

REPUBLICA DE CHILE

COMISION PREVENTIVA CENTRAL

AGUSTINAS N° 853, PISO 12°

SANTIAGO

C.P.C. N° 1046

ANT: Dictamen N° 1045 de 21 de Agosto de 1998, de la Comisión Preventiva Central.
Rol N° 102-98 C.P.C.

MAT: - Informa los recursos de reclamación de la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. y de la Agencia Sudamericana, Agencias Aéreas y Marítimas S.A..

- Dictamen sobre recurso de reposición y en subsidio, jerárquico, planteado por esta última empresa.

SANTIAGO, - 1 SEP 1998

A : H. COMISION RESOLUTIVA
DE : COMISION PREVENTIVA CENTRAL

1.- En cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 9, inciso 2° del Decreto Ley N° 211, de 1973, esta Comisión informa a esa H. Comisión Resolutiva los recursos de reclamación interpuestos por la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G., en adelante la Cámara, y por Sudamericana, Agencias Aéreas y Marítimas S.A., en adelante SAAM, en contra del dictamen N° 1045, de 21 de Agosto de 1998, de esta Comisión Preventiva Central.

Asimismo, mediante el presente dictamen esta Comisión se pronuncia sobre los recursos de reposición y en subsidio, jerárquico, deducido por la empresa SAAM en contra del citado dictamen.

2.- El mencionado dictamen fue emitido a petición de las Empresas Portuarias de Valparaíso, de San Antonio y de Talcahuano-San Vicente, en adelante las Empresas Portuarias, quienes solicitaron a esta Comisión que, en conformidad con lo dispuesto en los Arts. 14 y 23 de la Ley N° 19.542, sobre modernización del sector portuario estatal, informara acerca de las condiciones de competencia que deberían regir con motivo de las licitaciones de las concesiones portuarias de los frentes de atraque en los puertos de Valparaíso, San Antonio y San Vicente.

Según informaron las Empresas Portuarias, los frentes de atraque que se licitarán son los siguientes: 1) Frente de Atraque que comprende los sitios 1 al 5 del Puerto de Valparaíso (contenedores, multipropósito); 2) Frente de Atraque que comprende los sitios 1, 2 y 3, "Molo Sur", del Puerto de San Antonio (contenedores, multipropósito); 3) Frente de Atraque que comprende el sitio 8, "Panul", del Puerto de San Antonio (graneles); y, 4) Frente de Atraque que comprende los sitios 1 al 3 del Puerto de San Vicente (multipropósito con fuerte inclinación para la transferencia de contenedores) y sus áreas de desarrollo adjuntas.

3.- La ley 19.542 otorga a las Empresas Portuarias diversas atribuciones relacionadas con el proceso de licitación de los frentes de atraque y de supervisión de la actividad portuaria y planificación de las inversiones en este sector.

Así se desprende, entre otros, de los Arts. 4,6,7,8,14 y 23 de esa Ley.

En particular, el Art. 23 de la Ley concede a las Empresas Portuarias la atribución exclusiva de decidir sobre la implementación de un sistema monooperador, en los términos y formas que establece esta disposición.

Consta de estos antecedentes que esas empresas ejercieron la atribución que les concede la ley y han optado por un sistema monooperador para ser implementado en los frentes concesionados, a que se refiere su consulta.

Los Arts. 14 y 23 de la Ley 19.542 señalan que esta Comisión debe informar sobre las condiciones de competencia que deben regir las licitaciones a que convoquen las Empresas Portuarias, en las situaciones siguientes:

a) Para otorgar la concesión de cualesquiera frentes de atraque, cuando no existe en la región respectiva otro frente de atraque estatal capaz de atender la nave de diseño que puede atender el frente que será objeto de la concesión (art. 14 inciso segundo); la nave de diseño es "la nave de mayor eslora total, calado máximo y desplazamiento a plena carga que puede operar en un frente de atraque" (art. 53);

b) Para otorgar concesiones bajo un esquema monooperador y no exista en la región otro frente de atraque, operado bajo un esquema de multioperador, capaz de atender la nave de diseño (art. 23, inciso segundo);

c) Asimismo, la Comisión debe señalar las condiciones en que un concesionario de frentes de atraque puede relacionarse en los términos que define el Título XV de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, con i) concesionarios que desarrollen, conserven o exploten otros frentes de atraque dentro del mismo puerto o terminal; o, ii) concesionarios de la misma región que desarrollen, conserven o exploten un frente de atraque en que pueda operar la máxima nave de diseño en los otros puertos estatales de la misma región (art. 14, inciso tercero, número 2).

