

ANT.: Denuncia sobre entorpecimiento de acceso al Puerto de San Antonio. Rol 2503-18 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 31 OCT 2018

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía informo al señor Fiscal (S) acerca de la admisibilidad de la denuncia indicada, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 7 de junio de 2018 ingresa a la Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**”) una denuncia en contra de la empresa concesionaria del frente de atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, Puerto Central S.A. (“**Puerto Central**”, “**la concesionaria**” o “**PCE**”), y de Oil Malal S.A. (“**Oil Malal**”), importadora y comercializadora de productos asfálticos, por eventuales conductas contrarias a la libre competencia.
2. La denuncia indica que, al menos durante el mes de marzo del presente año, el entonces Jefe Comercial de Puerto Central habría estado “*ejecutando maniobras de entorpecimiento destinadas a impedir o al menos dificultar*” la entrada de la denunciante al frente de atraque para efectuar la descarga de asfalto. Que, si bien el ejecutivo fue despedido de la concesionaria, igualmente se debe establecer la responsabilidad de terceros.

3. En efecto, el denunciante sugiere que no sería racional ni lógico suponer que el entorpecimiento se pueda explicar por un comportamiento unilateral o voluntario del ejecutivo. Señala, tendría más sentido la existencia de una coordinación previa de éste con la empresa Oil Malal, competidor de la denunciante en el mercado mayorista de productos asfálticos.
4. En relación a las maniobras de entorpecimiento, la denunciante se refiere a dos situaciones en particular. Primero, acusa que, al haber solicitado mediante correo electrónico información al entonces Jefe Comercial de la concesionaria sobre los requisitos para arribar al frente de atraque y efectuar la descarga de su cargamento, éste habría guardado un “*prolongado silencio*”, debiendo insistir en reiteradas ocasiones, y que, luego de haber obtenido respuesta, recibió una serie de exigencias que el denunciante califica de “*absolutamente inusuales*”, pues ningún puerto con los que operó en el pasado le había establecido tales requisitos. Por ejemplo, la utilización de maquinaria que desconocía.
5. La segunda circunstancia ocurrió el mismo día en que se le comunicaron a la denunciante las exigencias de Puerto Central para efectuar el arribo y descarga en el frente de atraque. De acuerdo a los documentos acompañados en la denuncia, el Jefe Comercial de la concesionaria envió un correo electrónico al Gerente General de Oil Malal, comunicándole expresamente que estaba intentando colocar “interferencia” a su competencia (haciéndole entender que estaría beneficiando a Oil Malal). Ello, reenviando copia de la cadena de correos sobre la materia revisada en el párrafo anterior¹⁻².
6. La denuncia señala que estos actos explicarían las demoras injustificadas en la atención, y los anómalos requisitos exigidos a su empresa para efectuar el arribo y descarga, pues tanto la concesionaria como Oil Malal, se habrían

¹ Como se verá más adelante, como respuesta, el Gerente de Oil Malal señaló al emisor que se habría equivocado en el correo enviado, ya que no sería para él.

² La denunciante tomó conocimiento de todas estas situaciones, debido a que el Jefe Comercial de Puerto Central remitió, por error, el correo al Gerente Comercial de Oil Malal, con copia a trabajadores de la denunciante.

coordinado para excluir a la denunciante del uso del puerto de San Antonio, y así entorpecer el desarrollo de su giro.

7. Cabe señalar que el Gerente General de Puerto Central tomó conocimiento de la materia el mismo día de los acontecimientos, procediendo a despedir al Jefe Comercial, ejecutivo emisor del mail. Así también, el buque fue finalmente atendido por la concesionaria de acuerdo a lo programado. Con todo, igualmente se procedió a analizar los antecedentes puestos en conocimiento de esta Fiscalía.

