

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

SENTENCIA Nº 121/2012.

Santiago, diez de mayo de dos mil doce.

VISTOS:

1. A fojas 171, con fecha 9 de marzo de 2011, “Naviera Valdivia Limitada”, “Comercial Selva EIRL” y “Ricardo Da Bove Fierro” (los demandantes), dedujeron demanda en contra del Fisco de Chile, por actos del “Ministerio de Obras Públicas” (MOP), el “Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones” (MTT), y en contra de la “Sociedad Marítima y Comercial Somarco Limitada” (Somarco), fundada en que habrían incurrido en conductas contrarias a la libre competencia con ocasión de la celebración, formalización, ejecución y cumplimiento del contrato a que dio lugar la licitación del “Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos”, en relación con la conexión Niebla-Corral.

1.1. Como antecedentes de hecho, los demandantes exponen ser pequeños armadores que transportan carga y vehículos entre las localidades de Niebla y Corral, cada uno con una nave de su propiedad que, dependiendo de su respectiva capacidad de carga, son aptas para transportar por cada viaje, entre 10 y 15 automóviles, 4 camiones simples, o dos con carro. En 2000 ingresó a este mercado el Sr. Da Bove (Masisa), en 2006 lo hizo Comercial Selva EIRL (Selva) y en 2007 se incorporó Naviera Valdivia Ltda. (Pitipulla).

Explican que esta ruta sólo se opera desde que se construyó el Puente Cruces, a fines del siglo pasado y que el servicio fue prestado por primera vez en 1998, por la “Barcaza Transbordador Bahía Corral” de propiedad de un operador privado que realizó inversiones en rampas provisionales sin recibir subsidio alguno (pese a solicitarlos), y concedió acceso libre y gratuito a terceros. Esta empresa no pudo viabilizar económicamente su operación y abandonó el mercado en 2002.

En 2002 el MOP construyó las actuales rampas de hormigón que son indispensables para prestar el servicio de transporte, a las cuales accedieron desde entonces los armadores privados en forma libre y gratuita.

A fin de establecer un número mínimo y periódico de circuitos entre Niebla y Corral, el Estado contrató, primero, con uno de los armadores entonces existente y le subsidió con 8 millones de pesos mensuales a fin de que realice tales viajes periódicos, existiese o no demanda. En enero de 2008 caducó el contrato anterior, y Naviera Valdivia se adjudicó un segundo contrato con el Estado, que se renovó y mantuvo vigente hasta la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ocurrencia de los hechos que motivan esta demanda, para la realización de 5 viajes diarios ida y vuelta entre Niebla y Corral, en horarios que se coordinaban con la comunidad de Corral.

Sin perjuicio de lo anterior, los oferentes subsidiados y no subsidiados continuaron prestando servicios en un ambiente competitivo, y accediendo libre e igualitariamente a las rampas de propiedad fiscal.

Hasta antes de los hechos que motivan esta acción, los demandados señalan que en el mercado se cobraban entre 4 y 5 mil pesos por automóvil, entre 25 y 35 mil pesos por vehículo mayor, y entre 100 y 200 mil por viajes especiales o exclusivos de ocasional ocurrencia. Por consiguiente, cada armador podía percibir entre 40 y 100 mil pesos por viaje a máxima capacidad.

1.2. Los hechos que fundan la demanda de autos y configuran las infracciones denunciadas son los siguientes:

1.2.1. Plan de Conectividad Austral: licitación y contrato de servicio.

Tras la tragedia del lago Maihue, el MOP y el MTT comprometieron la ejecución del Plan de Conectividad Austral cuyo objeto era asegurar la conectividad del territorio mediante la provisión de servicios de transporte marítimo, fluvial y lacustre, de pasajeros y de carga, con estándares de calidad de infraestructura y de servicios.

En lo que respecta al tramo Niebla-Corral, en 2008 se convocó a una licitación pública a fin de adjudicar y concesionar el “Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos: Lago Pihueico, Lago Ranco y Conexión Niebla Corral” (la Licitación).

Los demandantes relatan el contenido de las Bases en lo concerniente al objeto de la licitación, las obligaciones del adjudicatario, los tipos de servicios que debe prestar, las frecuencias mínimas, tarifas máximas que tiene derecho a cobrar y subsidios que percibirá.

En síntesis, explican que por medio de la Licitación y en lo concerniente al tramo Niebla-Corral, el Estado aporta por 5 años el uso, goce y explotación de una nave nueva, cede el uso, goce y explotación de toda la infraestructura portuaria existente, y entrega diferentes subsidios directos para la operación integral del contrato. Por su parte, el adjudicatario presta servicios de transporte de carga y de pasajeros con 9 ciclos diarios y realiza labores de mantención de la infraestructura y las naves, a cambio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de lo cual, además de percibir los subsidios que indican las Bases, puede cobrar las tarifas máximas que señala el contrato.

Al respecto, precisa que las tarifas máximas señaladas por las Bases contemplan una tarifa máxima por transporte de vehículos de 5 mil pesos y de pasajeros de 600 pesos. Pero además, las bases contemplan una tarifa máxima por recalada de naves de terceros o por uso de la infraestructura portuaria de 25 mil pesos, lo cual, a juicio de los demandantes, constituye un ilegítimo subsidio indirecto que puede llegar a los 50 mil pesos por viaje, considerando ida y vuelta, lo que se aleja completamente de una estructura de costos reales. La inviabilidad económica de la operación de terceros en la ruta señalada fue representada en la etapa de consultas y aclaraciones a las Bases.

Por lo anterior, esto es, considerando ingresos de hasta 40 mil pesos por viaje y la introducción de un cobro de 25 mil por recalada, los demandantes estiman que la Licitación estuvo encaminada a excluirlos del mercado. Además, ello puede desprenderse de la circunstancia de que las Bases establecieron un mínimo de 9 ciclos que cubrían la totalidad de la demanda existente, de modo que ésta sería satisfecha exclusivamente por la adjudicataria.

Agrega que ninguno de ellos participó en la Licitación porque ésta exigía un patrimonio contable de, al menos, 1.000 millones de pesos, que ninguno de ellos tenía. Por consiguiente, sólo observaron el desenvolvimiento de esta Licitación que, en una primera etapa, no tuvo oferentes. En septiembre de 2008 se realizó un segundo llamado, al cual se presentó una única oferta por parte de Somarco, empresa que resultó adjudicada mediante Resolución de la D.G.O.P, que comenzó a regir desde el 27 de marzo de 2009, fecha en la que se tomó razón de la misma.

1.2.2. Ejecución del contrato de servicio integrado y otras conductas ilícitas.

Somarco comenzó a prestar servicios el 24 de mayo de 2009, incurriendo en una serie de incumplimientos que los ministerios demandados toleraron. Sin perjuicio de ello, percibía la totalidad de los subsidios que disponían las Bases. Además, comenzó a cobrar a sus competidores por el uso de las rampas, determinando cobrar únicamente por el uso de la de Niebla un precio de 25 mil más IVA por nave y por día, independiente del número de recaladas.

El 25 de septiembre de 2009, los demandantes recurrieron de amparo económico en contra de los ministerios demandados por estimar afectado su derecho a desarrollar una actividad económica y porque el Estado estaba participando en una actividad económica sin una ley de quórum calificado que lo autorice. En definitiva, dicho recurso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fue rechazado por la Excma. Corte Suprema por considerar que el Estado, en este caso, no había formado parte de una sociedad independiente que desarrollase una actividad lucrativa en la que tuviese interés.

A su vez, y frente a la negativa de los demandantes a pagar las tarifas por uso de rampas determinadas por Somarco, ésta última los demandó. Dicha causa está pendiente ante el juez árbitro José Miguel Salazar Isla.

Con fecha 18 de marzo de 2010, encontrándose pendientes de resolución el recurso de amparo económico y la causa iniciada por Somarco, esta última envió un “comunicado” a los clientes de las demandantes en el que señaló que, frente a la situación de morosidad antes descrita, suspendería los servicios a dichas naves a partir del día siguiente, sin perjuicio de lo cual la conectividad se mantendría con aquéllas que estuviesen operativas y al día en sus obligaciones.

Alertados respecto de este “comunicado” los demandantes dedujeron recursos de protección denunciando esta práctica comercial desleal por parte de Somarco y la acción de autotutela ilegítima que en definitiva se materializó. La Corte de Apelaciones de Valdivia decretó orden de no innovar y acogió en definitiva los respectivos recursos de protección, considerando que las actuaciones de Somarco constituían un acto ilegal y arbitrario, y que Somarco no podía negar el atraque de las barcazas ni el ingreso de los vehículos que se dirijan a abordarlas. La Corte Suprema revocó ambas sentencias basada en que el derecho a cobrar de Somarco estaba establecido en las Bases y en el contrato resultante de las mismas.

El 29 de septiembre de 2010 Somarco informó a los demandantes que, a contar del 1 de noviembre de 2010, el precio por el uso de la rampa sería el máximo establecido en las Bases, esto es, 25.320 más IVA por cada recalada. Somarco comenzó a emitir facturas por aproximadamente 4,5 millones mensuales a cada una de las actoras de este proceso.

1.3. Con respecto al mercado relevante, los demandantes señalan que éste corresponde al servicio de cabotaje o transporte marítimo y fluvial de carga, así como también de pasajeros entre las localidades de Niebla y Corral. Indican que entre 1997 y mayo de 2010 el servicio de cabotaje era prestado por no menos de tres armadores, y ocasionalmente por cinco o seis. A su vez, el servicio de transporte de pasajeros ha sido prestado siempre por microempresarios que, actualmente, son trece que operan quince lanchas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.4. En cuanto al derecho aplicable, los demandantes invocan los artículos 1º, 19 Nos 21, 22, 24 y 26 de la Constitución Política de la República y señalan que la Licitación ha violentado todos los principios que consagran dichas disposiciones, esto es, el de subsidiariedad, igualdad ante la ley, igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, libertad de emprendimiento económico, no discriminación arbitraria, de propiedad y de certeza jurídica. Agrega que ninguna de las normas en las que se basa la Licitación justifica o fundamenta una intervención del Estado como la que se cuestiona. En la especie, el Estado decidió intervenir en la conexión Niebla-Corral sin que concurren las condiciones que nuestro ordenamiento jurídico exige de acuerdo con el principio de subsidiariedad.

Agrega que ello sería aún peor si se considera que el efecto querido por la Licitación fue precisamente eliminar un mercado competitivo como el que existía antes de ella, y reemplazarlo por un monopolio en el que exista un único operador integrado y subsidiado directa e indirectamente.

Es a partir de la violación de los principios antes señalados que se ha infringido la normativa del D.L. N° 211 contenida en sus artículos 3º y 4º.

Señala que el MOP ha establecido u otorgado un monopolio de privilegio, fijando artificialmente los precios y, por tanto, impidiendo su formación por la interacción de la oferta y la demanda y la libre competencia. Ello infringe el artículo 4º del D.L. N° 211 al no existir la correspondiente autorización legal previa.

En el caso de autos, la monopolización de privilegio se produce en el mercado del transporte marítimo-fluvial en la conexión Niebla-Corral como consecuencia de la integración vertical que la Licitación contempló entre tales servicios y las únicas obras portuarias que permiten proveerlo, de modo que el único que podrá usar esa infraestructura será Somarco, al ser los restantes proveedores de servicio expulsados del mercado por no poder soportar los costos que suponen los subsidios indirectos.

Agrega que la Ley de Concesiones no puede amparar la conducta del MOP en relación a los servicios de transporte, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1 y 39 de la misma. Explica que las concesiones pueden recaer sobre inmuebles y, por tanto, podría darse en concesión la infraestructura portuaria, pero no los servicios de transporte.

En relación a Somarco, los demandantes afirman que dicha empresa ha incurrido en abuso de posición dominante al efectuarles cobros abusivos y luego incrementarlos con el objeto de consolidar su monopolio de privilegio, y en prácticas de competencia desleal al enviar comunicaciones a los clientes de sus competidores, amenazando con

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cerrar el acceso a la infraestructura portuaria, y comunicando ilegítimamente como impagas facturas cuya procedencia es discutida en sede judicial.

Concluye que el conjunto de actuaciones de los demandados y de Somarco han implicado el establecimiento de un monopolio de privilegio, una integración vertical artificial en el mercado relevante, la constitución de un subsidio indirecto al operador dominante en perjuicio de los otros operadores establecidos, y el abuso de posición dominante y prácticas desleales por parte del concesionario integrado.

