

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

Santiago, veintinueve de diciembre de dos mil ocho.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**Primero.** Que, con fecha 17 de septiembre de 2008, mediante su Resolución N° 28, este Tribunal absolvió favorablemente la consulta de la Asociación de Transporte Marítimo, Lacustre, Fluvial y Turístico Sur Austral A.G. (en adelante ARMASUR) de fojas 198 y siguientes, sólo en cuanto declaró que el artículo 36°, inciso 9°, del Decreto Ley N° 825 de 1974, es contrario a la libre competencia, por lo que propuso a S. E. la Presidenta de la República, a través del Sr. Ministro de Hacienda, que promueva su modificación, a fin de que se ponga término a la discriminación arbitraria contenida en el mismo;

**Segundo.** Que, con fecha 25 de septiembre de 2008, mediante presentación de fojas 545, ARMASUR interpuso recurso de reposición en contra de la citada Resolución, solicitando se acoja favorablemente la totalidad de la consulta efectuada o, en su defecto, se declare y especifique bajo qué condiciones legales deben desarrollarse las actividades de los cruceros tanto nacionales como extranjeros dentro del mercado geográfico relevante definido por este Tribunal;

**Tercero.** Que, según ARMASUR, en la Resolución N° 28 el Tribunal habría perdido la perspectiva del mercado y se habría limitado a analizar norma por norma la situación planteada en la consulta de autos y que, si así fuera, probablemente ninguna norma sería susceptible de un reproche desde el punto de vista de la libre competencia, porque tendría una razón de ser. De este modo, sería por el contexto en que son aplicadas dichas normas y las nuevas situaciones que se presentan lo que produciría distorsiones a la libre competencia;

**Cuarto.** Que ARMASUR funda su recurso de reposición en los siguientes argumentos: (i) que el Tribunal en la Resolución N° 28 erróneamente confundió el derecho a enarbolar una bandera respecto de los efectos que ello produce. En este sentido, señala que ARMASUR no cuestiona ni pretende restringir el derecho a enarbolar libremente la bandera que cada armador desee, sino que se analice y corrijan las distorsiones que se producen por la operación de naves con pabellones de conveniencia dentro del territorio jurisdiccional chileno; (ii) que el Tribunal se equivocó al analizar la forma en que los cruceros nacionales y extranjeros son eximidos de ciertos derechos aduaneros. Con relación a este punto, señala que la norma que exige del pago de derechos de aduana a las

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

naves que realizan transporte internacional por el denominado “rancho”, efectivamente –y tal como señala la Resolución N° 28- no discrimina entre naves nacionales y extranjeras, sino que el problema se presenta cuando esas naves que hacen transporte internacional desarrollan gran parte de su negocio en aguas jurisdiccionales chilenas; (iii) que el Tribunal también se habría equivocado al analizar las normas que permiten a ciertas empresas navieras de transporte de pasajeros recuperar el Impuesto al Valor Agregado (IVA) pagado por concepto de “rancho” y por ciertos servicios portuarios. En relación con lo anterior, señala que el efecto discriminador planteado en la consulta se materializa por el desarrollo de actividades en aguas chilenas y no precisa y exclusivamente para salir del país; (iv) que la autorización a las naves extranjeras para operar en idénticas rutas que las naves nacionales, en circunstancias que las primeras gozan de una posición privilegiada respecto de las segundas por el distinto tratamiento aduanero y tributario al que se ven sometidas, se traduce en estructuras de costos sustancialmente distintas que no les permiten competir en igualdad de condiciones. Por otro lado, dichas autorizaciones deberían darse por cada nave y ruta a transitar y no pueden ser genéricas, ya que de lo contrario se estaría derogando por vía administrativa la reserva del cabotaje establecida en la Ley de Fomento de la Marina Mercante Nacional; y, (v) que la Resolución N° 28 de este Tribunal, si bien sería adecuada en un escenario de competencia perfecta e ideal, sólo es un espaldarazo para quienes pretenden y promueven las actividades de *landing*. En este sentido, señala que no puede entenderse que la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR) se encuentra facultada para decidir a su solo arbitrio si autoriza a naves extranjeras a desarrollar dicha actividad, y que las normas constitucionales así como diversas disposiciones legales exigen a dicho organismo, respecto del resto de las autoridades, cumplir sus cometidos coordinadamente y propender la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones;

**Quinto.** Que, a fojas 715, este Tribunal puso en conocimiento de los terceros intervinientes el recurso de reposición interpuesto por ARMASUR, a efecto de que hicieran presentes sus observaciones dentro del término de 10 días hábiles;

