el exceso de carga de CSAV configurado desde enero a diciembre de 2012, si no sólo el ocurrido en el período comprendido entre abril de 2012 y marzo de 2013.

ATI, desde el día 1 de julio de 2013 hasta el día de hoy han infringido de forma permanente la restricción y obligaciones impuestas por la CPC.

37. A su vez, tal como lo señala el punto 3.5 del numeral XIII del Dictamen N° 1045, existe la obligación de ATI, en su calidad de concesionaria del Puerto de Antofagasta, de proceder a la enajenación del exceso de participación. Para dicho efecto, se incorpora en sus estatutos el poder irrevocable a su Directorio para proceder a la enajenación del exceso de participación una vez transcurrido el plazo de 45 días desde la configuración del mismo, en los términos que contemplan los dictámenes mencionados en esta presentación.

38. Sin embargo ATI, al igual que las Accionistas Requeridas, no ha dado cumplimiento a la obligación impuesta por el Dictamen citado al inicio del párrafo precedente.

39. Por lo expuesto, las Requeridas han infringido los Dictámenes N° 1045 y N° 1209, al no haber enajenado el exceso de las participaciones en la forma y plazos regulados.

II.- EL MERCADO AFECTADO

40. Conforme a lo ya señalado por el H. Tribunal en el Informe N° 11/2014, y en forma consistente con lo señalado por este Servicio al aportar antecedentes en la causa no contenciosa Rol N° NC-433-16, esta Fiscalía es de la opinión que el mercado relevante afectado es el de *"la provisión de servicios portuarios básicos ofrecidos en los frentes de atraque de puertos de uso público de la Región de Antofagasta, que atiendan naves de tipo panamax y con posibilidad de expandirse a postpanamax, para cada uno de los tipos de carga, esto es, carga fraccionada, en contenedores y a granel"*.

III.- EL DERECHO

41. La conducta imputada a las Requeridas constituye una infracción al artículo 3° inciso primero del DL 211, al haberse incumplido hasta la fecha, la obligación de proceder a la enajenación del exceso de participación en ATI de las accionistas SAAM y Punta de Rieles, impuesta por los Dictámenes N° 1209 y N° 1045.

42. Como se ha relatado anteriormente, a través del Dictamen N° 1209 la CPC reguló las condiciones bajo las cuales debía procederse a la licitación del Frente de Atraque N° 2, con la finalidad de prevenir y/o mitigar la ocurrencia de situaciones que pudieran constituir una amenaza o bien, derechamente, una vulneración de nuestro sistema de protección de la libre competencia²¹.

43. Es la prevención y/o mitigación de riesgos anticompetitivos la condición *sine qua non* que subyace a la regulación contenida en el Dictamen N° 1209, de modo que, de haberse estimado por la CPC que la licitación del Frente de Atraque N° 2 no implicaría riesgo anticompetitivo alguno, habría permitido su ejecución en forma pura y simple.

44. Así entonces, la infracción de las condiciones impuestas por la CPC -antecesora legal del H. Tribunal- es apta para impedir, restringir y/o afectar la competencia desde el momento en que, como se ha dicho, ellas buscaban prevenir y/o reducir los riesgos de ocurrencia de una circunstancia atentatoria en contra de la libre competencia en el mercado de provisión de servicios portuarios en la Región de Antofagasta.

45. En definitiva, el incumplimiento que se imputa a las Requeridas importa una vulneración al artículo 3° del DL 211²², como lo ha sostenido con claridad el H. Tribunal al señalar *"[...] la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de las medidas, condiciones o términos fijados en tales resoluciones para la ejecución o celebración del hecho, acto o contrato respectivo, es la responsabilidad por infracción a las normas de protección de la libre competencia [...]"*²³.