1.5. Por todo lo anterior, los demandantes solicitan:

1.5.1. Que se declare que los demandados, directa e indirectamente, han incurrido en prácticas atentatorias de la libre competencia, con ocasión de la celebración, formalización, ejecución y cumplimiento del contrato a que dio lugar la Licitación, en relación con la conexión Niebla-Corral;

1.5.2. Que como consecuencia de declararse que la Licitación vulnera, por si o por sus efectos, el D.L. N° 211 de 1973 en la forma como ha sido concebida, desarrollada, adjudicada y ejecutada, se ponga término a la misma o se ordene su modificación como en derecho corresponda;

1.5.3. Que como consecuencia de lo anterior, también se ponga término a la unidad individual y/o conjunto de actos administrativos, convenios, contratos y órdenes que forman parte de la Licitación, en relación con la conexión Niebla-Corral;

1.5.4. Que, asimismo, si este Tribunal lo estima pertinente, se dicten las reglas, órdenes y limitaciones a las que habrá de sujetarse la nueva Licitación o la operación y ejecución de la misma, si se estima factible legalmente su continuación;

1.5.5. Que para el caso de ordenarse una nueva Licitación, se disponga que sus bases sean previamente aprobadas por este Tribunal;

1.5.6. Que se condene a los demandados, en tanto personas jurídicas, y a sus representantes o administradores, en tanto personas naturales, al pago de sendas multas a beneficio fiscal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 del D.L. N° 211 y por el máximo monto que dicha norma contempla;

1.5.7. Que se condene al señor Mariano Andrade Barrientos, representante de Somarco Limitada, al pago de una multa a beneficio fiscal de 5.000 Unidades Tributarias Mensuales, por las conductas específicas de abuso de posición dominante y de competencia desleal cometidas por dicha sociedad; y,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que condene a los demandados a pagar las costas de esta causa.

2. A fojas 257, con fecha 11 de abril de 2011, Sociedad Marítima y Comercial Somarco Ltda. (Somarco) contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

1.6. En primer término, Somarco se refiere a los antecedentes que justificaron el Contrato, señalando que la finalidad del mismo era asegurar la conectividad fluvial entre Niebla y Corral, proporcionando un servicio de transporte fijo diario, sujeto a un horario, que no discrimine entre los servicios de carga comercial y de transporte de pasajeros.

Explica que la intervención del Estado está justificada por razones superiores de interés nacional, ya que soluciona un problema de conectividad que existía hace años y que consistía en la falta de un servicio de transporte fluvial para vehículos particulares y público en general.

Lo anterior, porque las barcazas existentes sólo transportaban carga de empresas y, si les quedaba lugar, destinaban espacio a vehículos particulares. Además, las barcazas existentes no cumplían horario, no trabajaban todos los días y se retiraban del servicio a la hora que estimaban conveniente. El Contrato asegura servicio de cruce de todo tipo de carga y público cada hora, todos los días del año, cumpliendo la finalidad social pretendida.

Afirma que él no sería sujeto pasivo de un atentado a la libre competencia porque se ha limitado a dar cumplimiento al Contrato y, en todo caso, no ha realizado ninguna práctica predatoria o de competencia desleal, con el objeto de alcanzar, incrementar o mantener una posición dominante.

Agrega que el legislador puede precisamente establecer monopolios u otras figuras contrarias a la libre competencia, cuando así lo amerita un bien superior, en este caso el interés nacional.

Con respecto a los cobros por el uso de muelles, hace notar que las propias demandantes reconocen y aceptan que la conducta de Somarco deriva de las facultades contractuales conferidas por el Estado. Entre tales facultades se encuentran:

1.6.1. Facultad para Autorizar el Atraque/Desatraque de Naves

Entre los Servicios Básicos definidos por las Bases en el punto 2.1.1., como aquellos que la adjudicataria está obligada a prestar y por los cuales tiene derecho a cobrar una tarifa, se encuentra el *“Atraque y Desatraque de Naves”*. Según el punto 2.2.2.1. *“La*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

empresa adjudicataria deberá controlar toda nave que atraque/desatraque en la infraestructura Portuaria, para lo cual deberá habilitar procedimientos que permitan el acceso y control de las naves que atraquen y desatraquen en la infraestructura portuaria, autorizando y controlando la operación durante su permanencia”.

Explica que esta facultad es una medida destinada a garantizar seguridad y es común a todo operador portuario.

Añade que los demandantes –que a diferencia de Somarco, no tienen horarios, funcionan con prescindencia de existir o no demanda de servicios y privilegian atender a empresas- han insistido en no pagar las tarifas que por este concepto Somarco está autorizada a cobrar, pero han seguido usando la infraestructura alterando constantemente los horarios de operación preestablecidos y obteniendo con ello una ventaja.

Ejerciendo sus facultades de orden, Somarco debe evitar las conductas arbitrarias y abusivas de los demandados que atracan sin autorización, impidiendo la recalada de la barcaza sujeta a horario -perjudicando a los usuarios- como asimismo el uso simultáneo de las rampas por dos barcazas, creándose situaciones de peligro y de riesgo para la carga y los pasajeros.

Los demandantes desde hace años y hasta la fecha operarían en forma absolutamente informal e ilegal, desconociendo el Contrato y los derechos y obligaciones que éste establece a Somarco, destinados a resguardar la integridad de los usuarios.

La Corte Suprema ratificó el derecho de Somarco y negó a los demandantes el uso discrecional del muelle de Niebla. No obstante, esta compañía no ha hecho uso arbitrario y abusivo de su facultad. Por el contrario, sólo la ha usado en una oportunidad, durante el mes de marzo de 2010, cuando los demandantes dedujeron los recursos de protección que, en definitiva, fueron rechazados.

1.6.2. Facultad para el Cobro de Tarifa por Uso de Muelle.

Señala que se trata de un derecho reconocido mundialmente, que existe desde que se desarrolló el comercio marítimo y que se justifica por la infraestructura de respaldo que permite la operación exitosa de las naves.

No existe el pretendido subsidio indirecto. El contrato impone a Somarco, correlativamente al derecho de cobro, una serie de obligaciones como por ejemplo la mantención y conservación de la infraestructura portuaria; mantener un refugio y servicios higiénicos en sector muelle; mantener el perímetro del área cercado, todo el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sector de acceso y todo el sector explanada en condiciones de soportar el tránsito de vehículos; toda el área iluminada, hacerse cargo de la vigilancia de todo el sector, sin discriminar en ninguna de estas obligaciones si la carga, vehículos o pasajeros van a una u otra nave.

Indica Somarco que las tarifas que tiene derecho a cobrar por los Servicios Básicos están establecidas en el artículo 15 de la Resolución 27 del MOP, de 5 de febrero de 2009, que le adjudicó el contrato. La tarifa máxima por recalada de Naves en la infraestructura portuaria, expresada en pesos, más IVA, es de \$25.000. Ello está también en las Bases (punto 3.2.1).

Este ítem considerado en el Contrato es apegado a derecho. El derecho marítimo contempla como legítimo el derecho de uso de muelle. En particular, el artículo 844 N° 3 del Código de Comercio lo reconoce y le otorga la categoría de "privilegio marítimo".

Indica que, al iniciar la explotación, Somarco cobró una tarifa única por barcaza y por día de \$25.000 más IVA, pero que ante la negativa de los demandantes a pagar, en septiembre de 2010, ajustó dicha tarifa al máximo establecido en las Bases, pero cobrando únicamente por las recaladas en el muelle de Niebla, no cobrando por ahora por el uso del muelle de Corral. Sin perjuicio de ello, los demandantes continúan actuando al margen del Contrato.

1.7. Somarco explica que no existen prácticas predatorias o de competencia desleal, pues lo que los demandantes acusan como tales son cuestiones básicas de administración y coordinación portuarias destinadas a resguardar la seguridad de la navegación y el transporte marítimos.

Agrega que el Contrato vino a suplir un servicio de índole social, en directo provecho de las comunidades de los puertos de Niebla y Corral, ya que las barcazas de los demandantes no daban el servicio de traslado a pasajeros o vehículos particulares. Así, sostiene que sus clientes eran y continúan siendo hasta el día de hoy empresas existentes en la zona, como salmoneras, de distribución de combustibles y forestales. De ello, se sigue que el servicio que Somarco está obligado a prestar es diferente del mercado en el cual participan los demandantes, siendo imposible que la ejecución del Contrato constituya una práctica predatoria o de competencia desleal.

Además, los demandantes no han sufrido detrimento en sus ingresos en los dos años que lleva operando el Contrato y, por el contrario, se han incrementado producto del aumento en el tráfico de vehículos por esta ruta y de la circunstancia de que las tarifas de Somarco son más altas que las de los demandantes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por último, Somarco señala que los demandantes abusan de su derecho, al emplear este procedimiento para evitar el pago de servicios. Indica que las diversas acciones entabladas por éstos han sido rechazadas en definitiva, como es el caso del recurso de amparo económico y los recursos de protección. Además, en el juicio arbitral por el cobro de derechos de uso de muelle el juez árbitro dictó sentencia, acogiendo la demanda de Somarco y desechando los mismos argumentos que los demandantes hacen valer en esta sede.

Además, la Contraloría General de la República también se pronunció, a solicitud de los demandantes, declarando que el contrato se ajusta a derecho.

Por ello, Somarco estima que los demandantes han intentado sorprender a este Tribunal, en circunstancias que ya existe otro juez conociendo de este asunto.

3. A fojas 343, con fecha 21 de junio de 2011, el Consejo de Defensa del Estado (CDE) en representación del Fisco de Chile, contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones:

1.8. Luego de controvertir expresamente todos y cada uno de los hechos en los que se funda la demanda, señala que este Tribunal carece de competencia en razón de la materia para conocer de la demanda porque, al licitar el Contrato, el Estado no actúa como “agente económico”, sino que ejerce potestades públicas.

La intervención de los Ministerios demandados, al licitar el servicio integral para el transporte fluvial y lacustre de la Región de Los Ríos, en la conexión Niebla-Corral, no importa desarrollo ni participación en una actividad empresarial en los términos a que se refiere el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política de la República.

Explica que al Fisco no le cabe intervención en las actividades económicas en cuestión, sino que el “Plan de Conectividad Austral” y la Licitación obedecen a la ejecución de políticas y potestades públicas orientadas a promover el bien común y la integración armónica de todos los sectores de la nación. Por su parte, el Contrato se enmarca en la noción de contrato administrativo, lo que determina su sujeción a un estatuto jurídico especial de derecho público.

Agrega que los actos administrativos cuestionados por los demandantes forman parte de la implementación de una política pública que tiene por objeto asegurar la conectividad del territorio y para cuya materialización se requiere financiamiento del Estado, pero este último no asume los costos, riesgos, ni tiene interés lucrativo en una actividad económica.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La función pública y la ejecución de los fines propios de la Administración del Estado, efectuada con sujeción al marco constitucional y legal correspondiente, no corresponde que sea sometida al procedimiento y competencia de este Tribunal.

Este criterio se ratificaría por la circunstancia de que no es posible aplicar respecto del Fisco la sanción de disolución o de multas que se contemplan en el artículo 26 del D.L. N° 211.

1.9. A continuación expone las razones que justifican la Licitación, indicando los problemas que la motivaron y sus correspondientes objetivos.

Señala que la Licitación vino a resolver una serie de factores negativos que se detectaron en el mercado. En particular: (i) déficit de regulación, fiscalización e inversión e infraestructura portuaria; (ii) inexistencia de frecuencia y regularidad de horarios para la provisión del servicio de transporte de vehículos en la conexión marítimo fluvial, porque los demandantes privilegiaban la provisión de servicios particulares a empresas; (iii) inexistencia de transporte público de vehículos a la Isla del Rey; (iv) limitada capacidad de lanchas destinadas al transporte público de pasajeros en la conexión marítimo-fluvial e inexistencia de transporte público de pasajeros en la conexión terrestre; y (vi) inseguridad por el uso desordenado de las rampas.

Por ello, afirma que el Plan de Conectividad Austral tenía los siguientes objetivos para mejorar la conectividad y así contribuir al desarrollo económico regional: (i) superar el déficit de infraestructura portuaria existente; (ii) mejorar las condiciones de espera y embarque/desembarque en terminales portuarios; (iii) reducir los tiempos de viaje y la permanencia en terminales; (iv) mejorar las condiciones de seguridad y comodidad durante los viajes; (v) garantizar frecuencias, horarios y continuidad de los servicios. Mejorar la conectividad de estas regiones contribuye al desarrollo económico de las mismas.

