

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 75/2008.

Santiago, 30 de septiembre de dos mil ocho.

VISTOS:

1. Demanda de ATREX y las empresas *courier*

1.1. Con fecha 26 de octubre del año 2006, Asociación Gremial de Transporte Expreso Internacional (en adelante "ATREX"), conjuntamente con las empresas TNT Express, Air Facility Courier, ATC Chile, Blitzzen Kurier, Columbia Courier, DHL Express, EXPRESSIT, Fastpack Chile, Federal Express, Hot Express, OCS Santiago, Security Express Service, TLC Courier, UPS Chile y World Courier (en adelante las empresas *courier* o simplemente *courier*) interpusieron una demanda en contra de SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. Sociedad Concesionaria (en adelante "SCL") del Aeropuerto Internacional de Santiago Arturo Merino Benítez (en adelante "el Aeropuerto" o "Aeropuerto AMB") por conductas que consideran contrarias a la competencia, consistentes en fijar precios abusivos y discriminatorios, abusando de su posición monopólica como operador del Aeropuerto y de las barreras de entrada que lo protegen, incumpliendo las restricciones tarifarias que se establecieron en las Bases de Licitación, y negándose injustificadamente a permitir la ampliación de la infraestructura necesaria para la operación de las empresas *courier*;

1.2. Señalan las demandantes que ATREX es una asociación gremial que agrupa a 19 de las 20 empresas *courier* que funcionan en el Aeropuerto AMB, operando en el edificio denominado "Complejo Aduanero Courier" desde al año 1997, construido a partir de una remodelación de instalaciones existentes que fue financiada por la antecesora de ATREX y por las empresas asociadas;

1.3. En el proceso de privatización de la operación del Aeropuerto AMB, que fue adjudicada al consorcio SCL en base a la oferta de menores tarifas y mejor plan de inversiones, las Bases de Licitación y el Contrato de Concesión (celebrado en 1999) establecieron las características y restricciones de las tarifas que SCL puede cobrar a los subconcesionarios. Así, a fines de ese año ATREX suscribió con SCL el contrato de subconcesión del Complejo Aduanero Courier, con autorización expresa de ésta para que la Asociación subarrendara y distribuyera los espacios dentro del complejo entre las empresas asociadas autorizadas por SCL para funcionar en dicho recinto;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.4. Relata que, al término del plazo estipulado en dicho contrato, desde el año 2001, SCL exigió nuevas condiciones más onerosas en términos de precios y espacios a subconceder, bajo amenazas de lanzamiento (coetáneamente se desarrollaba un juicio civil por término del contrato). En ese contexto, en julio 2002, ATREX y cada una de las empresas *courier* debieron suscribir nuevos contratos con SCL, en los que sustituye el cobro por metro cuadrado (usado hasta esa fecha) por uno consistente en un porcentaje de las ventas de las empresas;

1.5. Sin embargo y dado que estas empresas no realizan ventas dentro del Aeropuerto, señalan las demandantes que SCL estableció una tarifa por kilo transportado que, a juicio de la concesionaria, sería equivalente a aquella basada en función de las ventas;

1.6. Las demandantes consideran que esta modalidad de cobro, aplicada desde el año 2002, no está considerada en las Bases de Licitación y es abusiva, y que tuvo como efecto incrementar los ingresos de SCL por estas subconcesiones en aproximadamente 350%, sin que existiera alguna mejora en la disponibilidad de espacios para la operación de las empresas *courier*. Además, este mecanismo tarifario es discriminatorio tanto entre las mismas empresas *courier* como respecto de éstas y Correos de Chile, que ocupa dependencias dentro del mismo Terminal, fijando precios y condiciones distintas para cada empresa respecto de cada metro cuadrado de infraestructura equivalente;

1.7. Considera que la estimación de ventas según kilos transportados, de acuerdo a la tabla de precios establecida por SCL, le permite eludir la restricción de 20% sobre ventas que se estipuló en el contrato de concesión, y que fue parte de la oferta económica de dicho consorcio que se consideró en la adjudicación de la concesión;

1.8. Luego, al vencimiento del plazo establecido en los contratos vigentes, SCL ha exigido nuevamente alzas de precios para su renovación, y continúa negándose injustificadamente a incrementar la superficie disponible ni mejorar la infraestructura;

1.9. Señalan que, considerando el riesgo de tener que abandonar el Aeropuerto por la terminación de los contratos y la presión para su renovación, este abuso forzaría a las empresas más grandes a aceptar las condiciones exigidas por SCL, mientras que las medianas y pequeñas deberán salir del mercado al no poder pagar las nuevas tarifas;

1.10. En ese sentido, afirman que SCL ha amenazado con interpretar las Bases de Licitación de modo tal que la tarifa de subconcesión sea calculada sobre la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

base de todas las ventas realizadas bajo el mismo RUT de la subconcesionaria. Así llegaría a cobrar hasta el 20% del total de las ventas netas de cada empresa *courier*, situación claramente inconcebible, pues el negocio de éstas se extiende a muchos servicios en los que no se utiliza la infraestructura del Aeropuerto;

1.11. Consideran, por otra parte, que las tarifas máximas por tipo de construcción, fijadas en las Bases, se relacionan al costo estimado considerando una adecuada utilidad para el concesionario del Aeropuerto, según su esfuerzo económico para desarrollar la infraestructura, por lo que cualquier cobro excesivo corresponde a un abuso de su posición monopólica como operador de esta obra pública;

1.12. Señala que las Bases nunca contemplaron la posibilidad de un servicio que requiriera acceso a plataforma pero que no realizara ventas en el Aeropuerto, y que por ello resulta tan injustificada la aplicación de una tarifa basada en las ventas del subconcesionario. Además, considera que esta tarifa no tiene relación con los servicios o el sacrificio económico en que debe incurrir SCL por los terrenos e infraestructura usada por las empresas *courier* y que es, por tanto, completamente abusiva;

1.13. Por otra parte, el espacio con que cuentan sus asociadas es una limitante para desarrollar el negocio, por saturación de la infraestructura existente, debiendo en la actualidad incluso rechazar operaciones en periodos de alta demanda, a pesar de haber solicitado a SCL nuevos terrenos desde el año 2000, y que la concesionaria tiene la obligación, bajo la regulación establecida en las Bases de Licitación, de proveer los terrenos disponibles a quienes se los solicite. Afirma que desde el año 2000 SCL ha retardado el proceso para asignar algún terreno disponible, dilatando los estudios y exigiendo requisitos y condiciones injustificadas;

1.14. Estima que debe considerarse también que SCL ha establecido una tarifa para usuarios en tránsito (con instalaciones fuera del Aeropuerto y que requieren acceso a la plataforma) de UF 1.000 mensual, de manera que se hace completamente inviable operar sin contar con instalaciones ubicadas dentro del Aeropuerto, respecto de las cuales SCL ha impuesto condiciones cada vez más onerosas;

1.15. Afirman que SCL pretende imponer exigencias de construcción excesivas e impracticables al calificar la actividad de *couriers* como “Servicios de Terminal de Carga”, que dentro de las clasificaciones establecidas en las Bases de Licitación deben sujetarse a características más exigentes y dimensiones mayores de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

construcción, aún cuando en los contratos existentes no aplica la regulación a que se someten esos servicios. De esta manera, ha podido impedir la efectiva expansión de las instalaciones necesarias para la operación de las empresas *courier*, y a la vez cobrar las tarifas abusivas ya descritas;

1.16. Consideran las demandantes que SCL ha aprovechado, abusivamente, la falta de claridad en las definiciones de servicios y tarifas contenidas en las Bases de Licitación y sus subsecuentes modificaciones. Aplicándolas discrecionalmente en su beneficio y en perjuicio de las empresas *courier*;

1.17. Igualmente, sostienen que la falta de claridad para determinar un componente de las tarifas (“ventas brutas deducidas de IVA”) es la que ha facilitado las conductas abusivas de SCL al fijar estas tarifas. En particular, dado que las Bases no precisan si se refiere sólo a ventas dentro del Aeropuerto, a las relacionadas a despachos hacia y/o desde el extranjero que pasan por el Aeropuerto, al total de ventas de la empresa por servicios de *courier* o, en el extremo, a todas sus ventas en todos sus rubros, es muy efectiva la amenaza de SCL de aplicar estas últimas interpretaciones como herramienta de negociación en contra de las empresas de *courier*;

1.18. Estima que estas prácticas no han sido impedidas por el Ministerio de Obras Públicas, encargado precisamente de fiscalizar el adecuado cumplimiento de las Bases de Licitación del Aeropuerto, afectándose el resguardo de la libre competencia que esas mismas Bases consideran como un principio ordenador;

1.19. En ese sentido, las Bases de Licitación establecen sanciones (hasta la caducidad de la concesión) por discriminaciones o conductas que afecten el acceso igualitario a las instalaciones o servicios del Aeropuerto, así como por cualquier arbitrio que tenga por efecto o finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia, previo pronunciamiento de la autoridad de competencia;

1.20. Considera que existe cierto conflicto de intereses en el organismo fiscalizador que debe controlar las acciones monopólicas, pues se desea tener una obra pública moderna y eficiente, para lo que se requiere un adecuado financiamiento del concesionario. Ello explicaría que se haya privilegiado el desarrollo de infraestructura por sobre el interés de los usuarios, y no se hayan corregido los abusos cometidos por SCL;

1.21. En cuanto a los mercados afectados por las conductas descritas, señala que SCL es un operador que cuenta con un monopolio legal, regulado por las Bases de Licitación, el Decreto de Adjudicación y los Convenios Complementarios N° 1 y 2, que modificaron éstos. Uno de los objetivos de estas regulaciones es,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

precisamente, impedir conductas abusivas pero la falta de claridad en algunas de sus disposiciones ha permitido a SCL explotar su poder respecto de los subconcesionarios;

1.22. Explican que, con el objetivo de remunerar la inversión en infraestructura, dicho modelo le garantiza su exclusividad respecto de los servicios prestados dentro del Aeropuerto, y se establecieron barreras de entrada que le aseguran la capacidad de imponer los precios máximos fijados en la Bases y en sus modificaciones posteriores por Convenios Complementarios;

1.23. Por otro lado, la operación de carga en el Aeropuerto es sólo una parte de la cadena de operación de las empresas *courier*, pero constituye un elemento esencial e insustituible, lo que genera una alta inelasticidad en la demanda;

1.24. Circunscriben el ámbito geográfico relevante a los terrenos e instalaciones que forman parte de la concesión del Aeropuerto y tienen acceso a la plataforma aeronáutica, mientras que considera como mercado relevante de producto a terrenos e instalaciones con acceso a plataforma susceptibles de arriendo o subconcesión;

1.25. Considera además que no hay sustitutos relevantes por el lado de la oferta, dado que la altísima tarifa establecida para los usuarios en tránsito excluye la posibilidad de considerar como relevantes los terrenos ubicados fuera del Aeropuerto, aún cuando los precios por arriendo de superficies en zonas cercanas es aproximadamente 70% menores que dentro del Aeropuerto. En ese sentido, resulta crucial la barrera de entrada legal que constituye la concesión exclusiva a SCL de la operación y explotación del Aeropuerto AMB;

1.26. Considera también que los precios abusivos no generan incentivos de eficiencia, ya que respecto de empresas *courier* que usan la misma superficie equivalente en el Aeropuerto, aquella que mueva más carga paga proporcionalmente más que otra menos eficiente. En ese sentido, la discriminación de precios permitiría a SCL extraer las rentas de las subconcesionarias;