**Sexto.** Que, mediante presentación rolante a fojas 726, el Servicio de Impuestos Internos (SII) formuló observaciones al recurso interpuesto por ARMASUR, señalando que el mismo no señala otras normas distintas ni aporta nuevos antecedentes a los manifestados en su consulta, de tal forma que sólo le cabe reiterar lo expuesto en su Ordinario N° 300 de 14 de febrero de 2008, rolante

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

a fojas 347. Así, en opinión del SII, la única norma que establece alguna discriminación tributaria de fuente legal en perjuicio de las empresas navieras nacionales, es la contenida en el inciso 9° del artículo 36 de la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios;

**Séptimo.** Que, mediante presentación rolante a fojas 729, la Empresa Portuaria Puerto Montt y la Empresa Portuaria Austral formularon las siguientes observaciones al recurso de reposición interpuesto por ARMASUR: (i) que el Tribunal estableció correctamente que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar reconoce el derecho de cualquier nave de inscribirse en el Estado que estime conveniente, por lo que no existe una discriminación de fuente legal, y que de acogerse lo solicitado por ARMASUR y se estableciera un impuesto adicional a los cruceros extranjeros, se podría generar el efecto de disminuir la oferta de naves extranjeras que viajan a la Patagonia chilena; (ii) que si bien ARMASUR señala en su recurso que el Servicio Nacional de Aduanas no entendió el sentido de su consulta y que el Tribunal hizo suya la opinión de dicho servicio, no explica de qué forma puede visualizarse alguna discriminación de fuente legal. Asimismo, hace presente que, de los derechos de aduana o de su exención, sólo participan las naves de crucero internacional, motivo por el cual no resulta posible efectuar una comparación acerca de su tratamiento respecto de las naves de crucero nacionales, las cuales jamás estarán afectas a estos gravámenes; (iii) Que ARMASUR reconoce en su recurso que no existe una discriminación legal en su contra en materia tributaria, ya que la supuesta discriminación invocada sería entre puertos chilenos y no entre empresas nacionales y extranjeras; (iv) que no es efectivo que la DIRECTEMAR esté derogando por vía administrativa la reserva de cabotaje establecida en la Ley de Fomento a la Marina Mercante, ya que el artículo 3° de dicha Ley define el cabotaje como el transporte por medio acuático de pasajeros y de carga entre puntos del territorio nacional, por lo que las naves de crucero internacional no realizan cabotaje, dado que siempre su puerto de arribo o de zarpe es foráneo y nunca transportan pasajeros exclusivamente entre puertos del país. Además, señala que el artículo 227 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece: *“Al ejercer sus derechos y al cumplir sus deberes con arreglo a esta Parte, los Estados no discriminarán, de hecho ni de derecho, contra los buques de ningún otro Estado”*; y, (v) que según su experiencia, los supuestos problemas de legalidad que aduce ARMASUR para limitar la actividad de *landing* no son tales, ya que en todos los casos en que se solicita efectuar dicha actividad, los pasajeros ya han efectuado su control migratorio en algún puerto habilitado. Por

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

otra parte, agrega que el sólo hecho de tratarse de pasajeros provenientes del extranjero descarta la existencia de cabotaje, según lo indicó;

**Octavo.** Que, mediante presentación rolante a fojas 739, la Superintendencia de Casinos de Juego presentó sus observaciones, señalando que comparte las conclusiones de este Tribunal, en el sentido que no existe una discriminación de fuente legal en contra de las naves nacionales para la explotación de juegos de azar. Asimismo, hace presente que en lo que respecta a la reposición interpuesta por ARMASUR, a su juicio, las normas legales y administrativas que instauran las bases para la autorización, funcionamiento y explotación de juegos de azar en naves mercantes mayores nacionales, no establecen diferencias en las condiciones y exigencias aplicables a las naves de bandera nacional para la excepcional explotación de tal actividad a bordo, por lo que no se entorpece ni atenta en contra de la libre competencia;

**Noveno.** Que, mediante presentación rolante a fojas 747, el Servicio Nacional del Turismo hizo presente que no tiene nuevas consideraciones que aportar en la causa, por lo que reitera en todas sus partes lo ya manifestado en su Ordinario N° 134, rolante a fojas 344;

**Décimo.** Que, mediante presentación rolante a fojas 750, la DIRECTEMAR hizo presente que no tiene nuevas consideraciones que aportar en esta causa;

**Undécimo.** Que ARMASUR, en su recurso de reposición, no aportó nuevos argumentos que permitan a este Tribunal vislumbrar la pertinencia de modificar o dejar sin efecto lo resuelto en la Resolución N° 28. Muy por el contrario, según se aprecia de una simple lectura de su presentación, ARMASUR basa su recurso de reposición en las mismas consideraciones que latamente expuso en su consulta, pero presentadas en un orden y de manera distinta;