II. REGULACIÓN DEL ACCESO A LOS PUERTOS

8. Como se verá, la libertad de acceso a los puertos públicos y la no discriminación son disposiciones fundamentales de la regulación sectorial. En particular, la ley N° 19.542 (“**Ley de Puertos**”) establece en su artículo 22 que las empresas portuarias, al elaborar el reglamento interno de uso de frentes de atraque, deben necesariamente emplear criterios objetivos y no discriminatorios³. Adicionalmente, en el artículo 14 se establece que, bajo ciertas circunstancias, la empresa portuaria, al licitar una concesión de frente de atraque, debe contar con un informe de la Comisión Preventiva Central – hoy Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**TDLC**”).
9. A propósito de esta última exigencia, el TDLC dictó el Informe N°6/2009, que fija las condiciones para la licitación pública del frente de atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, cuyo titular hoy es Puerto Central. Dicho informe, establece como resguardo a la provisión de servicios portuarios, que “[e]l concesionario estará obligado a prestar sus servicios a todo aquel que lo requiera, en términos y condiciones generales y no discriminatorias, que deberán estar contenidas en documentos públicos que estarán a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el concesionario mantenga en el

³ Este reglamento se entiende parte integrante de las bases de licitación de las concesiones portuarias de acuerdo al mismo artículo 22 inciso final Ley N° 19.542.

Puerto de San Antonio, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro)”⁴.

10. Por otra parte, el reglamento interno de uso de frentes de atraque dictado por la Empresa Portuaria de San Antonio, dispone en su artículo 5° que el concesionario debe dar un uso no discriminatorio al frente que administre, y que la prestación de servicios se regulará por un reglamento especial, el cual estará orientado a un trato no discriminatorio a los usuarios de los frentes. En el frente de atraque Costanera-Espigón, este instrumento corresponde al Manual de Servicios de Puerto Central.
11. Cabe destacar que las disposiciones de libre acceso y no discriminación deben ser armonizadas con las restricciones operacionales que establece la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante (“**Autoridad Marítima**”) a través de Circulares para resguardar la seguridad de esta actividad tal como establece el artículo 3° letra a) del DFL N° 292/2002.

III. MERCADO RELEVANTE

12. El mercado relevante del producto objeto de la denuncia es el de “*servicios portuarios básicos*” prestados por terminales portuarios de uso público necesarios para la descarga de asfalto líquido⁵. De acuerdo al Informe N°6/2009 TDLC, estos servicios corresponden a aquellos “*que son indispensables para el atraque de las naves, la movilización y el acopio de la carga, o para cuya provisión es necesaria la infraestructura entregada en concesión, de manera que el concesionario los presta o puede prestar en condiciones de monopolio en el frente de atraque licitado*”⁶.
13. Para la descarga de este producto, los importadores requieren de acceso al muelle, así como también de espacio en el mismo para la instalación de una

⁴ Informe N°6/2009 TDLC, de fecha 15 de octubre de 2009, apartado III.II.10.

⁵ Si bien el asfalto también se puede movilizar en estado sólido a través de contenedores, de acuerdo a los antecedentes recabados, esta modalidad de transporte es al menos dos veces más cara. Cabe señalar, ello no ha impedido que las empresas utilicen esta modalidad para distancias menores (por ejemplo, para cabotaje).

⁶ Informe N°6/2009 TDLC, de fecha 15 de octubre de 2009, apartado II.7.1.2.

torre (o, indistintamente, rack de descarga), con la que se realiza el trasiego del líquido desde el buque a uno o varios camiones. Dichos elementos son independientes del frente de atraque, siendo los mismos importadores quienes pueden instalarlos siguiendo la normativa técnica vigente⁷.

14. En relación al mercado geográfico relevante, el mismo TDLC señaló en el Informe N°6/2009, que éste correspondía a la Región de Valparaíso. Ahora bien, el transporte terrestre de asfalto líquido implica para las empresas un costo significativo, pues se debe mantener dicho producto a altas temperaturas (por sobre los 100°C)⁸ para que permanezca en estado líquido durante todo el trayecto. Así, la sustituibilidad de los terminales portuarios no es perfecta y depende principalmente de su cercanía con las plantas de procesamiento de asfalto.
15. Por su parte, la ubicación de dichas plantas es también una decisión estratégica de las empresas y, de acuerdo a los antecedentes recabados, las principales importadoras del producto han ubicado sus plantas en San Antonio, cercanas al puerto de dicha ciudad⁹. Ello, en atención a la mejor conectividad vial y mejores condiciones marítimas, (por ejemplo, menos días sin operación producto de marejadas). Esto, en comparación con otros terminales donde se realiza la descarga de asfalto.
16. Por lo tanto, el mercado relevante queda definido como el de los servicios portuarios básicos prestados por terminales portuarios de uso público, necesarios para la descarga de asfalto líquido, ubicados en la Región de Valparaíso.