4.- Esta Comisión Preventiva Central, mediante el dictamen recurrido, ha dado cumplimiento al mandato que le confieren los referidos Arts. 14 y 23 de la Ley 19.542, y ha procedido a señalar las condiciones que, a su juicio, deben regir las concesiones de los frentes de atraque que serán licitados, a fin de resguardar la libre competencia en las actividades portuarias.

En el N° XIV del dictamen, esta Comisión ha indicado detalladamente, los criterios técnicos que, en su concepto, deben prevalecer para generar competencia entre los operadores portuarios y para prevenir eventuales discriminaciones entre los usuarios.

Dichos criterios económicos constituyen el fundamento inmediato de las medidas específicas que se aprueban en el N° XV del dictamen, acogiendo con algunas modificaciones las propuestas formuladas por las empresas portuarias, referidas a las siguientes materias: tarifas, normas de calidad, transferencia de las concesiones, acceso y publicidad de información, mecanismos de solución de conflictos e integración horizontal y vertical.

Atendida su extensión, no se reproducen en este dictamen las medidas aprobadas por esta Comisión, remitiéndose para los efectos de este informe al texto del dictamen recurrido.

Sólo hace presente esta Comisión que no emitió pronunciamiento acerca de las propuestas de las empresas portuarias que se consignan en los numerales 1.1, 1.2, 2.1, 2.2.2 y 2.4 del N° XIII, del dictamen, en consideración a que las materias a que se refieren dichas propuestas están establecidas expresamente en la Ley y en el Reglamento respectivo, por lo que deben entenderse incorporadas a las bases de las licitaciones por el sólo ministerio de la ley.

5.- La Cámara, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 9 incisos 1 y 2 del Decreto Ley N° 211, de 1973, ha deducido reclamación en contra de dicho dictamen, solicitando a esa H. Comisión que lo deje sin efecto, por las razones principales siguientes, que se mencionan resumidamente:

5.1. Las medidas adoptadas por esta Comisión serían inconstitucionales, por cuanto transgreden las garantías del Art. 19, N°s 21, 22, 23, 24 y 26, así como el principio de legalidad contenido en los Arts. 6 y 7 de la Constitución Política.

Estas últimas disposiciones señalan que los Organos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y que su actuación es válida si se ejerce dentro de su competencia legal y en la forma que prescribe la ley.

A su vez, las citadas normas del Art. 19 establecen que la regulación de las materias comprendidas en las garantías constitucionales debe efectuarse necesariamente mediante ley, y en cierto casos, incluso por ley de quórum calificado.

En apoyo de sus planteamientos cita jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, del Tribunal Constitucional y de esa H. Comisión Resolutiva.

Concluye que esta Comisión Preventiva Central, en su calidad de Organo Administrativo del Estado, carecería de atribuciones para establecer condiciones que afecten las garantías constitucionales, toda vez que el Decreto Ley N° 211, de 1973, no autoriza para regular los mercados, y menos que por esta vía se impidan o restrinjan el ejercicio de actividades económicas lícitas, o se limite el derecho de propiedad, materias que deberían ser objeto de una ley especial.

Que respecto de las materias comprendidas en las medidas acordadas por esta Comisión no existe disposición legal alguna que la habilite para regular el mercado en la forma en que lo ha hecho, razón por la cual esta Comisión se habría excedido en sus atribuciones, al fijar las condiciones de competencia que deberían aplicarse en los frentes de atraque que se licitarán.

5.2. En el párrafo IV de su escrito, la recurrente se extiende en largas consideraciones, que denomina fundamentos técnicos, mediante las cuales pretende impugnar los criterios y fundamentos económicos que sirven de base a las resoluciones de esta Comisión.

5.3. En el párrafo V, a su vez, la Cámara se pronuncia sobre las atribuciones que la ley otorga a esa H. Comisión Resolutiva, concluyendo que en definitiva, corresponde a esa H. Comisión, y a la Excma. Corte Suprema, en su caso, resolver acerca de las medidas acordadas por esta Comisión Preventiva Central.

6.- La empresa SAAM, por su parte, ha solicitado que se deje sin efecto dicho dictamen, mediante la presentación de escritos separados, por los cuales ha formulado reclamación en contra del Dictamen fundado en el derecho que le otorga el Art. 9 incisos 1 y 2 del Decreto Ley N° 211, de 1973, y en escrito posterior, ha interpuesto reposición en

contra de este dictamen, y en subsidio, ha deducido el recurso jerárquico para ante esa H. Comisión Resolutiva, a que se refiere el Art. 9 de la Ley N° 18.575, respectivamente.