²¹ La relevancia de la facultad conferida a la pretérita CPC y al actual H. Tribunal de fijar y/o definir las condiciones bajo las cuales debería llevarse a efecto una licitación portuaria, con la finalidad de garantizar el debido resguardo de la libre competencia en dicha actividad, ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema y por el Congreso Nacional, a través de la discusión parlamentaria de la Ley N° 19.542. En efecto, en la causa Rol N° 514-1999 la Excelentísima Corte Suprema indicó que los dictámenes y actuales informes son necesarios por cuanto vienen a establecer *"resguardos competitivos en esta situación de competencia imperfecta [...]"*, siendo ésta la razón por la cual *"[...] la ley exigió un informe de la Comisión Preventiva Central, para que la licitación se efectúe en los términos que tal organismo señale [...]"*. Por su parte, en el debate parlamentario de la Ley N° 19.542 se sostuvo que *"[...] Se establece, como norma general, el procedimiento de consulta ante la Comisión Preventiva Central para licitaciones de frentes de atraque que operen en situaciones donde no hay competencia, lo cual ha sido motivo de preocupación de muchos legisladores en este proyecto de ley. Dicha Comisión deberá disponer las condiciones y términos de la concesión, a fin de impedir que se generen situaciones que puedan constituir monopolios o desgarantizar los derechos económicos de los usuarios [...]"*. Historia de la Ley N° 19.542 que Moderniza el sector Portuario Estatal, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 1365. <http://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/lista-de-resultado-de%20busqueda/19542/> [Fecha de la consulta: 15 de septiembre de 2016].

²² Resolución N° 22 del H. Tribunal, de fecha 19 de octubre de 2007.

²³ Sentencia N° 86 del H. Tribunal, de fecha 20 de julio de 2009, considerando cuarto.

IV.- LA SANCIÓN SOLICITADA

46. Como latamente se ha expuesto, las Requeridas han infringido las obligaciones contenidas en los Dictámenes N° 1045 y N° 1209 al no enajenar en tiempo y forma el exceso de participación que las Accionistas Requeridas aún detentan en ATI, lo que importa un acto reprochable que vulnera el artículo tercero del DL 211, y, en consecuencia, hace necesaria la aplicación de las sanciones que se solicitan en el petitorio de este Requerimiento en contra de las empresas infractoras.

47. En este orden de ideas, el H. Tribunal en la Sentencia N° 147 del año 2015 consideró que para el cálculo de la multa se *"debe considerar la gravedad intrínseca de la sanción cometida, su duración y las circunstancias agravantes o atenuantes que concurran en el caso concreto, respetando así el principio de proporcionalidad"*; y que *"en lo que respecta al incumplimiento de medidas impuestas por resoluciones judiciales, este Tribunal estima que se trata de un acto reprochable, independientemente de la gravedad que se atribuya a las circunstancias que configuran la infracción en particular. Por consiguiente, en estos casos la multa ha de tener un significativo efecto disuasorio, incluso en el evento que el incumplimiento no haya producido beneficios económicos al infractor"*²⁴.

48. Dicho lo anterior, en primer término, la infracción cometida viene dada por el hecho de constituir, además de un ilícito anticompetitivo en sí mismo, un incumplimiento grave de las obligaciones que emanan del Contrato de Concesión, de acuerdo al punto 3.7 del Dictamen N° 1045, que dispone: *"[...] se entenderá por ese sólo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario y la Empresa Portuaria respectiva tendrá derecho a poner término a la concesión [...]"*.

²⁴ Considerandos Centésimo Trigésimo Séptimo y Centésimo Trigésimo Noveno, Rol N° C-279-2014, respectivamente. En el mismo sentido, la Excelentísima Corte Suprema conociendo de los recursos de reclamación deducidos en la misma causa sostuvo: *"En este orden de ideas, se coincide con el criterio formulado por la sentencia en alzada en orden a que, entre las sanciones contempladas en el artículo 26 del Decreto Ley N°211, la multa resulta la más adecuada frente al escenario actual, esto es, encontrándose ya transcurrido el plazo de vigencia de las condiciones y enajenados los activos cuya mantención por parte de SMU era lo que constituía amenaza a la libre competencia y en miras a lo cual se impusieron las condiciones cuyo incumplimiento se denuncia"*. Considerando trigésimo tercero, Rol N° 821-2016.

49. Adicionando a lo recién señalado, es menester comentar que fueron sucesivos los periodos en los que se cumplieron los presupuestos que dan origen a la obligación consagrada en el punto 3.5 del Dictamen N° 1045 de enajenar la participación excesiva en ATI de SAAM y Punta Rieles, por el exceso de carga movilizada por parte de CSAV como por parte de FCAB, respectivamente; los que inexplicablemente se han extendido hasta la fecha del presente Requerimiento, al mantener las accionistas requeridas los porcentajes de participación en la concesionaria en 30% y 35%, respectivamente, excediendo en su conjunto el límite de 40%.

