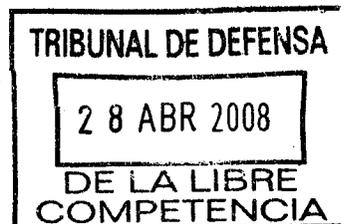


03



1109-08
DST

C/1

EN LO PRINCIPAL: Informa. **EN EL OTROSI:** Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONOMICO, con domicilio en Agustinas N° 853, piso 2, en los autos caratulados "**Consulta de Asociación de Transporte Marítimo, Lacustre, Fluvial y Turístico Sur Austral A.G.**", Rol NC° 244-08, a ese H. Tribunal con respeto digo:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211, vengo en aportar los siguientes antecedentes al proceso:

I. LA CONSULTA

1. La consulta ha sido efectuada por la Asociación de Transporte Marítimo, Lacustre, Fluvial y Turístico Sur Austral A.G., en adelante Armasur, una Asociación Gremial que agrupa a 13 empresas navieras, miembros de la Asociación Nacional de Armadores, cuyos socios se desempeñan en el transporte marítimo, turismo y servicio a la industria acuícola. Está compuesta por una flota de 80 embarcaciones mayores.
2. La consultante sostiene la existencia de discriminación de fuente legal en el mercado de los cruceros marítimos con fines turísticos, en perjuicio de los cruceros nacionales, razón por la cual solicita a ese H. Tribunal que, en ejercicio de la atribución conferida por el N° 4 del artículo 18 del Decreto Ley N° 211, proponga a S.E., la Presidencia de la República, a través de los Ministros de Estado correspondientes, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios pertinentes, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios que sean necesarios para fomentar y equiparar la competencia.

II. LA INDUSTRIA

3. La industria de los cruceros turísticos, particularmente en la Patagonia chilena nació gracias a la iniciativa del armador don Constantino Kochifas en 1978 con la llegada del primer barco realmente acondicionado para cruceros turísticos, la Motonave Skorpio I, de 490 Tonelada de Registro Bruto (TRG), con una capacidad para 160 pasajeros, efectuando viajes desde Puerto Montt hasta la Laguna San Rafael en la XI Región. En el año 1988 entra en servicio la Motonave Skorpio II, de 1.523 TRG; y en 1995, el Skorpio III, de 1.597 TRG el que navega entre Puerto Natales y Puerto Edén en la XII Región.
4. Con sede en Punta Arenas, la Motonave Mare Australis, de 2.664 TRG, con capacidad para 128 pasajeros efectúa cruceros entre Punta Arenas- Puerto Williams-Ushuaia (Argentina)- Punta Arenas. La Motonave Vía Australis, de 2.716 TRG, con capacidad para 128 pasajeros realiza la misma ruta que la anterior.
5. A contar del año 2001, las grandes empresas armadoras de cruceros turísticos a nivel mundial comienzan a proporcionar cruceros para el extremo austral de América del Sur.
6. En la temporada 2006-2007 recalaron en Punta Arenas 68 cruceros turísticos de gran tonelaje, con capacidad para 60.000 pasajeros, la mayoría provenientes de Estados Unidos.
7. El interés del público extranjero por conocer regiones casi inexploradas, tanto en Alaska como en el extremo sur de nuestro continente, ha provocado un gran aumento en el tráfico de los grandes cruceros turísticos internacionales, constituyéndose éstos en una fuerte competencia para los armadores chilenos.

III. MERCADO RELEVANTE

8. La Fiscalía Nacional Económica entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce,

compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado¹.