1.27. Por otra parte, esta estructura de tarifas tampoco generan incentivos a SCL para aumentar el espacio utilizado. Si bien la única justificación aceptada por las Bases para no entregar nuevos terrenos es que no exista disponibilidad, SCL ha podido dilatar indefinidamente en el tiempo la ampliación de la infraestructura solicitada por las empresas *courier*, abusando de su posición dominante y monopólica respecto de los terrenos ubicados dentro del Aeropuerto;

1.28. En síntesis, imputa a SCL haber abusado de dicho poder de mercado, incrementando en 350% el precio en los contratos de subconcesión, en base a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

parámetros no considerados en la regulación de tarifas establecida en las Bases, haber restringido la ampliación de la infraestructura requerida por las empresas *courier*, aún cuando existen terrenos disponibles, infringir la regulación específica que la sujeta a tarifas máximas y a criterios de competencia considerados en la Ley de Concesiones, que justamente tienen por objeto evitar los abusos de los monopolios que se generan al entregar concesiones a un solo operador;

1.29. En mérito de lo descrito, solicita la demandante:

1.- Declarar que las Bases de Licitación Aeropuerto AMB de Santiago, de julio de 1997 que el Decreto Supremo N° 1168 del MOP de 5 de diciembre de 1997 hace suyas, y las modificaciones posteriores a dichas bases por Circulares Aclaratorias 1 a 14, y el Convenio Complementario N° 2 de modificación del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal denominada Aeropuerto Internacional AMB de Santiago que modifica a los anteriores, son contrarios a la libre competencia en aquella parte que establecen una fórmula de precios de los contratos de subconcesión de terrenos e instalaciones basado en un porcentaje de las ventas de los subconcesionarios;

2.- Declarar que las Bases de Licitación de Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, de julio de 1997 que el Decreto Supremo N° 1168 del MOP de 5 de diciembre de 1997 hace suyas, y las modificaciones posteriores a dichas bases por Circulares Aclaratorias 1 a 14, y el Convenio Complementario N° 2 de modificación del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal denominada Aeropuerto Internacional AMB de Santiago que modifica a los anteriores es además discriminatoria en la medida que deja a las empresas compitiendo en desigualdad y pagando mayores precios por el mismo insumo;

3.- Modificar las Bases de Licitación vigentes y el Convenio Complementario N° 2 ya referidos, en aquella parte que establecen una fórmula de precios de los contratos de subconcesión de terrenos e instalaciones basado en un porcentaje de las ventas de los subconcesionarios, dejarlos sin efecto, y declarar que el precio vigente es aquel que se calcula según el uso de metros cuadrados que los subconcesionarios utilicen, según se establece en las Bases de Licitación originales, el Decreto Supremo que adjudica el contrato y en el Convenio Complementario N° 2, todos ya individualizados;

4.- Modificar las Bases de Licitación vigentes, Decreto Supremo que adjudica el contrato y el Convenio Complementario N° 2 ya referidos, en aquella parte que establecen una barrera de entrada de 500 UF para las empresas *courier*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que decidan instalar sus operaciones fuera de los terrenos concesionados en el Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago y que requieran tener acceso de plataforma, como también respecto de la barrera de entrada de 1.000 UF para las empresas de servicios del Terminal de Carga que adopten la misma decisión, y dejarla sin efecto por ser contraria a la libre competencia;

5.- Declarar que SCL ha infringido la libre competencia al abusar de su posición dominante al cobrar precios por los contratos de subconcesión que no estaban establecidos en las Bases de Licitación, Decreto Supremo adjudicatorio ni en el Convenio Complementario N° 2, antes individualizados, al imponer a las empresas *courier* un precio abusivo e injusto basado en un cálculo por kilo transportado por cada una de ellas;

6.- Declarar que SCL ha infringido la libre competencia al abusar de su posición dominante respecto de la oferta de terrenos del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago que ha hecho a las suscritas, al negarse a entregarlos por falta de acuerdo en el precio abusivo e injusto que intentó imponer, los que no estaban contemplados en las Bases de Licitación, ni en el Decreto Supremo de Adjudicación de la obra pública Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, ni en el Convenio Complementario N°2, ya referidos;

7.- Declarar que SCL debe asignar nuevos terrenos a las empresas *courier* que suscriben esta demanda y a ATREX para que éstas construyan un edificio que permita su adecuada operación, y la de futuros actores en el mercado, terreno que deberá tener una extensión de al menos 8.000 metros cuadrados;

8.- Declarar el precio que según las Bases de Licitación y el Decreto Supremo Adjudicatorio, y el Convenio Complementario, antes individualizados, debieron las demandantes pagar a SCL, desde el 28 de octubre del 2004 a la fecha;

9.- Declarar que el servicio de *courier* que prestan las demandantes, en la parte en que se desarrolla en el Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago, se trata de un servicio aeronáutico obligatorio que requiere necesariamente de acceso a plataforma para cargar y descargar los envíos en las aeronaves, y declarar que SCL no puede recalificar el servicio referido ni reubicar a las demandantes al Terminal de Carga para intentar cobros superiores a los establecidos para esta clase de servicios;

10.- Declarar que es atentatorio contra la libre competencia y discriminatorio que SCL y la inspección fiscal practicada por el MOP exijan normas de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

constructibilidad distintas al edificio a construir para las empresas *courier*, según si el edificio es propuesto por SCL o por las empresas referidas, y en definitiva, declarar la obligación de SCL de entregar a los usuarios que requieran acceso a plataforma los terrenos que estos demanden para el ejercicio de su actividad, sin un mínimo de tamaño de construcción, respetándose los estándares de calidad de construcción;

11.- Ordenar al MOP establecer provisoriamente una forma eficiente de control del uso de la posición dominante de SCL en el Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago y la fiscalización eficaz del cumplimiento de la normativa vigente que regula la concesión y que obliga al Inspector Fiscal a denunciar las infracciones que constate;

12.- Ordenar al MOP utilizar las normas de control y sanción establecidas en las Bases de Licitación, y Decreto Supremo de Adjudicación, y que en caso de ser favorable la sentencia que se pronuncie sobre presente demanda, esta sea considerada como uno de los antecedentes que conforme a las normas del artículo 1.13.5, letra g) de las Bases de Licitación y Decreto de Adjudicación, que pueden dar origen a la caducidad de la concesión;

13.- Aplicar a SCL, y sus ejecutivos, el máximo de las multas que la ley permite por atentar contra libre competencia, o el porcentaje de las mismas que el Tribunal estime, teniendo en especial consideración la gravedad de la falta y su reiteración en el tiempo;

14.- Condenar a la demandada SCL al pago de las costas de esta causa.

2. Contestación de SCL.

2.1. Con fecha 13 de diciembre de 2006, a fojas 53, contesta la demanda SCL, solicitando su rechazo con expresa condena en costas, por los siguientes antecedentes y argumentos;

2.2. Señala que la concesión del Aeropuerto AMB está sujeta al régimen establecido por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, su Reglamento, el Decreto Supremo de Adjudicación (que incluye las Bases de Licitación) y sus modificaciones;

2.3. Describe que luego de adjudicarse esta concesión en una licitación pública, en enero de 1999 SCL asumió la obligación de efectuar obras de ampliación y mejoramiento en el Aeropuerto, con inversiones por U\$200 millones. Como contraprestación, se le faculta para efectuar ciertos cobros y explotar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comercialmente las obras y así obtener los ingresos necesarios para recuperar su inversión;

2.4. Señala que las Bases de Licitación establecen expresamente un sistema de protección de la competencia respecto del otorgamiento de subconcesiones, considerando sanciones que pueden llegar hasta la caducidad de la concesión en caso de infracciones;

2.5. En cuanto a los servicios de *courier* y correos, afirma que éstos se clasifican como servicios de gestión del Terminal de Carga, no aeronáuticos, comerciales y obligatorios, claramente definidos en las Bases de Licitación, las que contienen asimismo las alternativas tarifarias que SCL puede aplicar a estos servicios en cuanto subconcesionarios;

2.6. Relata que, en diciembre del año 1999, SCL suscribe un contrato de subconcesión con ATREX respecto de determinadas áreas e instalaciones ubicadas en el ex Terminal Nacional que ésta ocupaba previamente bajo un contrato con la DGAC, estableciéndose un precio por metro cuadrado según el tipo de área, tal como le faculta en las Bases. En ese contrato se faculta a ATREX para ceder o arrendar los espacios subconcesionados a las empresas *courier*, bajo las condiciones establecidas en el mismo acuerdo;

2.7. Al expirar dicho contrato, y para dar correcto cumplimiento a las Bases de Licitación (que no permiten el subarriendo de infraestructura), SCL celebró nuevos contratos (a partir de julio 2002) con ATREX -respecto de espacios comunes y para los servicios de Aduanas y SAG- así como con cada una de las empresas de *courier* interesadas en operar en el Aeropuerto. Estos contratos se han renovado tácitamente luego del vencimiento de sus plazos;

2.8. En cuanto a los precios establecidos en estos contratos de subconcesión, afirma que las Bases de Licitación facultan a SCL para cobrar, a su elección, (i) una tarifa establecida en las mismas Bases, por metro cuadrado y según el tipo de superficie; (ii) un porcentaje de las ventas netas del subconcesionario, hasta un límite del 20% de éstas; o, (iii) el mayor valor entre una y otra opción;

2.9. Señala que con la intención de buscar un mecanismo tarifario que fuera representativo del aporte que el Aeropuerto tiene en todo el proceso productivo de las empresas de *courier*, se negoció y acordó con ellas distintas tarifas según el volumen de carga operado, que considera (i) los distintos espacios que cada empresa utiliza; (ii) la gran diferencia de movimiento de carga entre unas y otras; y (iii) el porcentaje de participación de cada empresa respecto de los terrenos y los kilos movilizados en el Aeropuerto AMB. Por otra parte, para las empresas más

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pequeñas se estableció una tarifa única y fija, en tanto no superen un límite determinado de carga mensual;

2.10. Para determinar el valor por kilo se consideró el total de la carga transportada y el precio por metro cuadrado a la época de celebrar los contratos. Así, se construyó una tabla de precios variable y decreciente, entre \$25 y \$18 por kilo;

2.11. Sostiene que el sistema tarifario utilizado en dichos contratos representa un cobro inferior al máximo establecido en las Bases de Licitación si se aplicara efectivamente un porcentaje sobre las ventas netas de las empresas *courier*, lo que demuestra la aplicación de criterios racionales, justos y objetivos;

2.12. Así, ha permitido que operen más de 20 empresas de *courier*, mientras que las Bases sólo exigen que dichos servicios sean prestados por al menos 3 operadores distintos y no relacionados. De esta manera, considera que se ha garantizado el acceso a todos los operadores interesados;

2.13. En cuanto a los criterios de competencia establecidos en las Bases de Licitación, señala que éstas fueron revisadas por la Comisión Preventiva Central en el Dictamen N° 1.014, declarando que contienen los mecanismos de resguardo suficientes para garantizar la inexistencia de conductas anticompetitivas, aún cuando no se refirió expresamente a la materia de autos;