50. En mérito de lo anterior, es que resulta procedente que el H. Tribunal aplique a ATI una multa de 500 Unidades Tributarias Anuales (en adelante "UTA"). Asimismo, procede que el H. Tribunal imponga a Punta Rieles una multa de 1.000 UTA y a SAAM una multa de 1.000 UTA.

51. Por último, se solicitará al H. TDLC que ordene a las Requeridas cesar inmediatamente la conducta infraccional, y prohibir a las Requeridas volver a ejecutarla en el futuro, ya sea directa o indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas, en los términos que resuelva el H. Tribunal, bajo apercibimiento de ser consideradas como reincidentes.

POR TANTO, de conformidad con los antecedentes y argumentos expuestos, y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18, 19 y siguientes, y 39 del Decreto Ley N° 211, los Dictámenes N° 1045 y N° 1209, ambos de la H. Comisión Preventiva Central, y demás normas aplicables.

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por deducido Requerimiento en contra de Antofagasta Terminal Internacional S.A., Inversiones Punta de Rieles Limitada y SAAM Puertos S.A., ya individualizadas, acogerlo a tramitación y, en definitiva:

1.- Declarar que las Requeridas han infringido el artículo 3° inciso primero del DL 211 al haber incumplido la obligación de proceder a la enajenación del exceso de participación accionaria de Punta Rieles y SAAM en la concesionaria ATI, contenida en el párrafo 3.5.- N° 3 del apartado XIII del Dictamen N° 1045 y en los numerales 6 y 7 del Dictamen N° 1209, ambos pronunciados por la CPC;

2.- Ordenar el cese inmediato de la conducta infraccional, y prohibir a las Requeridas volver a ejecutarla en el futuro, ya sea directa o indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas, en los términos que resuelva el H. Tribunal, bajo apercibimiento de ser consideradas como reincidentes;

3.- Imponer a las Requeridas las multas que a continuación se indican:

(i) Multa de 500 UTA a Antofagasta Terminal Internacional S.A.;

(ii) Multa de 1.000 UTA a Inversiones Punta de Rieles Limitada, y;

(iii) Multa de 1.000 UTA a SAAM Puertos S.A.

4.- Condenar a las Requeridas al pago de las costas.

PRIMER OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 7/2006 del H. Tribunal, por este acto se acompaña versión electrónica del Requerimiento de autos.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal, tener presente que señalo a (i) don German Camino Alzerrera, receptor judicial, con domicilio en calle Compañía N° 1390, oficina 302, comuna de Santiago Centro, Región Metropolitana; (ii) doña Marianela Ponce Hermosilla, con domicilio en pasaje Rosa Rodríguez N° 1375, oficina N° 313, comuna de Santiago Centro, Región Metropolitana; (iii) doña María Esther De Larraechea Danker, receptora judicial, con domicilio en calle Jorge Washington N° 2562, oficina N° 214, comuna y ciudad de Antofagasta, II Región de Antofagasta; y a (iv) doña Claudia Salazar Harding, receptora judicial domiciliado en Calle Baquedano N° 239, oficina N° 701, comuna y ciudad de Antofagasta, II Región de Antofagasta, para los efectos de practicar la notificación del presente Requerimiento y realizar todas aquellas diligencias en las que, durante la substanciación del proceso, sea necesaria la intervención de un ministro de fe público. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de esta parte para revocar estas designaciones en cualquier momento.

TERCER OTROSÍ: Sírvase H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica figura en el Decreto Supremo N° 149, de fecha 26 de mayo de 2014, donde consta la renovación de mi nombramiento en el cargo de Fiscal Nacional Económico, establecida en el Decreto Supremo N° 211 de fecha 3 de agosto de 2010, copia autorizada del cual se encuentra bajo custodia en Secretaría del H. Tribunal.

Asimismo, solicito al H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, con domicilio ya individualizado. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto vengo en conferir poder a los abogados doña Vanessa Facuse Andreucci, don Víctor Santelices Ríos, doña Catalina Villalobos Hinojosa y don Juan José García Varas, todos de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman junto a mí en señal de aceptación.