

10:58 hrs

TRIBUNAL DE DEFENSA
26 NOV 2009
DE LA LIBRE COMPETENCIA

EN LO PRINCIPAL: Informa.
EN EL OTROSÍ: Personería.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, con domicilio en Agustinas N° 853, Piso 12, en los autos caratulados "Demanda de Codelco-Chile contra Terquim S.A.", Rol C N° 187 - 2009, a ese H. Tribunal con respeto digo:

Con fecha 10 de noviembre de 2009, se ha ordenado en autos oficiar a esta Fiscalía Nacional Económica, con objeto que emita informe sobre los términos de conciliación propuestos por los apoderados de Terquim S.A. (en adelante, **Terquim**), Corporación Nacional del Cobre de Chile (en adelante, **Codelco**) y Empresa Portuaria de San Antonio (en adelante, **EPSA**), mediante presentación de 9 de noviembre del mismo año.

Al efecto, informo a ese H. Tribunal lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. El 3 de marzo de 2009, Codelco presentó demanda en contra de Terquim, a objeto que ese H. Tribunal declarase que los actos ejecutados por la demandada constituyen infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, consistente en un abuso de la posición dominante que dicha empresa detentaría, el cual se tradujo en la imposición de cláusulas abusivas en un acuerdo celebrado entre Codelco y Terquim, destinado a renovar los servicios prestados por esta última a la demandante en el almacenaje de Ácido Sulfúrico; solicitando se decrete una serie de medidas tendientes a eliminar las cláusulas abusivas de dicho acuerdo y la imposición de la correspondiente multa.
2. Con fecha 23 de abril de 2009, Terquim -contestando la demanda interpuesta por Codelco- interpuso además demanda reconvenzional, a objeto de que ese

- H. Tribunal declarase que los actos ejecutados por Codelco constituyen también infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, consistente en un abuso de posición dominante materializado en la obligación a Terquim de prestarle en forma exclusiva y excluyente el servicio de recepción, almacenamiento y embarque de ácido sulfúrico, solicitando la imposición de la correspondiente multa.
3. Posteriormente, con fecha 2 de junio de 2009, Terquim presentó demanda en contra de EPSA (autos Rol C N° 190-2009), por lo mismos hechos y en términos sustancialmente similares a la demanda reconvencional interpuesta en contra de Codelco. Atendido lo anterior, ambos juicios fueron acumulados en uno sólo por resolución de ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de fecha 7 de julio de 2009.

A. PRINCIPALES FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA DE CODELCO

4. Los hechos en que Codelco fundó la demanda que ha dado origen a estos autos, fueron los siguientes:
- a) En 1998, Terquim, luego de ganar la licitación convocada por Codelco, celebró un contrato con esta empresa, para la recepción, almacenamiento y embarque del ácido sulfúrico (en adelante, el Contrato).
 - b) En virtud del Contrato, el ácido sulfúrico es almacenado en el Puerto de San Antonio en 4 estanques ubicados en los sitios 2 y 3 del Molo Sur. Terquim es propietario de esos 4 estanques, que están ubicados en la concesión que le fuese otorgada por EPSA, continuadora legal de la Empresa Portuaria de Chile (en adelante, Emporchi), para la construcción, mantención y explotación de instalaciones de un terminal para el almacenamiento de líquidos; concesión que expiraba el año 2008, pero que se extendió a fin de hacerla coincidir con el Contrato, concluyendo por tanto ambos en marzo del presente año.
 - c) En virtud de que la concesión otorgada por EPSA estaba pronto a terminarse, Codelco consiguió de EPSA en febrero de 2009 que se extendiera la concesión a Terquim por 36 meses (3 años), a fin de que

Codelco pueda llamar a una nueva licitación para la construcción, recepción, almacenamiento y embarque del ácido sulfúrico.