En el escrito de reclamación la recurrente plantea reparos de inconstitucionalidad e ilegalidad análogos a los invocados por la Cámara y formula, además, diversas observaciones de carácter económico relacionadas con el transporte marítimo y la actividad portuaria.

En el escrito de reposición y subsidiariamente, en el recurso jerárquico, esa empresa reitera y profundiza las alegaciones sobre una supuesta inconstitucionalidad e ilegalidad de las medidas acordadas por esta Comisión, citando jurisprudencia judicial sobre las garantías constitucionales, jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, y aludiendo, además, a la opinión de algunos profesores y tratadistas vinculados a estos temas.

7.- En relación con los antecedentes expuestos, esta Comisión, mediante el presente dictamen, se pronuncia sobre los recursos de reposición y jerárquico planteados por SAAM, y simultáneamente, informa a esa H. Comisión sobre los recursos de reclamación formulado por esta misma empresa y por la Cámara, en atención a que las peticiones que formulan son idénticas y sus fundamentos similares.

7.1.- En primer término, esta Comisión debe dejar constancia, desde ya, y en forma previa, que estima inadmisibile el procedimiento seguido por SAAM, de formular reclamación, y luego por cuerda separada, pedir la reposición del dictamen, y en forma subsidiaria, recurrir por vía jerárquica ante esa H. Comisión Resolutiva, ante la cual ya había interpuesto reclamación fundada en las mismas consideraciones.

Los recursos deben interponerse siguiendo un determinado orden procesal, por lo que deben deducirse en un mismo escrito, unos en subsidio de los otros, cuando ello proceda, y no mediante una duplicidad de escritos formulados ante una misma instancia, invocando idénticas peticiones fundadas en iguales consideraciones.

La circunstancia de que la fuente legal de los referidos recursos sea distinta, y que el Art. 9 de la Ley 18.575 no fije plazo para la reposición, ello no altera lo antes expuesto, si se tiene presente que, de acuerdo con la legislación procesal común, de general aplicación, los recursos de apelación o reclamación deben interponerse siempre en subsidio de la reposición, cuando ella proceda, y en un mismo escrito.

En otro orden de consideraciones, esta Comisión debe dejar constancia que, en la especie, resulta cuestionable la procedencia de los recursos de reposición y jerárquico interpuesto por SAAM, a que se refiere el Art. 9 de la Ley 18.575, en contra del citado dictamen de esta Comisión Preventiva Central, en consideración a que el Art. 9 del Decreto Ley N° 211, de 1973 contempla un recurso especial para reclamar de esas decisiones, ante la H. Comisión Resolutiva.

En efecto, así lo ha resuelto tanto la jurisprudencia judicial como la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, que se transcribe a continuación.

Jurisprudencia judicial.

Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción de 22 de Abril de 1991. recurso de protección, caratulados "Comercial Multimarket Ltda. con Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, VIII Región. Rol N° 17.065-91.

“Esta última disposición (Art. 9º Ley 18.575) al establecer como norma general para la administración del Estado que contra los actos administrativos se podrá siempre interponer el recurso de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo, no ha hecho más que consagrar un resguardo mínimo para garantizar que las personas no queden desprotegidas frente a las resoluciones de la autoridad que pudieren afectarlas, especialmente cuando en las leyes aplicables al caso concreto no se contemplen medios de impugnación de dichos actos. Si por el contrario en dichas leyes se contemplan medios de impugnación, deberá estarse a lo establecido en ellas, especialmente en cuanto a las resoluciones susceptibles de ser impugnadas y a las formalidades y plazos para hacer valer aquéllos”.

“Frente a un acto administrativo que pudiera afectar a una persona, ésta podrá defenderse ejerciendo los medios de impugnación que expresamente se prevean para el caso en particular, y sólo en el evento que no existieren otros medios de impugnación, conforme al artículo 9º de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, la persona podrá interponer directamente en contra de la autoridad administrativa, el recurso de reposición o jerárquico consagrados para la Administración del Estado”.

Jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 38.894 del 2 de Noviembre de 1988.

“Esta Contraloría General debe manifestar que, a su juicio, el análisis del precepto transcrito permite aseverar que el recurso de reposición que contempla el citado artículo 9º, constituye un resguardo mínimo que ha establecido la ley N° 18.575, para garantizar que las personas no queden desprotegidas frente a las resoluciones de la autoridad que pudieran afectarlas”.

“Conforme a lo expuesto, y teniendo en cuenta que el recurso de reposición del artículo 9º de la ley N° 18.575 persigue otorgar una protección mínima a las personas afectadas por un acto administrativo, no puede sino concluirse que dicho recurso no tiene cabida en los sumarios administrativos, desde el momento que, como se ha analizado, en esta clase de procesos se encuentran debidamente resguardados los derechos de los inculcados”.

Dictamen N° 15.730, del 22 de junio de 1993.

“El recurso de reposición impetrado en los casos en análisis, que se fundamenta en el artículo 9º de la Ley 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, no constituye un derecho diverso del recurso de reconsideración que se encuentra establecido en el artículo 136 del Código de Aguas, y que, según el tenor de esta norma debe deducirse dentro del plazo de 30 días contados desde la notificación respectiva. Ahora bien, como esta norma presente carácter especial frente a la primera, y además reglamenta la materia completamente, resulta necesario entender que sus disposiciones deben ser aplicadas preferentemente”.

De acuerdo con la jurisprudencia antes citada, los recursos de reposición y jerárquico interpuestos por SAAM son inadmisibles respecto de las decisiones de esta Comisión, en razón de que el Art. 9 del Decreto Ley N° 211, de 1973, prevé un recurso especial de aplicación preferente y excluyente.

7.2. Sin perjuicio de lo señalado, esta Comisión se referirá simultáneamente a los recursos de reclamación, teniendo presente para ello que las alegaciones de los reclamantes son comunes y que pueden agruparse en dos órdenes de materias: A) objeciones de inconstitucionalidad e ilegalidad de las medidas propuestas por esta Comisión y B) impugnaciones que se basan en las consideraciones técnicas y económicas que fundamentan dichas proposiciones.

7.2.1. Los Arts. 14 y 23 de la ley 19.542 contienen un mandato especial para la Comisión Preventiva Central, que consiste en informar sobre las condiciones de competencia que deben regir las licitaciones de los frentes de atraque a que convocarán las empresas portuarias.

Se trata de una atribución que es privativa y discrecional de esta Comisión, que la ley no restringe ni limita, y cuyo ejercicio debe efectuarse en el marco de las facultades generales de carácter preventivo que el Decreto Ley N° 211, de 1973 confiere a esta Comisión.

El Decreto Ley N° 211, de 1973, constituye un cuerpo legal de rango constitucional, que tiene el carácter de ley orgánica constitucional o de quorum calificado, según los casos, como lo establece expresamente la disposición quinta transitoria de la Constitución Política.

Ninguna de las normas de este texto legal ha sido declarada inconstitucional por Tribunal competente, constituyendo un ordenamiento jurídico especial que prevalece sobre cualesquiera otro en materias de competencia, y otorga a esta Comisión Preventiva Central, al igual que a esa H. Comisión Resolutiva, amplias facultades reguladoras de la actividad económica, como se desprende de los Arts. 5, 8, letra c) y 17, letra b) de ese cuerpo legal.

El Art. 5, inciso 2°, dispone que mantienen su plena vigencia las disposiciones legales y reglamentarias que confieren a las autoridades y Organos del Estado atribuciones relacionadas con el ejercicio de las actividades económicas.

El Art. 8 letra c) faculta a esta Comisión Preventiva Central para proponer los medios y medidas que tengan por objeto prevenir y asegurar la libre competencia en las actividades económicas y evitar abusos de posición monopólica y dominante.

El Art. 17 letra b) confiere a esa H. Comisión Resolutiva la atribución de dictar instrucciones de carácter general a las cuales deben ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieren afectar la libre competencia en las actividades económicas.

Por otra parte, los considerandos del propio Decreto Ley N° 211, de 1973, que en su origen fundamentaron su dictación, señalan expresamente que la finalidad de esta legislación, entre otras, es evitar la concentración del poder monopólico, es decir, impedir la integración vertical y horizontal de los mercados.

De lo expuesto se infiere que las medidas de protección de la competencia acordados por esta Comisión tienen un fundamento constitucional y legal suficiente, por cuanto han sido dictadas en virtud del ejercicio de las facultades reguladoras y de amparo de la competencia en los actividades económicas que le confieren explícitamente las citadas disposiciones legales, emanadas de un ordenamiento jurídico que, como se ha dicho, es de naturaleza constitucional.