9. En el caso, se ha considerado como mercado relevante el de los cruceros marítimos turísticos, con capacidad de pernoctación abordo, que navegan en la llamada Patagonia chilena a través de sus canales y senos visitando los lugares de mayor interés turístico de la Zona.
10. En este mercado compiten cruceros nacionales y extranjeros. Las naves nacionales en su mayoría llegan hasta la Laguna San Rafael en la XI Región; y en ocasiones, hasta Punta Arenas o algún punto intermedio con atractivo turístico. Según Armasur, actualmente se piensa extender con nuevas naves estos cruceros hasta Ushuaia (Argentina), Isla Navarino y Bases Antárticas. Por su parte, las naves extranjeras conectan destinos como las ciudades de Usuahia (Argentina) o Montevideo (Uruguay) con las ciudades chilenas de Valparaíso, Puerto Montt, Chacabuco o Punta Arenas.
11. La industria de los cruceros a nivel mundial crece a tasas cercanas al 4,4%. Según datos de la UNWTO², se espera que en diez años (2005 a 2015) la zona americana crezca a tasas cercanas al 5%. Adicionalmente la industria presenta un alto grado de concentración en la oferta, como se observa en el siguiente cuadro. Los tres mayores grupos de armadores controlan el 62% de la capacidad de esta industria y el 78% de las ventas anuales.

Cuadro N° 1: Industria de Cruceros de Turismo
Principales Armadores a Nivel Mundial

Armador	Capacidad [pasajeros]	Capacidad [porcentaje]	Ventas
<i>Carnival Corp.</i>	109108	34,0%	48,1%
<i>Royal Caribbean Inc.</i>	59450	18,5%	22,5%
<i>Star Cruises plc.</i>	32013	10,0%	8,1%
Otros	120714	37,6%	21,3%

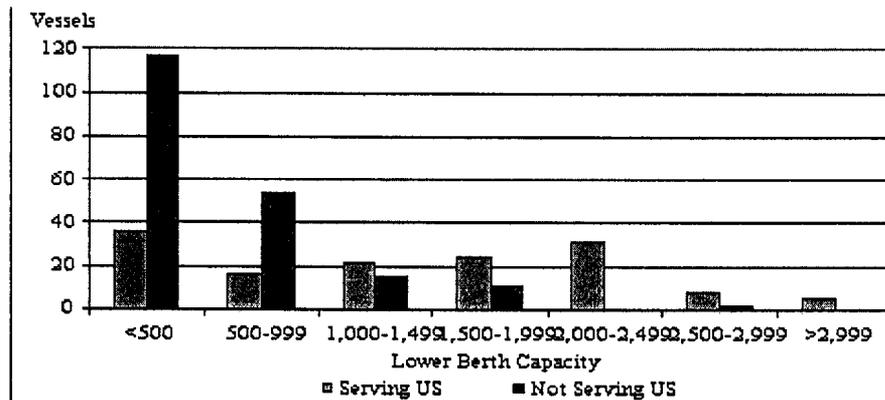
Cruise Industries Review, marzo 2005.

¹ Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, Fiscalía Nacional Económica. www.fne.cl.

² UN, World Tourism Organization. UNWTO's *Tourism 2020 Vision*

12. Existen diferencias de tamaño entre las naves que operan en la zona de Estados Unidos en relación a aquéllas que operan otros destinos. En efecto, como se observa en el siguiente gráfico, las naves cuyos destinos están fuera de Norteamérica corresponden principalmente a naves con capacidad inferior a los 1000 pasajeros.

Gráfico 1: Perfil de Flota según tamaño



Fuente: ShipPax Information, 2004

13. La siguiente tabla entrega información sobre las empresas chilenas que efectúan cruceros turísticos en la zona austral:

Cuadro 2a: Naves con Bandera Chilena operando en el mercado relevante.

Nave	TRG	Capacidad [pasajeros]	Ratio capacidad/ pasajero
Skorprios I	490	160	3.0
Skorprios II	1523	160	9.5
Skorprios III	1597	125	12.7
Terra Australis S.A. (1)	2664	128	20.8
Via Australis S.A. (1)	2716	128	21.2

- (1) Estas últimas dos empresas realizan su servicio entre Punta Arenas, Ushuaia y Puerto Williams.

Fuente: Empresas.