1.10. En tercer lugar, el CDE afirma que al licitar el contrato denominado “Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de los Ríos: Lago Pihueico, Lago Ranco y Conexión Niebla Corral”, actuaron dentro de las facultades que el Ordenamiento Jurídico establece, particularmente en los siguientes estatutos legales que conforman el marco jurídico aplicable: (i) DFL N°850 de 1997, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas; (ii) DFL N° 206 de 1960, Ley de Caminos, en lo que concierne al actuar del MOP; (iii) D.F.L. N° 279 de 1960, que fija las atribuciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; (iv) D.F.L. N° 340 de 1960, Ley sobre Concesiones Marítimas y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 2 de 2006; (v) D.L. N° 2.222 de 21 de Mayo de 1978, Ley de Navegación; (vi) DS. N° 70, de 16 de Enero de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1985, Reglamento de las Comisiones de Inspección de Naves; (vii) DS.N° 427 de 25 de junio de 1979, Reglamento de Tarifas y Derechos de la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante; (viii) D.F.L. N° 292 de 1953 que aprueba la Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante; (ix) Ley N°19.300 del año 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; y, (x) Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2008: Ley N°20.232.

Además, en el escenario existente en la zona licitada, los operadores se sometían únicamente a las disposiciones de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante (DIRECTEMAR), relativas a aspectos técnicos de la navegación. Por ello, constituía un deber del Estado lograr los objetivos del Plan de Conectividad Austral, consagrado en la Constitución Política y reiterado en la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), que señalan que el Estado está al servicio de la persona humana y tiene por finalidad promover el bien común.

En razón de lo anterior, el CDE concluye que los Ministerios demandados dieron cumplimiento al imperativo constitucional de velar por el bien común; para lo cual están dotados de plenas facultades y atribuciones, de manera que su actuar se encuentra íntegramente ajustado a derecho.

1.11. El CDE reseña las normas que contienen las atribuciones del MOP y del MTT sobre infraestructura portuaria y conectividad de caminos en el marco de las cuales se realizó la Licitación.

Indica que el MOP tiene atribuciones para otorgar concesiones sobre bienes nacionales de uso público o fiscales y, particularmente, cita el artículo 27 del DFL 850 que extiende la potestad regulatoria del MOP (Dirección de Vialidad) más allá de los usuales ámbitos terrestres al referirse a “la construcción de balsas, balseaderos y *ferry boats* que sean necesarios para unir caminos públicos y su explotación”. Luego, y dado que la expresión *ferry boat* alude a los transbordadores, sería claro que el MOP puede utilizar éstos últimos para la conexión de caminos públicos y que el Estado estaría facultado para realizar servicio de cabotaje en la forma de transbordadores para conectividad de caminos públicos.

Señala que el artículo 87 de su Ley Orgánica permite al MOP impulsar la intervención de los privados en el desarrollo de proyectos de obras públicas y que, a su vez, el la Ley de Concesiones dispone en su artículo 39 que el MOP es competente para otorgar en concesión toda obra pública, salvo el caso que tales obras estén entregadas a la competencia de otro Ministerio, servicio público, municipio o empresa pública u otro

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

organismo integrante de la administración del Estado; caso en el cual dichos entes pueden delegar en el MOP la entrega en concesión de tales obras mediante un convenio-mandato.

No obstante, en la especie, y dado que la competencia sobre la conectividad a través de transbordadores le ha sido otorgada expresamente, el objeto de la Licitación estaría íntegramente comprendido en las potestades del MOP.

Con todo, el CDE señala que se debe distinguir entre, por un lado, la entrega en concesión de las obras y, por otro, de los bienes sobre los cuales éstas se emplazan. En el primer caso, el MOP tiene competencia intrínseca, mientras que en el segundo fue preciso que el Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Marina (actualmente la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas) otorgara autorización previa, dado que los terrenos sobre los cuales se levantarían las rampas objeto del Contrato son bienes fiscales (terrenos de playa) que están bajo la administración de esta última.

Asimismo, reseña las facultades del MTT para regular las actividades del transporte y proponer subvenciones o auxilios fiscales; facultad esta última que también tiene el Ministerio de Economía. Indica que la Ley de Marina Mercante reafirma la posibilidad de subsidiar tráficos especiales que no estén cubiertos por empresas navieras nacionales, con cargo al presupuesto del Ministerio que corresponda (artículo 14).

Además, el legislador ha otorgado financiamiento al Ministerio de Transportes para llevar a cabo estos subsidios en la Ley de Presupuestos del año 2009 a fin de realizar los cometidos que impone al Estado la Constitución Política de la República, particularmente para garantizar la conectividad del territorio y las condiciones de seguridad del transporte de la población; siendo usual el otorgamiento de subsidios al transporte público de pasajeros a nivel nacional.

Concluye que, conforme a la normativa mencionada, es posible entregar en concesión no sólo la operación, mantenimiento y conservación de infraestructura portuaria y de naves, sino también el servicio de conectividad a través de transbordadores. Además, y conforme a la misma normativa, son del todo procedentes los mecanismos de financiamiento y los subsidios que se establecen en el Contrato.

1.12. El CDE describe el estatuto jurídico aplicable al contrato de concesión indicando que se trata de un acto administrativo regulado por normas de derecho público (que no pierde su naturaleza pública por ser explotada por un particular bajo el régimen de concesión), basado en la existencia de prestaciones mutuas entre el Estado y el particular, y cuya adjudicación se realiza por medio de concursos o licitaciones que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

promueven la competencia “por la cancha”. Ello, como una alternativa a la regulación de monopolios naturales, toda vez que la competencia “en la cancha” no es posible, porque la tarifa que paga el usuario queda determinada en la licitación.

Señala que el Contrato se adjudicó mediante Resolución DGOP N° 27, de 5 de febrero de 2009, y que la operación se inició el 29 de mayo de 2009 en sus tres servicios o tramos, según señala el Oficio N°112, de 1° de junio de 2009, del Inspector Fiscal.

Describe las obligaciones del Contrato, señalando que el concesionario se obliga a mantener y conservar la infraestructura portuaria y las naves provistas por el Estado, o las auxiliares que se requieran para prestar adecuada e ininterrumpidamente el servicio, a contratar diversos seguros para cubrir daños a la nave, a la infraestructura y a terceros, a entregar un reglamento de operación y prestación de servicios, restituir las naves al término del Contrato, entregar un registro con los horarios de zarpe y recalada de las naves y asumir otras obligaciones que ponen de manifiesto que el contrato tiene por finalidad cumplir objetivos públicos o fines sociales. A cambio de lo anterior, el adjudicatario adquiere el derecho a explotar la concesión durante el plazo estipulado (5 años), percibir las tarifas por la prestación de los servicios básicos previstas en las Bases y los aportes o subsidios establecidos en el Contrato, obligándose el Estado a entregarle infraestructura y naves dentro de los plazos convenidos.

Explica que la existencia del estatuto jurídico antes descrito da cuenta de los objetivos de la Licitación y de que los servicios comprendidos en ella, consistentes en el transporte regular de personas y de vehículos, son distintos de los servicios que proveen los demandantes, focalizados en el transporte de carga de empresas productivas (pesqueras, salmoneras, agrícolas y forestales) y sólo residualmente en el de vehículos y pasajeros, y sujetos en su actividad únicamente a la normativa de seguridad que impone la autoridad marítima.

Por ello, y en relación a la competencia desleal y abusiva que según los demandantes habría establecido la Licitación por medio de subsidios, el CDE señala que los actores operan en un mercado distinto del cubierto por la Licitación, en donde son soberanos para decidir qué transportan, con qué frecuencia y si aceptan o no el transporte de vehículos de emergencia, proveyendo un servicio manifiestamente insuficiente y deficitario.

Señala que, en contraste, la Licitación fijó como tarifa máxima a cobrar por el adjudicatario a los usuarios una tarifa de mercado, que varía de acuerdo a un factor de ajuste preestablecido según el tipo de vehículo de que se trate, y que permite que las empresas competidoras puedan seguir desarrollando su actividad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, las frecuencias de zarpe y atraque fijadas al concesionario garantizan efectivamente la conectividad de la zona, entre las 7 y 24 horas, los 365 días del año, en tanto que la obligación del adjudicatario de proveer servicios de emergencia liberados de cobro se hacen cargo de necesidades primordiales que dan cuenta de que la licitación y los subsidios asociados a ella forman parte de una política social del Estado que es legítima, tal como consta en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que se pronunció sobre el recurso de protección deducido por los demandantes.

En razón de lo anterior, concluye que no existe infracción a las normas de libre competencia por cuanto el monopolio en que consiste la concesión, se encuentra autorizado por la ley y la competencia ex-ante se da entre interesados debidamente informados de las condiciones objetivas y no discriminatorias de participación y selección.

1.13. Con respecto a las infracciones a la libre competencia que se imputan a los Ministerios demandados, el CDE señala lo siguiente:

1.13.1. Con respecto a que la Licitación supondría la intervención del Estado en actividades económicas violentando el principio de subsidiariedad, señala que los actores prestan servicios distintos del servicio objeto de la Licitación y que, en todo caso, el Estado no está desarrollando una actividad económica.

Precisa que los servicios licitados se refieren a un mercado diferente al ofrecido y explotado por los demandantes. La Licitación se refiere al transporte de vehículos y pasajeros, en tanto que los demandantes prestan servicios de transporte de carga y sólo ocasional, residual y deficitariamente, trasladan pasajeros, tal como ellos mismos reconocen en su demanda.

Reitera que el actuar del Estado en esta materia está amparado por el régimen legal de concesiones de obra pública fiscal y que éste no ha pasado a desarrollar una actividad económica ni interviene como agente económico, toda vez que no participa del negocio de transporte licitado, que es realizado exclusivamente por el adjudicatario, quien asume todos los costos y riesgos del negocio, a la vez que obtiene todas las utilidades.

1.13.2. En cuanto a que el Estado, por medio de la Licitación estaría constituyendo un monopolio de privilegio sin contar con una Ley de Quórum Calificado y vulnerando la garantía del artículo 19 N° 21 y el artículo 4° del D.L. N° 211, el CDE afirma que el actuar de los Ministerios demandados está amparado en las normas antes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

citadas, que constituyen el régimen legal de concesiones de obra pública fiscales y que consagran sus deberes constitucionales.

Precisa que el objeto de la Licitación no ha sido excluir sino satisfacer las necesidades básicas de los habitantes de zonas vulnerables, esto es, satisfacer necesidades colectivas sin obtener contraprestación económica alguna.

Agrega a este respecto que, de acuerdo con la teoría, la Licitación no sería constitutiva de una ofensa monopólica si interviene una causa justificada. Según la doctrina que cita, el monopolio de privilegio no siempre se traduce en una ofensa antimonopolio, pues ello dependerá de si concurre una causal de justificación que remueva la antijuridicidad del mismo. En la especie, la justificación está constituida por las fallas detectadas o causas que motivaron la Licitación, antes descritas. Por lo tanto, el resultado de beneficio social o de bien público resultante de la Licitación hace desaparecer la ofensa o ilícito que se imputa.

1.13.3. En relación con los cobros que el adjudicatario está facultado a realizar por el uso de las rampas, el CDE señala que las tarifas establecidas en las Bases por este concepto son la contraprestación destinada a cubrir parte de las inversiones que debe realizar el adjudicatario para mantener, conservar y mejorar las rampas, a fin de que cumplan estándares adecuados a la prestación de los servicios. Es decir, que las tarifas en cuestión se justifican por las inversiones que debe realizar Somarco de acuerdo con el Contrato.

Agrega que los demandantes no están en posición de perder los negocios que realizan o de ser excluidos, porque no se establece concesión ni monopolio sobre el servicio de transporte. En efecto, los servicios de transporte de personas que prestaban los 15 o 20 lanchones antes de la Licitación no se han visto menoscabados y ningún usuario ha sido excluido, pues tales servicios se siguen prestando y esos usuarios pagan la tarifa correspondiente.

Por otra parte, afirma que cualquier efecto atentatorio de la libre competencia se disiparía por el hecho de que el Estado impone sobre el adjudicatario un sistema de control de precios y de servicios.

4. A fojas 407, con fecha 19 de julio de 2011, se recibió la causa a prueba y se fijaron los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos que, modificados en los términos que señala la resolución de 6 de septiembre de 2011, son del siguiente tenor:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1) *Estructura, características, condiciones de competencia y participación de las demandantes, de las demandadas y de terceros, en el o los mercados comprendidos en la presente demanda, entre los años 2007 y el presente;*

2) *Justificación económica y efectos exclusorios, actuales o potenciales, de las tarifas cobradas por Somarco Ltda. por el uso de frentes de atraque (recalada) en Corral y Niebla, y de las comunicaciones enviadas por ésta a terceros referidas a los motivos de la prohibición a la demandante de recalcar en dichos frentes de atraque.*

5. Documentos acompañados por las partes:

5.1. Los demandantes acompañaron: A fojas 171: (i) Copia de dos de los contratos celebrados por la Intendencia Regional de Los Ríos con uno de ellos y que contienen y dan cuenta del pago de subsidios, términos y condiciones en que se producía la intervención fiscal hasta antes de la Licitación; (ii) Copia de la Resolución Administrativa de 5 de febrero de 2009 por la que se aprueba la contratación del servicio cuestionado y se materializa la intervención estatal; (iii) Copia de las Bases de Licitación del Contrato de Servicio Integral de Transportes de 7 de abril de 2008 que da lugar a la presentación de esta demanda (que incluye Anexos, Resoluciones Aclaratorias y Respuestas de 9 de octubre y 10 de diciembre de 2008 y Adicionales); (iv) Copia de un documento elaborado por el MOP de 16 de mayo de 2008 y visado por la Capitanía de Puerto de Valdivia, denominado "Situación Actual de la infraestructura respecto del "Proyecto: Mejoramiento Terminales Portuarios de Niebla y Corral, Provincia de Valdivia, Región de Los Ríos"; (v) Copia de un documento elaborado por la Dirección de Obras Portuarias (División de Planificación) denominado "Análisis de Demanda: Definición de Servicios para la Conectividad Niebla-Corral", y que sirvió de fundamento e insumo para las Bases de Licitación indicadas en el número iii) anterior; (vi) Copia de Acta Notarial certificada por doña Carmen Podlech Michaud de Valdivia en la que da cuenta de haberse constituido en el lugar denominado Rampa Transbordadores de Niebla, constatando la existencia de un "Comunicado" de fecha 19 de marzo de 2010 que se exhibe en las ventanas de las oficinas de Somarco; (vii) Copia de fotografía digital del Comunicado referido en el número anterior; (viii) Copia de declaración jurada efectuada por don Héctor Daniel Pinochet Pinochet, dueño del único Servicentro ubicado en Corral, a propósito del Comunicado referido en los dos números anteriores, en el que da cuenta de las especiales consecuencias del mismo para su empresa; (ix) Copia de los correos electrónicos intercambiados entre Somarco y Héctor Daniel Pinochet Pinochet respecto del Comunicado antes señalado; (x) Copia de carta dirigida por la empresa Pesquera El Golfo S.A. a uno de los actores de este proceso en el que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se da cuenta de las perniciosas consecuencias comerciales que tuvo la conducta de Somarco en relación con el Comunicado ya citado y acompañado; (xi) Copia de la Carta enviada por Somarco a los demandantes de fecha 29 de septiembre de 2010, en la que da cuenta del nuevo precio y especialmente del nuevo criterio de cobro por el uso de las rampas de Niebla y Corral, ya no por día sino que ahora por recalada. A fojas 1098: (xii) Informe Técnico-Económico denominado “Estudio de Características del Mercado de Conectividad Marítima Niebla-Corral”, elaborado por profesores e investigadores de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Austral de Chile, Sra. Mónica Radatz, y Sres. Francisco Valencia, Víctor Jacques y Leonardo Pacheco; (xiii) Acta Notarial, de 21 de septiembre de 2010 donde se adjuntan fotografías de un local comercial ubicado en la Bahía de Corral, arrendado a Somarco. Este corresponde, según los demandantes, al “refugio” que conforma la infraestructura portuaria objeto de la litis; (xiv) Ordinario N° 12.200-46 dirigido por la Directemar al Sr. Da Bove, de 17 de diciembre de 2009, donde señala que los usuarios de la rampas de Niebla, deben ajustarse a las normas de administración que establezca el concesionario; (xv) Ordinario N° 5384 dirigido por la Cámara de diputados a la Subsecretaria de Obras Públicas, de 29 de diciembre de 2010, y su respuesta enviada por el Director Nacional de Obras Portuarias, mediante Oficio N° 133, de 25 de enero de 2011, a la que se adjunta el Informe de Inspección Fiscal N° 13 de la DOP, de 4 de enero de 2011, que incluye un detalle de los subsidios pagados a Somarco mensualmente entre mayo y noviembre de 2009; (xvi) Cartas enviadas por el Agente Regional de Somarco a la Capitanía del Puerto de Valdivia, con fechas 28 de enero de 2011 y 22 de junio de 2011, negando la información solicitada por esta última; (xvii) Presentación efectuada por los armadores de lanchas de pasajeros que sirven la conexión Niebla-Corral al Ministro de Economía, de 1 de julio de 2009, denunciando subsidios injustos, y copia del Ordinario N° 4073 del Subsecretario de Desarrollo Regional y Administrativo, que remite el señalado documento a la Subsecretaría de Transportes; (xviii) Carta enviada por los armadores de lanchas de pasajeros que sirven la conexión Niebla-Corral al Director del MOP de Valdivia, de 6 de julio de 2009, denunciando competencia desleal; (xix) Carta enviada por los armadores de lanchas fleteras que sirven la conexión Niebla-Corral al Seremi de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de Los Ríos, de 30 de julio de 2009, denunciando competencia desleal; (xx) Ordinario N° 376 dirigido por el Director del Hospital de Corral a la Sociedad Comercial Brisas del Mar con fecha 5 de junio de 2011, en que solicita rebajar la tarifa que cobra dicho armador según convenio preexistente a la mínima existente en el mercado, que corresponde a la que cobra Somarco (\$625). A fojas 1633: (xxi) Copia autorizada del expediente caratulado Naviera Valdivia y otro contra Somarco Ltda. sobre acción de protección de garantías constitucionales Rol 137-2010 de la Corte

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Apelaciones de Valdivia, relativo a comunicaciones enviadas por Somarco a terceros y prohibición de los actores de recalar (el recurso se acogió en primera instancia, pero la sentencia fue revocada por la Corte Suprema); (xxii) Informe Final de la Contraloría General de la República N° 1/11 titulado “Dirección de Obras Públicas” de 12 de mayo de 2011, relativo a las irregularidades, incumplimientos y observaciones detectadas respecto de la administración, explotación y fiscalización de los contratos que forman parte del Plan de Conectividad Austral en las Regiones de Los Lagos y de Los Ríos;

5.2. Somarco acompañó: A fojas 231: (i) Copia de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó el recurso de amparo económico interpuesto por Comercial Selva y Naviera Valdivia en contra del MOP y del MTT, de 20 de agosto de 2010 (Rol 10977-09); (ii) Copia de la sentencia de la Corte Suprema que revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia y rechazó el recurso de protección interpuesto por Naviera Valdivia Ltda. y Comercial Selva EIRL en contra de Somarco, de 6 de julio de 2010 (Rol 2906-2010); (iii) Copia de la sentencia del Juez Árbitro José Miguel Salazar Isla que acogió la demanda de Somarco en contra de Ricardo Da Bove, Silvia Heverbeck Mohr y Naviera Valdivia, relativa a los cobros por derecho de uso de muelle;

5.3. El CDE acompañó: A fojas 429: (i) Anexo A, Rampas de Bahía Corral y Niebla, de 1 de agosto de 2011, suscrito por el Gobernador Marítimo de Valdivia; (ii) Anexo B, Naves mayores y menores que efectúan transporte marítimo y fluvial de pasajeros y carga en las bahías de Corral y Niebla, de 1 de agosto de 2011, suscrito por el Gobernador Marítimo de Valdivia; (iii) Anexo C, Registro de naves y Embarcaciones que han zarpado de Corral a Niebla en los últimos 3 meses, de 1 de agosto de 2011, suscrito por el Gobernador Marítimo de Valdivia. A fojas 510: (iv) Libro N°1 Folios 01-50, Registro y bitácora de fiscalizaciones efectuadas por la DGOP al adjudicatario Somarco, entre el 8 de mayo de 2009 y el 23 de junio de 2011. A fojas 925: (v) Solicitud de postulación de Corral al Subsidio al Transporte en Zonas Aisladas dirigido a la encargada de ese programa por la SEREMI de Transporte y Telecomunicaciones de la Región de Los Lagos, de 23 de marzo de 2005 (acompañado por segunda vez a fojas 980); (vi) Resolución Exenta N°1004 del Intendente de la Región de Los Lagos, de 12 de diciembre de 2005, que adjudicó el subsidio para transporte de carga y pasajeros entre Niebla y Corral entre diciembre de 2005 y julio de 2006, a Luis Rigoberto Paredes Muñoz; y el respectivo contrato, de 12 de diciembre de 2005 (acompañado por segunda vez a fojas 980); (vii) Contrato Subsidio Corral-Niebla, de 25 de septiembre de 2006, entre la Intendencia de la Región de Los Lagos y Luis Rigoberto Paredes Muñoz, relativo a un subsidio al transporte marítimo de carga y pasajeros entre Niebla y Corral entre octubre de 2006 y enero de 2008 (acompañado por segunda vez a fojas 980);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(viii) Contrato de Servicio de Transporte Subsidiado Tramo Corral-Niebla, de 7 de enero de 2008, entre la Intendencia de la Región de Los Ríos y Naviera Valdivia Ltda., relativo a un subsidio para el transporte de vehículos y carga en el tramo señalado, entre enero y abril de 2008 (acompañado por segunda vez a fojas 980); (ix) Contrato de Servicio Subsidio Transporte Marítimo Corral-Niebla, de 17 abril de 2008, entre la Intendencia de la Región de Los Ríos y Naviera Valdivia Ltda, relativo a un subsidio al transporte marítimo entre Niebla y Corral entre abril y julio de 2008 (acompañado por segunda vez a fojas 980); (x) Carta enviada por la Cámara de Comercio Detallista de Corral al Presidente de la República, de 3 de enero de 2005, su respuesta enviada por el gabinete presidencial y memorandos dirigidos al Intendente de la Región de Los Lagos, el 13 de enero de 2004 y el 24 de enero de 2005 (acompañado por segunda vez a fojas 980); (xi) Resolución Exenta N° 247, de la Intendencia de la Región de Los Ríos, de 16 de abril de 2008, por medio de la cual se adjudica la propuesta pública N°5472-14-LE08 a Naviera Valdivia Ltda., que contempla un subsidio de \$8.000.000 mensuales hasta la fecha de puesta en marcha del Plan de Conectividad (con un máximo de 36 meses) (acompañado por segunda vez a fojas 980); (xii) Oficio N° 089 de la Municipalidad de Corral al Sr. Daniel Pinochet, de 14 de febrero de 2005, relativa a su interés por establecer itinerarios en el recorrido de las barcazas (acompañado por segunda vez a fojas 980); (xiii) Oficio N° 201 de la Municipalidad de Corral al MTT, de 24 de mayo de 2005, solicitando la incorporación de un viaje diario a la Isla del Rey en el subsidio para el transporte entre Niebla y Corral (acompañado por segunda vez a fojas 980); (xiv) Reglamento de Operación y Prestación de Servicios para la Explotación, Terminales Públicos de Puerto Fuy, Puerto Pirehueico, Futrono, Isla Huapi, Niebla y Corral, elaborado por Somarco, actualizado a febrero de 2011; (xv) Llamado a licitación pública "Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de los Ríos: Lago Pirehueico, Lago Ranco y Conexión Niebla-Corral", de la DGOP; (xvi) Resumen Ejecutivo del Plan de Conectividad Austral, elaborado por a DGOP; (xvii) Acta de Entrega de Destinación Marítima (Bahía de Corral) efectuada por la Capitanía del Puerto de Corral a la DROP de la Región de Los Ríos, de 11 de septiembre de 2009; con el respectivo Decreto Exento N° 421 de la Subsecretaría de Marina, de 10 de junio de 2009; (xviii) Acta de Entrega de Concesión Marítima (Niebla) efectuada por la Capitanía del Puerto de Valdivia al DROP de la Región de Los Ríos, de 11 de mayo de 2009; con el respectivo Decreto Exento N° 1113 de la Subsecretaría de Marina, de 28 de noviembre de 2008; (xix) Ordinario de la Capitanía del Puerto de Corral a la DROP de la Región de Los Ríos, de 29 de marzo de 2010, en que informa sobre el cierre del puerto; (xx) Dictamen N° 35.113-2009 de la Contraloría General de la República, de 3 de julio de 2009, sobre el proceso de precalificación en el registro internacional para el programa de concesiones del Plan de Conectividad Austral de las Regiones X, XI y XII;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(xxi) Resolución 23577 de la Contraloría General de la República, de 22 de mayo de 2008, que cursa con alcance las resoluciones de la DGOP que sancionan las bases de la Licitación; (xxii) Resolución N° 27 de la DGOP, de 5 de febrero de 2009, que aprueba la contratación de "Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de los Ríos: Lago Pirehueico, Lago Ranco y Conexión Niebla-Corral" con Somarco; (xxiii) Calendario de la Propuesta Pública del contrato denominado "Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de los Ríos: Lago Pirehueico, Lago Ranco y Conexión Niebla-Corral"; (xxiv) Facturas emitidas por Somarco al Sr. Da Bove (Masisa), a Naviera Valdivia Ltda. (Pitipulla), a la Sra. Silvia Haverbeck Mohr (Selva) y a Iván Ariztía Astilleros EIRL (Mareas Australes); (xxv) Análisis de Demanda: Definición de Servicios para la Conectividad Niebla-Corral, elaborado por la División de Planificación de la DOP en el contexto del Plan de Infraestructura de Conectividad Austral 2007-2012; (xxvi) Resoluciones Nos 322 y 5134 de la DGOP, de 5 de septiembre de 2008, y de 10 de diciembre de 2008, respectivamente, que aprueban aclaraciones y respuestas a consultas a las Bases de la Licitación del Contrato: Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de los Ríos: Lago Pirehueico, Lago Ranco y Conexión Niebla-Corral; (xxvii) Análisis de calidad de los servicios que reciben subsidio al transporte en zonas aisladas, 2008-2009, elaborado por Límite Ingeniería S.A. a solicitud de la Subsecretaría de Transportes del MTT. A fojas 980: además de los documentos repetidos antes indicados: (xxviii) Minuta convenio de explotación del Contrato: Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de los Ríos: Lago Pirehueico, Lago Ranco y Conexión Niebla-Corral, de 1 de octubre de 2009; (xxix) Solicitud de acceso a información pública de Juan Pablo Alvarado Lecaros al Intendente de la Región de Los Ríos, de 1 de agosto de 2011, y Ordinario N° 807 de respuesta, de 9 de agosto de 2011, en que se señalan los montos de los subsidios otorgados a Naviera Valdivia. A fojas 1687: (xxx) Informe en derecho sobre las supuestas conductas contrarias a la libre competencia en que habrían incurrido el MOP, el MTT y Somarco, elaborado por Cristián Doren Quiroz y Carla Bordoli Calcutta, de diciembre de 2011.

6. Testimonial rendida por las partes:

6.1. Por la parte de los demandantes: (i) A fojas 1242, don Héctor Daniel Pinochet Pinochet (representante de la Sociedad Millakawell S.A.: estación de servicio de Corral); (ii) A fojas 1247, don Miguel Humberto Hernández Barría (armador de lancha de pasajero); y, (iii) A fojas 1249, don Francisco Guillermo Barrios Vargas (armador de lancha de pasajeros).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7. A fojas 1390, con fecha 22 de noviembre de 2011, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y fijó para la vista de la causa la audiencia del día 5 de enero de 2012, la que fue posteriormente modificada, realizándose el día 19 de enero de 2012.

8. *Diligencias probatorias decretadas de oficio:* A fojas 1775, con fecha 26 de enero de 2012, el Tribunal ordenó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22°, inciso 2°, del D.L. N° 211: (i) Oficiar al Inspector Fiscal encargado de la administración, explotación y fiscalización del Contrato “*Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de los Ríos: Lago Pirehueico, Lago Ranco y conexión Niebla-Corral*” a fin de que remita los informes estadísticos anuales que Somarco S.A. le hubiere presentado a la fecha conforme al numeral 2.7 de las Bases, en formato impreso y electrónico. El Inspector Fiscal Subrogante acompañó lo solicitado a fojas 1989 y 1991, con fecha 15 de marzo de 2012; (ii) A Somarco acompañar el programa anual de mantenimiento y conservación de las obras que exige el numeral 2.3 de las Bases en lo relativo a la conexión Niebla-Corral, adjuntando además los comprobantes de los gastos e inversiones efectuadas para dar cumplimiento al mismo, así como las proyecciones de aquéllos en los que deba incurrir en el futuro. Somarco acompañó lo solicitado a fojas 1935, con fecha 8 de marzo de 2012; y, (iii) A los demandantes acompañar una planilla con el número de viajes realizados en cada mes desde el año 2007 a 2011 (ambos inclusive), por cada una de las naves que operan, con indicación de los ingresos mensuales percibidos, desglosados por tipo de carga (camiones, vehículos particulares, de emergencia u otros). Los demandantes acompañaron lo solicitado a fojas 1952, con fecha 8 de marzo de 2012.

CONSIDERANDO:

En cuanto a la tacha:

Primero: Que a fojas 1250, el Fisco formuló tacha respecto del testigo presentado por los demandantes Sr. Francisco Guillermo Barrios Vargas, por la causal establecida en el artículo 358 N°6 del Código de Procedimiento Civil. El juez exhortado confirió traslado de la misma y, una vez contestado éste, dispuso que sería resuelta en definitiva;

Segundo: Que desde la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 20.361 en el artículo 22° del D.L. N° 211, esto es, a partir del 12 de octubre de 2009, no es procedente formular tachas respecto de los testigos en los procedimientos por infracción a las normas de defensa de la libre competencia. En efecto, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso tercero, frase final, del mencionado artículo 22°, “[n]o registrá respecto de los testigos lo establecido en los artículos 358, 360, número 2, 373, 374, 376, 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil.”. Luego, y dado que esta causa se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

inició en marzo de 2011 y se ha desarrollado completamente al amparo de la nueva normativa, es forzoso concluir la improcedencia de la tacha opuesta;

En cuanto a la incompetencia:

Tercero: Que, primeramente, es preciso referirse a la excepción de incompetencia absoluta en razón de la materia opuesta por el Consejo de Defensa del Estado en su escrito de contestación, manifestada o fundada, en síntesis, en que el Estado, el Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, no serían agentes económicos ni desarrollarían actividades económicas o empresariales en los términos del artículo 19 N° 21 de la Constitución, con la ejecución del Plan de Conectividad Austral y de la Licitación. Señala que, en cambio, tales actuaciones se enmarcarían en el ejercicio de potestades públicas para la consecución de los fines propios de la Administración del Estado;

Cuarto: Que, al respecto, se debe tener presente que, tal como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones anteriores, los artículos 3° y 18° N° 1 del Decreto Ley N° 211 atribuyen competencia a este Tribunal para conocer y resolver respecto de cualquier situación que pudiere constituir una infracción a la libre competencia, esto es, cualquier hecho, acto o convención que la impida, restrinja o entorpezca, o que tienda a producir dichos efectos, sin que se prevean excepciones o limitaciones a ella, derivadas de la calidad o naturaleza jurídica del sujeto que pudiera haber cometido tales infracciones;

Quinto: Que en efecto, la expresión amplia “(e)l que...” que utiliza el legislador en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 para aludir al sujeto activo de una infracción a la libre competencia, revela que éste no requiere tener ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concurra individual o colectivamente a un mercado. Por lo tanto, dado que las normas de libre competencia son de orden público, si se hubiese querido exceptuar de cumplir con ellas al Estado, o a alguno de sus organismos –o a un concesionario de obra pública como Somarco-, tal excepción habría debido establecerse por ley, lo que no ha sido el caso. Por el contrario, el Estado y sus organismos deben desarrollar cualquier función que le encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención en los mercados, observando las normas de defensa de la libre competencia, de cuya aplicación, como se dijo, ninguna norma los exime;

Sexto: Que, por consiguiente, con independencia de la naturaleza y fines que un sujeto pueda tener, el Decreto Ley N° 211 es aplicable a todos quienes intervienen

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

directa o indirectamente en los mercados, sea que se trate de particulares o de personas de derecho público, y sea que estas últimas participen como competidores (i.e. empresas públicas), adquirentes o demandantes de bienes o servicios necesarios para el desempeño de sus funciones o potestades públicas (i.e. todos los organismos públicos sea directamente o por medio de centrales de abastecimiento), o en cuanto autoridades que ofrecen o asignan a los particulares recursos económicos o derechos en ejercicio de potestades públicas, aún sin una contraprestación (e.g. derechos de aprovechamiento agua, espectro radioeléctrico, concesiones de obra pública, derechos de tráfico aéreo). En relación con este último caso, cabe tener presente que las licitaciones o concursos destinados a asignar recursos económicos son especialmente aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos;

Séptimo: Que en el caso *sub iudice* las conductas denunciadas encuadran precisamente en la última de las categorías señaladas pues, en lo que concierne al Fisco, consistirían –en síntesis- en que éste habría asignado una concesión sobre infraestructura portuaria y servicios de transporte marítimo-fluvial en la conexión Niebla-Corral, con el presunto objeto y efecto de excluir a los oferentes privados preexistentes. Explica la demanda que la exclusión se produciría como consecuencia del establecimiento en las Bases de una tarifa que la concesionaria o adjudicataria resultante de la Licitación –que pasa a ser una empresa verticalmente integrada que provee tanto servicios portuarios como de transporte en la conexión Niebla-Corral- es autorizada a cobrar a sus competidores por el uso de la infraestructura portuaria pública que, hasta antes de la Licitación, era de libre acceso. Ello constituiría, a juicio de los demandantes, un subsidio indirecto que les impide permanecer en el mercado, eliminando la competencia en el mismo, toda vez que sería económicamente inviable pagar la tarifa en cuestión;

Octavo: Que planteado así el conflicto, aparece de manifiesto que las conductas denunciadas dicen relación con actos que, a juicio de los demandantes, impedirían, restringirían o entorpecerían la libre competencia al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211 y cuya concurrencia sólo este Tribunal es competente para declarar y, eventualmente, corregir, prohibir o reprimir, conforme con las atribuciones que al efecto le confiere su ley orgánica;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Noveno: Que, por consiguiente, este Tribunal es plenamente competente en razón de la materia. Lo anterior, sin perjuicio de que puedan existir otros Tribunales con competencia para conocer y resolver respecto de si las mismas conductas denunciadas en autos, infringen o no, además, alguna normativa distinta del Decreto Ley N° 211, o dan lugar o no a responsabilidades diferentes de las contempladas en este cuerpo legal;

Décimo: Que, por lo expuesto, se rechazará la excepción de incompetencia deducida por el Consejo de Defensa del Estado. Lo anterior, sin perjuicio de lo que se resuelva en esta sentencia acerca de si las conductas específicas denunciadas, en caso de acreditarse, son o no contrarias a la libre competencia;

En cuanto al fondo:

Undécimo: Que en estos autos, tal y como se hizo constar en la parte expositiva de esta sentencia, “Naviera Valdivia Limitada”, “Comercial Selva EIRL” y “Ricardo Da Bove Fierro” (los demandantes), denunciaron la ejecución de conductas contrarias a la libre competencia por parte de, por un lado, el Ministerio de Obras Públicas y del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (Fisco de Chile, o Fisco) y, por otro, de la “Sociedad Marítima y Comercial Somarco Limitada” (Somarco); todas relacionadas con la licitación del “Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos”, en relación con la conexión Niebla-Corral, en adelante la Licitación;

Duodécimo: Que en relación con el Fisco de Chile las conductas denunciadas son, en síntesis: (i) una infracción al principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, basada en que la Licitación constituiría una intervención excesiva en el mercado de transporte marítimo-fluvial en la conexión Niebla-Corral; (ii) una infracción al artículo 4° del D.L. N° 211, fundada en que la Ley de Concesiones no ampararía la constitución de un monopolio en relación con los servicios de transporte en cuestión (y sólo permitiría concesionar infraestructura); y, (iii) una infracción al artículo 3° del D.L. N° 211 por cuanto la Licitación autoriza al concesionario –que se convierte en un prestador de servicios de transporte verticalmente integrado con la infraestructura portuaria- para cobrar a sus competidores una tarifa por recalada que tiene por objeto y efecto excluirlos del mercado;

Decimotercero: Que, a su vez, respecto de Somarco, los demandantes señalan que esta compañía, por un lado, habría abusado de una posición dominante al efectuar cobros abusivos a los actores por el uso de la infraestructura portuaria en la conexión Niebla-Corral y, por otro, habría incurrido en actos de competencia desleal por medio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del envío y publicación de un documento denominado “comunicado”, que habría desprestigiado a los mismos en relación con sus clientes;

Decimocuarto: Que, contestando la demanda, el Fisco, representado por el Consejo de Defensa del Estado, además de oponer la excepción de incompetencia absoluta antes referida, señaló que: (i) la Licitación se justifica en el imperativo de atender necesidades y objetivos de política pública, fundamentalmente de conectividad de zonas aisladas; (ii) no existiría infracción al principio de subsidiariedad porque los servicios de transporte comprendidos en la Licitación serían diferentes de los servicios provistos por los demandantes; (iii) la selección de concesionarios se realiza promoviendo la competencia “por la cancha”, cuando la competencia “en la cancha” no es posible; (iii) la Licitación se efectuó con estricta sujeción al marco jurídico de derecho público aplicable, que autoriza a entregar en concesión no sólo infraestructura, sino que también servicios; (iv) en todo caso, los demandantes no están en posición de ser excluidos porque la Licitación no contempla un monopolio en la prestación de servicios de transporte que éstos proveen; (v) los cobros que realiza Somarco por el uso de la infraestructura están justificados en la necesidad de cubrir las inversiones que el concesionario es contractualmente obligado a realizar para mantener, conservar y mejorar las rampas, y es una tarifa de mercado; y, (vi) cualquier efecto atentatorio de la libre competencia se disiparía por el sistema de control que impone el contrato de concesión;

Decimoquinto: Que, por su parte, Somarco se defendió señalando que: (i) la intervención del Estado y constitución de un monopolio en este caso estaría justificada por razones superiores de interés nacional; (ii) que como concesionaria se ha limitado a dar estricto cumplimiento al contrato de concesión y ejercer las facultades que en relación con los cobros le confiere dicho contrato; y, (iii) que no es posible que los demandantes sean excluidos porque el servicio que Somarco está obligado a prestar difiere del que proveen los demandantes;

Decimosexto: Que, como cuestión previa, es preciso señalar que existe una estrecha relación entre las normas de defensa de la libre competencia y la garantía contenida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, ya que el derecho a la libre competencia que este Tribunal está llamado a resguardar, en el ejercicio de sus atribuciones, se fundamenta en la mencionada garantía y contribuye a tutelarla;

Decimoséptimo: Que, en relación con lo anterior, cabe tener presente que los actos de autoridad pueden ser conocidos y juzgados en esta sede y, tal como ha señalado este Tribunal anteriormente (Sentencia N° 105/2010), ello es así toda vez que las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

normas del D.L. N° 211 constituyen una parte esencial del orden público económico, en tanto están destinadas a garantizar derechos que fundamentan el sistema económico consagrado por la Constitución, y que deben ser respetados por los privados y también por el Estado y sus organismos. En particular, cuando se trata de actos de autoridad por medio de los cuales se asignan recursos o derechos, el D.L. N°211 contribuye a tutelar la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 21, en la medida que prevenga o reprima situaciones en las que tal asignación produzca la expulsión o una restricción o impedimento ilegítimo o injustificado al acceso o expansión de un competidor en un mercado;

Decimoctavo: Que entonces, la estrecha relación existente entre las normas de defensa de la libre competencia y la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, no implica que este Tribunal deba amparar todas las manifestaciones y posibles concreciones de la garantía en cuestión; Por ello, este Tribunal sólo se pronunciará sobre la eventual transgresión al principio de subsidiariedad denunciada en la medida que el mismo sea vulnerado como consecuencia de una infracción al D.L. N°211;

Decimonoveno: Que, además, y en relación con la infracción al artículo 4° del D.L. N° 211 que denuncian los demandantes, fundada en que la Ley de Concesiones no ampararía la constitución de un monopolio en relación con los servicios de transporte en cuestión (y sólo permitiría concesionar infraestructura), cabe tener presente que formalmente el Estado no ha concedido un monopolio en la provisión de servicios de transporte marítimo-fluvial en la conexión Niebla-Corral, pues no ha otorgado al concesionario exclusividad en la provisión de tales servicios. Por ello, no podría concurrir en la especie la hipótesis proscrita en el artículo 4° del D.L. N° 211;

Vigésimo: Que, en cambio, lo que podría ocurrir, de acuerdo con los hechos descritos en la demanda, es que el Estado hubiese vulnerado el artículo 3° del D.L. N° 211, por la vía de diseñar e implementar una Licitación en términos tales que permitan al concesionario adjudicatario de la misma excluir en forma anticompetitiva a sus competidores del mercado respectivo;

Vigésimo primero: Que, entonces, la primera controversia sobre la cual este Tribunal se pronunciará es aquella vinculada con la eventual transgresión del artículo 3° del D.L. N° 211 por parte de los demandados, específicamente (i) por parte del Fisco, mediante el diseño e implementación de una Licitación que autoriza a un concesionario verticalmente integrado para cobrar una tarifa por el uso de infraestructura portuaria, y (ii) por parte del concesionario, Somarco, por la realización de los cobros respectivos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En segundo lugar, este Tribunal abordará la acusación de competencia desleal que los demandantes fundan en el envío y publicación del “comunicado” por parte de Somarco;

Vigésimo segundo: Que para analizar lo primero y dado que no son controvertidas las conductas mismas, consistentes en autorizar el Fisco el cobro por recalada por medio de la Licitación y el contrato de concesión respectivo, y haber el concesionario hecho uso de la facultad en cuestión, este Tribunal se limitará a analizar si ello es o no contrario a la libre competencia. Para ello, primero definirá y caracterizará el o los mercados relevantes; en segundo término, el efecto actual o potencial de las conductas cuestionadas en el o los mismos; y, por último, de establecerse que existe un efecto actual o potencial contrario a la libre competencia, se analizará si concurre o no alguna justificación para dichas conductas;

Vigésimo tercero: Que con respecto al mercado relevante es preciso distinguir dos situaciones: antes y después de la Licitación. Antes de la licitación que dio origen al contrato cuestionado, es posible identificar un mercado de servicios de transporte de vehículos de pasajeros y de carga entre las localidades de Niebla y Corral que era servido desde hace años por los demandantes, quienes para tal efecto contaban cada uno con una barcaza. Para acceder a este mercado, de acuerdo con lo argumentado por los actores, era necesario contar con acceso a las rampas de hormigón emplazadas en las explanadas de Niebla y Corral, que fueron construidas en 2002 por el Ministerio de Obras Públicas;

Vigésimo cuarto: Que según señalan los demandantes, estas rampas constituyen una infraestructura indispensable para que sus barcazas puedan recalar y así embarcar y desembarcar los vehículos de los usuarios del servicio prestado. Antes del contrato objeto de la presente demanda, las rampas eran de acceso libre y gratuito para todos los prestadores;

Vigésimo quinto: Que una vez que entró en operación la concesión a que dio origen la Licitación, ingresó un nuevo oferente al mercado de servicios de transporte de vehículos de pasajeros y de carga y, además, el acceso a las rampas dejó de ser libre y gratuito, toda vez que el Fisco autorizó a Somarco para cobrar una tarifa por el uso de las rampas en Niebla y Corral. De este modo, la Licitación originó un nuevo mercado que podría definirse como uno de prestación de servicios portuarios o de acceso a infraestructura;

Vigésimo sexto: Que, por lo tanto, son dos los mercados relevantes para efectos de esta causa. El primero, de servicios de transporte de vehículos y de carga entre Niebla y Corral en el que participan Somarco y los demandantes. El segundo, de servicios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

portuarios necesarios para la recalada de las barcazas que proveen servicios de transporte de vehículos de pasajeros y de carga entre las mismas localidades y que, tras la Licitación, estaría monopolizado por el concesionario, toda vez que no existirían alternativas a la infraestructura existente entregada en concesión. Tanto los operadores privados existentes como el concesionario participan como demandantes de servicios en este último mercado;

Vigésimo séptimo: Que, en consecuencia, independientemente de que los demandantes no provean exactamente los mismos servicios que el concesionario, al no transportar regularmente pasajeros, ni cumplir deberes en cuanto a frecuencia, horarios y calidad, este Tribunal estima que los servicios de transporte de vehículos de pasajeros y de carga que proveen los demandantes son sustitutos, al menos parcialmente, de los que provee Somarco y conforman un mercado diferente del de servicios de transporte de pasajeros, en el que participan esta última compañía y lanchas de pasajeros de propiedad de terceros ajenos a esta causa;

Vigésimo octavo: Que lo anterior es sin perjuicio de que, a su vez, dentro del mercado de transporte de vehículos entre Niebla y Corral puedan distinguirse, desde el punto de vista de la demanda, un mercado de servicios de transporte de vehículos de carga y otro de servicios de transporte de vehículos de pasajeros. No obstante, para efectos de esta causa, resulta innecesario distinguir entre dichos segmentos, dado que tanto los demandantes como Somarco participan en ambos y la exclusión que reclaman los primeros se verificaría en los dos segmentos. Por lo anterior, en adelante este Tribunal se referirá a los servicios de transporte marítimo-fluvial de vehículos de pasajeros y de carga entre Niebla y Corral, simplemente como el mercado de servicios de transporte;

Vigésimo noveno: Que, por lo anterior, no puede atenderse la alegación de los demandados en orden a que Somarco y los demandantes participarían en distintos mercados relevantes, con lo que las conductas imputadas no podrían haber afectado la libre competencia. Al existir sustituibilidad, a lo menos parcial, entre los servicios de transporte que proveen unos y otros, resulta evidente que ello no es así;

Trigésimo: Que, adicionalmente, la Licitación provocó una integración vertical, porque entregó el control de las rampas de hormigón al concesionario encargado también de proveer servicios de transporte de vehículos de pasajeros y carga entre Niebla y Corral. Como resultado, a partir de la entrada en operación de la concesión, Somarco, integrado verticalmente con la única infraestructura portuaria relevante, compite con los demandantes en el mercado aguas abajo de provisión de servicios de transporte de vehículos de pasajeros y de carga;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo primero: Que por otra parte, es preciso tener en cuenta que la Licitación preestablecía las tarifas máximas que el adjudicatario podría cobrar a sus clientes y un estándar de calidad predefinido, y consideraba como criterio principal de adjudicación el menor subsidio solicitado, tal como se desprende del punto 1.4.8.2. de las Bases. Ello no permite considerar que la competencia “por la cancha” o competencia en la Licitación haya sustituido o reemplazado la competencia “en la cancha” o competencia en el mercado final, pues no hubo rivalidad por tarifas o por otras variables de competencia relevantes desde el punto de vista del usuario (como, por ejemplo, calidad). En efecto, sólo tratándose de subastas en las que se asignan derechos exclusivos al postulante que ofrezca las menores tarifas o mejor calidad al usuario final, es posible afirmar en general que la competencia “por la cancha” produciría resultados asimilables a los que genera la competencia “en la cancha”, en el sentido de que la subasta logre emular el equilibrio de un mercado competitivo;

Trigésimo segundo: Que, por lo anterior, una defensa como la propuesta por el Fisco en orden a que la competencia por la cancha hubiese reemplazado la competencia en la cancha, no puede tener cabida. Lo anterior, sin perjuicio de que, además, en la especie existen otras dos razones para desechar tal alegación: primero, existía competencia en la cancha en forma previa a la Licitación; y, segundo, no se acusa la exclusión de potenciales participantes en la Licitación, sino la exclusión de participantes en el mercado de servicios de transporte propiamente tal, ocasionada por la Licitación y por las conductas posteriores a la misma;

Trigésimo tercero: Que, entonces, el cuestionamiento de los demandantes y respecto del cual es preciso centrar la atención, dice relación con la constitución de un monopolio en la provisión de servicios portuarios en un esquema de integración vertical con la provisión de servicios de transporte entre Niebla y Corral. En este escenario, los servicios portuarios son esenciales para los de transporte, los que serían competitivos, a lo menos potencialmente. Ello, en concepto de los demandantes, produciría el efecto de excluirlos del mercado de servicios de transporte. Así, se trata de una situación en la que se cuestiona la decisión misma de licitar bajo un esquema de integración vertical servicios que el mercado está proveyendo, sea perfecta o imperfectamente desde el punto de vista de la autoridad en la misma;

Trigésimo cuarto: Que, en virtud de lo anterior, esto es, por no ser un aspecto central de la acusación, este Tribunal tampoco abordará aspectos referidos a las condiciones o requisitos de participación exigidos por las Bases y que habrían impedido a los demandantes participar, tales como el patrimonio contable mínimo de 1000 millones de pesos que se exigía a los postulantes (punto 1.4.1.2);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo quinto: Que, tal como han establecido tanto este Tribunal como las comisiones que le precedieron en los diversos Dictámenes o Informes que han emitido en el contexto de la Ley 19.542, de 1997, que Moderniza el Sector Portuario Estatal (Dictamen N° 1045 de 1998 de la Honorable Comisión Preventiva Central, e Informes n.ºs 3, 4, 5 y 6 de este Tribunal, todos de 2009), la integración vertical de infraestructura portuaria con servicios de transporte marítimo, genera riesgos importantes para la libre competencia, pues produce incentivos a la empresa integrada verticalmente para excluir a sus competidores del mercado aguas abajo, sea discriminando en precios, en calidad o, derechamente, negando injustificadamente el acceso a estos últimos a la infraestructura portuaria esencial;

Trigésimo sexto: Que, en este caso, este Tribunal considera que existen una serie de elementos que, en su conjunto, permiten concluir que las rampas de hormigón de Niebla y Corral constituyen infraestructuras que no podrían ser duplicadas por los demandantes, al menos a un costo razonable y en un plazo oportuno, para proveer servicios de cabotaje entre Niebla y Corral. En efecto, de los documentos rolantes a fojas 134 y la testimonial de fojas 1242, ha quedado establecido que, aunque el servicio de transporte en dicho tramo se provee desde 1997, sólo se construyeron rampas adecuadas de hormigón con financiamiento estatal en el año 2002. Lo anterior revela que los privados no pudieron viabilizar económicamente la construcción de las rampas por sí mismos. Adicionalmente, es posible sostener que, en la actualidad, no se dan condiciones para que los demandantes dupliquen la infraestructura existente, puesto que deberían competir con un oferente que dispone gratuitamente de la infraestructura portuaria que se le entrega conforme al contrato (punto 1.6.1.1) y que, además, está subsidiado (como consta a fojas 1084). Por lo tanto, la construcción de nuevas rampas, incluso suponiendo que no existan impedimentos técnicos o regulatorios relevantes, sería económicamente inviable. Luego, es errado comparar el costo de construcción de una rampa nueva con los costos que enfrentarían los actores por utilizar las rampas existentes, pagando las tarifas fijadas en la Licitación que se cuestionan como exclusorias, como hace el informe de fojas 1634 acompañado por el Fisco –que, al hacer esa comparación, asume que las tarifas en cuestión no lo son-. Por último, y tal como se desarrollará en la consideración cuadragésimo cuarta, no existen restricciones de capacidad que hagan socialmente deseable duplicar la infraestructura pública en cuestión;

Trigésimo séptimo: Que, la integración vertical no resulta en principio deseable en situaciones como ésta, precisamente por los riesgos que genera para la libre competencia y, de hecho, ha sido restringida por este Tribunal en el contexto de las licitaciones de puertos de uso público, cuyas condiciones se fijaron en los informes 3, 4,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5 y 6, ya citados. Así por ejemplo, en el Informe N° 5, de 2009 se señaló que el principal riesgo relacionado a la integración vertical consiste, precisamente, en que *“dado que al menos parte de los servicios prestados por el concesionario portuario son un insumo esencial (esto es, no sustituible para dichos usuarios), podrían existir incentivos, por parte de la empresa integrada, para discriminar a otros usuarios en las condiciones bajo las cuales acceden a ese insumo esencial, con el fin de disminuir la competencia en los otros eslabones de la cadena del transporte marítimo.”*. *“La discriminación del operador integrado podría efectuarse vía tarifas discriminatorias, esto es, cobrando a terceros tarifas superiores que las que cobra a la empresa con la que está verticalmente integrado. O bien, podría realizarse vía discriminación no tarifaria, que la literatura denomina “sabotaje”, consistente en entregar una menor calidad de servicio a los usuarios no integrados (...).”*. *“Por último, además del riesgo de discriminación, existen otros riesgos propios de la integración vertical asociados, por ejemplo, al conocimiento de información estratégica de competidores y a la posibilidad de establecer subsidios cruzados”* (Sección 11.2.2.);

Trigésimo octavo: Que, entonces, la integración vertical aparece en estos mercados como una solución que debe utilizarse excepcionalmente, cuando las deficiencias de los mismos sean tales que así lo ameriten, o cuando existan razones de eficiencia que las hagan necesarias. En la especie, los demandados han argumentado que existen razones de política pública que justificarían la Licitación en esa forma, fundamentalmente porque la oferta existente en el mercado en forma previa a la misma no aseguraba la deseable conectividad de zonas aisladas, en este caso, de la localidad de Corral, pues los oferentes particulares no contaban con horarios, frecuencias mínimas o estándares suficientes de calidad y seguridad;

Trigésimo noveno: Que sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de que el objetivo de política pública esgrimido no es susceptible, en sí mismo, de control por parte de este Tribunal, sí constituye materia relevante en esta sede si el procedimiento seguido para alcanzarlo pudo haber causado efectos anticompetitivos. Lo anterior, por cuanto este Tribunal considera que pueden existir otras formas de conseguir los mismos objetivos de política pública produciendo menores distorsiones para la libre competencia en el mercado preexistente de servicios de transporte de vehículos de pasajeros y de carga en la conexión Niebla-Corral. Así, desde el punto de vista de la libre competencia hubiese sido preferible, por ejemplo, licitar la provisión de servicios portuarios separadamente de la de servicios de transporte y, en relación con los subsidios que se otorguen, todos los que estén en la misma situación deberían poder acceder a ellos, como por lo demás exige el artículo 19 N° 22 de nuestra Constitución Política. También, para afrontar eventuales deficiencias en la infraestructura, hubiese

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sido inocuo para la libre competencia que las inversiones necesarias se hubiesen realizado con cargo a presupuesto público, o bien, con cargo a una tasa que deban pagar todos los usuarios, sin discriminaciones de ninguna especie. Por último, y también a modo de ejemplo, para mejorar eventuales deficiencias de calidad o de seguridad en los servicios de transporte, se podría haber introducido regulaciones de aplicación general a los proveedores particulares destinadas a mejorar la calidad de los servicios, subsidiando al mismo tiempo las barcazas para transporte de pasajeros y/o de vehículos que cumplan dicha regulación;

Cuadragésimo: Que al respecto, cabe tener presente que, tal como se ha señalado en oportunidades anteriores (Sentencia N° 105/2010), al implementar políticas públicas o perseguir objetivos de interés general o sectorial de diversa naturaleza, el Estado debe intentar producir la mínima distorsión posible en el funcionamiento competitivo de los mercados, por medio de acciones que sean proporcionales a los fines perseguidos. Por ende, la sujeción del Estado y sus organismos a las normas de defensa de la libre competencia se traduce en el deber de compatibilizar o armonizar los diversos fines de política pública de que se trate, con la protección de la libre competencia que habrá de respetar, a lo menos, en la elección y diseño de los mecanismos por medio de los cuales se proponga alcanzarlos;

Cuadragésimo primero: Que, por último, aún si se diesen las condiciones para hacer excepcionalmente deseable la entrega en concesión de servicios de transporte y portuarios conjuntamente, por existir eficiencias u otros beneficios -que en este caso no han sido alegados o demostrados por los demandados- sería necesario adoptar en las Bases y en el respectivo contrato de concesión una serie de resguardos que prevengan conductas contrarias a la libre competencia por parte del concesionario verticalmente integrado y que garanticen la competencia entre éste y los demás oferentes de servicios de transporte en el mercado aguas abajo;

Cuadragésimo segundo: Que así, en la especie, es posible identificar ciertas características de la Licitación que, analizadas conjuntamente, a juicio de este Tribunal impiden, restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado de transporte marítimo-fluvial entre las localidades de Niebla y Corral. En particular, aquéllas que precisamente denuncian los demandantes: (i) integración vertical, pues se licita conjuntamente la provisión de servicios de transporte marítimo y de servicios portuarios; y (ii) derecho a cobrar a terceros por recalada una tarifa máxima, expresada en pesos, más IVA, de \$25.000.-, reajutable conforme a la variación experimentada anualmente por el IPC (punto 3.2.1 de las Bases);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo tercero: Que, en efecto, la Licitación, lejos de prevenir riesgos de conductas contrarias a la libre competencia por parte del concesionario verticalmente integrado, los provocó toda vez que, tal como se desarrollará a continuación, la tarifa en cuestión: (i) sólo era soportada por los competidores de Somarco, y no por esta última; y, además, (ii) no tenía justificación en los costos de proveer el servicio de recalada respectivo;

Cuadragésimo cuarto: Que, en cuanto a lo primero, la Licitación introdujo una evidente discriminación en perjuicio de los demandantes, ya que instituyó un cobro nuevo que el concesionario les podría aplicar y que este último, siendo un competidor, no debería soportar, ni aún indirectamente. Ello, porque, según se verá más adelante, por un lado la tarifa en cuestión no guarda relación con los costos de proveer el servicio de recalada, y, por otro, tampoco existe un costo de oportunidad en el uso de tal infraestructura, al no haber congestión. En relación con esto último, y considerando el número de viajes que, como máximo, realizan las cuatro naves existentes y los tiempos máximos de permanencia de éstas en la infraestructura portuaria para carga y descarga de vehículos previstos en las Bases (punto 2.2.2.2.1) no es verosímil que se produzca una congestión capaz de justificar una tarifa permanente superior a los costos directos de proveer el servicio de recalada, destinada a desincentivar el uso de dicha infraestructura;

Cuadragésimo quinto: Que, en relación con lo segundo, y de acuerdo con los documentos acompañados por Somarco a fojas 1935, se observan gastos totales - netos de IVA- de conservación y mantenimiento de la infraestructura portuaria de la conexión Niebla-Corral promedio anuales de \$67.253.015.- y una inversión acumulada en dicha infraestructura de \$5.570.153.- entre marzo de 2009 y enero de 2011. Esto arrojaría un total promedio anual entre gastos e inversiones en las rampas de Niebla y Corral de, a lo sumo, \$70.159.182.-. Al respecto, cabe precisar que este Tribunal solicitó a Somarco a fojas 1775, información sobre inversiones futuras proyectadas, y que esta demandada no indicó la existencia de ninguna adicional a las consideradas en el cálculo precedente. Luego, y considerando que el promedio diario de los viajes o recaladas que realizaban todos los operadores existentes en el año 2008 era de 16 (equivalente a 8 ciclos o vueltas), se obtiene que, si Somarco pagara por recalada lo mismo que sus competidores, como debería ser en un contexto no discriminatorio, y realizara 9 ciclos diarios en conformidad a lo previsto en las Bases, al dividir todos los costos e inversiones entre todos los usuarios conforme al uso efectivo, se obtendría que éstos se solventarían con una tarifa de, a lo sumo, \$5.653 por recalada. Ello, sin considerar que, producto de los subsidios otorgados conforme al contrato de concesión, tales costos e inversiones totales son financiados, al menos parcialmente, por los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

subsidios otorgados por el MOP y que, conforme a las Bases, están destinados a cubrir indistintamente *“la explotación y prestación de todos los servicios exigidos en el contrato”* (pag. 71 de las Bases rolantes a fojas 19), incluyendo aquellos vinculados a *“la mantención, conservación y explotación de las obras portuarias construidas y por construir por el MOP para el atraque de embarcaciones”* (página 6 de las Bases);

Cuadragésimo sexto: Que, en virtud de lo anterior, este Tribunal estima que los cobros que realiza Somarco por el uso de la infraestructura no encuentran justificación en la necesidad de cubrir las inversiones que el concesionario es contractualmente obligado a realizar para mantener, conservar y mejorar las rampas y que, por el contrario, es una tarifa que reportaría utilidades al concesionario, adicionales a las que obtiene en el negocio del transporte;

Cuadragésimo séptimo: Que, al respecto, cabe tener presente que cualquier tarifa que el concesionario verticalmente integrado cobre a sus competidores en el mercado aguas arriba y que le produzca alguna rentabilidad, produce efectos contrarios a la libre competencia en el mercado aguas abajo, porque genera desventajas de costo artificiales para los competidores en dicho mercado. En el extremo, si el nivel de la tarifa por el insumo esencial es tal que hace que para los competidores no sea rentable ofrecer el servicio de transporte, la Licitación implementada produce efectos exclusorios y cierra el mercado a actores distintos del concesionario verticalmente integrado;