2.14. Por otra parte, afirma que los contratos con ATREX y las empresas *courier*, así como sus modificaciones, han sido remitidos al Inspector Fiscal de MOP para su revisión, quien tiene la facultad de exigir su modificación en caso de contener cláusulas contrarias a las Bases de Licitación, sin que hasta hoy haya presentado reparos sobre dichos contratos;

2.15. Respecto al mercado relevante definido por ATREX, estima que éste no considera los requisitos que deben reunir los terrenos para poder operar carga, lo que está prohibido en el caso de sitios eriazos. Por tanto, debería circunscribirse sólo a aquellos terrenos disponibles para arriendo o subconcesión en los cuales se pueda operar carga, de acuerdo a las especificaciones y normas técnicas existentes;

2.16. Bajo estas consideraciones, sostiene que SCL debe estudiar las propuestas y solicitudes de terrenos en cuanto cumplan con los requisitos establecidos en el Plano Regulador y las normas de construcción, así como también el pago de las tarifas determinadas según las Bases y el Convenio Complementario N° 2;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.17. Considera que no es posible calificar como barrera a la entrada el derecho de SCL a cobrar la tarifa regulada a los operadores que tienen instalaciones fuera del Terminal de Carga. Ésta es una alternativa considerada en las Bases, y por lo tanto corresponde a una vía legítima del concesionario para obtener una contraprestación por su inversión;

2.18. Además, respecto de esta misma consideración, argumenta que esta tarifa no contiene los elementos requeridos para ser calificada como una barrera a la entrada, pues no existen costos adicionales o diferenciados a nuevos participantes que favorezcan a los establecidos, y todos los operadores que se instalen fuera del Terminal de Carga están sujetos a idéntica regulación;

2.19. Por otra parte, considera que no es posible comparar como bienes sustitutos los terrenos ubicados fuera del Aeropuerto, ya que éstos no poseen el valor agregado que implica poder operar dentro de las instalaciones de él. En ese sentido, las inversiones de modernización general y en tecnología en el Aeropuerto benefician a las empresas *courier*, mejorando sus estándares de servicio;

2.20. Afirma que SCL no se ha negado injustificadamente a entregar mayores extensiones de terreno. Por el contrario, sostiene que ha destinado tiempo y recursos para buscar una alternativa con infraestructura adecuada a los requerimientos de las empresas de *courier* y a los requerimientos del Servicio Nacional de Aduanas y del SAG que deben operar en él. En ese sentido, invirtió UF 1000 para cofinanciar junto a ATREX un proyecto de diseño, que luego fue rechazado por ésta;

2.21. Hace presente que las instalaciones para *couriers* tienen la calificación de “recinto aduanero”, ya que en él se realizan procesos de desaduanamiento y control sanitario que requieren de condiciones específicas de seguridad, por lo que cualquier solicitud o proyecto debe ajustarse a los requisitos establecidos para este tipo de construcciones;

2.22. Considera que, por el contrario, las solicitudes de ATREX respecto de nuevas instalaciones y terrenos han sido contradictorias y ambiguas. Así, mientras en junio del año 2000 dicha asociación gremial le expresó su interés en ampliar el recinto existente o reservar una zona de 12.000 m², en abril del año 2001 cambió su parecer indicándole que requerirían de solo 5.000 m²;

2.23. Afirma que, actualmente, SCL no cuenta con un terreno de 5.000 m² que cumpla con los requerimientos para funcionar como ampliación del Terminal de Carga en el Aeropuerto. El único terreno actualmente disponible en el área del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Terminal de Carga es de aprox. 14.000 m². Sin embargo, éste corresponde a un sitio eriazado, en el cual no está autorizada la operación de carga. Entonces, considera que la única solución sería efectuar las inversiones correspondientes para construir nuevas instalaciones, pero las empresas *courier* no han demostrado voluntad de asumir ese tipo de proyecto;

2.24. En cuanto a la calificación del tipo de servicio, SCL sostiene que sólo le corresponde aplicar lo establecido en las Bases, y que éstas no admiten otras interpretaciones contradictorias. En ese sentido, considera que no es imputable a SCL un abuso si un subconcesionario estima que el régimen al que se debe sujetar de acuerdo a las Bases no es justo, o es impracticable;

2.25. Alega además la excepción de prescripción, ya que las Bases de Licitación, el Decreto de Adjudicación y el Convenio Complementario son todos anteriores a noviembre de 2004, mientras que la demanda fue notificada a SCL recién el 13 de noviembre de 2006, habiendo transcurrido largamente el plazo de prescripción extintiva de 2 años establecido en el artículo 20 inc. 3º del D.L. N° 211;

2.26. Por otra parte, alega que existe falta de legitimación pasiva de SCL respecto de las peticiones relacionadas con actos y contratos suscritos por el MOP, y que como dicha autoridad no fue emplazada en el proceso sería inoponible a ésta cualquier modificación a los referidos actos y contratos;

2.27. Además, argumenta que ATREX desarrolla funciones empresariales en contravención a su estatuto jurídico como organización gremial, al celebrar negociaciones y contratos con SCL, y realizar cobros a sus asociados y a quienes no lo son. En ese sentido, su actividad fuera del ámbito de sus funciones naturales ha afectado la libre competencia, pues ha efectuado cobros abusivos y discriminatorios a pequeñas empresas que no forman parte de la Asociación, y ha impedido que sus asociados efectúen actividades y negociaciones libre y separadas, disminuyendo o eliminando la competencia entre ellas;

2.28. En conclusión, solicita se rechace completamente la demanda, con expresa condena en costas;

3. A fojas 232, se fijan como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

- a) Características de la tarifas y de los servicios prestados por las demandantes en el Aeropuerto Comodoro Arturo Merino Benítez, según las categorías contenidas en las Bases de Licitación, Decreto de Concesión y Convenios Complementarios. Hechos y circunstancias de orden técnico y económico que justificarían la estructura tarifaria vigente en los contratos de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

subconcesión celebrados entre la demandada y las empresas *courier*, y entre la demandada y Correos de Chile;

- b) Efectividad, época y circunstancias de las presiones imputadas a la demandada en la negociación de los contratos de subconcesión celebrados entre la demandada y las empresas *courier*, y entre la demandada y Correos de Chile; y,
 - c) Hechos y circunstancias de orden técnico, económico y operacional que justificarían la decisión de la demandada de rechazar las alternativas de terreno y de construcción planteadas por las demandantes. Existencia de terrenos aptos, desde el punto de vista operacional y económico, para la construcción de nuevas instalaciones para las empresas *courier*, o para la ampliación de las existentes, dentro del Aeropuerto Comodoro Arturo Merino Benítez.
4. En cuanto la prueba rendida en el proceso, ésta se lista a continuación:
- 4.1. Correspondencia entre ATREX y SCL (fs. 1, 210, 567), fotografías de actual Complejo Aduanero (fs. 1), copia de contratos celebrados por empresas de *courier* demandantes y SCL (fs. 1), copia de factura en que consta pago de ATREX a SCL por preproyecto de nuevo Terminal realizado por SCL en el año 2002, D.S. MOP N° 1168, de adjudicación de obra pública AMB a SCL, carta del Coordinador General de Concesiones del MOP respecto del régimen a que debe someterse la construcción de un Terminal de carga fuera de AMB;
 - 4.2. Oficio Ord. N° 15/2007 de Inspector Fiscal AMB (fs. 123); Oficio DGAC N° 05/0/184/1298 (fs. 137), Oficio Ord. N° 1176 MOP (fs. 149); Oficio Ord. MOP N° 3036 (fs. 638) y N° 3037 (fs. 697);
 - 4.3. Anteproyecto de arquitectura “Terminal de Transporte Expreso Internacional”, elaborado por Tomás Santelices B. (fs. 290); Informe económico “Un caso de abuso de posición dominante” de Ronald Fischer B. (fs. 290); “Evaluación de Proyecto de Construcción y Financiamiento Nuevo Terminal de Transporte Expreso”, de Tristán Riquelme D. y otros (fs. 855); informe en derecho sobre la legalidad de las tarifas cobradas por SCL a ATREX y las empresas de transporte expreso, de Ángela Vivanco M. (fs. 888);
 - 4.4. Plano de la concesión del Aeropuerto AMB denominado “Ampliación Área Terminal de Pasajeros” (fs. 332), y fotografías del Complejo Aduanero Courier, Terminal de Carga y su alrededores (fs. 332);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 4.5. Informes económicos “Las imputaciones de ATREX de conductas reñidas con la Libre Competencia por parte de SCL”, (fs. 567) y “Racionalidad económica de las Bases de Licitación del Aeropuerto Arturo Merino Benitez y los cobros de SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. a la empresas de Transporte Expreso” (fs. 639), ambos de Jorge Quiroz C.; “Estudio de benchmarking sobre condiciones para la operación de Depósitos de Courier en Aeropuertos” de Andrés Ricover (fs. 743);
- 4.6. Declararon como testigos, por las demandantes, Patricio Tapia S. (fs. 374), Eduardo Del Canto H. (fs. 381), Philip Somervell (fs. 387), Arnando Borges T. (fs. 394 y 614), Carlos Ortiz A. (fs. 404, tachado a fs. 573), Tomás Santelices B. (fs. 411), Jaime Pumarino R. (fs. 416, tachado a fs. 575), Luis Miranda C. (fs. 426), Ronald Fischer B. (fs. 432), Víctor Henriquez B. (fs. 616, tachado a fs. 624); y por la demandada, Sergio Amunategui U. (fs. 781, tachado fs. 790); Darko Mardonez D. (fs. 794); Jorge Quiroz C. (fs. 809); Rosendo Corvalan Céspedes (fs. 811);
- 4.7. Absolvieron posiciones don Alfonso Lacamara S. Gerente General de SCL (fs. 434 bis); Marcelo Perez O., en cuanto representante legal de ATREX (fs. 704) y de TNT (fs. 708); Bernardo Cerda I. (fs. 747) y Adolfo Sommer G. (fs. 750), representantes legales de DHL; Eduardo Ocaranza M. (fs. 758) y Francisco Figueroa N. (fs. 832), representantes legales de ATC; Pedro Madrid Garrido (fs. 767), representante legal de EXPRESSIT;
- 4.8. Con fecha 29 de agosto de 2007, se practicó una inspección personal del Tribunal, a cargo del Ministro Sr. Menchaca, cuya acta consta a fojas 607 bis;
5. La Fiscalía Nacional Económica, a fojas 335, informó respecto de lo solicitado por este Tribunal mediante resolución de 31 de octubre de 2006:
- 5.1. En este informe se describen las características de los servicios *courier*, en general, y respecto de las actividades realizadas en el Aeropuerto AMB, comparándolas asimismo con la posibilidad de realizarlas fuera de dicho recinto. Considera que corresponden a servicios no aeronáuticos comerciales obligatorios, en los términos establecidos en el artículo 1.10.1 III A h) 1 de las Bases de Licitación –a diferencia de lo argumentado por las demandantes- y describe la estructura tarifaria establecida en la citadas Bases para este tipo de servicios;
- 5.2. Indica que la competencia por este tipo de instalaciones se da “por la cancha” y no “en la cancha”, por lo que el monopolista se regula mediante la licitación con tarifas máximas y estándares mínimos de calidad. Por lo anterior, cualquier cambio posterior a la asignación de la concesión