- d) Sin embargo, Terquim en vez de aceptar la ampliación de la concesión por 3 años, habría pretendido imponer cláusulas a Codelco que permitan asegurar la adjudicación de la concesión a Terquim, que la extensión de la concesión sea por 12 años y no por 3, y que en caso que no se extendiere la concesión por 12 años o que ésta terminara con anterioridad a dichos 12 años, establecerse la obligación de Codelco de pagar a Terquim rentas por los meses faltantes para completar los 12 años.
- e) Si Codelco no firma el contrato, o no acepta sus condiciones, la cadena del ácido sulfúrico se vería interrumpiría, teniendo como consecuencia el cierre de el Teniente.

B. PRINCIPALES FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACION DE TERQUIM

- 5. Los hechos fundantes de la contestación de Terquim, fueron los siguientes:
 - a) Terquim señala que a mediados del año 2008, inició con Codelco conversaciones informales a fin de darle continuidad al servicio de almacenaje de ácido sulfúrico, produciéndose varias reuniones al efecto, pero sin resultados concretos.
 - b) En virtud de dichas conversaciones, Terquim hizo llegar a Codelco dos propuestas, una a 136 meses de plazo y la otra a 34 meses de plazo. Ambos contratos mantenían las tarifas actuales en UF, y contemplaban como cláusula de cierre del contrato que Codelco cancelase a Terquim una suma equivalente a los meses que faltasen para completar un total de 136 meses.
 - c) De acuerdo a Terquim, la razón de para establecer dicha cláusula de cierre se debe a que a ellos les interesa prestar un servicio por a lo menos de diez años, pues de lo contrario preferirían centrarse en otros proyectos. Adicionalmente, y atendido a que la tarifa promedio mensual cobrada por Terquim a Codelco es muy inferior a la cobrada en otros contratos similares de almacenamiento, la única manera en que resultaba admisible y viable

para Terquim la mantención de dichas tarifas era con un contrato de duración no inferior a 136 meses.

- d) Terquim señala que Codelco habría aceptado la propuesta a 136 meses plazos, lo cual con posterioridad habría desconocido. Consecuentemente, es que se habrían mantenido una serie de reuniones entre representantes de Terquim y de Codelco, sin que se haya llegado a un nuevo acuerdo, ya que, por una parte Codelco no está dispuesto a pagar un monto superior por el almacenaje, y por otro Terquim no está dispuesto a aceptar las tarifas actuales a tan corto plazo.

C. PRINCIPALES FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA RECONVENCIONAL Y LA DEMANDA CONTRA EPSA

6. Los hechos en que se fundaron dichos libelos, fueron los siguientes:

- a) Terquim argumenta que el desconocimiento por parte de Codelco del acuerdo celebrado entre ellos para renovar el Contrato se debería a un acuerdo entre dicha empresa y EPSA. Dichas empresas habrían firmado un contrato en el cual se establecen los términos y condiciones para que EPSA otorgue una prórroga a Terquim, sujetándose Codelco a multas en caso que Terquim no efectúa ciertas prestaciones dentro de ciertos plazos establecidos en dicho contrato.
- b) De acuerdo a Terquim, dicho contrato celebrado entre Codelco y EPSA busca imponerles la obligación de prestar el servicio de almacenaje y embarque de ácido sulfúrico en el Puerto de San Antonio bajo las condiciones de tarifas, plazo y cláusulas de salida que unilateralmente y en forma abusiva han acordado dichas compañías.
- c) Según su parecer, Codelco y EPSA se habrían coludido con el objeto de imponer las condiciones de duración y tarifas que regirán en la ampliación de la concesión¹.

¹ "En efecto, Terquim señala en su demanda que: "De esta forma, estamos siendo objeto de un tremendo abuso de la posición dominante que detentan estas dos empresas del Estado, esto es, Codelco y EPSA, que se han coludido a nuestras espaldas, firmando acuerdos por los que nos fijan las condiciones en que debemos prestar un servicio al margen de lo que acordamos primitivamente, imponiéndonos plazos y tarifas con las que no estamos de acuerdo."