14. A modo de ejemplo, en el bimestre enero-febrero 2007, recalieron en Puerto Montt (XI Región) dos cruceros nacionales (Skorprios I) con un total de 362 pasajeros; en el mismo período recalieron 15 cruceros extranjeros, con un total de 8.908 pasajeros, alrededor del 80% embarcados en los Estados Unidos de Norteamérica.

15. Las banderas de dichas naves fueron: Bahamas, cinco naves; Marshall Islands, dos naves; Holanda y Francia, una nave respectivamente³.
16. Esta situación se repite en las recaladas de naves en Castro, Puerto Montt, Puerto Natales y Punta Arenas.
17. Existen diferencias notables en cuanto a tamaño entre los cruceros internacionales y los cruceros nacionales, como se muestran en la siguiente tabla.

Cuadro 2b: Muestra de Naves con Bandera Extranjera
que operan en el mercado relevante.

Nave	TRG	Capacidad [pasajeros]	Ratio capacidad/ pasajero
Norwegian Dreams	34.242	1650	20.8
Star Princess	108.000	3585	30.1
SilverWind	16927	236	71.7
Seaburn Pride	9975	199	50.1
Spirit of Adventure	9870	291	33.9
Le Diamant	8232	218	37.7

Fuente: Empresas Portuarias.

18. Los cruceros de bandera extranjera que llegan a Chile han diversificado sus viajes, principalmente por efecto de una mejor utilización de sus barcos, por cuanto ya no sólo tienen como destino el Caribe y el Mediterráneo, sino también la zona austral de América del Sur y el extremo de la península Antártica, respondiendo al interés que ha despertado en los turistas extranjeros conocer estas regiones.

IV. CONDICIONES DE ENTRADA

19. No existen mayores barreras de entradas, ni económicas ni legales; sólo se deben cumplir con los requisitos establecidos por la autoridad marítima para el otorgamiento de la matrícula en el puerto chileno.

³ Algunas naves como la Motonave Insignia con bandera de Islas Marshall o bien la Motonave Le Diamant realizaron más de un viaje en dicho intervalo de tiempo.

20. Es más, es factible que barcos que ya operan en otras rutas turísticas desvíen sus operaciones hacia este mercado, en épocas de invierno boreal y menor demanda por destinos del hemisferio norte.
21. Sin embargo, los operadores nacionales tienen restricciones en el corto plazo, asociados al tiempo que demora la construcción de nuevas naves⁴ y al hecho que los principales astilleros están actualmente con su capacidad instalada ocupada⁵.

V. EL DERECHO

22. Seguiremos el orden en que ha expuesto las normas supuestamente discriminatorias la consultante:

a. Pabellones o Banderas de Conveniencia

23. Corresponde a la utilización de banderas registradas en terceros países como Panamá, Liberia o Bahamas por parte de algunas embarcaciones, con el objeto de evitar el pago de impuestos, contratar tripulaciones con menores normativas laborales, evitar el cumplimiento de regulaciones medioambientales y de seguridad marítima, bajando de este modo sus costos de operación.
24. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Tratado Internacional ratificado por Chile en 1997, ha abordado tangencialmente el tema, prohibiendo utilizar más de un pabellón y exigiendo una relación auténtica entre el Estado y el Buque⁶.
25. Como se aprecia, se trata de un asunto que ha sido abordado por la normativa pertinente, incluso a nivel internacional, y que resulta en definitiva ajeno a esta sede.

⁴ Por ejemplo la nave que planea Cruceros Australis con un TRG de 3600 aproximadamente, tiene fecha de entrega estimada a fines del año 2010.

⁵ Clarkson Research, "Construction Vessels of the World" 2007.