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

producirá una variación en las condiciones iniciales de competencia en las que participaron los distintos interesados. En caso de cambio en forma ex post de las condiciones de la concesión, podría producirse el fenómeno conocido como “la maldición del ganador”, es decir, que se le entregue la concesión a aquel participante que no es el más eficiente, pero que hace la oferta más atractiva y luego renegocia con la autoridad, consiguiendo mejores condiciones para él y, por ende, en perjuicio a los usuarios;

- 5.3. En cuanto al mercado relevante, lo define como el servicio de arriendo de terrenos para las empresas *courier*, que geográficamente delimita como los terrenos con acceso a plataforma disponibles para este tipo de servicios en el Aeropuerto AMB, considerando que no existe sustituto a este aeropuerto dado el origen y destino de la carga. Excluye del mercado relevante a los terrenos fuera del Aeropuerto debido a que existirían significativos costos logísticos, además de la considerable diferencia que existe entre la tarifa para usuarios en tránsito y la pagada por el uso de las instalaciones actuales de las empresas de *courier*. Considera entonces que no existe sustituibilidad por el lado de la demanda ni por el lado de la oferta, constituyendo un monopolio natural local y sometido a regulación;
- 5.4. Respecto del uso y disponibilidad de terrenos con las características descritas, informa la FNE que es evidente la congestión de las instalaciones existentes, y que hay al menos un terreno disponible, según representantes de SCL, para la construcción de nueva infraestructura para las empresas de *courier*, por lo que el conflicto se refiere a los términos para realizar esta ampliación;
- 5.5. Describe la estructura de las empresas *courier*, algunas de ellas líderes a nivel mundial en este tipo de servicios, mientras que otras corresponden a pequeñas y medianas empresas, nacionales y extranjeras. Las primeras cuentan con una cierta área exclusiva asignada, mientras que las restantes comparten áreas comunes bajo la condición de no superar ciertos umbrales de carga, en ambos casos mediante contratos de subconcesión. Por otra parte, la concesionaria del Aeropuerto se encuentra expresamente impedida, por las Bases de Licitación, de prestar directamente este tipo de servicios;
- 5.6. Respecto de SCL, estima que su condición de único concesionario y las características de la obra concesionada dan cuenta de altas barreras tanto a la entrada como de salida. En estas condiciones, describe el comportamiento estratégico del concesionario bajo las restricciones establecidas en las Bases de Licitación. En ese sentido, el alto monto de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tarifa para usuarios en tránsito correspondería a una mecanismo explícito para inducir a contar con demanda relevante respecto de sus propias instalaciones y, por tanto, obtener los ingresos correspondientes. Concluye la informante que, bajo estas condiciones, las áreas disponibles en el Aeropuerto AMB para las empresas *courier* de carga se puede considerar como una instalación esencial controlada por SCL;

- 5.7. Se describe luego las normas de construcción y condiciones mínimas a que deben sujetarse las instalaciones para carga dentro del Aeropuerto AMB, considerando que éstas no son aplicables -y constituiría un abuso en caso de hacerlo- respecto de los servicios de *courier*, por sus diferentes características y necesidades, y que se debería permitir a las empresas *courier*, asociadas para estos efectos si así lo estiman necesario, construir instalaciones que cumplan con criterios razonables y acordes a su naturaleza y necesidades, considerando la necesidad de dictar una Ordenanza especial para estos efectos;
- 5.8. En cuanto a los cobros establecidos en los contratos de subconcesión, describe la estructura establecida en los contratos actualmente vigentes, los que se dividen en aquellos en que se determina una tarifa fija mensual (entre 2 y 3 UF, dependiendo de la empresa) con una restricción de carga máxima (también distinta para cada empresa), que sólo permite el uso de áreas comunes, y aquellos en que el precio corresponde al 10% de las ventas netas mensuales, con un mínimo fijo (que varía para distintas empresas en relación a los m² asignados), que permite el uso de las áreas comunes y de una determinada área exclusiva. También, en el caso de dos empresas, se estableció esta última estructura de precios sin que se le concediera un área exclusiva. Para determinar las ventas netas, se consideran los kilos efectivamente movilizados en el periodo con una escala decreciente de precios por kilo;
- 5.9. Considera la Fiscalía que estas tarifas no tienen relación con determinados costos, como debería corresponder en casos como éste, y que la justificación de SCL en cuanto a prorratear los costos totales de explotación según la proporción de superficies construidas utilizadas por las empresas *courier* no es eficiente para asignar los costos de cada actividad, por lo que debería descartarse considerando que no hay una relación entre el área ocupada por estas empresas y sus respectivos ingresos, ya que el valor de la carga no se relaciona directamente con su peso y/o volumen. Tampoco existe una relación entre los metros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- cuadrados asignados a cada empresa y los precios pagados por estas a SCL, ni están distribuidos en forma eficiente;
- 5.10. Señala que, por el contrario, si SCL hubiera cobrado por metro cuadrado, el espacio se habría distribuido entre las empresas según la demanda de cada una de ellas, y los precios reflejarían los costos invertidos en proveer el espacio físico de arrendamiento. Entonces, la estructura de cobro establecida por SCL permite al monopolista apropiarse de una parte de las rentas de los subconcesionarios y genera una distorsión en el mercado de *courier*, lo que redundaría en cobros adicionales a los usuarios finales del servicio;
- 5.11. En cuanto al uso de la variable “kilos transportados” para determinar las ventas de los *couriers*, que a su vez es la base sobre la que se aplica el porcentaje determinado por SCL para llegar a la tarifa final que paga cada *courier*, afirma la Fiscalía que ello no está considerado en las Bases de Licitación dentro de las tarifas máximas permitidas al concesionario, y que como aproximación al porcentaje de ventas genera una distorsión en cuanto a que el pago que cada empresa *courier* hace por el uso de la infraestructura dependerá de la demanda que enfrenta;
- 5.12. Considera que si la interpretación literal del contrato de concesión permite una modalidad de cobro abusiva, debe buscarse una interpretación que resulte coherente con los principios que rigen este tipo de concesiones y los que reprimen los abusos de poder de mercado, y considerando además que las mismas Bases de Licitación contemplan otra modalidad de cobro, con un precio por metro cuadrado, deberá aplicarse ésta en lugar de la establecida por SCL;
- 5.13. Respecto de la tarifa de acceso a plataforma para usuarios en tránsito, la Fiscalía considera que dado que su objeto es evitar que los usuarios establecidos en el aeropuerto enfrenten competencia, corresponde a una conducta que restringe la competencia, al erigir una barrera de entrada artificial al mercado, lo que se agrava si se considera que, además, esto refuerza el poder de mercado de SCL respecto de las empresas *courier* que operan en el aeropuerto y que, en su opinión, ya están suficientemente expuestas al abuso de dicho poder, por lo que debería establecerse de manera de estar justificada en costos;
- 5.14. Concluye el informe señalando que considera contrario a las normas constitucionales y de defensa de la libre competencia la aplicación a las empresas *courier*, con perjuicio para ellas y beneficio para el monopolista, de (i) regulaciones de construcción establecidas para las de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

almacenamiento de carga, de naturaleza diversa; (ii) cobros que no se ajustan a costos, como aquellos en función de las ventas o por kilo transportado, existiendo la alternativa competitiva de cobrar en función de la superficie utilizada; y, (iii) aplicar el cobro a los usuarios en tránsito sin ajustarse a costos, con el ánimo de erigir una barrera a la entrada y a la salida de las empresas *courier*;

- 5.15. Considera conveniente además que el H. Tribunal solicite al Ministerio de Obras Públicas establecer reglas de constructibilidad de instalaciones que se ajusten a la naturaleza de las empresas *courier*, así como tarifas a usuarios en tránsito que se ajusten a costo, de prevenir el H. Tribunal, si lo estima pertinente, que la autoridad ha de ser especialmente cuidadosa al modificar los contratos de concesiones, sea mediante el mecanismos de los Convenios Complementarios u otros, no pudiendo, en general, mejorar las condiciones del concesionario o desmejorar las de los usuarios en relación a las contempladas en las Bases, y debiendo explicitar los fundamentos de los cambios que eventualmente realice;
6. SCL, a fojas 895, y ATREX, a fojas 904, presentan sus observaciones respecto de la prueba rendida en autos;
7. A fojas 857, con fecha tres de enero de 2008, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y, en la audiencia del día diez de julio del mismo año, se llevó a cabo la vista de la causa, alegando los apoderados de las partes.

Y CONSIDERANDO:

Primero. Que, en primer lugar, las demandantes han imputado a SCL, como conducta contraria a la libre competencia, el establecer en los contratos de subconcesión suscritos con las empresas demandantes –en adelante, indistintamente *courier*- en el año 2002, una modalidad de cobro basada en kilogramo de carga transportada que no estaría considerada en las Bases de Licitación y que consideran abusiva. Argumentan que, si bien dichas Bases permiten a SCL elegir entre un modelo de cobro fijo por metro cuadrado o cobrar hasta el 20% sobre las “ventas” del subconcesionario, la modalidad de cobro aplicada en base a la carga transportada permitiría a SCL eludir la restricción de tarifa máxima considerada en la adjudicación de la concesión del Aeropuerto;

Segundo. Que así, agregan las demandantes, la falta de claridad de las Bases –en particular para determinar la base de “ventas” sobre la cual aplicar la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

alternativa de cálculo de la tarifa variable, “ventas brutas deducidas de IVA”, según dispone el punto 1.10.2.III A).h.4 de las Bases de Licitación– habría permitido a SCL aplicarlas discrecionalmente en su beneficio, sin sujetarse a las tarifas máximas ni a criterios de competencia considerados en la Ley de Concesiones, que justamente tienen por objeto evitar los abusos de los monopolios que se generan al entregar concesiones como la administrada por SCL;

Tercero. Que, en segundo término, las demandantes han imputado a SCL el discriminar arbitrariamente, por un lado, entre distintas empresas *courier*, al aplicar precios distintos a empresas en condiciones equivalentes; y también, por otro lado, entre éstas y Correos de Chile, pues dicho servicio público paga a SCL sólo en base a la tarifa por metros cuadrados y no bajo la modalidad por kilogramo transportado, siendo este último esquema de cobro el aplicado a las empresas *courier*, a pesar de que no existirían diferencias relevantes en la infraestructura subconcesionada a estas empresas;

Cuarto. Que, como tercera imputación, las demandantes señalan que SCL ha restringido abusivamente la ampliación de la infraestructura requerida por las empresas *courier*, aún cuando existirían terrenos aptos disponibles, ya que desde el año 2000 habría retardado injustificadamente el proceso de negociación para llevar a cabo dicha ampliación, dilatando los estudios necesarios y exigiendo requisitos y condiciones injustificadas para la construcción de nuevas instalaciones para las empresas *courier*;

Quinto. Que SCL ha argumentado, en su defensa, que la tarifa por kilogramo transportado corresponde a un indicador de ventas, dada la imposibilidad de contar con datos verificables de éstas. A su juicio, el sistema tarifario utilizado representa un cobro inferior al máximo establecido en las Bases de Licitación, si se aplicara un porcentaje sobre las “ventas netas” de las empresas *courier*. Así, según SCL, dicho sistema ha permitido que operen más de 20 empresas *courier*, aún cuando las Bases sólo exigen que sean prestados por al menos 3 operadores distintos y no relacionados;

Sexto. Que SCL también considera que los criterios generales de competencia establecidos en las Bases de Licitación fueron revisados por la Comisión Preventiva Central en el Dictamen N° 1.014 y que, en opinión de dicha Comisión, éstas contienen los mecanismos de resguardo suficientes para garantizar la inexistencia de conductas anticompetitivas. Asimismo, afirma que los contratos suscritos por SCL con ATREX y las empresas *courier*, y sus