**Duodécimo.** Que, sin perjuicio de ello, corresponde hacerse cargo del que parece ser el único argumento distinto esgrimido por la consultante en su reposición, esto es, que si bien cada una de las normas cuya revisión se solicitó a este Tribunal, individualmente considerada, podría no ser susceptible de reproche desde el punto de vista de la libre competencia, tanto el contexto en que son aplicadas dichas normas como las nuevas situaciones que se presentan serían factores que, considerados en conjunto, producirían una distorsión en la libre competencia;

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

**Decimotercero.** Que, a juicio de este Tribunal, este argumento debe desecharse, en primer término, porque el contexto a que se refiere la recurrente es el mismo que se tuvo en consideración para resolver la consulta, no existiendo en el recurso de reposición argumentos ni antecedentes que hagan pensar que el contexto en que se aplican las normas en cuestión sea ahora distinto o haya sido uno diferente al analizado; y porque, en segundo lugar, no resulta lógico deducir de la interrelación entre normas que se han declarado lícitas desde el punto de vista de la libre competencia –con la sola excepción del artículo 36°, inciso 9°, del Decreto Ley N° 825 de 1974–, un resultado contextual que resulte perjudicial para la misma. En otras palabras: de distintas normas lícitas no es posible deducir ni afirmar que dichas disposiciones, consideradas en conjunto, sean ahora ilícitas, pues la manera de agruparlas o contextualizarlas no las transforma ni puede transformarlas por ese solo hecho en algo diferente;

**Decimocuarto.** Que, adicionalmente, este argumento de la recurrente debe también ser desechado desde el momento en que no se han indicado en el recurso cuáles serían las nuevas situaciones que se habrían presentado y que se mencionan como determinantes para este nuevo análisis de contexto, no existiendo, en consecuencia, evidencia al respecto que pueda ser ponderada para los efectos de revisar la resolución recurrida;

**Decimoquinto.** Que, por lo demás, ninguna de las opiniones agregadas al expediente con motivo de la reposición contiene información o argumentos que puedan hacer cambiar la opinión a la que llegó este Tribunal en la resolución recurrida. Por el contrario, el Servicio de Impuestos Internos (a fojas 726), la Empresa Portuaria Puerto Montt y la Empresa Portuaria Austral (ambas a fojas 729), la Superintendencia de Casinos de Juego (a fojas 739), el Servicio Nacional del Turismo (a fojas 747) y la DIRECTEMAR (a fojas 752), han sido contestes en reiterar o ratificar lo que ya habían manifestado a este Tribunal, en el sentido que la única discriminación legal detectada es la que se refiere al artículo 36°, inciso 9°, del Decreto Ley N° 825 de 1974, lo que reafirma la improcedencia de revisar lo resuelto;

**Decimosexto.** Que, sin perjuicio de lo anterior, es preciso referirse a un argumento sobre el cual la recurrente ha insistido, al que asigna un carácter central, y que consiste en atribuir a la decisión de la DIRECTEMAR un carácter determinante en la configuración de las discriminaciones normativas que afectarían a la consultante;

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

**Decimoséptimo.** Que, tal como lo reconoce la propia ARMASUR tanto en su consulta como en su recurso de reposición, es la DIRECTEMAR la autoridad competente para determinar la forma como debe hacerse uso del denominado “derecho de paso inocente”, definido en los artículos 17, 18 y 19 de la Convención sobre el Derecho del Mar;

**Decimooctavo.** Que, en consecuencia, tal como se expuso en la resolución recurrida, lo que existe en relación a este punto es una diferencia de interpretación de lo que constituiría el “paso inocente”, entre la autoridad marítima nacional (DIRECTEMAR) y algunos particulares, como sería el caso de ARMASUR. Así, resulta evidente que lo reprochado por ARMASUR en su consulta no fue una discriminación de fuente legal, sino un eventual error por parte de la DIRECTEMAR al calificar como “paso inocente” ciertas actividades que no caerían dentro de esa definición;

**Decimonoveno.** Que, al respecto, este Tribunal considera que no se han presentado, ni en autos ni en el recurso que aquí se resuelve, antecedentes suficientes que permitan establecer la existencia del error de interpretación que la recurrente atribuye a la DIRECTEMAR al calificar como “paso inocente” ciertas actividades que, según ARMASUR, no caerían dentro de esa definición, por lo que el recurso debe rechazarse por esta sola causa;

**Vigésimo.** Que, además, y con el objeto de despejar cualquier duda que pudiese quedar en esta materia, es preciso dejar establecido que, a juicio de este Tribunal, la facultad de la DIRECTEMAR para calificar un determinado paso como “inocente” cae dentro del ámbito de sus atribuciones legalmente establecidas y del correspondiente ámbito de discrecionalidad comprendido en ellas, por lo que su ejercicio no puede ser considerado como una discriminación de fuente legal, como pretende la recurrente;

**Vigésimo primero.** Que, no obstante lo anterior, el hecho que la DIRECTEMAR califique de “inocente” el paso que hacen los cruceros internacionales dentro del área comprendida entre la ciudad de Valparaíso y la denominada Patagonia Chilena tiene efectivamente consecuencias en relación con las materias sometidas a consulta por ARMASUR;

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

**Vigésimo segundo.** Que, así, esta calificación de la DIRECTEMAR determina que el servicio prestado por estos cruceros sea efectivamente de transporte internacional; determinación que, a su vez, impide considerar como discriminatorias las exenciones aduaneras y tributarias cuestionadas en autos por la consultante y que fueron latamente explicadas en la Resolución N° 28 de este Tribunal, pues éstas benefician, precisamente, a los cruceros internacionales;

**Vigésimo tercero.** Que, por la misma razón, esta calificación de la DIRECTEMAR determina, por otra parte, que tampoco exista discriminación normativa en la autorización que dicha repartición otorga para que las naves extranjeras naveguen por las mismas rutas y puntos por las que navegan los cruceros nacionales; autorización que, por lo demás, también se encuentra dentro del ámbito de sus atribuciones legales y discrecionales, según lo establece el Reglamento de Tarifas y Derechos de la DIRECTEMAR (DSM N° 427 de 25 de junio de 1979);

**Vigésimo cuarto.** Que, a mayor abundamiento, esta calificación de la DIRECTEMAR sería consistente con la autorización que ha dado dicha repartición a los cruceros internacionales para realizar la actividad de *landing*. Tal como se hizo presente en la Resolución N° 28, el hecho que la DIRECTEMAR haya autorizado a los cruceros internacionales a efectuar actividades de *landing* no atentaría contra la libre competencia en el mercado relevante de autos sino que, por el contrario, la aumentaría, por cuanto permite que más actores puedan llevar a cabo efectivamente el servicio de cruceros en el citado mercado lo que, en principio, debería traducirse en la prestación de servicios de cruceros por un número mayor de actores, de mayor calidad y a menores precios;

**Vigésimo quinto.** Que, también a mayor abundamiento, este Tribunal comparte en esta materia las observaciones presentadas por la Empresa Portuaria Puerto Montt y la Empresa Portuaria Austral respecto del recurso deducido por ARMASUR -resumidas en la consideración Séptima, precedente-, pues de dichas observaciones resulta como única conclusión posible la falta de novedad y fundamento de los argumentos que la consultante reitera en su recurso;

**Vigésimo sexto.** Que, por todo lo anteriormente razonado, el recurso de reposición presentado por ARMASUR debe desecharse, atendido que no se han presentado argumentos diferentes a los esgrimidos previamente, y que los que motivan el recurso no son suficientes para alterar lo resuelto; y,

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

**Vigésimo séptimo.** Que, por último, cabe destacar que no se han aportado nuevos antecedentes al recurso que pudieran llevar a este Tribunal a revisar lo resuelto, toda vez que las normas y documentos citados en el mismo son, en su totalidad, anteriores a la fecha de presentación de la consulta, pudieron haberse presentado en su oportunidad junto con ésta y, lo más relevante, no alteran ni contradicen ninguno de los elementos de juicio y demás antecedentes que se tuvieron a la vista para llegar a las conclusiones que motivaron la Resolución N° 28;

Por lo expuesto y lo preceptuado en los artículos 1°, 2°, 18° N° 2) y 31° del Decreto Ley N°211 y demás normas aplicables,

**SE RESUELVE:**

**Rechazar** el recurso de reposición interpuesto a fojas 545 por la Asociación de Transporte Marítimo, Lacustre, Fluvial y Turístico Sur Austral A.G., sin costas.

**Se previene** que el Ministro señor Peña si bien concurre en lo sustantivo a lo resuelto, estuvo por precisar que, en su opinión, según lo dispuesto en los artículos 18 N°2 y 19 N°2 letras g) y l) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la condición de “paso inocente” no cabría ser otorgada a cruceros internacionales cuya finalidad de negocio sea, exclusivamente o de forma manifiestamente mayoritaria, la venta de servicios asociados al transporte turístico de pasajeros dentro de territorio chileno.

Notifíquese por correo electrónico y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N°244-08.

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sr. Radoslav Depolo Razmilic y Sr. Julio Peña Torres. Autorizada por el Secretario Abogado, Sr. Javier Velozo Alcaide.