Cuadragésimo octavo: Que, en este caso, sobre la base de los ingresos, costos y número de viajes realizados en el año 2010 por los demandantes, según se informa a fojas 988, es posible afirmar que éstos no podrían solventar la tarifa máxima por recalada fijada por el MOP sin incurrir en pérdidas, de modo que la misma compromete su permanencia en el mercado. Ello, considerando además que no pueden transferir el nuevo costo a precio, porque las Bases fijan las tarifas del concesionario para el servicio de transporte de vehículos de pasajeros y de carga y, con ello, ponen un techo a los precios que los competidores de Somarco podrían cobrar en este mercado;

Cuadragésimo noveno: Que, entonces, la tarifa máxima por recalada autorizada en las Bases impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de transporte entre Niebla y Corral, o al menos tiende a producir esos efectos, en contravención a lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211, excluyendo o tendiendo a excluir a los competidores del concesionario en dicho mercado, sin que cuente con una autorización legal expresa, como requiere el artículo 4° del D.L. N° 211;

Quincuagésimo: Que, en cuanto a la responsabilidad que por la infracción descrita corresponde a cada uno de los demandados, el Fisco se la atribuyó al concesionario al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señalar que la tarifa en cuestión no era obligatoria, sino que facultativa para éste. Por su parte, Somarco intentó reconducir al Fisco toda la responsabilidad, al señalar que no podría incurrir en un atentado a la libre competencia porque se habría limitado a dar cumplimiento a su contrato;

Quincuagésimo primero: Que, al respecto, este Tribunal considera que la infracción a las normas de defensa de la libre competencia resulta atribuible tanto al Fisco como al concesionario demandado, aun cuando más gravemente al primero. En relación con el Fisco, su conducta reprochable consiste en el diseño mismo de la Licitación en cuestión y de las facultades que conforme a ésta concede al concesionario resultante, generando la posibilidad e incentivos para el cobro de una tarifa que es exclusiva de competidores y contraria a la libre competencia. La conducta del concesionario, por su parte, es también reprochable desde que no está obligado a cobrar una tarifa exclusiva como la establecida en el contrato y puede, ciertamente, actuar de otra forma y cobrar una inferior al estar las tarifas en cuestión establecidas como "máximas". Así, aún cuando los cobros establecidos por Somarco no infringen su contrato de concesión, pues están debajo de esos máximos contractuales, sí podrían ser contrarios a la libre competencia si se fijan con el objeto de excluir competidores, efecto que es evidente dado lo razonado en la consideración cuadragésimo quinta y que no pudo sino haber sido previsto por el concesionario;

Quincuagésimo segundo: Que, en razón de lo anterior, no es posible considerar la conformidad con la normativa especial que regula una actividad -en este caso, la de concesiones de obra pública- como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de la normativa general de defensa de la libre competencia, especialmente si no se verifica en la especie una situación de contradicción entre ambas que impida cumplirlas simultáneamente y, por el contrario, existe un ámbito de discrecionalidad en la conducta de Somarco constitutiva de infracción, toda vez que bien pudo fijar, por debajo del máximo autorizado por su contrato, cualquier tarifa que no produjera o tendiera a producir los efectos contrarios a la libre competencia antes descritos;

Quincuagésimo tercero: Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal tendrá en consideración que la circunstancia de que Somarco haya actuado amparado por las normas que regulan su actividad o dentro de los límites establecidos por su contrato de concesión, atenúa significativamente su responsabilidad, por lo que no se multará al concesionario, sin perjuicio de las medidas que se adoptarán para efectos de restablecer las condiciones de competencia que deben prevalecer en el mercado;

Quincuagésimo cuarto: Que así, y dado que Somarco no ha incurrido en infracción al contrato de concesión, sino a las normas de defensa de la libre competencia, el Fisco

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Chile no podrá disipar los efectos atentatorios de la libre competencia que produce el cobro de las tarifas en cuestión por medio del sistema de control que establece dicho contrato, siendo por consiguiente necesario que este Tribunal adopte medidas para ello;

Quincuagésimo quinto: Que en virtud de todo lo expuesto precedentemente, este Tribunal acogerá la demanda de autos en esta parte, específicamente: (i) por haber el Fisco diseñado la Licitación en cuestión y concedido al concesionario resultante facultades que posibilitaron e incentivaron el cobro de una tarifa exclusiva de competidores y por ende contraria a la libre competencia; y, (ii) por haber Somarco cobrado una tarifa que produce los efectos descritos, pudiendo libremente haber establecido una que no excluyera o tendiese a excluir a sus competidores. Tales conductas, en su conjunto, impiden, restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado de transporte entre Niebla y Corral o, al menos, tienden a producir dichos efectos, en contravención a lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211;

Quincuagésimo sexto: Que en virtud de lo anterior, este Tribunal declarará que la tarifa por recalada de naves en la infraestructura portuaria de Niebla y Corral fijada por Somarco produce efectos exclusorios de competidores en el mercado aguas abajo de transporte marítimo-fluvial entre tales localidades, en contravención a las normas de defensa de la libre competencia, y ordenará a Somarco fijar por dicho concepto una tarifa que no produzca tales efectos; para lo cual, en este caso, dicha tarifa deberá estar justificada en los costos de mantención y operación de la infraestructura portuaria, en consonancia con lo razonado en la consideración cuadragésimo quinta;

Quincuagésimo séptimo: Que asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211, como medida preventiva, esto es, a fin de que la infracción sancionada precedentemente no se repita en el futuro, se ordenará al Fisco de Chile, por intermedio de los Ministerios correspondientes, después del vencimiento del Contrato, y para el evento de optar por la realización de una nueva licitación, escoger alguna de las dos siguientes alternativas: (a) licitar separadamente o adjudicar a personas diferentes y no relacionadas entre sí o con uno o más usuarios de la infraestructura portuaria, los servicios portuarios esenciales y los servicios de transporte relevantes; o bien (b) en el evento de optarse por un esquema de integración vertical entre ambos servicios, imponer al concesionario el deber de ajustar la tarifa por recalada de naves al valor que resulte de dividir el valor actualizado y anualizado de los costos y las inversiones totales en que deba incurrir y realizar el concesionario para la mantención, conservación y explotación de las obras portuarias construidas y por construir por el MOP para el atraque de embarcaciones en las rampas de Niebla y Corral, por el número total anual esperado de recaladas en el período considerado,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

entre todos los usuarios, incluyendo al adjudicatario de la licitación, y reduciendo del monto total de los costos e inversiones, el monto de los subsidios que se concedan para financiar tales costos e inversiones, debiendo las Bases y el Contrato respectivo especificar tal monto o establecer los elementos que sirvan para su determinación;

Quincuagésimo octavo: Que a continuación este Tribunal se referirá a la acusación de competencia desleal que los demandantes fundan en el envío y publicación de un documento denominado “comunicado” por parte de Somarco. Al respecto, es preciso señalar que, según consta en autos, el denominado “comunicado” (fojas 161) fue enviado a dos de los clientes de los demandantes (fojas 163 y 167) y publicado en el puerto de Niebla (fojas 162). Éste señala, en síntesis, que frente a la situación de morosidad existente en el pago de la tarifa por recalada de algunos armadores, suspendería los servicios a éstos a partir del 19 de marzo de 2010, sin perjuicio de la posibilidad de efectuar el cruce de vehículos a través de otras naves que se encuentran operativas y regulares en sus obligaciones;

Quincuagésimo noveno: Que podría considerarse que el comunicado pretendió perjudicar la reputación de los demandantes, pues aunque la referencia a éstos no es explícita, eran a esa fecha los únicos armadores que proveían servicios de transporte en la conexión Niebla-Corral y su disconformidad con los cobros en cuestión era un hecho notorio en la zona, por lo que podría estimarse que el comunicado también pretendió desviar la clientela de los demandantes hacia Somarco, que es el único armador que podría encontrarse operativo y en cumplimiento regular de sus obligaciones, precisamente porque para Somarco resultaba –y resulta- indiferente el cobro en cuestión, al estar verticalmente integrado;

Sexagésimo: Que, sin embargo, no es controvertido en estos autos que los demandantes efectivamente se habían rehusado a pagar por los servicios de recalada en los puertos de Niebla y Corral, por lo que la comunicación en cuestión no faltó a la verdad, de lo que resulta en este caso que tampoco puede considerarse que el mencionado comunicado constituya un acto de competencia desleal;

Sexagésimo primero: Que, adicionalmente, a juicio de este Tribunal, el comunicado en cuestión tampoco constituye una práctica de competencia desleal, dado que la inclusión de los clientes de los demandados entre los destinatarios del mismo se podría explicar por el hecho de que estos últimos deberían reprogramar sus itinerarios y los de sus transportistas. En efecto, el comunicado señala que Somarco se veía en la necesidad de suspender los servicios de recalada hasta que la señalada condición de morosidad –que no es controvertida- fuese superada y que “[d]e la misma forma se denegará el acceso de vehículos a dichas naves”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo segundo: Que, en razón de lo anterior, se rechazará la demanda en contra de Somarco por esta acusación, por no verificarse en la especie el primero de los requisitos exigidos por el artículo 3 letra c) del D.L. N° 211, esto es, por no haberse acreditado en la especie prácticas de competencia desleal;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero y letra b); 18º N° 1); 22º, inciso final; 26º y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

- I) RECHAZAR** la excepción de incompetencia absoluta, opuesta a fojas 343 por el Consejo de Defensa del Estado;
- II) RECHAZAR,** por improcedente, la tacha deducida a fojas 1250 por el Fisco de Chile, respecto del testigo Sr. Francisco Guillermo Barrios Vargas;
- III) ACOGER** la demanda deducida a fojas 171, en cuanto se declara: (i) que los demandados infringieron el artículo 3º del Decreto Ley N° 211 en los términos indicados en la consideración Quincuagésimo Quinta de esta sentencia; y, (ii) que la tarifa por recalada de naves en la infraestructura portuaria de Niebla y Corral fijada por Sociedad Marítima y Comercial Somarco Ltda. produce efectos exclusorios de competidores en el mercado de transporte marítimo-fluvial entre tales localidades, en contravención a las normas de defensa de la libre competencia;
- IV) ORDENAR** a Sociedad Marítima y Comercial Somarco Ltda. fijar una tarifa por recalada de naves en la infraestructura portuaria de Niebla y Corral que no produzca efectos exclusorios de competidores en el mercado de transporte marítimo-fluvial entre dichas localidades; para lo cual, en este caso, dicha tarifa deberá estar justificada en los costos de mantención y operación de la infraestructura portuaria, en consonancia con lo razonado en la consideración cuadragésimo quinta;
- V) ORDENAR** a la parte del Fisco de Chile que, por intermedio de los Ministerios correspondientes, después del vencimiento del Contrato de “Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos”, y para el evento de optar por la realización de una nueva licitación, escoger alguna de las dos siguientes alternativas, en lo relativo a la conexión entre Niebla y Corral: (a) licitar separadamente o adjudicar a personas diferentes y no relacionadas entre sí o con uno o más usuarios de la infraestructura portuaria, los servicios portuarios esenciales y los servicios de transporte relevantes; o bien, (b) en el evento de optarse por un esquema de integración vertical entre ambos servicios, imponer al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesionario el deber de ajustar la tarifa por recalada de naves al valor que resulte de dividir el valor actualizado y anualizado de los costos y las inversiones totales en que deba incurrir y realizar el concesionario para la mantención, conservación y explotación de las obras portuarias construidas y por construir por el Ministerio de Obras Públicas para el atraque de embarcaciones en las rampas de Niebla y Corral, por el número total anual esperado de recaladas en el período considerado, entre todos los usuarios, incluyendo al adjudicatario de la licitación, y reduciendo del monto total de los costos e inversiones, el monto de los subsidios que se concedan para financiar tales costos e inversiones, debiendo las Bases y el Contrato respectivo especificar tal monto o establecer los elementos que sirvan para su determinación; y,

VI) CONDENAR al Fisco de Chile a pagar las costas de los demandantes. No se condenará en costas a Sociedad Marítima y Comercial Somarco Ltda. por no haber sido totalmente vencida.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 219-11

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Javier Velozo Alcaide.

Autorizada por el Secretario Abogado, Sr. Alejandro Domic Seguich.