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

modificaciones, fueron remitidos al Inspector Fiscal del MOP para su revisión, sin que éste haya presentado reparos;

Séptimo. Que, en cuanto a la imputación de haber imposibilitado la ampliación de infraestructura para las empresas *courier*, SCL afirma que no se ha negado injustificadamente a entregar mayores extensiones de terreno, ya que el único terreno actualmente disponible en el área del Terminal de Carga es un sitio eriazo de aprox. 14.000 m², en el cual no se puede operar carga. Señala que ha destinado tiempo y recursos para buscar una alternativa con infraestructura adecuada, mientras que las empresas *courier* no han demostrado voluntad de asumir las inversiones necesarias para su habilitación;

Octavo. Que, adicionalmente, SCL alega que ATREX desarrolla funciones empresariales en contravención a su estatuto jurídico como organización gremial, celebrando negociaciones y contratos con SCL, y que ha efectuado cobros abusivos y discriminatorios a pequeñas empresas que no forman parte de la Asociación, habiendo impedido que sus asociados efectúen actividades y negociaciones libre y separadamente, y que de esa forma ha disminuido o eliminado la competencia entre ellas;

Noveno. Que, por otra parte, SCL ha alegado la prescripción extintiva de las acciones, considerando que las Bases de Licitación, el Decreto de Adjudicación y el Convenio Complementario N° 2 son todos anteriores a noviembre de 2004, mientras que la demanda fue notificada a SCL el 13 de noviembre de 2006, habiendo transcurrido el plazo de 2 años establecido en el artículo 20 inc. 3° del D.L. N° 211;

Décimo. Que, por último, alega en su defensa la falta de legitimación pasiva de SCL respecto de las peticiones relacionadas con actos y contratos suscritos por el MOP, organismo que no ha sido demandado ni es parte en este juicio;

EN CUANTO A LAS TACHAS

Undécimo. Que, en cuanto a las tacha formulada por la demandada, respecto de los testigos Sres. Carlos Enrique Ortiz Arellano (a fojas 404) y Jaime Hernán Pumarino Romo (a fojas 416), fundadas ambas en la causal cuarta del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil en los términos señalados a fojas 573 y 575, considerando lo expuesto por la parte demandante a fojas 598, se acogerá la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tacha formulada por la causal alegada, en razón del vínculo laboral existente con dos de las empresas demandantes;

Duodécimo. Que, respecto de la tacha planteada por la parte demandada respecto del testigo Sr. Víctor Manuel Henríquez Bustamante, a fojas 616, fundada en los términos señalados a fojas 624, y teniendo presente lo expuesto por la parte demandante a fojas 700, se acogerá la tacha formulada en virtud del vínculo laboral existente con una de las empresas demandantes;

Decimotercero. Que, respecto de la tacha formulada a fojas 781 por la parte demandante en contra del testigo Sr. Sergio Amunátegui Undurraga, fundada a fojas 790 en la causales cuarta y quinta del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, y teniendo presente lo expuesto por SCL a fojas 805, este Tribunal considera que, habiendo reconocido el testigo tener interés en el pleito, y prestar servicios remunerados a la demandada, hacen manifiesta su falta de la imparcialidad necesaria para considerar su testimonio, por lo que será acogida la tacha planteada;

Decimocuarto. Que, en cuanto a la tacha formulada a fojas 811 por las demandantes, respecto del testigo Sr. Rosendo Corvalán Céspedes, ésta no fue fundada oportunamente, por lo que será rechazada;

EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN Y LEGITIMACION PASIVA:

Decimoquinto. Que, en cuanto a la prescripción alegada por la demandada, efectivamente han transcurrido más de dos años entre las fechas de dictación de las Bases de Licitación (junio de 1997), el Decreto de Adjudicación (diciembre de 1997), o el Convenio Complementario N° 2 (octubre de 2004), y la fecha de notificación de la demanda de autos, practicada el 13 de noviembre de 2006, por lo que este Tribunal se abstendrá, en lo resolutivo, de pronunciarse respecto de dichos actos administrativos;

Decimosexto. Que, respecto de las conductas imputadas a SCL, debe considerarse que este Tribunal ha establecido, en reiterada jurisprudencia, que el plazo de prescripción de una conducta contraria a la libre competencia debe computarse a partir del momento en que cesa dicha conducta. Así, de acreditarse que efectivamente SCL incurrió en las conductas imputadas en el periodo comprendido entre el 13 de noviembre de 2004 y la fecha de notificación de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demanda de autos, resulta improcedente declarar la prescripción de éstas en los términos argumentados por SCL;

Decimoséptimo. Que, por otra parte, resulta procedente la alegación de falta de legitimación pasiva invocada por SCL respecto de las peticiones de las demandantes en cuanto a declarar como contrarios a la libre competencia los referidos actos administrativos, por tratarse de actos que emanan del Ministerio de Obras Públicas, que no ha sido demandado en esta causa, por lo que este Tribunal se encuentra inhibido para aplicar sanciones respecto de ellos, sin perjuicio de las medidas que a su juicio procedan;

EN CUANTO AL FONDO:

Decimooctavo. Que, a efectos de determinar si los actos y conductas descritas han sido acreditadas y configuran ilícitos al tenor de lo dispuesto en el artículo 3º del D.L. N° 211, así como la eventual responsabilidad de la demandada en éstos, a continuación se analizará, en primer lugar, el marco normativo al que deben someterse los servicios que desarrollan las empresas *courier* en el Aeropuerto y que debe ser respetado por la concesionaria. Lo anterior, tanto respecto de los esquemas posibles de cobro a subconcesionarios, como también de las obligaciones de SCL en relación a la provisión de infraestructura requerida por subconcesionarios. Luego, en segundo lugar, se determinará el mercado relevante para, en último término, analizar las conductas imputadas y los hechos acreditados al respecto para determinar si efectivamente SCL incurrió en las conductas contrarias a la libre competencia que se le imputan;

Decimonoveno. Que, en relación con el marco regulatorio aplicable a SCL como concesionaria de la obra pública fiscal del Aeropuerto, además de las normas generales sobre libre competencia, establecidas en el D.L. N° 211, dicha empresa está sometida a la regulación establecida en el Decreto de Concesión – D.S. MOP N° 1168, de diciembre de 1997– y sus posteriores modificaciones, contenidas en los Convenios Complementarios N° 1, de abril de 2001, y N° 2, de octubre de 2004, así como en las Bases de Licitación y sus aclaraciones, que forman parte integrante del citado Decreto;

Vigésimo. Que se ha planteado en autos la discusión respecto de la calificación que, dentro de los servicios establecidos en las Bases de Licitación, debe darse a las actividades de las empresas de *courier*. Con respecto a esta clasificación, las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demandantes alegan que la aplicación por parte de SCL ha sido abusiva ya que, en su opinión, sería erróneo calificarlos como servicios de asistencia a la carga y como servicios de terminal de carga, puesto que hasta ahora siempre han funcionado fuera del área denominada “terminal de carga”. Por el contrario, SCL sostiene que las Bases son claras al calificar a los servicios entregados por las empresas *courier* como servicios de gestión del terminal de carga y, por lo tanto, como un servicio no aeronáutico comercial obligatorio;

Vigésimo primero. Que la relevancia de establecer a qué categoría corresponden estos servicios radica en las diferentes regulaciones a que están sometidas cada una de ellas en las Bases de Licitación, tanto respecto de las tarifas máximas que se permite cobrar al concesionario, como de los derechos y facultades que les otorga a las empresas subconcesionarias de *courier*;

Vigésimo segundo. Que, en relación con lo anterior, según se indica en los informes evacuados por la Dirección General de Aeronáutica Civil a fojas 137, por el Ministerio de Obras Públicas a fojas 149, y por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 335, que a juicio de ambos organismos los *courier*, según las Bases de Licitación, constituyen un servicio no aeronáutico comercial obligatorio, ya que son clasificados como servicios de operación de carga que se pueden realizar en el aeropuerto;

Vigésimo tercero. Que, considerando lo establecido en el punto 1.10.2.III A) h) de las Bases de Licitación, referidos a los servicios del Terminal de Carga, que incluye dentro de dichos servicios a los denominados “servicios de *courier* y correo”, resulta manifiesto que las actividades de las empresas *courier* en el Aeropuerto corresponden a la categoría de “servicio no aeronáutico comercial obligatorio” y, en consecuencia, se encuentran reguladas en la letra h) del citado punto de las Bases, modificadas posteriormente por el Convenio Complementario N° 2, en los términos que a continuación se describen;

Vigésimo cuarto. Que el Decreto de Concesión, D.S. MOP N° 1168 de diciembre de 1997, estableció los precios y tarifas máximas que SCL podía cobrar por las subconcesiones, arrendamiento o uso de terrenos dentro del aeropuerto AMB, según el tipo de servicio que se entregue, en base a la oferta económica presentada por SCL para adjudicarse la concesión. Respecto de los servicios del Terminal de Carga, según se señala en el punto 1.10.2.III A) h) 4. de las Bases de Licitación, se consideraban las siguientes alternativas: (a) un cobro mensual por metro cuadrado en arriendo (señalados en el Cuadro N° 1), (b) un derecho

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mensual de operación correspondiente a un “porcentaje de las ventas brutas mensuales deducidas del IVA, el cual no podrá superar el 20%”, o (c) el mayor valor entre las anteriores;

Cuadro N° 1: Precios máximos permitidos por el Decreto de Concesión original

Tipo de Terreno	Precio por m ² (UF)
Construido	0,15
Eriazo urbanizado	0,066

Fuente: Decreto de Concesión MOP N° 1168.