D. PRINCIPALES FUNDAMENTOS DE LAS CONTESTACIONES A LAS DEMANDAS DE TERQUIM

7. Los hechos fundantes de las contestación de Codelco, fueron los siguientes:
 - a) Codelco señala que la colusión, por definición, es una conducta de tipo horizontal, que sólo pueden ser sujetos activos de dicha práctica los agentes económicos que actúan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización.
 - b) En el caso de autos, Codelco es demandante de EPSA de servicios portuarios que esta última presta a través de Terquim, por lo que ambas empresas no son competidores que se alían para fijar un precio y condiciones a un tercero, siendo la colusión, por tanto, técnica y jurídicamente imposible.

8. Los hechos fundantes de las contestación de EPSA, son los siguientes:
 - a) EPSA señala que no ha atentado en contra de la libre competencia, y que su comportamiento responde al cumplimiento de deberes legales previstos en la Ley N° 19.542 –ley de puertos–.
 - b) Señalan que no han impuesto condiciones comerciales a nadie. Dichas condiciones dependerán de la voluntad del oferente y demandante del servicio, quienes podrán o no concordar en una fórmula de tarifa y plazo que les resulte mutuamente satisfactoria.
 - c) EPSA señala que su comportamiento al celebrar el contrato con Codelco no puede calificarse de colusivo, no sólo porque Codelco y EPSA no revisten la calidad de competidores en el mercado de almacenamiento de ácido sulfúrico, sino que además, porque el objetivo de ese contrato es concertar una solución definitiva para el almacenamiento del ácido sulfúrico de Codelco. Por lo demás, la actuación de EPSA no ha tenido como intención obtener beneficios ilegítimos de la prórroga de la concesión de Terquim, sino que se ha dirigido a relocalizar el almacenamiento de ácido sulfúrico en ejercicio de mandatos legales expresos que la obligan.

E. LA CONCILIACIÓN

9. Con fecha 9 de noviembre de 2009, Terquim, Codelco y EPSA, en una misma presentación, acompañaron a ese H. Tribunal, para su aprobación, una conciliación destinada a poner término a los juicios existentes entre ellos. Al respecto, VS. ordenó que previo a resolver sobre la petición referida, esta Fiscalía debía informar.
10. En virtud del acuerdo alcanzado por las partes, EPSA prorrogaría a Terquim, en las mismas condiciones actuales, la concesión para el almacenaje y embarco de ácido sulfúrico de Codelco, hasta el día 6 de marzo de 2015, fecha en la cual Terquim deberá paralizar sus actividades y proceder al desmantelamiento de la terminal.
11. Por su parte, Terquim se obliga a restituir el área objeto de la concesión, libre de todo ocupación y en las mismas condiciones en que la recibiera, a más tardar el 7 de septiembre de 2015. Asimismo, Terquim se obliga a obtener una resolución de calificación ambiental favorable respecto del programa de desmantelamiento, o en su caso, obtener la certificación que el programa no requiere ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
12. Paralelamente, Codelco y Terquim extenderían el contrato de prestación de servicios de almacenamiento y embarque de ácido sulfúrico, por el término de 72 meses, esto es, hasta el 6 de marzo de 2015, a la misma tarifa actual. Asimismo, Codelco pagaría a Terquim, junto con la última mensualidad, una cláusula de salida, calculada a partir de la siguiente ecuación: $(136-n) \times UF \ 7.768,14 \times 50\%$, siendo n igual al número de meses de prestación de servicios.

II. EL MERCADO RELEVANTE

13. La Fiscalía Nacional Económica entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, 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 mercado².