⁷ No es este el caso, por ejemplo, de los contenedores, donde es necesario que cada terminal portuario invierta en grúas especializadas para su descarga.

⁸ Del mismo modo, el costo del transporte marítimo de este producto es también alto, ya que los buques deben mantener encendidas las calderas para efectos de regular la temperatura de forma tal que el asfalto se encuentre en su estado líquido; ello, incluso ante la espera de sitios para atracar en terminales portuarios. Esta información fue proporcionada por empresas del rubro en tomas de declaración de fecha 9 y 16 de agosto de 2018.

⁹ Información recabada en tomas de declaración de fechas 9 y 16 de agosto de 2018.

17. Se presentan a continuación los terminales portuarios de uso público ubicados en la Región de Valparaíso, con su respectiva especialización sobre tipos de carga y distancia a San Antonio.

Cuadro N° 1: Características de los frentes de atraque de uso público de la Va Región

Ubicación	Puerto o Frente de atraque	Tipo de carga	Largo muelle (m)	Máximos autorizados (m)		Distancia a Puerto San Antonio (transporte)
				Eslora	Calado	
Quintero	Oxiquim	Granel líquido	235	235	12,5	135 km
	Puerto Ventanas	Granel sólido y líquido	950	245	14,3	131 km
Puerto Valparaíso	TCVAL (EPV)	Contenedor y fraccionada	235	235	9,3	90,4 km
	TPS (EPV)	Contenedor y fraccionada	740	366	13,8	
Puerto San Antonio	Sitio 9	Granel líquidos	62,3	190	10	0 km
	Panul	Granel sólidos	186	230	11	
	PCE	Contenedor, granel y fraccionada	422 y 700	367	13,5	
	STI	Contenedor, granel y fraccionada	842	363	13,5	

Fuente: FNE¹⁰ y Google para las distancias.

18. Del cuadro anterior se extrae que los terminales portuarios que atienden granel líquido en Quintero son Oxiquim y Puerto Ventanas en Quintero, y en San Antonio Sitio 9, PCE y STI. Ahora bien, de los señalados y en base a la información recabada, en la práctica, durante al menos los últimos ocho años la descarga del producto sólo se ha realizado en tres de los terminales individualizados: Sitio 9, PCE y Puerto Ventanas¹¹.

¹⁰ Cuadro N° 2 de Informe presentado por la FNE en Rol NC-444-2018 TDLC.

¹¹ En STI se realiza el embarque de ácido sulfúrico. En su Manual de Servicio, y en relación a servicios relacionados a granel líquido, se señala "las operaciones de transferencia de líquidos a granel entre una nave y los terminales químicos actualmente ocupados por TERQUIM S.A. que se ubican en el Frente de Atraque Molo Sur, y que realizará directamente el operador de dichos terminales químicos". Mayores antecedentes disponibles en: https://www.stiport.com/quienes_somos/medios/manuales/ManualdeServicios_Agosto_2017.pdf, y <http://www.terquim.cl/terquim/terquim-san-antonio/>. Fechas última visita: 26 de octubre de 2018.

19. En cuanto al Sitio 9, éste presenta serias desventajas respecto de PCE y Puerto Ventanas ya que la autoridad marítima ha establecido una serie de limitaciones para la atención de naves. Entre ellas, la imposibilidad de realizar operaciones en horario nocturno, y la obligación de interrumpir sus operaciones toda vez que una nave de eslora superior a los 253 metros ingrese o salga de los demás terminales portuarios del Puerto San Antonio¹². Por otra parte, Puerto Ventanas presenta mayores problemas de marejadas que los terminales del Puerto de San Antonio, por lo que enfrenta un mayor número de períodos de cierre de sus instalaciones¹³, y se encuentra a una mayor distancia de las plantas de procesamiento de asfalto.
20. Así las cosas, en atención a las ventajas que presenta, y de acuerdo a la información recabada, PCE es el terminal portuario más idóneo para los importadores de asfalto y, en consecuencia, conductas arbitrariamente discriminatorias son más probables de afectar y/o distorsionar los mercados en que dichas empresas participan. En este caso, los mercados de: (i) venta mayorista de asfalto y productos asfálticos; (ii) venta minorista de productos asfálticos a empresas constructoras de proyectos viales; y, (iii) la exportación de productos asfálticos, principalmente a Bolivia.

IV. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIAS

21. Tal como se ha señalado *supra*, se denuncia la exigencia de PCE de una serie de requisitos para el arribo y descarga de asfalto, considerados anómalos por la denunciante, ya que nunca le habían sido requeridos por otros puertos. Esta situación, según la denunciante, constituiría una forma de entorpecer su arribo,

¹² Estas condiciones las establece la CPSA Ord. N° 12.600/278 VRS de la Capitanía de Puerto de San Antonio, y es recogido en el artículo 6 del Reglamento de Los Servicios de la Empresa Portuaria de San Antonio, versión 2017. Documento disponible en: http://www.sanantonioport.cc.cl/html/reglamentos/Reglamento_Servicios_Sitio_9.pdf. Fecha última visita: 26 de octubre de 2018.

¹³ Esta información fue proporcionada por empresas del rubro en tomas de declaración de fecha 9 y 16 de agosto de 2018. Además, estas condiciones naturales del Puerto Ventanas constan en una serie de artículos de prensa, siendo el más reciente el de 19 de junio de 2018, en el sitio web especializado "Mundo Marítimo": <https://www.mundomaritimo.cl/noticias/puerto-ventanas-inauguro-shiploader-que-hara-mas-eficiente-sus-embarques-de-concentrado-de-cobre>. Fecha última visita: 26 de octubre de 2018.

pues existiría una coordinación entre la concesionaria del frente de atraque y su competidora Oil Malal.

22. De acuerdo a los antecedentes acompañados en la denuncia, los requisitos que le fueron exigidos a la denunciante son los siguientes:
- Rack para transferencia de asfalto, disponible, armado y operativo en Puerto Central antes de la eventual recalada, y en condiciones de ser operados y manipulado por personal de la empresa durante el proceso de inspección, eventualmente a ser requerido por la Autoridad Marítima.
 - Proveedor calificado para realizar prueba hidrostática de rack de transferencia en caso de ser requerido por la Autoridad Marítima.
 - Válvula tipo Camlock y rack en condiciones de poder implementarla.
 - Al menos 6 unidades de radios de comunicación digitales (UHF) intrínsecamente seguras.
 - Al menos 2 unidades de teléfonos celulares intrínsecamente seguros, que califiquen como sistema de comunicación alternativo.
 - Plan de mantenimiento de rack de transferencia, flexible, reductor, y válvula tipo Camlock.
23. Conforme a los antecedentes recabados por esta División, y a declaraciones efectuadas por la propia concesionaria¹⁴, durante el año 2017 la Autoridad Marítima dictó una nueva normativa a través de la Circular O-71/034, estableciendo una serie de requisitos para el trasiego de productos líquidos y gaseosos a granel. Según lo indicado por Puerto Central, esto explicaría el aumento en las exigencias efectuadas a todos los usuarios del frente de atraque -entre ellos, la denunciante- para la descarga de asfalto.
24. Dentro de las diligencias desarrolladas en el estudio de admisibilidad, esta División analizó los requisitos establecidos por PCE a la denunciante y las disposiciones contenidas en la Circular O-71/034, concluyendo que tales

¹⁴ Tal como consta en toma de declaración de fecha 31 de julio de 2018.

exigencias se encontraban conformes a esta última¹⁵. En efecto, consultada la Autoridad Marítima, sobre si los requisitos exigidos por la concesionaria correspondían a lo establecido en la Circular, ésta señaló que tales exigencias estaban en consonancia con la nueva regulación de seguridad en la materia dictada por el organismo¹⁶.

25. Adicionalmente, esta División requirió todas las comunicaciones entre Puerto Central y cada uno de los usuarios del puerto que hayan solicitado espacio para el atraque de naves con productos asfálticos, entre ellos Oil Malal y la denunciante, que tuvieran relación con las exigencias establecidas por Puerto Central a dichos usuarios para la recalada y descarga de asfalto en el terminal portuario con la adecuación de los requisitos a la Circular O-71/034. Los respectivos correos electrónicos obtenidos dan cuenta de que las condiciones establecidas para Oil Malal son prácticamente las mismas que aquellas requeridas a la denunciante. Incluso, dichas exigencias le fueron comunicadas a Oil Malal antes que a esta última¹⁷.
26. En consecuencia, atendidos los antecedentes recabados, los requisitos que en la denuncia se califican como anómalos, no tienen la calidad de tal, sino que corresponden a nuevos requerimientos técnicos de la Autoridad Marítima, habiéndose exigido por parte de Puerto Central por igual a todos los importadores de asfalto.
27. Sin perjuicio de lo señalado *supra*, es importante indicar que el Jefe Comercial, al reenviar copia de la cadena de correos de las comunicaciones que sostuvo con la denunciante a Oil Malal, compartió información comercial sensible¹⁸ de

¹⁵ En particular, la Circular O-71/034 dispone en el punto IV.C.- que la Autoridad Marítima efectuará inspecciones de todos los terminales marítimos que realizan trasiego de productos líquidos y gaseosos a granel, con la periodicidad que la propia circular dispone, estando sujetas a inspecciones iniciales, de renovación, técnicas, de auditoría y especiales o no programadas. En el Anexo B de la misma Circular, punto IV.B.- se establece el requisito de equipos portátiles intrínsecamente seguros.

¹⁶ G.M.S.A. Ord. N° 12.000/42 de fecha 24 de septiembre de 2018.

¹⁷ Mediante correo de fecha 12 de marzo de 2018 Puerto Central comunica a Oil Malal los nuevos requisitos para el trasiego de asfalto, dando cumplimiento a lo establecido en la Circular O-71/034, mientras que a través de correo de 19 de marzo de 2018 Puerto Central comunica a la denunciante estas exigencias.

¹⁸ De acuerdo a la Comisión Europea, información sensible o información estratégica, se definen como “*aquellos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado (...) ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir*”.

una empresa con una de sus competidoras. A lo anterior, se suma el contenido del mensaje donde se señalaba una eventual discriminación entre los usuarios –la cual fue descartada en el análisis expuesto precedentemente-. A juicio de esta División, y como fue comunicado a la concesionaria, ambos hechos constituyen un riesgo a la libre competencia, particularmente en los mercados donde las importadoras de asfalto compiten, ya que como se ha indicado en el apartado III, Puerto Central es el frente de ataque más idóneo para estas empresas.

28. En este sentido, y a juicio de esta División, si bien resulta pertinente la decisión adoptada por la concesionaria de desvincular al dependiente que ejecutó tales actos, ello no parece ser suficiente para la mitigación de los riesgos observados. Puerto Central tomó consideración de las preocupaciones planteadas por esta División, comprometiéndose, por una parte, a la publicación en línea de la normativa vigente para la descarga de asfalto, facilitando el acceso a dicha información; y por otra, a la implementación de políticas para una mayor proactividad en la prevención de eventuales conductas que sus empleados pudieran realizar contrarias a la libre competencia. Las medidas adoptadas se detallan a continuación.

V. MEDIDAS ADOPTADAS POR PUERTO CENTRAL S.A.

29. Como se expuso anteriormente, durante el análisis de admisibilidad de esta denuncia se puso en conocimiento de Puerto Central los riesgos observados y la importancia de que, tanto la plana ejecutiva como sus demás trabajadores que intervienen en materias de libre competencia, estén informados sobre las disposiciones del DL 211, la Ley de Puertos y el Informe N° 6/2009 TDLC, y de sus obligaciones para su debido cumplimiento. En particular, para el caso en análisis, sobre aquellas disposiciones referidas a que la concesionaria debe ofrecer sus prestaciones en condiciones no discriminatorias, y a proteger la información comercial de los usuarios del frente de ataque. Esto último, con especial cuidado en los casos en que los servicios se provean a empresas que son competidoras entre sí¹⁹.

¹⁹ Tal como consta en toma de declaración de fecha 10 de septiembre de 2018.

30. En atención a los puntos planteados, Puerto Central comunicó a esta Fiscalía²⁰ el compromiso de adoptar medidas adicionales en materias de libre competencia, indicando que: (i) durante el año 2018 sus asesores externos expertos sobre la materia efectuarán una nueva capacitación a los trabajadores de Puerto Central; (ii) en el año 2019, estos mismos asesores actualizarán el programa de cumplimiento de libre competencia de la empresa, efectuando una o más capacitaciones según se estime conveniente; (iii) se incluirá en su programa de capacitaciones anual, a todos los colaboradores que sean relevantes para efectos de la libre competencia, incorporando y actualizando dentro de dicha capacitación la normativa vigente de libre competencia junto con las condiciones y resguardos señalados por el TDLC en el Informe N° 6/2009; y, (iv) se reforzará la capacitación sobre la normativa vigente de libre competencia, los ilícitos que contempla ésta y las condiciones y resguardos que fija el Informe N° 6/2009 del TDLC, a toda persona relevante para efectos de cumplimiento de libre competencia, que ingrese a Puerto Central. Esto último, señaló la concesionaria, a fin de asegurarse de que, todo empleado de Puerto Central que se relacione a diario con distintos agentes económicos, tenga claro y esté consciente de todo aquello que es lícito e ilícito en materia de libre competencia.
31. Posteriormente, a través de una proposición complementaria²¹, la concesionaria indicó que facilitará el acceso a la normativa pública sectorial a las empresas que efectúen la descarga de asfalto, mediante la incorporación en su sitio web de un *banner* denominado “Requisitos Descarga de Asfaltos”. Dicho *banner*, contendrá un vínculo a la Circular O-71/034²², en la cual se disponen los requisitos exigidos por la Autoridad Marítima, y consecuentemente por Puerto Central, para efectuar el trasiego de productos líquidos y gaseosos a granel.

²⁰ Mediante carta de fecha 16 de octubre de 2018.

²¹ Esta vez, mediante carta de fecha 25 de octubre de 2018.

²² En particular, el *banner* vincula a la dirección: https://www.directemar.cl/directemar/site/artic/20170228/asocfile/20170228170540/o_71_034_cr_201117_260318.pdf. Fecha última visita: 26 de octubre de 2018.

VI. CONCLUSIONES

40. Durante el análisis de admisibilidad de la denuncia, se determinó que el establecimiento de nuevos requisitos a los que se vio sujeta la denunciante respondían a una normativa técnica y de seguridad dictada por la Autoridad Marítima. Adicionalmente, conforme a los antecedentes recabados, dichos requisitos fueron prácticamente iguales a los exigidos a otras empresas importadoras de asfalto, por lo que no se observa un trato discriminatorio en específico sobre esta materia.
41. Sin perjuicio de no haber observado un efecto nocivo sobre el desempeño competitivo del denunciante, la información compartida por el Jefe Comercial y el contenido del mail, evidenciaron, a juicio de esta División, riesgos a la libre competencia que no se mitigan con la sola desvinculación de este ejecutivo. En este sentido, Puerto Central asumió compromisos en orden a aumentar y mejorar las capacitaciones de sus ejecutivos, y demás trabajadores atingentes, en materias de libre competencia junto a las disposiciones del Informe N°6/2009 TDLC; sumado a hacer pública la normativa vigente para el trasiego de asfalto. Compromisos que, a juicio de esta División, van bien encaminados a mitigar los riesgos expuestos.
42. En consecuencia, se recomienda al Sr. Fiscal Nacional Económico archivar el presente expediente de admisibilidad, salvo su mejor parecer.

Saluda atentamente a usted,


GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS


NAO