Vigésimo quinto. Que, por otra parte, las Bases también consideran la posibilidad de operación por parte de “usuarios en tránsito”, entendiéndose por éstos a los operadores que están establecidos fuera del área de concesión del Aeropuerto, los que pagarán un “derecho mensual de uso de plataforma” fijado por el concesionario, hasta por un valor máximo de 1.000 UF al mes;

Vigésimo sexto. Que, en ese contexto, SCL contrató con ATREX en diciembre de 1999, estableciendo un precio por la subconcesión en base a los metros cuadrados entregados por SCL a dicha asociación gremial, según el Cuadro precedente, los que a su vez dicha organización gremial subarrendaba a las empresas que formaban parte de ella. Dicho contrato fijaba un plazo de duración hasta el 31 de julio de 2001, el que fue prorrogado sucesivamente, primero en mayo de ese año (por cinco meses), luego en octubre (por dos meses adicionales), continuando vigente en forma tácita hasta que SCL comunicó su intención de no renovarlo (según consta de carta de SCL dirigida a la Asociación de *Couriers A.G.*, de 30 de abril de 2002, que rola a fojas 167 del cuaderno de documentos acompañados a fojas 1);

Vigésimo séptimo. Que estas sucesivas prórrogas por cortos periodos se dieron en el contexto de un proceso de negociación entre SCL, ATREX y las empresas de *courier* respecto de las condiciones futuras de contratación, proceso que culminó en julio del año 2002, cuando SCL suscribió contratos con la asociación gremial y, separadamente, con cada una de las empresas *courier* que operaban a la época en el Aeropuerto;

Vigésimo octavo. Que, considerando el contenido de dichos contratos, acompañados a fojas 1 y 149, las condiciones contractuales de cada subconcesión se pueden agrupar en tres categorías: (i) para las empresas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“grandes”, esto es, con volúmenes de carga movilizada superior a 5.000 kg mensuales; (ii) para las empresas “menores”, con volúmenes de carga movilizada iguales o inferiores a 5.000 kg. mensuales; y (iii) para la Asociación de *Courier* de Chile A.G. (antecesora legal de ATREX). Todos estos contratos tenían una duración de un año;

Vigésimo noveno. Que, respecto del primer grupo de empresas, cada contrato determina los metros cuadrados de inmuebles subconcesionados y fija, en sus respectivas cláusulas cuarta, como tarifa mensual de la subconcesión, el 10% de las ventas netas del mes, la que se denomina “Valor Mensual Porcentual”, con un cobro mínimo en Unidades de Fomento, que varía en cada contrato, y se denomina “Valor Mensual Reajutable”. Señalan también que el concepto de ventas netas del mes se determinará de conformidad al mecanismo de cálculo descrito en el Anexo 4 “Derecho Mensual de Operación “. El citado Anexo 4, por su parte, señala lo siguiente: *“Ante la dificultad de contrastar y determinar las ventas de la Subconcesionaria y no poderse determinar con precisión el monto correspondiente al ‘Derecho Mensual de Operación’ a que se refieren las Bases, las partes acuerdan, para los efectos de permitir un cálculo que represente en forma fidedigna el valor correspondiente al referido ‘Derecho Mensual de Operación’, que las ventas netas de la Subconcesionaria se determinarán de acuerdo a los kilos movilizados (importación más exportación), según la información que proporcione la Subconcesionaria a la Dirección Regional de Aduanas Metropolitana, en el mes correspondiente, de acuerdo a la siguiente relación”*, referida al cuadro siguiente;

Cuadro Nº 2: Precio por kilogramo cobrado por SCL a las empresas consideradas “grandes”:

Volúmen de Carga Movilizada (kgs.)	Precio por Kg. (UF)
5.001 a 40.000	0,0153
40.001 a 150.000	0,0122
> que 150.001	0,0110

Fuente: Contestación demanda (fs. 53) y Anexo Nº 4 de contratos de subconcesión (fs. 1 y 149).

Trigésimo. Que, respecto del segundo grupo de empresas, esto es aquellas que movilizan 5.000 kg. mensuales o menos, los contratos sólo les otorgan el derecho de acceso a la plataforma, y el precio de la subconcesión corresponde a un monto fijo mensual en UF (2 ó 3 UF), condicionado a mantener un movimiento de carga

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

inferior al máximo señalado, y que, en caso de que lo exceda por más de tres meses en un periodo de doce meses, deberá acordar una nueva tarifa con SCL;

Trigésimo primero. Que, por otra parte, el contrato suscrito entre SCL y la Asociación de *Courier* de Chile A.G. (antecesora legal de ATREX) subconcesionó determinadas áreas para ser destinadas a oficinas del Servicio Agrícola y Ganadero, Aduanas, servicios administrativos de la Asociación, baños, oficinas y áreas de circulación, y se le faculta para prestar servicios de bodegaje y otros a sus miembros o –previa autorización de SCL y del Inspector Fiscal del MOP– a empresas de *courier* que no sean miembros de ella. El precio por esta subconcesión correspondía a un monto fijo en UF, que ascendía a 18,38 UF por mes;

Trigésimo segundo. Que luego, en octubre de 2004, las tarifas máximas establecidas en el Decreto de Concesión fueron modificadas de común acuerdo por SCL y el MOP, mediante el Convenio Complementario N° 2, incrementando los montos por metro cuadrado, conforme a lo que se señala en el Cuadro N° 3, y estableciendo expresamente que esas tarifas y el “derecho mensual de operación” de hasta un 20% de las ventas brutas mensuales deducidas de IVA, ya incorporan el Porcentaje de Reducción de Tarifas Máximas fijado en el Decreto de Adjudicación;

Cuadro N° 3: Precios máximos permitidos por el Convenio Complementario N° 2

Tipo de Terreno	Precio por m ² (UF)
Construido Oficina	1.20
Construido Bodega	0,15
Área Pavimentada o losa	0,09
Eriazo urbanizado	0,066

Fuente: Convenio Complementario N° 2.

Trigésimo tercero. Que, en cuanto a la asignación de terrenos para la construcción de nueva infraestructura para servicios de gestión de carga, es pertinente señalar que las Bases de Licitación establecen que “*El concesionario deberá administrar las instalaciones y áreas comunes, y ofrecer en arriendo las áreas, actuales y de expansión, definidas en el artículo 2.3 de las Bases Técnicas, destinadas a la prestación de servicios a la carga*”, entre los que se encuentra, como ya se señaló, los servicios de *courier* y correo. Éstas áreas están sujetas a las normas de construcción y uso establecidas en el punto 1.10.2.h.3 de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Bases, que en lo pertinente a esta causa señala: *“Cada prestador de servicios deberá construir sus propias instalaciones en las áreas disponibles ofrecidas en arriendo por el concesionario (...) Alternativamente, sólo en el caso de mutuo acuerdo con el prestador de servicios, el concesionario podrá construir dichas instalaciones, respetando las mismas condiciones antes indicadas. Todo desarrollo de infraestructura en el área de carga, tanto en su etapa de anteproyecto como para la solicitud de puesta en servicio, debe ser presentada al Inspector Fiscal para su aprobación...”*

Trigésimo cuarto. Que, por último, es relevante citar además las normas pertinentes contenidas en el punto 1.10.3.A.7 de las Bases, que establece como obligación del concesionario *“no establecer discriminaciones o ejercer conductas que pudieran afectar el acceso igualitario de las compañías aéreas o de cualquier otro usuario a las instalaciones y servicios del aeropuerto”*, y en el punto 1.10.3.B.2., como obligación en la gestión tarifaria, que *“el concesionario, en cada servicio, no podrá cobrar tarifas discriminatorias a usuarios de la misma categoría, entendiéndose por ella, a aquella que incluye un mismo tipo de usuario y servicio..., según lo califique el Inspector Fiscal”*. Asimismo, según señala el punto 1.8.5.3 de las Bases, el incumplimiento de estas obligaciones y, en particular, el cobro de tarifas superiores a las máximas autorizadas, constituyen infracciones al contrato de concesión que podrán ser sancionados por el MOP con multas e incluso la extinción de la concesión, en caso de considerarse un incumplimiento grave;

Trigésimo quinto. Que así establecido el marco regulatorio aplicable al caso, se considerará como mercado relevante, para efectos de esta causa, el conjunto de terrenos e instalaciones ubicados dentro del Aeropuerto que, cumpliendo con las especificaciones normativas técnicas aplicables, son o pueden ser arrendados o subconcesionados a empresas *courier*;

Trigésimo sexto. Que, para definir este mercado relevante, se ha considerado que la existencia de una tarifa de 1.000 UF mensual para “usuarios en tránsito” - esto es, operadores o prestadores de servicio que están establecidos fuera del área de concesión- en la práctica no permitiría la operación económicamente viable de empresas *courier* en terrenos fuera del área de concesión del Aeropuerto, por lo que estos terrenos no pueden ser considerados sustitutos a sectores dentro del área de concesión. Ello considerando que incluso la empresa que más ha pagado a SCL, bajo las tarifas actuales de subconcesión de servicios de *courier*, no superó las 266 UF por mes, durante el año 2006;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo séptimo. Que, en consecuencia, la ausencia de terrenos que sirvan como sustitutos válidos entrega a SCL una posición dominante en su relación con los operadores *courier*, dado que los terrenos e instalaciones dentro del área de concesión del aeropuerto AMB representan una instalación esencial para las empresas *courier*. Esta posición dominante se encuentra limitada por las normas generales que protegen la libre competencia y, en particular, aquellas que regulan la concesión de SCL, en los términos ya descritos, las que establecen determinadas obligaciones y condiciones para SCL que, en caso de incumplimiento, podrían generar sanciones que van desde multas hasta la caducidad de la concesión;

Trigésimo octavo. Que, por otro lado, consta en los contratos de subconcesión acompañados a fojas 1 y 149 que éstos consideran plazos de vigencia relativamente breves, tanto en relación con la duración de la concesión de SCL como al horizonte de operación de las empresas *courier*, lo que ha obligado a estas últimas a continuas renegociaciones bajo el riesgo de que SCL ponga término a sus contratos (como de hecho ocurrió en abril del año 2002). Este contexto de renegociación repetida refuerza la posición de dominio de la demandada, en términos de su capacidad para imponer condiciones en las sucesivas renovaciones de los contratos de subconcesión;

Trigésimo noveno. Que, establecido el régimen jurídico al que debe sujetarse la demandada respecto de las empresas *courier* que operan en el Aeropuerto, y definido el mercado relevante del caso de autos, se analizará a continuación si las conductas imputadas a SCL en la demanda se encuentran acreditadas y si constituyen una infracción a lo dispuesto en el artículo 3º del D.L. N° 211;

Cuadragésimo. Que, como ya se señaló, las alternativas tarifarias que las Bases de Licitación establecen para los “Servicios del Terminal Aéreo de Carga” fueron modificadas por el Convenio Complementario N° 2, en octubre del año 2004, estableciéndose de común acuerdo entre SCL y el MOP que las tarifas por las subconcesiones de estos servicios pueden corresponder, alternativamente, a (i) un precio por metro cuadrado (según los valores ya descritos en el Cuadro N° 3); (ii) a un porcentaje del valor de las ventas del subconcesionario (con un tope de 20% sobre éstas); o, (iii) al mayor valor entre las alternativas descritas;

Cuadragésimo primero. Que, por otra parte, es un hecho no controvertido el que SCL y las empresas *courier* han celebrado contratos de subconcesión –

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acompañados a fojas 1 y 149– a partir de julio del año 2002, en los que las tarifas acordadas dependen del volumen de carga, medido en kilogramos, que cada una de éstas moviliza en el Aeropuerto AMB;

Cuadragésimo segundo. Que, en relación con la primera conducta ilícita imputada a SCL –descrita en la consideración primera, precedente– dicha concesionaria argumenta, como justificación para implementar un sistema tarifario basado en el volumen de carga, que los kilogramos transportados por las empresas *courier* funcionan como un indicador de las ventas realizadas por estas empresas. Así, la parte demandada pretende justificar su sistema tarifario como una de las alternativas que le permiten las Bases de Licitación;

Cuadragésimo tercero. Que, sin embargo, a juicio de este Tribunal, el sistema de cobro de tarifa en base a los kilogramos transportados por empresas *courier* derechamente no forma parte de los esquemas de cobro permitidos por las Bases de Licitación. Así, dada la posición de dominio que SCL detenta en su relación con las empresas subconcesionarias de servicios *courier*, tal transgresión además representa un ilícito contra la libre competencia, fruto del ejercicio abusivo de una posición de dominio de mercado;

Cuadragésimo cuarto. Que, en efecto, las normas de las Bases de Licitación que establecen las distintas alternativas de cobro que puede utilizar la concesionaria, respecto de los servicios de *courier* y correo (punto 1.10.2.III A) h) 4.), no especifican qué “ventas” deberán considerarse para aplicar el porcentaje allí señalado y calcular así el “derecho mensual de operación” que SCL estaría facultado a cobrar a las empresas *courier*. A juicio de este Tribunal, las únicas ventas a las que se puede aplicar el cobro del “derecho mensual de operación” son aquellas que efectivamente se realizan en las instalaciones del Aeropuerto. Con respecto al resto del movimiento que efectúan empresas *courier*, se debe cobrar exclusivamente según las otras modalidades que contemplan las Bases de Licitación;