⁶ Artículos 91 N°1 y 92 N°2

b. Ley de Casinos

26. El artículo 63 de la Ley N° 19.995, de 2005 y el artículo 42 del Decreto Supremo N° 211/2005 del Ministerio de Hacienda, establecen los requisitos necesarios, que se deberán acreditar ante la Superintendencia de Casinos, para explotar excepcionalmente juegos de azar a bordo de una nave, pues sólo las naves nacionales pueden instalar y explotar casinos a bordo.
27. De ahí que la Autoridad Marítima fiscalice que los casinos de juego de los cruceros internacionales no estén abiertos dentro de las 24 millas náuticas medidas desde las líneas de base, es decir, dentro de la Zona Contigua.
28. En consecuencia, tal como ha señalado la Superintendencia de Casinos, en su Ord. N° 222, de 26 de marzo del presente, dirigido a ese H. Tribunal, la mencionada Ley y sus reglamentos “no establecen ninguna preferencia a favor de las naves turísticas extranjeras”.

c. Derecho de Paso Inocente

29. Los cruceros internacionales hacen uso del denominado “Derecho de Paso Inocente”, que se caracteriza por ser un paso por aguas nacionales en forma rápida e ininterrumpida, realizando actividades que estén relacionadas con dicho paso. Así lo ha definido la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (artículos 17 y 18).
30. Como se aprecia, el desarrollo de actividades turísticas parece ser ajeno al paso inocente y, en cambio, cercano al cabotaje, que el Decreto Ley N° 3059 reserva a las naves chilenas.
31. En cualquier caso, uno de las autoridades directamente relacionadas con el ejercicio del derecho de paso inocente es la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, Directemar, que ha autorizado la navegación de naves extranjeras por aguas interiores, siempre que se cumpla con el requisito de la contratación de un “práctico” chileno, exigencia que incluso deja de aplicarse a las naves cuyos capitanes han rendido un examen, como es el caso de los capitanes de los tres cruceros Skorpios. De ahí que, en la práctica, el derecho de paso así ejercido haya

dado lugar al denominado "landing"⁷, como han expuesto las empresas portuarias Puerto Montt y Austral.

32. En consecuencia, tampoco en esta materia hay en verdad un problema de competencia, sino más bien una discrepancia de los particulares con la interpretación que de las normas pertinentes ha hecho la autoridad competente.

d. Beneficios Aduaneros a favor de los cruceros internacionales

33. Por aplicación de la Partida 0016, de la Sección 0, del Arancel Aduanero, las mercancías incluidas bajo el concepto de rancho, destinadas al transporte internacional, tanto en su importación como en su exportación, se encuentran libres de derechos de aduana.
34. Conforme al Compendio de Normas Aduaneras "se consideran mercancía de rancho, los combustibles, lubricantes, aparejos y demás mercancías, incluidas las provisiones destinadas al consumo de pasajeros y tripulantes que requieran las naves, aeronaves y también los vehículos destinados al transporte internacional, en estado de viajar, para su propio mantenimiento, conservación y perfeccionamiento".
35. En consecuencia, el aprovisionamiento de los cruceros que compiten en sectores como la Patagonia chilena tiene un tratamiento aduanero diferente según si la bandera del crucero es extranjera, caso en el cual está liberado de derechos aduaneros, o nacional, caso en el cual no goza de este beneficio, lo que obviamente conlleva ventajas de costos para los primeros.

e. Recuperación del Impuesto al Valor Agregado (IVA)

36. El artículo 7º del Decreto Ley N° 3059, establece que "las empresas navieras chilenas o extranjeras comprendidas entre éstas las de lanchaje, muellaje y de remolcadores, que efectúen transporte de carga y pasajeros desde el exterior hacia Chile y viceversa, gozarán respecto de estas

⁷ Actividad que tiene lugar cuando los pasajeros de un crucero internacional bajan a tierra o navegan en los botes de la nave hacia zonas de interés turístico carentes de instalaciones portuarias o vigilancia de alguna autoridad local.

operaciones del mismo tratamiento indicado en el artículo 36 del decreto ley N° 825, de 1974.”