14. En este caso, por los motivos que se indicará, el mercado relevante del producto corresponde a la recepción, almacenamiento y embarque del ácido sulfúrico, en volúmenes tales que permitan la embarcación simultánea de 20.000 toneladas métricas. En relación a la influencia geográfica, en el corto plazo, el mercado corresponde al Puerto de San Antonio³.
15. El ácido es producido en la fundición de Caletones, donde es almacenado provisoriamente, luego evacuado en camiones hasta la estación de transferencia localizada en Los Lirios, Rancagua. En ese lugar, el ácido es descargado en estanques especialmente diseñados, y posteriormente transferidos a carros estanques, los cuales transportan el ácido hasta la Estación Barrancas del Puerto de San Antonio. Aquí el ácido es descargado y bombeado hacia un conjunto de cuatro estanques emplazados en el Molo Sur del Puerto de San Antonio, con una capacidad total de almacenaje de 40.000 toneladas métricas.
16. Codelco asegura que no existen en el mercado estanques ociosos apropiados para el producto en las capacidades requeridas. Afirma que los costos de construcción, mantenimiento y operación de un terminal químico son altos, dados los niveles de seguridad requeridos, los materiales empleados, las inversiones en infraestructura y la planilla de profesionales.
17. El Cuadro N° 1 muestra los principales orígenes y destinos del tráfico marítimo de cabotaje de gráneles líquidos, vemos que las rutas más importantes en transporte de ácido, son San Antonio–Mejillones, y Oxiquim Quintero–Patache–Mejillones. No obstante, el volumen movilizado por San Antonio, es el triple del Movilizado por Oxiquim.
18. El terminal de Oxiquim cuenta con 30 estanques de almacenamiento y 8 de operación, con una capacidad total sobre 70.000 m³ (el menor tiene 160 m³ y el mayor 12.000 m³)⁴, lo cual equivale a una capacidad de almacenaje de

² Guía interna para el desarrollo de investigaciones y para las actuaciones judiciales, FNE, Diciembre 2008.

³ El Puerto de Valparaíso se encuentra especializado en la transferencia de carga general en contenedores y fraccionada.

⁴ http://www.oxiquim.cl/opensite_20031030101393.asp#254

126.000 toneladas métricas de ácido sulfúrico⁵. De este modo, esta empresa debiese presentar una capacidad ociosa de 31% de su infraestructura de almacenaje, para poder satisfacer los requerimientos de Codelco. Por lo tanto, los datos confirman lo planteado por la demandante, en el sentido que actualmente no existen opciones de almacenaje de la capacidad requerida.

Cuadro N° 1. Principales Orígenes y Destinos del Tráfico Marítimo de Cabotaje por Tipo de Carga Año 2007 (En Miles de Toneladas)

TIPO DE CARGA	ORIGEN	DESTINO	TOTAL TRANSPORTADO
LIQUIDOS			
ACIDO	Oxiquim Quintero	Patache - Mejillones	136
GAS	Quintero	Mejillones	75
GAS	Quintero	Iquique	402
GAS	Quintero	Antofagasta	648
PETROLEO	Quintero	Caldera	256
PETROLEO	Quintero	Guayacán	199
PETROLEO	Quintero	San Vicente	1.559
ACIDO	San Antonio	Mejillones	493
PETROLEO	San Vicente	Iquique	68
PETROLEO	San Vicente	Antofagasta	194
PETROLEO	San Vicente	Guayacán	80
PETROLEO	San Vicente	Quintero	831
PETROLEO	San Vicente	Chacabuco	84
PETROLEO	Gregorio	Quintero	236
PETROLEO	Gregorio	San Vicente	134
PETROLEO	Cabo Negro	Quintero	318
PETROLEO	Clarencia	Quintero	51
	Varios	Varios	1.933
	TOTAL		7.697

Fuente: Cámara Marítima y Portuaria.

19. Adicionalmente, la demandante asegura que los estanques son eslabones de la cadena de abastecimiento, que a diferencia de los vehículos de transporte y los equipos de transferencia, no pueden ser reemplazados en períodos breves de tiempo. Agrega que el sistema de que forman parte estos estanques constituye la única forma de transferir el ácido hacia el medio de transporte marítimo, en los volúmenes económicamente necesarios para sustentar el negocio, esto es, en lotes de alrededor de 20.000 toneladas métricas por estanque. De este modo, no existiría tiempo suficiente para construir estanques de reemplazo a los ya existentes, por lo tanto, no existen en el corto plazo otros puntos de embarque capaces de satisfacer la demanda⁶.