Cuadragésimo quinto. Que, en consecuencia, ante la falta de claridad en las Bases respecto del concepto de “ventas” sobre el cual sería aplicable el porcentaje de tarifa máxima de 20%, la concesionaria SCL pudo haber empleado el sistema de cobro alternativo permitido en las Bases de Licitación, esto es, según los metros cuadrados usados por cada empresa, o alternativamente solicitar una aclaración o apropiada interpretación de las Bases;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo sexto. Que, a mayor abundamiento, este Tribunal además estima que el esquema de cobro en función de los kilogramos totales transportados por cada empresa *courier*, tanto en operaciones de importación como de exportación, representa un indicador derechamente errado del valor de las ventas que cada *courier* realiza gracias a su acceso a la instalación esencial que ha sido subconcesionada por SCL. Ello, en primer lugar, dado que el precio que la empresa *courier* cobre a cada cliente final dependerá no sólo del peso de la carga transportada, sino también de un conjunto de otros factores relevantes; por ejemplo la velocidad, seguridad y certeza del despacho, como también el tipo (valor) de carga transportada. Así, para paquetes de peso equivalente, el precio cobrado por la empresa *courier* a sus clientes finales también dependerá del plazo y seguridad comprometidos para su entrega (1 día, 3 días, certificado, etc.) y del tipo de carga involucrada (documentos, valores, mercaderías frágiles o perecibles, etc.);

Cuadragésimo séptimo. Que, siguiendo con el argumento previo, el uso de los terrenos e instalaciones subconcesionadas por SCL a las empresas de *courier* evidentemente representa sólo una fracción del total de servicios involucrados en la cadena de valor provista por estas empresas. Lo anterior, sumado a la fuerte heterogeneidad que existe en los factores y circunstancias que condicionan el valor final del servicio *courier*, según cuál sea el caso de cada carga transportada, redundante en que sea del todo arbitrario pretender atribuir un determinado porcentaje de las ventas totales de estas empresas al servicio prestado por el uso de la facilidad esencial que SCL subconcesiona a las empresas *courier*;

Cuadragésimo octavo. Que, en conclusión y en opinión de este Tribunal, la aplicación del sistema de cobro basado en un porcentaje de las ventas, en el caso de los terrenos e instalaciones subconcesionadas a las empresas *courier*, es inadecuado e impracticable;

Cuadragésimo noveno. Que, en consecuencia, el régimen de cobros en base a kilogramos transportados, establecido por SCL a los subconcesionarios de servicios *courier*, configura un abuso de su posición dominante ya que, al no poder implementar un sistema de cobros basado en el porcentaje de ventas de estas empresas, utilizó una variable que no estaba permitida por las Bases de Licitación, lo que permitió a SCL realizar un cobro mayor al que corresponde en caso de haber implementado la única alternativa factible, es decir, la de cobrar en base a los metros cuadrados facilitados, como se aprecia en el Cuadro siguiente;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro Nº 4: Precios máximos permitidos y efectivamente cobrados por SCL a empresas *courier*.

Empresas	M² (2006)	Cobro Efectivo Anual, en UF (2006)	Cobro Anual Permitido, según M² Utilizados (UF)	Ingresos por sobre lo Permitido en las Bases (UF, 2006)
Air Facility <i>Courier</i> Ltda.	67	132,9	120,6	12,3
DHL Worldwide Express Chile Ltda.	603	3.183,2	1.040,4	2.142,8
Federal Express Agencia en Chile	486*	1.770,9	856,8	914,1
Hot Express S.A.	126	226,8	226,8	0
Lan <i>Courier</i> S.A.	21,6	116,3	38,88	77,42
TNT Express Worldwide Chile Carga Ltda.	137	1.372,2	246,6	1.125,6
United Parcel Service de Chile Ltda.	317,5**	766,8	1741,5	0
			TOTAL:	11.936,8

Fuente: Informe de la FNE, a fojas 335, a partir de datos entregados por las empresas, y elaboración del TDLC a partir de los contratos presentados a fojas 1 y 149.

* De estos metros cuadrados, 25 corresponden a área pavimentada.

** De estos metros cuadrados, 37,5 corresponden a área pavimentada y 95 corresponden a un terreno construido al costado norte de la Comisaría de "Carabineros de Chile".

Quincuagésimo. Que, ahora en relación con la segunda imputación de ilicitud planteada por las demandantes en contra de SCL, esto es, la discriminación arbitraria entre empresas *courier*, y entre éstas y Correos de Chile, respecto de los precios que SCL cobra por las respectivas subconcesiones, consta también a fojas 1 y 149 que SCL ha establecido esquemas tarifarios distintos para empresas *courier* que se encuentran en condiciones equivalentes de contratación de las instalaciones subconcesionadas. En efecto, a las empresas Blitzen, ATC y TLC se les permite transportar hasta 5.000 kg. mensuales pagando 2 UF por mes. Por su parte, las empresas Columbia y World *Courier* deben pagar también 2 UF por mes, pero sus contratos sólo les permiten transportar hasta 1.500 kg. mensuales; finalmente, las empresas Ocas, Security, Expressit, OCS, y E-shopping, tienen contratos que les otorga el derecho de transportar un máximo de 5.000 kg., aunque en su caso pagando 3 UF mensuales;

Quincuagésimo primero. Que consta entonces, de los contratos acompañados a fojas 1 y 149, que SCL discrimina entre algunas de las empresas *courier*, sin que SCL haya argumentado ni menos acreditado en autos alguna justificación o razón

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de este trato diferente. El hecho acreditado de discriminación arbitraria se refuerza dado que ninguna de las empresas citadas en la consideración anterior tiene asignada cantidad alguna de metros cuadrados dentro del área de concesión del Aeropuerto, por lo que la desigualdad en las tarifas cobradas no refleja una diferencia relevante de costos para el concesionario;

Quincuagésimo segundo. Que, asimismo y continuando con la segunda imputación de ilicitud planteada por las demandantes en contra de SCL, consta en los contratos de fojas 92, 98 y 104 que a la empresa Correos de Chile se le ha subconcesionado el mismo tipo de infraestructura que a las demandantes – corroborado asimismo por la declaración testimonial del Gerente de Correos de Chile, a fojas 374– y, sin embargo, SCL ha utilizado una estructura de cobro fijo, por superficie entregada en subconcesión, y no la estructura de cobro variable, según carga transportada, que aplica a las empresas *courier*, sin que existan razones esgrimidas por SCL ni acreditadas en autos que justifiquen este trato diferenciado;

Quincuagésimo tercero. Que, en consecuencia, este Tribunal estima que se encuentra acreditado que SCL incurrió en discriminaciones injustificadas al establecer tarifas diferentes a empresas *courier* que se encuentran en una misma situación contractual, y además al establecer un esquema distinto y más favorable para Correos de Chile, abusando así SCL de su posición dominante, lo que constituye una infracción sancionable según lo dispuesto en el artículo 3º del D.L. Nº 211;

Quincuagésimo cuarto. Que respecto de la tercera conducta imputada como contraria a la libre competencia, esto es, la de restringir abusivamente la ampliación de la infraestructura requerida por las empresas *courier*, se ha establecido, de la regulación aplicable contenida en las Bases de Licitación, que SCL –como concesionaria del Aeropuerto– debe ofrecer en arrendamiento las áreas de expansión del Terminal de Carga que le sean solicitadas por los operadores de este tipo de servicios, en tanto éstas se encuentren disponibles;

Quincuagésimo quinto. Que, por otra parte, si bien en la contestación del requerimiento SCL afirma que “... *en la actualidad SCL no cuenta con un terreno de aproximadamente 5.000 metros cuadrados (como aparentemente indican los demandantes que serían sus necesidades) que cumpla con los requerimientos necesarios para funcionar como ampliación del terminal de carga*” (fs. 76), inmediatamente señala que existe un terreno disponible en el sector del Terminal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Carga, de más de 14.000 m² hectáreas, y que éste cuenta con las condiciones necesarias para la construcción de un nuevo edificio para las operaciones de las empresas *courier*,

Quincuagésimo sexto. Que, al respecto, la disponibilidad de dicho terreno se ha acreditado a partir de los documentos que rolan a fojas 154, 156, 158, 163, 180 del cuaderno de documentos acompañados a fojas 1, esto es, correspondencia enviada por SCL a ATREX, entre los años 2000 y 2006 en la que se identifica un sector apto y disponible para la nueva infraestructura, corroborado por los antecedentes acompañados a fojas 149, 487, 495, 516, 525 y 631, y las declaraciones de testigos de fojas 381, 411, 614 y 811, sobre dos anteproyectos de nuevas instalaciones –uno realizado conjuntamente por SCL y ATREX, y otro de iniciativa de la propia concesionaria–, lo informado por el MOP, a fojas 149, y por la inspección personal realizada por el Ministro Sr. Menchaca, cuya acta rola a fojas 607 bis;

Quincuagésimo séptimo. Que también se encuentra acreditado, mediante las cartas que rolan a fojas 152, 155, 157, 160, 173, 179, 182 y 184 del cuaderno de documentos acompañados a fojas 1, que ATREX solicitó a SCL, en reiteradas oportunidades y al menos desde julio del año 2000 hasta septiembre de 2006, que se le asignara un terreno para expandir la infraestructura existente o construir un nuevo edificio que les permitiera contar con instalaciones adecuadas a la expansión del volumen de carga operado por las empresas *courier*,

Quincuagésimo octavo. Que, asimismo, se encuentra probado –mediante correspondencia que consta a fojas 163, 166, 180 y 187 del cuaderno de documentos acompañados a fojas 1– que SCL, no obstante haber reconocido la existencia y aptitud del terreno solicitado, condicionó la entrega del mismo a sucesivas exigencias tanto respecto de ATREX como de las empresas *courier* que la integran, exigencias que a juicio de SCL no fueron satisfactoriamente cumplidas y que por lo tanto justificarían, en su opinión, no haber entregado en arrendamiento el mencionado terreno;

Quincuagésimo noveno. Que, en efecto, de los documentos citados en la consideración anterior, lo informado por el Ministro de Obras Públicas a fojas 149, y las declaraciones de testigos a fojas 614 y 616 se ha acreditado que SCL condicionó la entrega del terreno a que ella misma construyera las nuevas instalaciones y que la concesionaria obtuviera del MOP una extensión de la explotación de su concesión, más allá del plazo estipulado en las normas que lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

rigen (documento de fojas 525). Asimismo, también condicionó la entrega del terreno a un incremento en las tarifas que cobra a las empresas *courier* y a que las demandantes financiaran la construcción de áreas destinadas a las oficinas institucionales del Servicio de Aduanas y SAG, a pesar que, posteriormente, el Inspector Fiscal del MOP estimó innecesario considerar en el proyecto áreas destinadas a las oficinas institucionales del Servicio de Aduanas (documentos de fojas 631);

Sexagésimo. Que este Tribunal considera que las citadas condiciones exigidas por SCL a las demandantes son injustificadas y constituyen un abuso de posición dominante. Lo anterior, fundado en los argumentos y antecedentes probatorios que a continuación se señalan;

Sexagésimo primero. Que, en primer término, debe considerarse que la regla general establecida en las Bases de Licitación (punto 1.10.2.A).1.h.3 ya citado) es que corresponde al operador del servicio construir las nuevas instalaciones –o elegir quién las construirá por él– y que sólo alternativamente, con expreso acuerdo entre éste y la concesionaria, podría SCL proceder a edificar la infraestructura requerida. Por consiguiente, la condición planteada por SCL para la entrega del terreno solicitado limita la libertad de los operadores *courier* para elegir quién construirá las instalaciones en base a criterios de eficiencia y costos, así como para determinar el mecanismo de financiamiento de la inversión pues, al ser construido por SCL, dicha inversión debía ser retribuida mediante las tarifas de subconcesión y en los plazos a que se sujete la concesión del Aeropuerto. Por último, dado que no consta que la autoridad sectorial haya aceptado la propuesta de SCL de extender el plazo de explotación de esta infraestructura, resulta evidente que la concesionaria no tendría actualmente ningún interés en proceder a su construcción, corroborado por la declaración del Gerente General de SCL, Sr. Alfonso Lacámara Suarez, en prueba confesional de fojas 434, quien señala que *“por el plazo remanente de la concesión, que se puede estimar entre 6 y 8 años, SCL no puede construir directamente porque no puede recuperar su inversión en ese plazo”*;

Sexagésimo segundo. Que, como segundo elemento de juicio, este Tribunal considera que condicionar la construcción de nueva infraestructura a un nuevo incremento de las tarifas que pagan las empresas *courier* a SCL, bajo un sistema que, como ya se señaló, excede lo establecido en las regulaciones que rigen su concesión, constituye claramente una conducta que pretende incrementar las rentas de la concesionaria, abusando de su posición monopólica;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo tercero. Que, asimismo, consta de lo informado por el MOP a fojas 149 y en los elementos probatorios citados en las consideraciones quincuagésimo octava y quincuagésimo novena, que SCL estableció además, como condición esencial del anteproyecto del nuevo edificio para las empresas *courier*, que se incorporara una determinada superficie habilitada para instalar las oficinas institucionales del Servicio de Aduanas, así como dependencias para el Servicio Agrícola y Ganadero, y que éstas debían ser financiadas por las empresas *courier*. Sin perjuicio de que el Inspector Fiscal del MOP, al revisar dicho anteproyecto, señaló que dichas condiciones eran innecesarias, este Tribunal estima como abusiva la imposición, por parte de SCL a las demandantes, de la obligación de financiar inversiones destinadas al uso de servicios públicos, situación que claramente altera la normal asignación de recursos en una concesión de obras públicas como es el Aeropuerto;

Sexagésimo cuarto. Que SCL ha argumentado en su defensa que los criterios generales de competencia establecidos en las Bases de Licitación fueron revisados por la Comisión Preventiva Central -Dictamen N° 1.014- y que, en opinión de dicha Comisión, *“éstas contienen los mecanismos de resguardo suficientes para garantizar la inexistencia de conductas anticompetitivas”*;

Sexagésimo quinto. Que, al respecto, este Tribunal considera que si bien las Bases de Licitación contienen mecanismos de resguardo destinados a prevenir que el concesionario abuse de su posición dominante, ello en ningún caso garantiza que dichos abusos no se producirán, ni tampoco reduce la responsabilidad que SCL pueda tener en ellos. Por el contrario, resulta aún más grave que un concesionario, sujeto a las condiciones y sanciones específicas que establecen las Bases de Licitación, igualmente actúe en contravención a la libre competencia y abuse de su posición respecto de usuarios del Aeropuerto. En ese sentido, la posición monopólica que le otorga la concesión le significa un especial deber de cuidado en sus actos, por lo que debió tener particular preocupación en atenerse a los términos del marco jurídico que rige su concesión, circunstancia que no ocurrió, tal como se ha establecido;

Sexagésimo sexto. Que, por otra parte, si bien el Dictamen N° 1.014 contiene una declaración general respecto de las Bases de Licitación, éste no se refiere en particular a la materia específica denunciada en el caso de autos, ni evalúa el régimen aplicable a los *courier* como usuarios del Aeropuerto, ni mucho menos se refiere a eventuales infracciones en su cumplimiento. A juicio de este Tribunal, fue precisamente el esquema de cobro establecido en las Bases de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Licitación para la subconcesión de estos servicios, en particular el sistema de cobro variable en base a “las ventas” del subconcesionario –que no se condice con las características y condicionantes de estos servicios– lo que permitió que SCL abusara de su poder monopólico en los términos ya descritos;

Sexagésimo séptimo. Que, asimismo, afirma SCL en su defensa que los contratos suscritos por ella con ATREX y las empresas *courier*, y sus modificaciones, fueron remitidos al Inspector Fiscal de MOP para su revisión, sin que éste haya presentado reparos. Al respecto, este Tribunal estima que no obsta a su facultad de sancionar las conductas contrarias a la libre competencia el hecho que los funcionarios administrativos, encargados de supervigilar los actos de la concesionaria, no hayan ejercido adecuadamente las potestades fiscalizadoras con que cuentan, ni menos aún que esta aquiescencia tácita pueda legitimar conductas contrarias a la libre competencia, aún cuando es un factor que será considerado al momento de determinar la multa a aplicar;

Sexagésimo octavo. Que, existiendo en las Bases una alternativa de cobro aplicable a las empresas *courier* –según los precios por metro cuadrado establecidos en el Convenio Complementario N° 2– este Tribunal considera innecesario ordenar la modificación de las Bases de Licitación en los términos señalados por las demandantes;

Sexagésimo noveno. Que, en consecuencia, habiéndose establecido y acreditado tres conductas de SCL que constituyen infracciones a lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211, se sancionará a dicha concesionaria con las multas que se señalan en lo resolutivo, sin perjuicio de lo que se expresará respecto de las restantes peticiones de la demandante;

Septuagésimo. Que, en cuanto a los argumentos presentados por SCL en su contestación de la demanda, referidos a supuestas conductas de ATREX que serían contrarias a la libre competencia, este Tribunal estima que no procede pronunciarse respecto de ellas, ya que no se ha ejercido una acción en contra de dicha asociación gremial;

Septuagésimo primero. Que, para determinar el monto de la sanción, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 26° del D.L. N° 211, este Tribunal debe considerar, entre otras circunstancias, el beneficio económico obtenido con motivo de las infracciones, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo segundo. Que se considerará, como elemento de base para la determinación de la multa, los ingresos injustificados –aquellos que exceden al nivel máximo de tarifas que correspondería haber aplicado según las Bases de Licitación– obtenidos por la demandada a partir del 13 de noviembre del año 2004. De acuerdo con la información que se ha acompañado al expediente, estos ingresos se estiman en aproximadamente \$522 millones;

Septuagésimo tercero. Que, como otro elemento relevante para determinar el monto de la multa, este Tribunal considera que el efecto económico causado por la conducta ilícita corresponde no sólo a los mayores ingresos que obtuvo SCL por los cobros excesivos a las empresas *courier*, sino además el conjunto de las pérdidas económicas provocadas por las conductas discriminatorias y el retraso en la habilitación de la infraestructura requerida por dichas empresas, en los términos ya descritos;

Septuagésimo cuarto. Que, en cuanto a la gravedad de la conducta, se considerará especialmente que SCL, en su calidad de oferente monopolista de instalaciones que conforman la concesión del Aeropuerto, debió tener particular cuidado en atenerse a los términos del marco jurídico que rige dicha concesión, circunstancia que no ocurrió, tal como se ha establecido. Sin embargo, se ponderará también, para efectos de aminorar la gravedad de la conducta, que el Inspector Fiscal del MOP –quien debió supervigilar el cumplimiento de las Bases de Licitación– no objetó en su oportunidad estas prácticas, aún cuando conocía de su existencia;

Septuagésimo quinto. Que en relación con la calidad de reincidente del infractor, en la Sentencia N° 61 del año 2007, este Tribunal señaló, en la consideración cuadragésima primera “*Que, en consecuencia, el régimen de cobros establecido por SCL a los subconcesionarios del servicio de taxis configura un abuso de su posición dominante, por lo que se impondrán las condiciones que se señalan en lo resolutivo*”, acogiendo parcialmente la demanda interpuesta por la empresa Delfos en contra de SCL e imponiéndole determinadas obligaciones y condiciones en virtud de lo establecido en el artículo 26 del D.L. N° 211, lo que será considerado también al determinar el monto total de la multa que se establece en lo resolutivo

Septuagésimo sexto. Que, finalmente, este Tribunal ha tomado en consideración para determinar el monto de la multa, el efecto disuasivo que debe tener como objetivo toda sanción;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18º, 19º, 22º, 26º, del Decreto Ley N° 211, y demás preceptos legales citados, **SE RESUELVE:**

1. Acoger las tachas formuladas por las demandantes a fojas 781, y por la demandada a fojas 404, 416, 616;
2. Rechazar la tacha interpuesta por la parte demandante, a fojas 811, sin costas;
3. Acoger la demanda interpuesta en contra de SCL, en cuanto se declara que dicha empresa ha incurrido en las conductas de discriminación y abuso de posición dominante indicadas en esta sentencia;
4. Condenar a SCL al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 1800 (mil ochocientas) Unidades Tributarias Anuales;
5. Declarar que SCL sólo puede cobrar a las empresas *courier* de acuerdo a lo permitido en las Bases de Licitación, y según lo establecido en la consideración cuadragésimo cuarta;
6. Declarar que SCL debe entregar en arrendamiento a las demandantes y a las empresas *courier* que se lo requieran, un terreno dentro del Aeropuerto Arturo Merino Benítez que sea apto para la operación de servicios del Terminal de Carga a fin de que éstas, conjunta o separadamente, construyan las instalaciones que permitan su adecuada operación;
7. Declarar que es contrario a la libre competencia que SCL y la inspección fiscal practicada por el MOP exijan normas de constructibilidad distintas al edificio a construir para las empresas *courier*, según si el proyecto sea elaborado por SCL o por las empresas referidas;
8. No condenar en costas a la demandada, por no haber sido totalmente vencida;

Se previene que el Ministro Sr. Tomás Menchaca O. concurre en lo sustantivo al fallo, pero estuvo por aplicar una multa de 1.000 (mil) U.T.A.;

Se previene que el Ministro Sr. Julio Peña T. concurre a la sentencia y, a mayor abundamiento, estima conveniente declarar que:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- a) En las futuras Bases de Licitación de concesiones aeroportuarias, o en los documentos que las complementan, se deben explicitar los fundamentos de las estructuras tarifarias permitidas en dichas Bases, incluyendo la justificación de sus parámetros, con el objeto de promover mayor transparencia en la determinación de tales estructuras tarifarias y así contribuir a precaver conductas abusivas como las sancionadas en esta sentencia; y,
- b) Para calcular el monto de toda multa se debe considerar su efecto disuasivo tal como dice la sentencia, y que, en general, el logro de tal efecto requiere que el valor esperado de la sanción sea mayor que el valor esperado del beneficio obtenible mediante conductas que infrinjan la ley.

Notifíquese y archívese en su oportunidad. Transcríbese al Sr. Ministro de Obras Públicas. Ofíciense.

Rol C N° 113-06

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres.

Autorizada por el Secretario Abogado, Sr. Javier Velozo Alcaide.