37. El artículo 36 del Decreto Ley N° 825 otorga a los exportadores el derecho a recuperar el IVA que se les hubiere recargado al adquirir bienes o utilizar servicios destinados a su actividad de exportación, incluyendo el impuesto pagado al importar bienes con el mismo objeto. La norma considera exportadores a “las empresas aéreas o navieras, o sus representantes en Chile, que efectúen transporte de pasajeros o de carga en tránsito por el país y que, por consiguiente, no tomen o dejen pasajeros en Chile ni carguen o descarguen bienes o mercancías en el país, respecto de la adquisición de bienes para el aprovisionamiento denominado rancho de sus naves o aeronaves...”(inciso 5°), añadiendo luego que “También gozarán de este beneficio, las empresas que no estén constituidas en Chile, que exploten naves pesqueras y buques factorías que operen fuera de la zona económica exclusiva, y que recalen en los puertos de las regiones I, XI o XII, respecto de las mercancías que adquieran para su aprovisionamiento o rancho, o por los servicios de reparación y mantención de las naves y de sus equipos de pesca, por los servicios de muellaje, estiba, desestiba y demás servicios portuarios y por el almacenamiento de las mercancías que autorice el Servicio Nacional de Aduanas. Igual beneficio tendrán las referidas empresas que efectúen transporte de pasajeros o de carga en tránsito por el país y que, por consiguiente, no tomen o dejen pasajeros ni carguen o descarguen bienes o mercancías en Chile, que recalen en las ciudades Regiones por los servicios portuarios que en ellas les presten...” (inciso 9°).
38. En consecuencia, el aprovisionamiento y hasta los servicios portuarios contratados en las regiones I, XI y XII, de los cruceros que compiten en sectores como la Patagonia chilena tienen un tratamiento tributario diferente a nivel de IVA, según si la bandera del crucero es extranjera, caso en el cual puede recuperar el impuesto pagado, o nacional, caso en el cual no goza de este beneficio, lo que obviamente conlleva ventajas de costos para los primeros.

VI. CONCLUSIONES

39. El mercado de los cruceros marítimos turísticos, con capacidad de pernoctación abordo, que navegan en la llamada Patagonia chilena a través de sus canales y senos visitando los lugares de mayor interés turístico de la Zona, es un mercado en desarrollo, con condiciones de entrada favorables, especialmente para los cruceros internacionales, que poseen ventajas de costos respecto de los nacionales, pues están liberados de derechos aduaneros para su aprovisionamiento, y pueden recuperar el impuesto al valor agregado pagado por el mismo y hasta por servicios portuarios contratados en las regiones I, XI y XII.
40. Al respecto, y un caso similar, la Resolución N° 447/1995, de la H. Comisión Resolutiva, solicitó al Supremo Gobierno que patrocinare modificaciones normativas destinadas a considerar como exportador, para fines tributarios, al proveedor de naves en lo relativo al rancho de exportación, asimilándolo a los agentes de naves.
41. La solución a estas asimetrías regulatorias es, en todo caso, de resorte de la autoridad pertinente, la que podría efectivamente equiparar los cruceros nacionales a los internacionales, sea otorgando beneficios a los primeros, sea privando a los segundos de tales beneficios. En Derecho Comparado se han adoptado ambos tipos de soluciones.

Es todo cuanto puedo informar a ese H. Tribunal.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto Ley N° 211,

SOLICITO A ESE H. TRIBUNAL tener por evacuado el informe de esta Fiscalía Nacional Económica y, con ello, por aportados antecedentes al proceso.

EN EL OTROSI: Solicito a ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica emana de lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo y de la Resolución N° 49, de 31 de octubre de 2006, que dispone mi nombramiento en el cargo y que se custodia en la Secretaría del Tribunal.

Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que en la calidad invocada y en la de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocino y asumo la representación de la Fiscalía Nacional Económica, sin perjuicio de lo cual confiero poder a los abogados de esta Fiscalía señores Boris Santander Cepeda, Cristián Reyes Cid y a la señorita Denise Jorquera Muñoz, todos habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente y que firman junto a mí en señal de aceptación.


REPUBLICA DE CHILE
* FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO