

En lo principal: Interpone Requerimiento en contra de Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. y otros. **En el primer otrosí:** Designa receptores judiciales. **En el segundo otrosí:** Personería. **En el tercer otrosí:** Patrocinio y poder. **En el cuarto otrosí:** Forma de notificación.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Jorge Grunberg Pilowsky, Fiscal Nacional Económico, en representación de la **Fiscalía Nacional Económica** (en adelante, “**FNE**” o “**Fiscalía**”), ambos domiciliados para estos efectos en calle Huérfanos N°670, piso 8, comuna de Santiago, Región Metropolitana, al H. Tribunal respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18 y siguientes, 26, 39 y en las demás normas pertinentes del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (en adelante, “**DL 211**”), y fundado en los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que a continuación se expondrán, interpongo Requerimiento en contra de las siguientes personas jurídicas:

1. **TERMINAL PACÍFICO SUR VALPARAISO S.A.** (en adelante, “**TPS**”), representada por su gerente general don Oliver Weinreich Román, ingeniero civil industrial, ambos domiciliados para estos efectos en Antonio Varas N°2, piso 3, comuna de Valparaíso, Región de Valparaíso.
2. **SAN ANTONIO TERMINAL INTERNACIONAL S.A.** (en adelante, “**STI**”), representada por su gerente general don Rodrigo Galleguillos Zúñiga, ingeniero comercial, ambos domiciliados para estos efectos en Barros Luco N°1613, oficina 1301, comuna de San Antonio, Región de Valparaíso.
3. **DP WORLD SAN ANTONIO S.A.** (en adelante, “**DPW**”; y en conjunto con TPS y STI, “**Requeridas**”), representada por su gerente general don Juan Alberto Arancibia Krebs, ingeniero civil industrial, ambos domiciliados para estos efectos en Alan Macowan Marks N°240, comuna de San Antonio, Región de Valparaíso, y en Av. Manquehue Norte N°160 piso 10, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

Las Requeridas han infringido el artículo 3° incisos primero y segundo letra b) del DL 211 al ejecutar, cada una, un abuso de posición dominante, consistente en el cobro injustificado de una tarifa básica por concepto de seguridad en la transferencia de carga, a los importadores y exportadores cuyas mercancías se movilizan a través de los terminales portuarios que operan tales empresas en la Región de Valparaíso. TPS ha efectuado este cobro desde septiembre de 2019, STI desde septiembre de 2020 y DPW desde febrero de 2021, manteniéndose en todos los casos vigente hasta la fecha.

Al ejecutar estos abusos explotativos, las Requeridas se han aprovechado del carácter cautivo que tienen los importadores y exportadores respecto del terminal portuario que las empresas navieras eligen para recalar sus naves, careciendo de la capacidad, o enfrentando serias dificultades para determinar el frente de atraque por el cual transferir su carga, producto de los relevantes costos de cambio que ello implicaría.

El cobro de esta tarifa a los importadores y exportadores es injustificado, considerando que son las empresas navieras las que mantienen vínculos comerciales con los terminales portuarios respecto de los servicios básicos. Además, este cobro se refiere a actividades de seguridad que ya son remuneradas a las Requeridas a través de la tarifa por los servicios básicos de transferencia de carga cobrada a las empresas navieras, sin que tampoco encuentre respaldo en gastos o inversiones extraordinarias.

Producto de estas conductas abusivas, TPS, STI y DPW han podido incrementar sus ingresos totales, sorteando individualmente los obstáculos que se lo impedían. Estos provienen del grado de presión competitiva que enfrentan las Requeridas por captar a las empresas navieras como clientes y el consecuente poder de negociación de estas últimas. A ello se suma que las Requeridas, al concentrar la mayor parte de la transferencia de carga general en la Región de Valparaíso, perjudicaron prácticamente a la totalidad de los importadores y exportadores cuya carga se moviliza en esta zona del país.

En razón de lo anterior, de los antecedentes que se describen en este Requerimiento y de lo que se acreditará en el proceso, solicito al H. Tribunal condenar a las Requeridas en los términos indicados en el petitorio de esta presentación.

I. ANTECEDENTES PRELIMINARES

1. Con fecha 3 de octubre de 2019, esta Fiscalía recibió una denuncia respecto de TPS por las eventuales infracciones al DL 211 derivadas del establecimiento y cobro de “*un security fee o tarifa de seguridad a la carga*”. Conforme al artículo 41 del mismo cuerpo

legal, la referida denuncia se sometió a un examen de admisibilidad bajo el Rol N°2589-19 FNE. Por resolución de fecha 16 de marzo de 2020, y considerando los antecedentes preliminares recabados en la etapa de admisibilidad, se archivó este expediente, sin abrirse investigación en relación con los hechos denunciados¹. Tal decisión fue adoptada *“sin perjuicio de las facultades de esta Fiscalía de seguir velando por la libre competencia en este mercado y de la posibilidad de analizar la apertura de una investigación, en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten”*².

2. Posteriormente, mediante resolución de fecha 17 de marzo de 2021, esta Fiscalía instruyó el inicio de la investigación Rol N°2645-21 FNE (en adelante, **“Investigación”**) destinada a analizar el cobro de una tarifa básica de seguridad a la carga cobrada a importadores y exportadores, esta vez, por parte de TPS, STI y DPW³. La apertura de esta Investigación tuvo en consideración la denuncia de fecha 23 de octubre de 2020 en contra de TPS y STI, así como el hallazgo -identificado en la etapa de admisibilidad de aquella denuncia- consistente en que DPW también había comenzado a cobrar dicha tarifa.

3. En el marco de esta Investigación, la FNE solicitó antecedentes y/o citó a declarar a las Requeridas, a empresas portuarias, a compañías navieras, y a importadores y exportadores, entre otros. El resultado de dichas diligencias investigativas dio cuenta de los hechos fundantes de este Requerimiento, así como de las características de la industria y los mercados relevantes involucrados, todo lo cual pasará a describirse a continuación.

II. HECHOS QUE FUNDAN EL REQUERIMIENTO

II.1. Contexto en que se han ejecutado las conductas reprochadas

4. Cada una de las Requeridas es concesionaria de la administración, explotación, desarrollo y conservación de un frente de atraque, denominado también terminal portuario, en los puertos públicos de la Región de Valparaíso. En cuanto al puerto de Valparaíso, TPS suscribió el contrato de concesión con Empresa Portuaria Valparaíso (en adelante, **“EPV”**) en noviembre de 1999, en relación con el frente de atraque N°1, el que se extiende hasta

¹ En tal oportunidad, el análisis de admisibilidad reflejado en la resolución de archivo se limitó a verificar las condiciones formales establecidas por las bases de licitación y el contrato de concesión de TPS, para la fijación de tarifas de los servicios sujetos a valores máximos. En el mismo sentido, la Minuta de Archivo de fecha 3 de marzo de 2020 analizó principalmente el cumplimiento de tales restricciones formales para la determinación de las tarifas.

² Resolución de archivo Rol N°2589-19 FNE, p. 3.

³ Individualizado en dicha resolución como Puerto Central S.A. En marzo de 2021, esta sociedad pasó a denominarse DP World San Antonio S.A., luego de que en abril de 2019 su matriz Puertos y Logística S.A. fuera adquirida por DP World Holding UK Limited.

el 31 de diciembre de 2029. En cuanto al puerto de San Antonio, STI suscribió el contrato de concesión con Empresa Portuaria San Antonio (en adelante, “**EPSA**”; y en conjunto con EPV, “**empresas portuarias**”) también en noviembre de 1999, respecto al frente de atraque Molo Sur, el que se extiende hasta el 1 de enero de 2030. Finalmente, Puerto Central S.A., hoy DPW, suscribió el contrato de concesión con EPSA, en agosto de 2011, en relación con el frente de atraque Costanera Espigón, extendiéndose por 20 años, prorrogables por otros 10 años.

5. Los terminales portuarios antes mencionados ofrecen sitios para el atraque de naves en los respectivos puertos, dentro de los cuales las concesionarias prestan servicios de movilización, acopio, almacenaje y manejo de la carga transportada a través de ellos. En relación con los servicios prestados por los terminales portuarios, los pronunciamientos del H. Tribunal y de la extinta Comisión Preventiva Central en esta industria han distinguido entre servicios básicos y servicios especiales u opcionales. Los primeros son aquellos indispensables para el atraque de naves, así como para la movilización o acopio de carga⁴, siendo también definidos como aquellos servicios en los que no existe la posibilidad de una provisión alternativa por parte de empresas distintas e independientes del concesionario; mientras que los segundos son todos aquellos que no son imprescindibles, pudiendo existir competencia a su respecto⁵.

6. Desde el comienzo de la operación de sus respectivos terminales portuarios, las Requeridas han realizado actividades vinculadas a los siguientes servicios básicos, que las empresas navieras demandan para sus operaciones: muellaje a la carga, muellaje a la nave, transferencia de carga de contenedores y transferencia de carga fraccionada⁶. Los dos primeros consisten en el uso del frente atraque e instalaciones accesorias de un sitio para la atención de una nave⁷, mientras que los dos últimos consisten en el conjunto de las

⁴ Dictamen N°1045/1998, p. 26.

⁵ De acuerdo con el Dictamen N°1045/1998 e Informe N°6/2009, los servicios especiales u opcionales son aquellos que no resultan indispensables para el atraque de las naves, y la movilización y acopio de la carga, o para cuya provisión no es necesaria la infraestructura entregada en concesión, de manera que el concesionario enfrenta o puede enfrentar competencia en el frente de atraque licitado, como por ejemplo, arriendo de equipos u oficinas al interior de la concesión, o reparación y aseo de contenedores, entre otros. La determinación de tarifas para estos servicios por parte del concesionario puede ser efectuada libremente conforme las condiciones de mercado, con la obligación de mantener el carácter público y no discriminatorio de las mismas.

⁶ En el caso de la concesión a DPW, se considera además separadamente la transferencia de carga fraccionada hortofrutícola, la transferencia de contenedores refrigerados y la transferencia de graneles.

⁷ TPS, “Manual de Servicios”, p. 17; STI, “Manual de los Servicios”, p. 10; DPW, “Manual de los Servicios”, p. 14 y 15.

actividades de amarre o desamarre, estiba o desestiba, trinca o destrinca, embarque o desembarque, porteo, carguío o descarguío⁸.

7. De acuerdo con sus respectivas bases de licitación y contratos de concesión, los terminales portuarios deben operar bajo ciertas condiciones de seguridad, las que incluyen -pero no se limitan a- el cumplimiento del Código ISPS⁹, de los Estándares Internacionales de la Industria¹⁰, y de las demás exigencias de la autoridad. Así, con el objetivo de que se aseguren sus procesos operativos, se resguarden los bienes y las personas, y se minimice la ocurrencia de hechos delictivos, los terminales portuarios se ven obligados a contar con un sistema de seguridad y vigilancia que garantice la protección de las instalaciones portuarias. Para ello, deben disponer de recursos humanos y técnicos, entre los que se encuentran guardias o vigilantes de seguridad, controles de acceso, circuitos cerrados de televisión (CCTV), cierres perimetrales, entre otras medidas.

8. Conforme a lo sostenido por las Requeridas y demás evidencia recopilada en la Investigación, desde el comienzo de las respectivas concesiones, las actividades de seguridad en la operación han formado parte de los servicios básicos y, como tal, sus costos han sido recuperados a través de la tarifa por servicios básicos de transferencia de carga - en contenedores o fraccionada-. Esta última tarifa ha sido cobrada por TPS, STI y DPW a las empresas navieras¹¹, pues tales servicios son prestados a estas compañías¹².

⁸ TPS, "Manual de Servicios", p. 8; STI, "Manual de los Servicios", p. 8; DPW, "Manual de los Servicios", p. 11.

⁹ El Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias (Código ISPS por su sigla en inglés) establece un marco internacional de cooperación en el ámbito marítimo para detectar amenazas a la protección y adoptar medidas preventivas contra los sucesos que puedan afectar la protección de las naves o las instalaciones portuarias (Parte A, artículo 1.2). El código fue incorporado por la Organización Marítima Internacional (OMI) como enmienda al Convenio SOLAS (Safety of Life At Sea), aprobado por el Congreso Nacional, y promulgado por nuestro país a través del Decreto Supremo N°71, de 2005, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Para obtener la certificación de sus instalaciones portuarias -cuya duración es de 5 años, estando sujeta a auditorías anuales por parte de la autoridad marítima- los terminales portuarios deben elaborar una Evaluación de la Protección de la Instalación Portuaria (EPIP), la cual puede ser elaborada por una Organización de Protección Reconocida (OPR). Asimismo, y basándose en la EPIP, los terminales portuarios deben elaborar un Plan de Protección de la Instalación Portuaria (PPIP) adecuado para la interfaz buque-puerto.

¹⁰ Los que se definen como "*aquellas prácticas y procedimientos generalmente empleados en la industria portuaria a través del mundo, por operadores de frente de atraque diligentes y prudentes, bajo condiciones y circunstancias similares a las condiciones y circunstancias relevantes existentes en el frente de atraque*". Contrato de concesión de TPS, p.11 y 12; y contrato de concesión de STI, p. 9. Similar definición en contrato de concesión de DPW, p. 10.

¹¹ Con excepción de algunos casos de carga fraccionada, en los que importadores y exportadores pagan parte de esta tarifa en virtud de un acuerdo comercial con las empresas navieras.

¹² Que la transferencia de carga se cobre a las compañías navieras se explica por cuanto la infraestructura que se entrega en concesión tiene por principal objeto el manejo de las mercancías dentro del puerto para la carga y descarga de la nave que las transporta. Otros servicios básicos, como el muelle, también son cobrados, por regla general, a las compañías navieras.

9. Dada la naturaleza de los servicios básicos -cuyo pago es obligatorio para los usuarios del terminal portuario, indispensables para el atraque de naves y provistos únicamente por el respectivo concesionario-, éstos se encuentran sujetos a regulación tarifaria, así como a las condiciones establecidas en las respectivas bases de licitación y contratos de concesión celebrados con las empresas portuarias. Los concesionarios están impedidos de realizar cobros adicionales por actividades y/o recursos implícitos y necesarios para prestar alguno de los servicios sujetos a valores máximos¹³, así como tampoco les está permitido registrar tarifas (tarifas *máximas*) cuya suma ponderada exceda el respectivo índice definido en el proceso licitatorio¹⁴⁻¹⁵.

10. Sin perjuicio de lo anterior, las tarifas efectivamente cobradas (tarifas *efectivas*) -que no pueden exceder las tarifas *máximas*- dependen de los procesos de negociación con los clientes en los casos que existe una relación comercial, así como de las condiciones de competencia que enfrentan los terminales portuarios.

11. En el caso de las Requeridas, las tarifas *efectivas* respecto de los servicios básicos de transferencia de carga cobradas a empresas navieras han sido, por regla general, inferiores a las tarifas *máximas* registradas ante las empresas portuarias. Dicha

¹³ Bases de Licitación de Frente de Atraque N°1 de Valparaíso, de fecha 31 de marzo de 1999, y Bases de Licitación de Frente de Atraque Molo Sur de San Antonio, de fecha 31 de marzo de 1999, para ambas, sección 4.10.2; y Bases de Licitación del Frente de Atraque Costanera-Espigón, de fecha 18 de marzo de 2011, sección 3.10.2.

¹⁴ Reglamento de la Ley de Puertos (Decreto Supremo N° 104, de 1998, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones), art. 19 letra e); Dictamen N°1045/1998, sección XV. 2.2.1; e Informe N°6/2009, sección 10.2.(iii). El criterio de adjudicación en las licitaciones de concesiones portuarias es el *Índice I Ofertado*, consistente en un índice ofrecido por cada postulante en su oferta. Durante el plazo de la respectiva concesión, el concesionario no puede establecer y aplicar tarifas que, introducidas en el polinomio descrito en las bases de licitación y en el contrato, resulten en un índice superior al Índice I Ofertado, el que se reajusta a lo largo del tiempo. Este polinomio consiste en la suma ponderada de las tarifas registradas por los servicios básicos de muellaje a la carga, muellaje a la nave, transferencia de carga de contenedores y transferencia de carga fraccionada. Ver Bases de Licitación de Frente de Atraque N°1 de Valparaíso y del Molo Sur de Antonio, y Bases de Licitación de Frente de Atraque Molo Sur de San Antonio, para ambas, secciones 1.3, 2, 3.7, 3.14, 3.15 y 4.10. En relación con la concesión del Frente de Atraque Costanera-Espigón, existen diferencias menores: el Índice I Ofertado se construye a partir de las tarifas ofrecidas por el postulante en relación a los diversos servicios básicos; el polinomio considera los servicios básicos adicionales dispuestos en la concesión de dicho frente (transferencia de carga fraccionada hortofrutícola, transferencia de contenedores refrigerados y transferencia de graneles); y las tarifas establecidas y aplicadas durante la concesión, introducidas en los respectivos polinomios (para carga contenedorizada, fraccionada y granel) no pueden dar lugar a Índices de Control superiores a los máximos fijados para el primer año contractual y luego reajustados. Bases de Licitación del Frente de Atraque Costanera-Espigón, secciones 1, 2.9.3, 2.13 y 3.10.

¹⁵ Todos estos aspectos están considerados en los respectivos contratos con las empresas portuarias. Ver (i) contrato de concesión entre EPV y TPS de fecha 12 de noviembre de 1999, artículo once; (ii) contrato de concesión entre EPSA y STI de fecha 10 de noviembre de 1999, artículo once; y (iii) contrato de concesión entre EPSA y Puerto Central S.A. (hoy DPW) de fecha 8 de agosto de 2011, artículo once.

circunstancia sería indiciaria del grado de competencia que existe entre las concesionarias en la Región de Valparaíso por la preferencia de tales clientes, tal como lo ha reconocido el H. Tribunal¹⁶. En este sentido, la FNE ha constatado que, entre diciembre de 2021 y noviembre de 2022, las tarifas por servicios básicos, en el caso de STI, llegaron incluso a un [30%-40%] de la tarifa máxima durante el mismo período¹⁷.

12. Por el contrario, y a diferencia de lo que ocurre de cara a las empresas navieras, TPS, STI y DPW no compiten por la preferencia de los importadores y exportadores, los que se encuentran cautivos respecto del terminal portuario elegido por las empresas navieras, tal como se explicará *infra*.

II.2. Cobro de tarifas básicas, por actividades de seguridad en la transferencia de carga, a los importadores y exportadores

13. Cada una de las Requeridas ha implementado una tarifa básica por actividades de seguridad en la transferencia de carga, la que varía según el tipo de carga en particular -en contenedor o fraccionada- (en adelante, "**tarifas de seguridad**"). Estas tarifas de seguridad han sido aplicadas a exportadores e importadores luego de que las solicitudes de registro fueran aprobadas por las respectivas empresas portuarias.

14. Como quedará en evidencia, H. Tribunal, los cobros por tarifas de seguridad son injustificados porque se efectúan a usuarios que no mantienen vínculos comerciales con los terminales portuarios, y porque se refieren a actividades que ya han sido cobradas a las empresas navieras en la tarifa por servicios básicos de transferencia de carga, además de no encontrar respaldo en gastos o inversiones extraordinarias.

¹⁶ En este sentido, el Dictamen N°1045/1998 señala: "*Se espera que a futuro las tarifas sean determinadas por la competencia*", p. 24. A su vez, el H. Tribunal en su Informe N°6/2009, analizando específicamente la competencia interportuaria, señaló que "*considerando el conjunto de antecedentes analizados sobre las tarifas cobradas por STI y TPS, a partir del rango de valores obtenidos para las diferencias estimadas entre el índice tarifario máximo comprometido por cada concesionario y su correspondiente ingreso medio efectivo, este Tribunal infiere que ello es indiciario de algún grado de competencia interportuaria en el mercado relevante*", p. 72. El mismo informe agrega que la licitación debe promover, en forma *ex post*, condiciones de provisión de los servicios portuarios que se aproximen en lo posible a las condiciones de oferta en un mercado competitivo, en términos de cantidad, calidad y precio (pp. 83, 88 y 96).

¹⁷ Informe de aprobación relativo a la adquisición de control en SAAM Ports S.A. y SAAM Logistics S.A. por parte de Hapag-Lloyd AG. Rol FNE F332-2022 de fecha 19 de julio de 2023: "*algunas tarifas cobradas por servicios básicos tanto en ITI como en STI se encuentran por debajo de las máximas reguladas. (...) (E)n STI [la tarifa promedio mensual cobrada por servicios de transferencia de carga] puede incluso llegar a un [30%-40%] de la tarifa máxima*", p. 40.

15. El 5 septiembre de 2018, TPS solicitó a EPV el registro de tres tarifas de seguridad: de contenedores, de carga fraccionada y de carga hortofrutícola. El 26 de julio de 2019, EPV autorizó el registro de estas tres tarifas, las que se comenzaron a cobrar a importadores y exportadores el 25 de septiembre de 2019¹⁸. Por su parte, el 27 de septiembre de 2019, STI solicitó a EPSA el registro de dos tarifas de seguridad: en la transferencia de contenedores y de carga fraccionada. El 12 de mayo de 2020, EPSA aprobó el registro de las referidas tarifas de seguridad, las que se comenzaron a cobrar a importadores y exportadores el 9 de septiembre de 2020¹⁹. Finalmente, el 15 de octubre de 2020, DPW solicitó a EPSA el registro de una nueva tarifa de seguridad en la transferencia de contenedores. El 20 de octubre del mismo año, EPSA aprobó el registro de su tarifa, la que se comenzó a cobrar a importadores y exportadores el 15 de febrero de 2021²⁰.

16. El registro de las tarifas de seguridad se efectuó formalmente mediante la “apertura” o división de las tarifas *máximas* de los servicios básicos de transferencia de carga. En otros términos, las Requeridas indicaron que los servicios básicos de transferencia de carga existentes hasta ese momento, cobrados a empresas navieras, se fraccionaron en dos tipos: aquellos que continuaban denominándose “transferencia de carga” y se seguían cobrando a navieras, y nuevos servicios de seguridad en la transferencia de carga, que se cobrarían a importadores y exportadores²¹. En este sentido, con el objeto de respetar el índice tarifario máximo ofrecido por la respectiva concesionaria en su licitación, las tarifas *máximas* por servicios básicos de transferencia de carga registradas ante las respectivas

¹⁸ De acuerdo con el “Manual de Servicios” de TPS, pp. 17-18, estas tarifas significarán el precio unitario, expresado en dólares por contenedor o por tonelada -según corresponda- que TPS puede cobrar a los usuarios por las actividades de seguridad relacionadas con la transferencia de carga movilizadas o no en contenedores, o por carga hortofrutícola -según corresponda- que exceden aquellas exigidas a TPS conforme a la normativa y reglamentación vigente.

¹⁹ De acuerdo con el “Manual de los Servicios” de STI, p. 15, estas tarifas significarán el precio unitario, expresado en dólares por contenedor o por tonelada -según corresponda-, que STI puede cobrar a los usuarios por las actividades de seguridad relacionadas con la transferencia de carga movilizadas o no en contenedores -según corresponda- que excedan a aquellas exigidas a STI conforme a la normativa y reglamentación vigente.

²⁰ De acuerdo con el “Manual de los Servicios” de DPW, p. 22, esta tarifa significará el precio unitario, expresado en dólares por contenedor, que DPW puede cobrar a los usuarios por las actividades de seguridad relacionadas con la transferencia de carga movilizadas en contenedores, que exceden aquellas exigidas a DPW conforme a la normativa y reglamentación vigente.

²¹ De acuerdo con respuesta de STI de fecha 16 de febrero de 2021 a Oficio Ord. N° 196 de 2021: *“en relación a las Tarifas Básicas, podemos informar que la Tarifa de Transferencia de Contenedores (TIC) se encuentra dividida en dos tarifas: una denominada ‘tarifa de transferencia’ (con cargo a la línea naviera) y otra denominada ‘tarifa de seguridad en transferencia de contenedores’ (con cargo importador/exportador/dueño de la carga); el mismo concepto aplica para la Tarifa de Transferencia de Carga Fraccionada (TIF)”*. En el mismo sentido, respuesta de DPW de fecha 31 de mayo de 2021 a Oficio Ord. N°672 de 2021 y respuesta de TPS de fecha 17 de enero de 2024 a Oficio Ord. N°16 de 2024.

empresas portuarias se redujeron al establecerse las tarifas de seguridad²². A pesar de lo anterior, las tarifas *efectivas* por servicios básicos de transferencia de carga no sufrieron mayor alteración, como se analizará más adelante.

17. La siguiente Tabla N°1 especifica los montos a los que ascendieron las tarifas de seguridad en los frentes de atraque operados por las Requeridas, cobrados a importadores y exportadores. En el caso de TPS se presentan las tarifas implementadas en septiembre de 2019 y las tarifas actuales²³. Por su parte, STI y DPW no han modificado el monto de sus tarifas desde su implementación en septiembre de 2020 y febrero de 2021, respectivamente²⁴.

Tabla N°1: Tarifas de Seguridad de las Requeridas

	TPS		STI	DPW
	Original	Actual		
Seguridad en transferencia de contenedores	15 USD/ cont	18 USD/ cont	15 USD/cont	15 USD/cont
Seguridad en transferencia de carga fraccionada	0,8 USD/ton	1,5 USD/ton	0,8 USD/ton	-
Seguridad en transferencia de carga hortofrutícola	0,8 USD/ton	0,87 USD/ton	-	-

Fuente: Elaboración propia a partir de información disponible en la Investigación.

18. En el ámbito de las tarifas de seguridad -como se detallará al analizar el mercado- no existe competencia entre terminales portuarios basada en la preferencia de importadores o exportadores, como sí ocurre de cara a las empresas navieras. En efecto, una vez que las empresas navieras eligen el terminal portuario en el cual recalar para transferir la carga, los importadores y exportadores deben obligatoriamente pagar las tarifas de seguridad, considerando que han sido catalogados como servicios básicos. Además, estos usuarios carecen de la capacidad para determinar el terminal portuario por el cual se transferirán sus productos, o bien enfrentan serias dificultades para hacerlo, producto de los relevantes costos de cambio que ello implicaría, encontrándose por tanto impedidos de evitar estos

²² Tras esta modificación, el cumplimiento del índice máximo se verificaba usando las tarifas *máximas* registradas del conjunto de actividades de transferencia de carga como un término de dicho polinomio, esto es, la tarifa de transferencia propiamente tal más la tarifa de seguridad.

²³ TPS ha incrementado sucesivamente sus tarifas de seguridad, aumentándolas, respecto de la carga en contenedores, a 16 USD en abril de 2022 y a 18 USD en febrero de 2023.

²⁴ En ocasiones, las tarifas de seguridad son pagadas directamente por el dueño de la carga, mientras que en otras son pagadas por intermediarios (como agentes de aduana o almacenes extraportuarios), y reembolsadas posteriormente por el respectivo importador o exportador. Con todo, las facturas por tales servicios se emiten por lo general a nombre del importador o exportador respectivo.

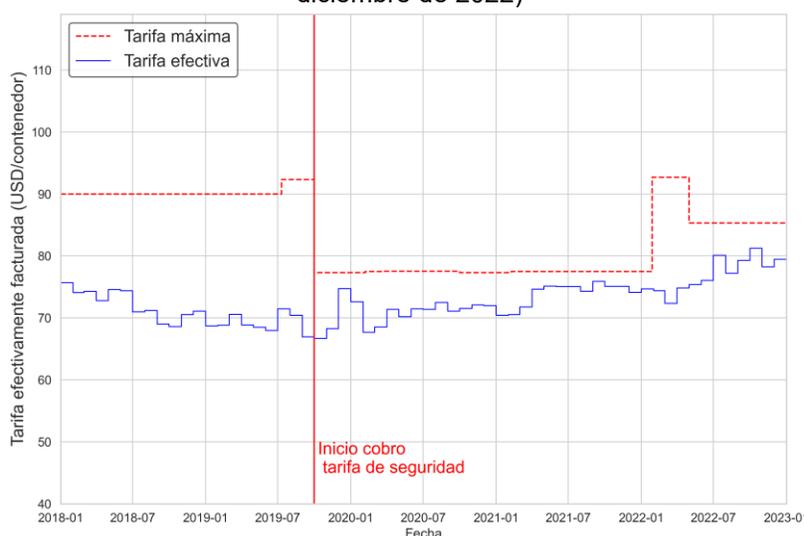
cobros. A ello se suma su carácter atomizado, que les impide tener algún poder de contrapeso frente a TPS, STI y DPW.

19. Lo anterior significa que los importadores y exportadores se encuentran cautivos respecto del terminal portuario que determinan las empresas navieras y que, por lo tanto, cada una de las Requeridas tiene una posición de dominio respecto de tales usuarios en el mercado de las actividades de seguridad registradas como servicios básicos ante las respectivas empresas portuarias cobradas a través de las tarifas de seguridad.

20. La FNE pudo constatar que las tarifas de seguridad *efectivas* que se han cobrado a importadores y exportadores coinciden con las tarifas *máximas* por dicho ítem registradas ante la respectiva empresa portuaria. Este fenómeno contrasta con las tarifas *efectivas* por servicios básicos de transferencia de carga cobradas a las empresas navieras que, como se señaló, son menores a los límites máximos registrados producto del grado de competencia existente entre los distintos terminales portuarios de la región de Valparaíso y del consecuente contrapeso que ejercen las empresas navieras.

21. Es más, se pudo identificar en la Investigación que las tarifas *efectivas* cobradas a las empresas navieras por los servicios básicos de transferencia de carga no se vieron alteradas en lo absoluto con el establecimiento de las tarifas de seguridad, aunque las tarifas *máximas* registradas ante las respectivas empresas portuarias sí se redujeron para efectos de cumplir con los límites establecidos en la respectiva concesión, tal como es posible observar en la siguiente Figura N°1 respecto de TPS. La misma situación se observa respecto de STI y DPW.

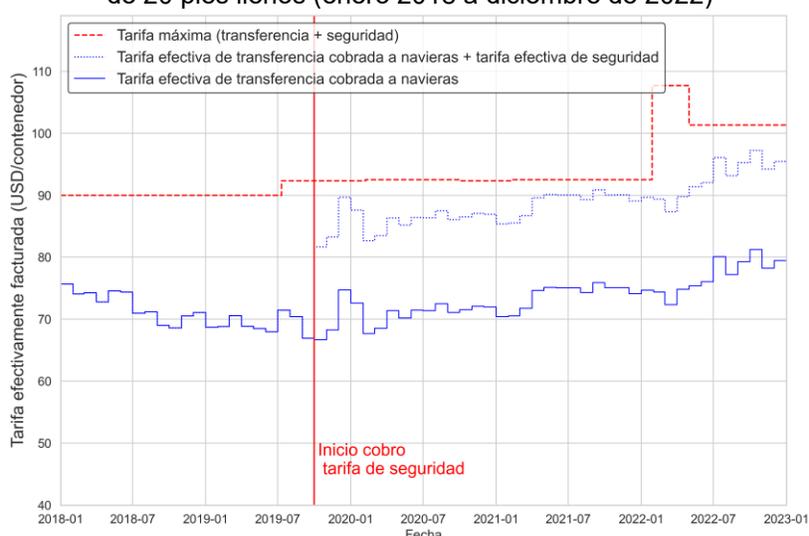
Figura N°1: Evolución de las tarifas máximas y efectivamente cobradas por TPS por los servicios básicos de transferencia a empresas navieras para contenedores de 20 pies llenos (enero 2018 a diciembre de 2022)



Fuente: Elaboración propia en base a antecedentes disponibles en la Investigación.

22. De este modo, al establecer las tarifas de seguridad sobre importadores y exportadores, las Requeridas lograron aumentar las tarifas *efectivas* totales del conjunto de servicios de transferencia, esto es, servicios básicos de transferencia de carga más servicios básicos de seguridad en la transferencia de carga, como es posible observar en la siguiente Figura N°2 respecto de TPS, observándose el mismo efecto respecto de STI y DPW, lo cual implicó una reducción de la brecha entre las tarifas *máximas* y las tarifas *efectivas*.

Figura N°2: Evolución de las tarifas máximas y efectivamente cobradas por TPS por los servicios básicos de transferencia de carga y efectos del cobro de la tarifa de seguridad para contenedores de 20 pies llenos (enero 2018 a diciembre de 2022)



Fuente: Elaboración propia en base a antecedentes disponibles en la Investigación.

23. Todo lo anterior significa que las Requeridas tuvieron la habilidad de aprovechar la existencia de usuarios cautivos en sus respectivos terminales portuarios para establecerles un cobro y así incrementar, injustificadamente, sus ingresos por el conjunto de actividades de transferencia de carga.

24. Las Requeridas han pretendido ofrecer supuestos fundamentos para los cobros de tarifas de seguridad de cargo de importadores y exportadores, aunque no han sido capaces de alegar eficiencias derivadas de sus respectivas conductas. Como pasaremos a revisar, los supuestos fundamentos no constituyen justificaciones desde el punto de vista de la libre competencia.

25. En este sentido, durante la Investigación, TPS justificó la implementación de las tarifas de seguridad en los costos por actividades de seguridad en la transferencia de carga que excederían aquellas exigidas por la regulación. Según esta empresa, aquellas actividades que no superarían lo requerido por la regulación seguirían siendo cobradas a

través de las tarifas por servicios de transferencia de carga cobradas a las empresas navieras²⁵. Por su parte, STI sostuvo que el cobro de las tarifas de seguridad permitió atribuir los costos de las actividades de seguridad -en que había incurrido desde la implementación del Código ISPS, y que incluyen aquellos relacionados a medidas que exceden lo establecido en la normativa- a los beneficiarios directos, a saber, importadores y exportadores²⁶. Asimismo, y en la misma línea argumental, según todas las Requeridas, las tarifas de seguridad habrían tenido por finalidad “recuperar” inversiones ya ejecutadas a lo largo del periodo de la concesión²⁷.

26. DPW, a su respecto, afirmó que los servicios de seguridad se cobran únicamente a los importadores o exportadores, mientras que el resto de los servicios relacionados a la transferencia de carga se cobran a las navieras, asumiendo cada usuario la porción del servicio que le corresponde²⁸. De todos modos, los representantes de DPW reconocieron

²⁵ En declaración de fecha 3 de junio de 2022, TPS indicó al respecto que: “[N]osotros vimos bueno, creo que lo explicamos en las declaraciones anteriores, de que claro, la seguridad básica o mínima que se puede ofrecer es una, pero nosotros hace tiempo nos dimos cuenta que el mercado también quería más seguridad en el tema y nosotros, excedemos el mínimo necesario”. En el mismo sentido, respuesta de fecha 18 de noviembre de 2019 a Oficio Ord. N°2131 de 2019: “Los servicios portuarios aludidos en la pregunta N°1 del ordinario de la referencia dicen relación con la implementación, ejecución y prestación por parte de TPS de una serie de inversiones, medidas y actividades en seguridad y protección a la carga que se transfiere a través del Frente de Atraque N°1 del Puerto de Valparaíso concesionado en su favor (“Frente de Atraque”) que exceden de aquellas actividades y recursos que le son exigidas conforme a la normativa legal, reglamentaria, contractual y judicial que le es aplicable (...)”.

²⁶ En efecto, STI afirmó en respuesta de fecha 15 de febrero de 2022 al Oficio Reservado N°4 de 2022, que: “[L]a tarifa en cuestión permitió a STI traspasar a sus beneficiarios un servicio cuyos costos llevaban un largo tiempo absorbiendo. En efecto, a partir del 11 de septiembre de 2001, todos los terminales portuarios del mundo debieron implementar medidas de seguridad para cumplir con las exigencias del Código ISPS que, básicamente, tienen por objetivo proteger y blindar sus instalaciones. Adicionalmente, la necesidad de implementar medidas acordes a los nuevos desafíos de seguridad (...) ha hecho necesario que implementemos estándares que excedan los establecidos en la normativa vigente”.

²⁷ En declaración de fecha 30 de mayo de 2022, uno de los representantes de STI sostuvo: “Declarante 2: Mira, bueno, como te mencionamos en la carta, ya, esto también recopila los costos que nosotros no habíamos, habíamos asumido, desde nuestro punto de vista injustamente, a lo largo del tiempo ¿ya? que fue lo que te conté con la empresa portuaria. Nosotros estábamos tratando de recuperar, ¿no cierto? a través de la implementación de esta tarifa que fue aprobada como les comenté anteriormente”. En igual sentido, en declaración de fecha 3 de junio de 2022, los representantes de TPS señalaron: “Pero mucho de esto viene a recuperar también lo que ya he invertido, si en seguridad como dices, les mandamos en su momento todo lo que hemos invertido hasta el momento, y parte del estudio también lo reconoce todo lo que se invirtió, es mucho, es bastante, pero vemos beneficios”. Finalmente, en declaración de fecha 23 de junio de 2022, uno de los representantes de DPW señaló: “Declarante 2: De nuevo, ¿ah? lo que hay detrás de esto, más que, obviamente siempre hay la racionalidad de recuperar las inversiones o los opex que están asociados, pero lo que hay acá es solamente una definición de separar la tarifa en dos, de manera de, en el fondo, reflejar aquello que [es] nuestra responsabilidad sobre la carga que es del cliente”.

²⁸ Así, en respuesta de fecha 31 de mayo de 2021 al Oficio Ord. N°672 de 2021, DPW sostuvo que “los servicios en cuestión se han prestado en nuestra terminal desde un principio. Según se expuso, mediante la incorporación de la ‘Tarifa de Seguridad en Transferencia de Contenedores’ (PCE-B106) se busca que la empresa naviera, por una parte, y el exportador/importador, por otra, asuman la

en su declaración ante la FNE que la justificación de la tarifa se encontraba únicamente en la implementación exitosa de esta por parte de TPS y STI, indicando que “[f]uimos unos followers, fuimos unos seguidores del mercado. (...) [e]sa es la única razón”²⁹.

27. Las alegaciones de las Requeridas carecen de fundamento, corroborándose que estos cobros son totalmente injustificados. En primer lugar, y como se señaló *supra*, TPS, STI y DPW rivalizan por la preferencia de las empresas navieras, con las cuales mantienen vínculos comerciales, estando incluidos en la tarifa por servicios básicos de transferencia de carga que pagan tales clientes los costos asociados a las actividades de seguridad en cada terminal portuario, incluso desde el inicio de las respectivas concesiones.

28. Además, el cobro por tarifas de seguridad no encuentra respaldo económico en los supuestos desembolsos que han efectuado TPS, STI y DPW, ya que los ingresos por tal ítem exceden con creces los costos por condiciones de seguridad informados por las Requeridas. Por ejemplo, según los antecedentes de la Investigación, los ingresos de STI por el cobro de las tarifas de seguridad para el año 2021 más que duplicaron los gastos asociados a seguridad correspondientes a ese mismo año.

29. Por otro lado, el argumento según el cual a través de las tarifas de seguridad se estarían recuperando aquellas inversiones que desde hace ya varios años se han implementado no resulta admisible, pues han sido las condiciones de competencia entre las Requeridas, en la prestación de servicios a empresas navieras, las que en la especie han definido -y deberían definir- el retorno de tal tipo de inversiones.

30. El carácter injustificado del cobro vuelve a quedar en evidencia si se considera que las Requeridas tampoco han logrado diferenciar el tipo de actividades de seguridad aprovechadas por importadores y exportadores, de aquellas destinadas a compañías navieras. Tampoco han sido capaces de distinguir las actividades de seguridad exigidas por la normativa, prestadas supuestamente a las empresas navieras, de aquellas que excederían la regulación vigente, prestadas supuestamente a importadores y exportadores. Atendida esta insuficiente justificación, sólo cabe concluir que un elemento inherente a la operación de un terminal portuario, como lo son sus condiciones de seguridad, se ha

porción del servicio que le corresponde, respectivamente. La razón de lo anterior es que las exigencias de seguridad (revisión de contenedores llenos) asociadas a la ‘Tarifa de Seguridad en Transferencia de Contenedores’ (PCE-B106) normalmente obligan al importador/exportador. De esta forma, la nueva forma de cobro viene a reflejar la correcta destinación de recursos en el frente de atraque”.

²⁹ Declaración DPW de fecha 23 de junio del 2022.

presentado artificialmente como un servicio básico adicional provisto a importadores y exportadores.

31. Los abusos descritos hasta el momento han permitido a las Requeridas percibir ingresos adicionales, a los que previamente no podían acceder debido a los obstáculos que les impiden aumentar sus precios a las empresas navieras. En otros términos, mediante el cobro injustificado de tarifas de seguridad a importadores y exportadores, las Requeridas han podido sortear unilateralmente la presión competitiva que enfrentan de cara a las empresas navieras y el consecuente poder de negociación de estos clientes. La siguiente Tabla N°2 da cuenta de los ingresos percibidos por las Requeridas mediante el cobro de las tarifas de seguridad desde su implementación.

Tabla N°2: Ingresos por concepto de tarifas de seguridad, en miles de USD, por terminal desde el inicio del cobro hasta junio de 2023

Año	Terminal			Total
	TPS	STI	DPW	
2019	1.048	-	-	1.048
2020	3.872	1.792	-	5.664
2021	4.081	8.112	3.944	16.137
2022	4.839	7.127	3.892	15.858
2023 (hasta junio)	2.243	2.931	1.697	6.871
Total	16.083	19.962	9.533	45.578

Fuente: Elaboración propia en base a información recabada en la Investigación.

32. En suma, las conductas llevadas a cabo por las Requeridas configuran abusos de sus respectivas posiciones dominantes en el mercado de las actividades de seguridad registradas como servicios básicos, que han afectado a los importadores y exportadores cuya carga se transfiere en sus respectivos frentes de atraque. Gracias a estos comportamientos anticompetitivos, TPS, STI y DPW han logrado extraer rentas de un modo injustificado más allá de aquellas que podrían obtener bajo condiciones de competencia, resultando procedente que el H. Tribunal corrija y sancione estos abusos.

III. INDUSTRIA Y MERCADOS EN LOS QUE INCIDEN LAS INFRACCIONES

33. Los importadores y exportadores nacionales necesitan trasladar por vía marítima sus mercancías desde un lugar de origen hasta un lugar de destino, cuando el transporte aéreo o terrestre no es una opción factible³⁰. Este transporte marítimo constituye un eslabón dentro de la cadena de servicios de transporte multimodal y de apoyo logístico que permite desplazar bienes desde la bodega de un exportador hasta la de un importador. Para que el transporte marítimo ocurra, existe una interacción entre diversos actores, entre los que se encuentran principalmente los terminales portuarios y las empresas navieras.

III.1. Terminales portuarios de la Región de Valparaíso

34. El sistema portuario nacional está compuesto por 56 puertos, 10 estatales de uso público, 14 privados de uso público y 32 privados de uso privado³¹. Los puertos estatales están regulados principalmente por la Ley N°19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en adelante, “**Ley de Puertos**”), debiendo prestar servicios a cualquier usuario que lo requiera, de forma ininterrumpida, cumpliendo diversas exigencias tales como velocidades de transferencia, tiempos de espera, publicidad de tarifas y otras condiciones no discriminatorias en la prestación de servicios. Por su parte, las empresas estatales - dueñas de los puertos estatales y su infraestructura- pueden realizar su objeto directamente o a través de terceros, mediante el otorgamiento de concesiones portuarias de sus distintos frentes de atraques.

35. En la región de Valparaíso hay dos puertos estatales de uso público³²: EPV en la ciudad de Valparaíso y EPSA en la ciudad de San Antonio. EPV posee dos terminales. El frente de atraque N°1 es un terminal de carga y pasajeros, operado por TPS, recibiendo alrededor del 83% de la actividad del puerto. El frente de atraque N°2 es un terminal de carga y de pasajeros operado por el concesionario Terminal Portuario Valparaíso (TPV), adjudicado a fines del año 2021 cuando se puso fin a la concesión de Terminal Cerros de Valparaíso (TCVAL). EPSA, por su parte, posee cuatro terminales portuarios: Molo Sur, Costanera-Espigón, Sitio 8 y Sitio 9, operados por STI, DPW, Puerto Panul y Puerto QC Policarpo Toro, respectivamente. STI y DPW son los principales operadores portuarios del

³⁰ Por ejemplo, cuando el lugar de origen o destino se encuentra ubicado en otro continente, el transporte terrestre no es una alternativa. Tampoco es una alternativa, en tal caso, el transporte aéreo, debido a los altos costos y restricciones respecto de la carga, como peso y dimensión.

³¹ Ver <https://www.mtt.gob.cl/pdl/maritimo-portuario/maritimo-portuario-antecedentes-del-sector> [última visita: 8 de marzo de 2024].

³² Por su parte, existe un puerto privado de uso público en la región de Valparaíso, denominado Puerto Ventanas.

puerto y movilizaron más del 85% de la carga trasladada a través de los frentes de atraque de EPSA durante los años 2021 y 2022³³.

36. La Ley de Puertos obliga a las empresas portuarias, bajo ciertas hipótesis, a solicitar un informe al H. Tribunal acerca de las bases de licitación para entregar en concesión los respectivos frente de atraque, con el fin de establecer resguardos para la competencia intra e interportuaria a través de medidas estructurales y conductuales. Según ha indicado el H. Tribunal, estos resguardos son importantes puesto que *“no basta con asegurar que la asignación del frente de atraque se efectúe mediante una licitación competitiva”* ya que *“el concesionario formará parte de un mercado relevante que estará concentrado en pocos oferentes, con escasas probabilidades de ingreso de más competidores y existirá, por consiguiente, riesgo de que incurra en conductas contrarias a la libre competencia”*, siendo necesario *“que existan resguardos para evitar el abuso de poder de mercado por parte del concesionario”*³⁴.

37. Respecto de las Requeridas, con fecha 21 de agosto de 1998, la Comisión Preventiva Central emitió el Dictamen N°1045/1998, aplicable a la licitación del Frente de Atraque N°1 de Valparaíso, cuyo actual concesionario es TPS, y a la licitación del Frente de Atraque Molo Sur de San Antonio, cuyo actual concesionario es STI. Por su parte, el 15 de octubre de 2009 el H. Tribunal dictó el Informe N°6/2009, aplicable a la licitación del Frente de Atraque Costanera-Espigón del puerto de San Antonio, cuyo actual concesionario es DPW. Estos pronunciamientos han analizado la industria y las barreras a la entrada que existen en ella³⁵.

38. Como se adelantó, el H. Tribunal ha señalado que, desde el punto de vista de la libre competencia, solo los servicios básicos prestados por terminales portuarios están sujetos a tarifas máximas consideradas en las respectivas concesiones, sin perjuicio de que tanto estos servicios como aquellos de carácter opcional deben cumplir con el artículo 14 inciso final de la Ley de Puertos, según el cual las tarifas que se establezcan deben ser públicas y no discriminatorias.

³³ Observatorio Logístico del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, base de datos Toneladas Terminales Estatales de Chile. Ver <https://datos.observatoriologistico.cl/dataviews/241076/toneladas-terminales-estatales-de-chile/> [última visita: 8 de marzo de 2024].

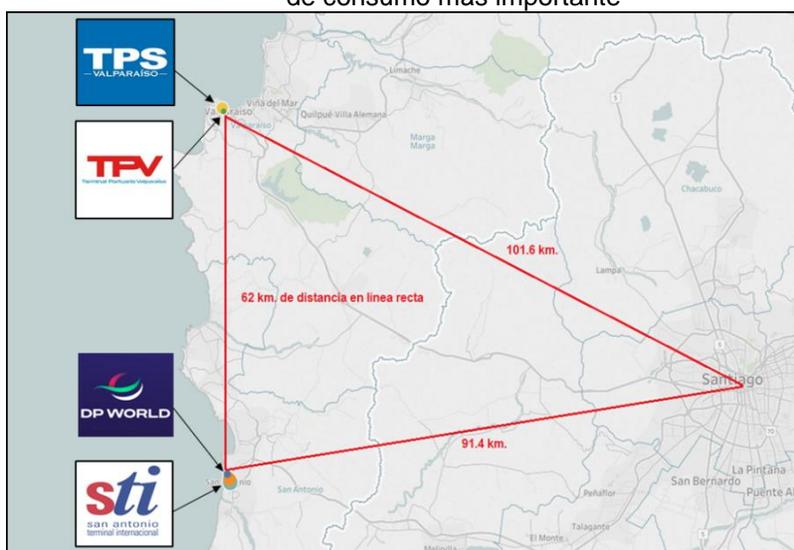
³⁴ Informe N°6/2009 del H. Tribunal, p. 96.

³⁵ Por ejemplo, Ibid, pp. 81-83.

39. La Región de Valparaíso movilizó un 52,9% de la carga general -en contenedores y fraccionada- a nivel nacional el año 2022, más del doble que la región del Biobío que le sigue en importancia. A su vez, y dentro de la Región de Valparaíso, las Requeridas transfirieron en sus terminales portuarios el 94% de este tipo de carga el año 2022, concentrando el 99,9% de la carga movilizada en contenedores³⁶. Es decir, respecto de la transferencia de carga general, las tres Requeridas concentran la mayor parte de la industria.

40. Los terminales portuarios de la Región de Valparaíso, que transfieren la carga indicada previamente, se encuentran a una similar distancia de Santiago, principal centro de consumo del país, según se puede observar en la siguiente imagen, lo que también ha llevado a concluir que los terminales portuarios de otras regiones no son sustitutos de los puertos ubicados en la Región de Valparaíso³⁷:

Figura N°3: Distancia aproximada entre los puertos de la región de Valparaíso y el centro de consumo más importante



Fuente: Elaboración propia en base a Observatorio Logístico del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, base de datos Toneladas Terminales Estatales de Chile.

³⁶ Observatorio Logístico del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, base de datos Toneladas Terminales Estatales de Chile. Ver <https://datos.observatoriologistico.cl/dataviews/241076/toneladas-terminales-estatales-de-chile/> [última visita: 8 de marzo de 2024].

³⁷ Así, por ejemplo, el H. Tribunal ha indicado que estima “poco probable que el Puerto de Coquimbo pueda disciplinar el comportamiento competitivo de los terminales portuarios de la V Región. Sin embargo, la situación inversa sí podría ocurrir, esto es, que, pese a la distancia entre el Puerto de Coquimbo y los puertos de la V Región, éstos últimos impongan un umbral máximo al ejercicio de poder de mercado del concesionario de Coquimbo, dada su escala”, Informe N°4/2009 del H. Tribunal, p. 17.

III.2. Las empresas navieras

41. Las empresas navieras son las encargadas del transporte marítimo de mercancías. Para cargar o descargar los productos que transportan desde o hacia Chile, las navieras deben contratar los servicios que proveen los terminales portuarios, entre los que se encuentran los servicios básicos de muellaje y de transferencia de carga.

42. Para ello, las navieras suscriben contratos con los terminales portuarios en los que se establecen, entre otras, las condiciones operativas del servicio prestado por el terminal, tarifas y descuentos por volumen que pudieren aplicar. Estos contratos son de mediano-largo plazo y pueden tener una duración superior a los 2 años.

43. Es posible observar la presencia de una serie de empresas navieras que utilizan los terminales portuarios de la Región de Valparaíso para transportar carga, en contenedores o de modo fraccionado, tales como Yang Ming, CMA CGM, Cosco, Evergreen, Hapag Lloyd, HMM, Maersk, MSC, ONE, PIL y Wan Hai Lines. Según antecedentes de la Investigación, estas empresas navieras concentran prácticamente todo el transporte de carga por vía marítima que, en contenedores de 20 pies, entra o sale de los terminales portuarios de la Región de Valparaíso.

44. La Tabla N°3 siguiente muestra, para los años 2021 y 2022, las empresas navieras y algunas de las rutas marítimas ofrecidas con recalada en los terminales portuarios de la Región de Valparaíso.

Tabla N°3: Número de compañías navieras por año que ofrecen rutas que recalaron en Valparaíso o San Antonio, según país de origen/destino.

Año	País Origen/Destino	Navieras que ofrecen rutas que recalán en Valparaíso	Navieras que ofrecen rutas que recalán en San Antonio
2021	China	(5) CMA CGM, HALO, HMM, MSC, ONE	(11) CMA CGM, COSCO, Evergreen, HALO, HMM, Maersk, MSC, ONE, PIL, Wan Hai, Yang Ming
	Corea del Sur	(5) CMA CGM, HALO, HMM, MSC, ONE	(9) CMA CGM, COSCO, Evergreen, HALO, HMM, Maersk, MSC, ONE, Wan Hai
	Japón	(1) CMA CGM	(5) CMA CGM, COSCO, HALO, HMM, MSC
	México	(5) CMA CGM, HALO, HMM, MSC, ONE	(10) CMA CGM, COSCO, Evergreen, HALO, HMM, MSC, ONE, PIL, Wan Hai, Yang Ming
	Nueva Zelanda	(0)	(1) Maersk
	Países Bajos	(1) MSC	(4) CMA CGM, COSCO, HALO, Maersk
2022	China	(7) HALO, HMM, MSC, ONE, PIL, Wan Hai, Yang Ming	(11) CMA CGM, COSCO, Evergreen, HALO, HMM, Maersk, MSC, ONE, PIL, Wan Hai, Yang Ming
	Corea del Sur	(7) HALO, HMM, MSC, ONE, PIL, Wan Hai, Yang Ming	(9) CMA CGM, COSCO, Evergreen, HALO, HMM, Maersk, MSC, ONE, Wan Hai

Año	País Origen/Destino	Navieras que ofrecen rutas que recalán en Valparaíso	Navieras que ofrecen rutas que recalán en San Antonio
	Japón	(0)	(5) CMA CGM, COSCO, HALO, HMM, MSC
2022	México	(7) HALO, HMM, MSC, ONE, PIL, Wan Hai, Yang Ming	(10) CMA CGM, COSCO, Evergreen, HALO, HMM, MSC, ONE, PIL, Wan Hai, Yang Ming
	Nueva Zelanda	(0)	(1) Maersk
	Países Bajos	(2) Maersk, MSC	(4) CMA CGM, COSCO, HALO, MSC

Fuente: Elaboración propia en base a respuestas al Oficio Cir. Ord. N°52-23

45. Durante los últimos años se ha observado una consolidación en el sector naviero, lo que ha llevado a que las seis navieras más importantes presentes en nuestro país hayan concentrado más del 90% de la transferencia de contenedores durante el período 2019-2022 en el territorio nacional.

III.3. Los importadores y exportadores

46. Los importadores y exportadores son los usuarios que necesitan mover o trasladar su carga desde un punto de origen a uno de destino. Para tales efectos, y en lo que respecta al transporte marítimo, los importadores y exportadores contratan estos servicios con las empresas navieras directamente, o a través de intermediarios denominados como *freight forwarders*. Estos últimos proveen servicios de tránsito internacional a importadores y exportadores, encargándose de las gestiones de transporte a nombre de ellos. Los *freight forwarders* mantienen contratos con distintas empresas navieras y son los responsables de programar con cuál de ellas se trasladará una determinada carga.

47. A diferencia de las compañías navieras, los importadores y exportadores son actores que se encuentran altamente atomizados. En efecto, en la siguiente Tabla N°4 es posible apreciar las diferencias en términos de concentración entre las empresas navieras y los consignatarios de la carga³⁸ respecto de aquella movilizada en contenedores durante el año 2022 en los puertos de las Requeridas.

³⁸ Para estos efectos, nos referimos tanto a consignatarios como a dueños de carga.

Tabla N°4: Número de clientes e índice de concentración Herfindahl-Hirschman por terminal y segmento de clientes, año 2022

Terminal:	TPS		STI		DPW	
Segmento:	Navieras ³⁹	Consignatarios de la carga ⁴⁰	Navieras	Consignatarios de la carga	Navieras	Consignatarios de la carga
N° de clientes:	14	7.179	12	15.274	12	6.628
IHH:	2.601	141	1.527	195	2.302	329

Fuente: Elaboración propia en base a antecedentes recabados en la Investigación.

48. En cada uno de los terminales portuarios no se supera un total de 15 compañías navieras atendidas. Sin embargo, en el caso de los importadores y exportadores, sus cifras ascienden a más de 7 mil en TPS, más de 15 mil en STI y más de 6 mil en DPW. Cuando se observa el índice de Herfindahl-Hirschman (“IHH”) en lo que respecta a los consignatarios de la carga, los valores del IHH son de 141, 195 y 329 para TPS, STI y DPW, respectivamente, subrayando la notoria atomización de los importadores y exportadores en contraposición a las empresas navieras.

49. Si bien los importadores y exportadores son usuarios finales de los servicios portuarios básicos, los que a su vez son parte del transporte marítimo y la cadena de servicios de transporte multimodal, no son ellos los que se relacionan con los terminales portuarios, tal como lo ha reconocido el H. Tribunal al indicar que son los usuarios intermedios, como empresas navieras, quienes mantienen tal vínculo⁴¹. En este sentido, las Requeridas normalmente no habían cobrado -antes del establecimiento de las tarifas de seguridad- servicios básicos a los importadores y exportadores, porque ellos no son los que contratan sus servicios⁴²⁻⁴³.

³⁹ Este ítem -para cada una de las Requeridas- considera como clientes de los terminales tanto a los agentes de naves (representantes de las navieras) como a las compañías navieras.

⁴⁰ En cuanto al número de clientes contabilizados en la columna de consignatarios de la carga -para cada una de las Requeridas-, este corresponde a la cota inferior de la cantidad de consignatarios involucrados. Lo anterior, se debe a que entre un 20% y 25% de los cobros por seguridad a la carga se facturan a empresas extraportuarias en representación del exportador e importador. Por lo tanto, la atomización de exportadores e importadores es mucho mayor a la presentada en la Tabla N°4.

⁴¹ Informe N°6/2009 del H. Tribunal, p. 56.

⁴² Incluso, en aquellos casos en que según el acuerdo comercial con las compañías navieras una fracción de las tarifas por servicios básicos de transferencia de carga fraccionada es cobrada directamente a los importadores o exportadores, son las primeras las que definen el frente de ataque.

⁴³ Las Requeridas sí han efectuado el cobro de servicios especiales a los importadores y exportadores, es decir, de aquellos que no son obligatorios y respecto de los cuales podría existir competencia con otros oferentes. Por ejemplo, el servicio de depósito o almacenamiento de contenedores.

50. Finalmente, una vez que las mercancías son descargadas del buque en el terminal portuario, puede intervenir el agente de aduanas, quien representa al importador o exportador en todos los trámites aduaneros que se deben realizar para internar la carga⁴⁴. Una vez internada, la carga puede ser retirada inmediatamente del puerto por el transportista, puede ser almacenada en un depósito en las dependencias del terminal o puede ser trasladada para su almacenamiento en un depósito extraportuario⁴⁵.

III.4. Carácter cautivo de los importadores y exportadores

51. Como se ha señalado, los importadores y exportadores son usuarios cautivos de los terminales portuarios a través de los cuales movilizan su carga. Tal situación de cautividad viene dada porque son las empresas navieras las que eligen el terminal portuario en el cual recalar y, una vez que lo hacen, los importadores y exportadores no pueden evitar el pago de las tarifas de seguridad. Junto a ello, estos usuarios tampoco pueden elegir el terminal portuario de modo indirecto, o enfrentan serias dificultades para ello, considerando los importantes costos de cambio en los que deberían incurrir. Esta condición permite a las Requeridas ejecutar el comportamiento abusivo que se acusa en esta presentación.

52. En efecto, la evidencia muestra que son las empresas navieras quienes deciden el terminal a través del cual es transferida la carga de los importadores y exportadores, teniendo estos últimos una baja o nula incidencia en esta elección. Prueba de ello es que, respecto de los servicios básicos, son las líneas navieras las que mantienen relaciones contractuales con las Requeridas -muchas veces con todas ellas-, y no los importadores y exportadores. Lo relevante para estos últimos es que su carga ingrese o salga por la Región de Valparaíso, independientemente del frente de atraque en particular que la empresa naviera decida utilizar. Así, una vez que la empresa naviera ha elegido el terminal portuario, los importadores y exportadores no pueden evitar el cobro de las tarifas de seguridad, considerando que fueron inscritas como servicios básicos y son, por tanto, obligatorias para tales usuarios.

⁴⁴ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 195 del Decreto con Fuerza de Ley N°30, de 2005, sobre Ordenanza de Aduanas, el agente de aduana *“es un profesional auxiliar de la función pública aduanera, cuya licencia lo habilita ante el Servicio Nacional de Aduanas para prestar servicios a terceros como gestor en el despacho de mercancías”*.

⁴⁵ Según el Decreto N°1114, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que establece el Reglamento para la habilitación y concesión de los recintos de depósito aduanero y el almacenamiento de las mercancías, el almacén extraportuario corresponde al recinto de depósito aduanero autorizado mediante habilitación directa, destinado a prestar servicios a terceros, donde puede almacenarse cualquiera mercancía hasta el momento de su retiro, para importación, exportación u otra destinación aduanera.

53. Esta falta de incidencia en la elección del terminal portuario se vuelve mayormente patente en los casos en los que el importador y exportador no contrata directamente con la empresa naviera, sino que a través de *freight forwarders*, los que a su vez tienen contratos con varias de tales compañías de transporte marítimo. En algunos casos, especialmente respecto de importadores o exportadores de menor tamaño, son estos actores quienes determinan finalmente la naviera por la cual se transportarán sus bienes, según la cartera de compañías disponibles y la organización que al respecto hagan de todos sus clientes. Al respecto, algunos de estos usuarios sólo pueden contratar con los *freight forwarders*, dado que su carga no es suficiente como para utilizar un contenedor en su totalidad, haciendo más evidente la nula incidencia en la decisión del terminal portuario de origen o destino.

54. Por su parte, también se pudo identificar en la Investigación que los importadores y exportadores no tienen la capacidad de sustituir al terminal portuario indirectamente, a través de la elección de aquellas empresas navieras que allí recalen, o enfrentan serias dificultades para hacerlo, producto de los relevantes costos de cambio que ello implicaría. Aquello ocurre, por ejemplo, en presencia de contratos de flete marítimo en los que los compradores o vendedores, que se encuentran en el extranjero, se encargan de las respectivas contrataciones para efectos de transportar las mercancías -de acuerdo con el *incoterm* utilizado-, eligiendo por lo tanto la empresa naviera que movilizará la carga sin que los importadores o exportadores nacionales tengan alguna injerencia al respecto.

55. Además, las opciones que tienen los importadores y exportadores para movilizar sus bienes -en función de su necesidad de alcanzar un lugar de destino u origen según sea el caso- dependerá de la cantidad de empresas navieras que operen las rutas comerciales que tales usuarios necesitan⁴⁶. En este sentido, como se advierte en la Tabla N°3 antes expuesta, existen países de origen o destino para los cuales sólo opera una naviera que recalca en uno de los puertos de la Región de Valparaíso, lo cual constriñe las posibilidades para elegir, de modo indirecto, el terminal portuario por parte de tales usuarios. Asimismo, las compañías navieras presentan un alto nivel de discrecionalidad en la elección del uso de los puertos en los que recalcan sus naves, pudiendo cambiar los terminales portuarios que utilizan en sus rutas, lo que reduce aún más las eventuales opciones de importadores y exportadores.

⁴⁶ De acuerdo con H. Tribunal, tanto los contratos entre concesionarios de puertos y navieras, como entre navieras y usuarios de carga, son de larga duración, por lo que existirían altas dificultades para cambiar de naviera y de puerto. Informe N°6/2006, p. 86. Esta circunstancia fue ampliamente reconocida por importadores y exportadores durante la Investigación.

56. En este orden de ideas, los importadores y exportadores, además de considerar el costo monetario del transporte marítimo, toman en cuenta los tiempos de traslado o la oportunidad con que pueden tomar un servicio al momento de analizar la contratación con una empresa naviera. Más aún, y como se dijo, los importadores y exportadores suelen contratar con *freight forwarders*, lo que hace aún más difícil cualquier posibilidad de cambio de empresa naviera.

57. A todo lo anterior se suma el hecho, identificado en la Investigación, de que las tarifas de seguridad representan una proporción muy menor del costo total del transporte marítimo, por lo que tampoco resulta razonable que los importadores y exportadores destinen mayores esfuerzos en intentar evitar el terminal portuario que cobra estas tarifas si los costos de cambio para hacerlo son superiores⁴⁷. En efecto, al elegir tales usuarios entre diferentes alternativas de transporte, el factor decisivo será su costo total y otros elementos como los mencionados previamente, sin que sea gravitante el pago de una tarifa que incide de manera marginal en el desembolso total que efectúan los importadores y exportadores⁴⁸.

58. Dado lo anterior, en la Investigación no se identificaron casos de importadores y exportadores que hubiesen logrado cambiar el terminal portuario por el que movilizaban su carga, a STI y DPW, durante el periodo en que sólo TPS cobraba las tarifas de seguridad. Es más, la participación relativa en movimientos de carga de las tres empresas Requeridas se mantuvo relativamente estable, a pesar de la implementación de las tarifas de seguridad por parte de TPS en septiembre de 2019.

⁴⁷ Según antecedentes aportados en la Investigación, a título ejemplar, si consideramos la carga de un contenedor proveniente desde los puertos de Shanghái en China y Manzanillo en México a puertos de la Región de Valparaíso, la tarifa de seguridad representa un valor que fluctúa entre el 1% al 2% del transporte marítimo cobrado por una empresa naviera. Lo anterior, sin considerar el resto de los costos logísticos de traslado de mercaderías que deben considerar los importadores y exportadores.

⁴⁸ Esto se debe a que la demanda de servicios portuarios se deriva de la demanda general de transporte desde el origen hasta el destino. Se ha indicado respecto de la baja sensibilidad a los servicios portuarios de los usuarios finales lo siguiente: *“es probable que los clientes sean relativamente insensibles a cambios en precios. Esto ocurre porque la demanda por servicios portuarios se deriva de la demanda global por transporte desde un origen a un destino. Consecuentemente, cuando se elige entre diferentes modos de transporte, el factor de decisión de los clientes será el costo total de transporte, más que sólo las tarifas portuarias”*. Traducción libre de: *“customers are likely to be relatively insensitive to changes in price. This is because the demand for port services is derived from the overall demand for transport from origin to destination. Consequently, when choosing between different modes of transport, customers’ deciding factor will be the total cost of transportation rather than port charges alone”*. OCDE (2011), Policy Roundtables: Competition in Ports and Port Services. Ver <https://www.oecd.org/regreform/sectors/48837794.pdf> [última visita: 8 de marzo de 2024].

59. Con todo, considerando que STI y DPW terminaron estableciendo este cobro injustificado, al igual que TPS, y que estas tres empresas concentran la mayor parte de la transferencia de la carga general movilizada en la Región de Valparaíso, se cerró prácticamente toda posibilidad de que los importadores y exportadores intenten evitar el pago de las tarifas de seguridad.

60. En conclusión, es posible sostener que importadores y exportadores, cuya carga se transfiere en los respectivos terminales de las Requeridas, representan una demanda cautiva para TPS, STI y DPW.

III.5. Mercados en los que inciden las conductas

61. El hecho de que los terminales portuarios no compitan por importadores y exportadores, sumado a que estos no son capaces de elegir el frente de atraque, o enfrentan serias dificultades para hacerlo, debido a los relevantes costos de cambio que ello conllevaría, justifica una definición de mercado relevante que sea apropiada al presente caso.

62. Normalmente los servicios básicos de muellaje y transferencia de carga ofrecidos por los frentes de atraque son prestados a las empresas navieras. En este sentido, los terminales portuarios de la Región de Valparaíso compiten entre sí por atraer a las empresas navieras para que recalen en sus respectivos frentes de atraque, considerando que todos ellos se encuentran a una distancia similar al mayor centro de consumo del país. Como dijimos *supra*, los terminales portuarios de la Región de Valparaíso normalmente habían cobrado, por los servicios básicos, valores que se encuentran por debajo de los máximos indicados en las respectivas concesiones.

63. Así, en la medida que los servicios básicos fueran prestados y cobrados a las empresas navieras, todas las Requeridas rivalizarían entre sí de cierto modo, tal como lo ha reconocido el H. Tribunal, puesto que las primeras son capaces de optar por aquel frente de atraque que les ofrezca las mejores condiciones. De este modo, en la relación de los puertos con las empresas navieras, el mercado lo constituirían los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso para carga general, esto es, carga en contenedores y fraccionada, que puedan atender la nave de diseño de la concesión⁴⁹.

⁴⁹ Informe TDLC N°5/2009, p. 36.

64. Sin embargo, esta definición varía cuando, como ocurre en el caso *sub lite*, el cobro por servicios portuarios se efectúa a los importadores o exportadores, toda vez que una serie de elementos demuestra que tales usuarios se encuentran cautivos respecto del terminal portuario que elige la respectiva empresa naviera, tal como analizamos, careciendo de un poder de contrapeso.

65. De esta forma, atendido que la definición de mercado relevante tiene por función determinar el ámbito en el cual se evaluará el grado de poder de mercado que posee un agente económico⁵⁰, y no obstante que en el presente caso no resulta procedente que las Requeridas cobren las tarifas de seguridad a importadores y exportadores, para efectos de esta acusación existen tres mercados relevantes diferentes, participando TPS en uno de ellos, STI en otro y DPW en el último. Cada uno de estos mercados relevantes está constituido por las actividades de seguridad en la transferencia de carga registrados como servicios básicos ante las empresas portuarias respectivas, que han sido cobrados a los importadores y exportadores en cada uno de los terminales portuarios de las Requeridas.

66. En estos mercados relevantes, así definidos, existen barreras a la entrada. En efecto, según la regulación, solamente el respectivo terminal portuario puede ejecutar las actividades de seguridad vinculadas a la transferencia de la carga, considerando que las tarifas de seguridad fueron inscritas como servicios básicos, es decir, de aquellos que únicamente pueden ser prestados por TPS, STI y DPW, según corresponda. Además, los significativos costos de cambio que enfrentan los importadores y exportadores para elegir el terminal portuario, explicados *supra*, impiden que otros terminales portuarios puedan ser una alternativa factible para tales usuarios de cara a las tarifas de seguridad.

IV. EL DERECHO

67. Cada una de las Requeridas, mediante la ejecución de los hechos que se han descrito en esta presentación, infringió el artículo 3° incisos primero y segundo letra b) del DL 211. El inciso primero establece que:

⁵⁰ En este sentido la Excm. Corte Suprema ha sostenido que: “*En esta materia se debe consignar que el mercado relevante debe ser establecido para posicionar el análisis de la autoridad, puesto que el mismo revelará los elementos esenciales del comportamiento de los competidores, agentes económicos y participantes en la prestación del servicio -producto- que posibilitará determinar si una empresa goza de una posición de dominio o si los actos ejecutados permitirán que alcance tal posición*”, Sentencia Rol 25.179-2022, c. 15°. Por su parte, un autor indica que “*la definición del mercado (desde el punto de vista de su producto y de los puntos geográficos) es un paso previo a la evaluación del poder de mercado. (...) definir el mercado no es interesante por sí mismo, sino sólo como un paso preliminar hacia el objetivo de evaluar el poder de mercado*”, MOTTA, M. (2021), *Política de competencia. Teoría y práctica*. Fondo de Cultura Económica, p. 137.

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.

68. Por su parte, el inciso segundo letra b) considera como una infracción contraria a la libre competencia:

“La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”.

69. TPS, mediante el cobro injustificado de tarifas de seguridad a los importadores y exportadores cuya carga es transferida en su terminal portuario, ejecutó un abuso de posición dominante explotativo, de aquellos descritos en la referida norma. Misma infracción cometieron STI y DPW al cobrar, cada una, estas tarifas de seguridad a los importadores y exportadores cuyos bienes son movilizados en sus respectivas instalaciones. Es decir, cada una de las Requeridas, por separado, cometió un abuso anticompetitivo, derivado de un mismo tipo de cobro.

70. De acuerdo con la jurisprudencia del H. Tribunal deben concurrir dos elementos para que una conducta pueda ser sancionada como un abuso de posición dominante: (i) un elemento estructural, dado por la posición de dominio del infractor, y (ii) un elemento conductual, dado por el comportamiento abusivo de tal agente⁵¹.

71. En cuanto al elemento estructural, como hemos descrito a lo largo de esta presentación, cada una de las Requeridas es el único agente en los respectivos mercados relevantes que se han definido, existiendo barreras a la entrada en cada uno de ellos, a lo que se suma la falta de poder de contrapeso de los importadores y exportadores⁵². Estos aspectos permiten concluir que TPS, STI y DPW tienen, cada una, una posición de dominio en el mercado de las actividades de seguridad registradas como servicios básicos respecto de los importadores y exportadores en sus respectivos terminales portuarios. La participación de las Requeridas en la prestación de servicios básicos a las empresas navieras en la Región de Valparaíso, respecto de las cuales enfrentan algún grado de

⁵¹ Por ejemplo, Sentencia N°174/2020, c. 88 y Sentencia N°178/2021, c. 56°. En un sentido similar, la Excma. Corte Suprema en Sentencia Rol 58909-2016, c. 6°.

⁵² Según el H. Tribunal, al analizar el elemento estructural, se debe considerar: “(a) participación de mercado y nivel de concentración; (b) barreras de entrada y a la expansión; y (c) poder de contrapeso de los clientes de la demandada”. Sentencia N°178/2021, c. 57°.

competencia, no constituye, atendidas las particularidades descritas precedentemente, un obstáculo para establecer su dominancia respecto de servicios prestados a un grupo particular de usuarios cautivos.

72. La jurisprudencia⁵³ y la doctrina⁵⁴ han reconocido que sobre una empresa dominante recae una especial responsabilidad de no restringir la competencia con su comportamiento. Dicha responsabilidad resulta más patente en el caso de los terminales portuarios si se considera que esta posición de dominio no surge como producto de su mérito competitivo o inversiones pasadas, sino del carácter cautivo que tienen los importadores y exportadores en relación con las respectivas instalaciones de las Requeridas.

73. En cuanto al segundo elemento conductual, los cobros de las tarifas de seguridad realizados por cada una de las Requeridas constituyen comportamientos abusivos. Lo anterior es así pues, como vimos, tales cobros no tienen justificación y responden más bien a la habilidad que tuvieron TPS, STI y DPW para sortear individualmente los obstáculos que les impedían aumentar las tarifas básicas de transferencia cobradas a las navieras. Estos abusos permitieron a las Requeridas aumentar su recaudación total, porque continuaron cobrando similar tarifa a las navieras por concepto de servicios básicos de transferencia de carga y comenzaron a exigir el pago de nuevas tarifas de seguridad a importadores y exportadores. Esto condujo a que aumentaran ilícitamente sus ingresos totales, acercándose a través de estos abusos explotativos al máximo que les permiten sus respectivos contratos de concesión.

74. El hecho que todas las Requeridas implementaran este cobro injustificado implica que casi la totalidad de los importadores y exportadores que movilizan su carga por la Región de Valparaíso se vieron finalmente afectados, ya que TPS, STI y DPW concentran la mayor parte de la industria, con niveles cercanos al 100% en el caso de la carga en contenedores. Como se observa, se cerró totalmente cualquier posibilidad que hubiesen tenido los importadores o exportadores de hacer frente a estos comportamientos anticompetitivos.

75. Pues bien, una vez constatada la existencia de un abuso, como ocurre en este caso, las empresas dominantes, es decir TPS, STI y DPW, pueden proporcionar una justificación a su comportamiento o acreditar que éste produce eficiencias que contrarresten cualquier

⁵³ Por ejemplo, Sentencia N°124/2012, c. 24° y Sentencia N°174/2020, c. 89°.

⁵⁴ O'DONOGHUE QC, R. y PADILLA, J. (2020), *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Hart Publishing, 3ª ed., pp. 264-265.

eventual efecto anticompetitivo, correspondiéndole a ellas alegar y acreditar tales aspectos⁵⁵.

76. La justificación se refiere a alguna *razón objetiva*, desde el punto de vista económico, que explique adecuadamente el comportamiento catalogado como competitivo. Por su parte las *eficiencias*, para ser atendibles, deben: (i) resultar *veraces*; (ii) servir de *contrapeso efectivo* a los riesgos y/o efectos anticompetitivos generados por la restricción; y (iii) ser logradas únicamente mediante la conducta anticompetitiva, lo que significa verificar si existen alternativas realistas y menos restrictivas⁵⁶.

77. Como hemos indicado al describir los hechos, durante la investigación las Requeridas han intentado dar algunas justificaciones a la implementación de estas tarifas de seguridad. Según se dijo, la FNE pudo constatar -como también lo podrá hacer el H. Tribunal en este proceso judicial- que ninguna de las razones esgrimidas por las Requeridas constituye una justificación desde el punto de vista de la libre competencia al cobro de las tarifas de seguridad a importadores y exportadores, por lo que su comportamiento debe ser calificado como anticompetitivo.

78. Es importante destacar que el hecho que las tarifas cobradas por las Requeridas se encuentren dentro de los parámetros permitidos por la respectiva concesión no significa que su comportamiento descrito en este Requerimiento no pueda ser reprochado desde el punto de vista de la libre competencia. Lo anterior es así porque TPS, STI y DPW no se encuentran únicamente obligados por tales contratos, sino que también por las reglas generales contenidas en DL 211⁵⁷. Así, aunque el cobro de la tarifa de seguridad se ajuste formalmente a los parámetros establecidos en las respectivas concesiones -porque no supera los máximos permitidos-, aquella no cumple con lo dispuesto en el DL 211, pues se trata de un cobro injustificado que permitió a las Requeridas alterar aquellos ingresos que hubiesen recibido en un entorno competitivo. El mismo H. Tribunal en el pasado ha

⁵⁵ Por ejemplo, Sentencia N°178/2021, c. 123° y siguientes, y c. 133°.

⁵⁶ Guía Restricciones Verticales FNE, págs. 20-23.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, el Informe N°18/2020 del H. Tribunal, p. 68: “*Como se ha señalado, la administración y operación del frente de atraque licitado por parte del concesionario está regulada por la Ley de Puertos, su Reglamento y por el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque (en adelante, “RUFA”) de EPSA (aprobado por Resolución Exenta N° 442 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de fecha 30 marzo de 1999), además de las Bases de Licitación y las normas generales, como el D.L. N° 211*” (énfasis agregado). Lo mismo se encuentra establecido en los contratos de concesión de las Requeridas. En el caso de DPW, la sección 6.3 del contrato, prescribe que, sin perjuicio de las obligaciones que se establecen, el concesionario se obliga a cumplir las disposiciones contenidas en el DL 211, Ley de Puertos, Bases de Licitación y toda otra norma, incluyendo, sin limitación, el Informe N°6/2009. En el mismo sentido, la sección 6.28 de los contratos de concesión de TPS y STI.

desechado el argumento según el cual la sola existencia de mecanismos de resguardo contemplados en el contrato de concesión sería suficiente para impedir que se produzcan abusos de posición dominante:

“(...) este Tribunal considera que si bien las Bases de Licitación contienen mecanismos de resguardo destinados a prevenir que el concesionario abuse de su posición dominante, ello en ningún caso garantiza que dichos abusos no se producirán, ni tampoco reduce la responsabilidad que SCL pueda tener en ellos. Por el contrario, resulta aún más grave que un concesionario, sujeto a las condiciones y sanciones específicas que establecen las Bases de Licitación, igualmente actúe en contravención a la libre competencia y abuse de su posición respecto de usuarios del Aeropuerto”⁵⁸.

79. Por su parte, el hecho que las respectivas empresas portuarias hubieren autorizado la implementación de las tarifas de seguridad no obsta al carácter anticompetitivo de estos cobros, considerando que tales empresas efectúan únicamente un análisis respecto del cumplimiento de las reglas de la concesión, bases de licitación y límites máximos de la regulación tarifaria, pero no respecto de la conformidad de determinada actuación con el DL 211⁵⁹.

80. Tampoco obsta a este carácter anticompetitivo el hecho que la FNE hubiese decidido no efectuar una investigación respecto de la tarifa de seguridad implementada por TPS, al archivar la denuncia Rol N°2589-19 FNE, ya que este Servicio no tiene facultades para resolver si determinados hechos, actos o contratos constituyen infracciones a la libre competencia -atribución exclusiva del H. Tribunal⁶⁰- y porque las Requeridas siempre se encuentran obligadas, como cualquier agente económico, a cumplir con las reglas establecidas en el DL 211 sobre protección de la libre competencia, bien jurídico integrante del orden público económico⁶¹. Según el artículo 32 del DL 211, solamente los actos o

⁵⁸ Sentencia N°75/2008, c. 65° (énfasis agregado).

⁵⁹ El H. Tribunal ha indicado: “este Tribunal estima que no obsta a su facultad de sancionar las conductas contrarias a la libre competencia el hecho que los funcionarios administrativos, encargados de supervigilar los actos de la concesionaria, no hayan ejercido adecuadamente las potestades fiscalizadoras con que cuentan, ni menos aún que esta aquiescencia tácita pueda legitimar conductas contrarias a la libre competencia, aún cuando es un factor que será considerado al momento de determinar la multa a aplicar”. Sentencia N°75/2008, c. 37°.

⁶⁰ Según los artículos 2, 18, 39 y demás pertinentes del DL 211. El Excmo. Tribunal Constitucional ha indicado: “Que en Chile, el conocimiento de las infracciones a la legislación sobre protección de la libre competencia se encuentra entregado a un órgano jurisdiccional (el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), y no a un ente administrativo -sea o no autónomo-, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones”. Sentencia de fecha 7 de septiembre de 2010, Rol N°1448-2009-INA, c. 11.

⁶¹ La Excma. Corte Suprema ha resuelto: “Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía antes referida puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado; sin embargo, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, puesto que como se ha dejado asentado, el atentado contra la libertad puede provenir

contratos que se ejecuten o celebren de acuerdo con las decisiones del H. Tribunal son los que están exentos de responsabilidad, no siendo aplicable tal consecuencia jurídica para otras hipótesis que la ley no contempla⁶².

81. En definitiva, TPS, STI y DPW han ejecutado un abuso de posición dominante, específicamente aquel descrito en la letra b) del DL 211, al cobrar cada una de ellas tarifas de seguridad a importadores y exportadores cuya carga se moviliza a través de sus respectivos terminales. Existe mérito para que el H. Tribunal conozca y resuelva en conjunto los abusos descritos en esta presentación, evitando el riesgo de adoptar decisiones contradictorias respecto de similares comportamientos anticompetitivos, considerando también la unidad de la causa y que las acciones emanan de un mismo hecho, en tanto se trata de tarifas de la misma naturaleza establecidas respecto de importadores y exportadores, abarcando prácticamente la totalidad de la oferta de la Región de Valparaíso.

V. SANCIONES Y MEDIDAS SOLICITADAS

82. Teniendo presente todo lo señalado precedentemente, es necesario que el H. Tribunal ordene, a cada una de las Requeridas, el inmediato cese del cobro de las tarifas de seguridad aplicadas a exportadores e importadores que hacen uso de sus respectivas instalaciones.

83. Junto con lo anterior, corresponde que se aplique a las Requeridas una multa a beneficio fiscal por el ilícito anticompetitivo ejecutado. Cabe hacer presente que en el caso de autos concurren circunstancias reconocidas en el artículo 26 del DL 211 para efectos de determinar la cuantía de esta multa, particularmente la gravedad de la conducta, el beneficio económico y el efecto disuasivo.

no sólo del Estado, sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer un poder en el mercado, violentando así no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelve, sino que afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación". Sentencia de fecha 25 de julio de 2023, en causa Rol 25179-2022, c. 7°. En el mismo sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha indicado: "La aplicación de apremios se realizaría con el objeto de dar cumplimiento a un objetivo constitucionalmente válido, cual es, dar protección a la libre competencia en los mercados, parte integrante del orden público económico, y de disuadir que esas prácticas vuelvan a ocurrir en el futuro, en promoción del bienestar general de la sociedad en el orden económico". Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2022, Rol N°13047-2022-INA, c. 8°.

⁶² El H. Tribunal ha indicado que "es preciso dejar asentado que el beneplácito de la FNE no es idóneo por sí solo para eximirse en términos absolutos de responsabilidad en esta sede, pues lo procedente para tal efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del D.L. N° 211, es solicitar a este Tribunal el ejercicio de la potestad consignada en el artículo 18 N° 2 del mismo cuerpo legal y obtener un pronunciamiento favorable en la materia de que se trate". Sentencia N°115/2011 del H. Tribunal, c. 63° y c. 64°.

84. En relación con la gravedad de la conducta, el grado de poder de mercado de los agentes involucrados en la conducta materia de la acusación resulta relevante. Según se indicó, atendida la falta de competencia entre los terminales portuarios respecto de los exportadores e importadores y la ausencia de contrapeso por parte de éstos, existe una demanda cautiva que no está en condiciones de evitar el cobro impuesto por las Requeridas. Cada Requerida causó un manifiesto perjuicio a exportadores e importadores, quienes debieron enfrentar un costo adicional en su cadena logística sin la posibilidad de evitarlo.

85. En cuanto al beneficio económico, resulta claro que las conductas ejecutadas por las Requeridas les permitieron obtener ganancias sobrenormales, atendido que cada empresa logró implementar este cobro injustificado sin presiones competitivas, en perjuicio de importadores y exportadores.

86. En cuanto al efecto disuasivo, es imperioso considerar que éste fue uno de los propósitos más relevantes que tuvo el legislador a la vista al momento de modificar el DL 211 mediante la Ley N°20.945. Así, sólo se puede garantizar que las sanciones sean eficaces si es que éstas significan, al menos, un monto superior a los ingresos reportados por la infracción. Al respecto, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que:

“El efecto disuasivo de la sanción pecuniaria, cuyo importe ha de ser tal que resulte apta para encausar (sic) la conducta futura del agente económico sancionado, siendo razonable que, como mínimo, se prive al infractor de buena parte del beneficio obtenido”⁶³.

87. Finalmente, para el cálculo de la multa solicitada respecto de cada una de las Requeridas, se ha considerado que las respectivas empresas portuarias, en cuanto licitantes de la concesión de los respectivos frentes de atraque, han autorizado a las Requeridas el registro de las tarifas de seguridad materia del presente Requerimiento. Si bien lo anterior no involucra una exención de responsabilidad por el ilícito anticompetitivo en que han incurrido -conforme a la normativa legal y a la asentada jurisprudencia del H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema-, es un factor que se ha considerado para efectos de estimar una menor entidad en el monto de la multa a ser solicitada por este Servicio.

88. En razón de lo expuesto, esta Fiscalía solicita se condene a las Requeridas y se imponga a TPS una multa a beneficio fiscal de 10.812 UTA, a STI una multa a beneficio

⁶³ Sentencia Excma. Corte Suprema Rol N°94.189-2020, c. 33°. En el mismo sentido Sentencia N°85/2009 del H. Tribunal, c. 193°.

fiscal de 11.047 UTA y a DPW una multa a beneficio fiscal de 5.038 UTA, o las que el H. Tribunal estime ajustadas a derecho.

POR TANTO, con el mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18 y siguientes, 26 y 39 del DL 211, así como las demás normas legales citadas y aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE

PIDO: Tener por deducido Requerimiento en contra de Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A., San Antonio Terminal Internacional S.A. y DP World San Antonio S.A., someterlo a tramitación y, en definitiva:

1. Declarar que las Requeridas han infringido el artículo 3° incisos primero y segundo letra b) del DL 211, al ejecutar las conductas descritas en esta presentación;
2. Ordenar a las Requeridas cesar de inmediato en el cobro de las tarifas de seguridad a importadores y exportadores, bajo apercibimiento de ser consideradas como reincidentes;
3. Imponer a Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. una multa ascendente a 10.812 UTA o al monto que el H. Tribunal considere ajustado a derecho;
4. Imponer a San Antonio Terminal Internacional S.A. una multa ascendente a 11.047 UTA o al monto que el H. Tribunal considere ajustado a derecho;
5. Imponer a DP World San Antonio S.A. una multa ascendente a 5.038 UTA o al monto que el H. Tribunal considere ajustado a derecho; y,
6. Condenar a las Requeridas al pago de las costas del presente juicio.

PRIMER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que, para efectos de practicar la notificación del Requerimiento de autos y de realizar todas aquellas diligencias en las que durante la prosecución del proceso sea necesaria la intervención de un ministro de fe público, y sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación o designar nuevos ministros de fe en cualquier momento, señalo los siguientes receptores judiciales:

1. Carmen Balboa Quezada, RUT 10.367.686-K, domiciliada en calle Compañía N°1390, oficina 701, Santiago, correo electrónico cbalboaq@gmail.com.

2. Marcos Gacitúa Guerrero, RUT 10.892.643-0, domiciliado en pasaje Rosa Rodríguez N°1375, oficina 414, Santiago, correo electrónico receptormarcosgacitua@gmail.com.
3. Germán Camino Alzerrera, RUT 7.981.933-6, domiciliado en Compañía de Jesús N°1390, oficina 302, Santiago, correo electrónico germancaminoa@gmail.com.
4. Hilda Abuauad Navarro, RUT N°10.675.912-K, domiciliada en Reñaca Norte N°25, oficina 503, Viña del Mar, correo electrónico receptoravalparaiso@gmail.com.
5. Juan Pablo Matte Chamy, RUT 8.816.833-k, domiciliado en 2 Norte 550, oficina 193 A, Viña del Mar, correo electrónico juanpablomatte@gmail.com.
6. Sara María Isabel Martínez Maulen, RUT 6.574.240-3, domiciliada en Luis Alberto Araya 2166, San Antonio, correo electrónico sara.m.martinez@gmail.com.
7. Elena Margarita Bonet Cornejo, RUT 7.471.264-9, domiciliada en Luis Alberto Araya N°2105, San Antonio, correo electrónico elena_sananto@gmail.com.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta en el Decreto Supremo N°45, de 18 de mayo de 2023, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, mediante el cual se me nombra Fiscal Nacional Económico, y que acompaño en este acto.

TERCER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio y la representación judicial de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión Víctor Santelices Ríos, Eduardo Aguilera Valdivia, Adolfo Weber Wenzel y Magdalena Cox Larraín, todos de mi mismo domicilio, los que podrán actuar indistintamente de forma separada o conjunta, y que firman en señal de aceptación.

CUARTO OTROSÍ: En cumplimiento de lo prescrito por el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, fijo como medio de notificación electrónica de esta parte la siguiente casilla de correo electrónico: notificaciones@fne.gob.cl.