20. Lo anterior es confirmado por Terquim, quien reconoce que *“el llamado a licitación no es algo que se puede hacer de un día para otro, ya que requiere años de preparación y, por lo mismo, para todos era evidente que tenía que existir un período de prórroga directa de la concesión de a lo menos tres años, para pasar después a un proceso de licitación coordinada...”* Asimismo,

⁵ Cálculo realizado considerando una densidad del ácido 1800 kg / m³

⁶ Por ejemplo, Codelco indica que la División Ventanas tendría capacidad para recibir tan sólo un 10% de la producción de El Teniente.

Terquim indica que sus servicios requieren un alto grado de especialización y que las alternativas para modificar la sede de los servicios no es algo que hacerse en un par de meses o inclusive años.

III. ANALISIS DE LA CONCILIACION

21. Del análisis de la conciliación presentada por las partes a V.S., no se perciben cláusulas contrarias a la libre competencia. En efecto, los términos de la conciliación propuesta establecen compromisos y obligaciones recíprocas entre las partes, comunes a este tipo de acuerdos, y que no habrían de afectar la competencia en el mercado.
22. Si bien la conciliación establece una prórroga de las concesiones a Terquim (en desmedro de una nueva licitación), considerando las barreras a la entrada existentes para otorgar el servicio de almacenamiento y embarque de ácido sulfúrico, la prórroga y sus plazos se perciben como prudentes, a fin de que Codelco pueda diseñar y ejecutar un proyecto adecuado para tales fines.
23. Lo anterior, toda vez que no resulta posible que el servicio objeto de la conciliación sea otorgado por empresa alguna distinta de Terquim, por cuanto, tal como se señaló precedentemente, no existen en el mercado estanques ociosos apropiados para el almacenamiento del producto en las capacidades requeridas.
24. Por otra parte, la modificación del puerto de embarque, y la construcción de nuevos estanques de almacenamiento de ácido sulfúrico con la capacidad necesaria, tarda algunos años, lo que hacen que la entrada de nuevos competidores no sea factible en el corto plazo.
25. De este modo, al menos en el corto y mediano plazo, no se percibe como posible otra alternativa que Terquim para el otorgamiento de dicha función.
26. Por último, no existe en la conciliación presentada disposiciones que otorguen a Terquim alguna preferencia en futuras licitaciones a convocarse por Codelco y/o por EPSA, tales como la "cláusula de opción preferente" contenida en el Acta de Acuerdo acompañado a fojas 209 y siguientes de autos, la cual, de existir, a juicio de esta Fiscalía podría ser contraria a la libre competencia, por cuanto bajo ciertas circunstancias podría actuar como barrera a la entrada

para nuevos competidores, y, además, eliminaría los incentivos a que Terquim participe de la licitación ofertando las mejores condiciones posibles.

IV. CONCLUSIONES

27. De acuerdo a los antecedentes de autos, la alternativa de prorrogar directamente a Terquim las concesiones por parte de EPSA y Codelco, se ve como plenamente justificada, por cuanto no perciben otras alternativas para el almacenamiento y embarque de ácido sulfúrico, en el corto y mediano plazo.
28. Asimismo, el plazo de 5 años se percibe como adecuado a fin de que Coldeco pueda elaborar una solución definitiva para el almacenamiento y embarque del ácido sulfúrico.
29. Por otro lado, no se percibe la existencia, en las bases de conciliación presentadas, de otras normas contrarias a la libre competencia, tales como una "cláusula de adjudicación preferente".

Es cuanto puedo informar a ese H. Tribunal.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 22, 29 y 39 letras b) y e) del Decreto Ley N°211,

SOLICITO A ESE H. TRIBUNAL: Tener por evacuado el informe encomendado a esta Fiscalía Nacional Económica en autos.

OTROSI: Sírvase ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal.



ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

CR/REVIROS/JDS