Independientemente de lo expuesto, esta Comisión debe señalar que ninguna de las medidas propuestas en el dictamen, que tienen un carácter vinculante para las empresas portuarias, prohíben o impiden de manera absoluta a las recurrentes para ejercer una actividad económica lícita, ya que sólo restringen y condicionan, en determinadas circunstancias, su participación en las actividades portuarias, con el loable propósito de proteger precisamente la competencia entre todos los agentes económicos de este mercado y no sólo el derecho de algunos que pretenden ocupar posiciones de dominio gravitantes en la actividad portuaria.

En otro orden de consideraciones, cabe consignar que el Art. 19, N° 21 de la Constitución dispone que en el ejercicio de las actividades económicas lícitas deben respetarse las normas legales que las regulen, entre las cuales se encuentra precisamente la normativa aprobada por el Decreto Ley N° 211, de 1973, en cuya virtud, y habilitada por disposición del texto expreso de la ley, esta Comisión ha procedido a señalar las condiciones de competencia que deben regir en este mercado.

Por ello, las medidas aprobadas por esta Comisión no afectan para nada en su esencia los derechos invocados por los recurrentes, ni impiden su ejercicio, ya que sólo se han limitado a establecer ciertas regulaciones mínimas que esta Comisión ha estimado necesarias para resguardar el orden público económico relacionado con la competencia en las actividades portuarias.

De esta manera se ha dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 19 N° 26 de la Constitución Política, pues se ha regulado el ejercicio de tales actividades sin afectar los derechos de las personas en su esencia ni impedir su ejercicio.

No obstante lo expuesto, esta Comisión considera que no corresponde ventilar ante los Organismos de Defensa de la Competencia las cuestiones de inconstitucionales y de ilegalidad que alegan los reclamantes, toda vez que si estiman menoscabado sus derechos y garantías constitucionales por las decisiones de estos Organismos, bien pueden recurrir de protección ante el Tribunal competente, conforme lo dispone el Art. 20 de la Constitución Política y la Ley 18.971, sobre amparo económico.

Que, por estas consideraciones, es de opinión esta Comisión que al emitir el dictamen en cuestión ha actuado válidamente dentro de su competencia legal y con estricta sujeción a la Constitución y a la ley.

7.2.2. En cuanto a las impugnaciones que los recurrentes hacen a los criterios técnicos y económicos que fundamentan las medidas adoptadas por esta Comisión, cabe expresar lo siguiente:

Como se ha dicho, la Comisión Preventiva Central tiene una competencia amplia y general en virtud del Decreto Ley N° 211, de 1973, para velar por la mantención del juego de la libre competencia y no se cometan abusos de una situación monopólica. La Ley N° 19.542, le otorgó, adicionalmente, una competencia especial y exclusiva para pronunciarse sobre las condiciones que garanticen los fines de libre competencia y transparencia en la futura monooperación de los puertos estatales.

Aunque no hubiere existido esa norma expresa, conforme al ordenamiento legal general contenido en el citado cuerpo legal y a la abundante jurisprudencia de los organismos antimonopolios, las licitaciones de los puertos estatales también habrían debido ser objeto de consulta a la Comisión Preventiva Central.

En efecto, los terminales que se licitarán bajo el esquema monooperador serán manejados por un número reducido de competidores. Y siempre que se han practicado licitaciones en tales condiciones, los propios licitantes han consultado acerca de las precauciones orientadas a evitar que se consoliden posiciones monopólicas o de dominio de mercados. Ese es el sentido del Decreto Ley N° 211, de 1973 y de la atribución especial que entrega a la Comisión Preventiva Central los Arts. 14 y 23 de la Ley N° 19.542, sobre modernización de los puertos estatales.

Un esquema de operación monooperador exige que el puerto sea considerado como una empresa, a diferencia del sistema de multioperador en que pueden intervenir diversas empresas.

Ello aumenta los riesgos de monopolio en dos sentidos: ante todo, que la limitada competencia entre puertos se haga imposible, si los terminales competidores de una misma región están bajo control común; además, en la medida que existe una competencia restringida (en la región central, por ejemplo, Valparaíso y especialmente San Antonio tienen ventajas naturales evidentes), se debe evitar el riesgo de que los usuarios relevantes de esos terminales pretendan obtener ventajas competitivas, mediante el control de esos puertos, en los otros negocios (navieros, de exportación o importación), en que están involucrados.

Al respecto se debe insistir en que el sistema portuario chileno presenta serias restricciones para la competencia, que lo transforman en una especie de oligopolio natural. En ello influyen la escasez de bahías naturales; las restricciones a la expansión de las áreas portuarias de apoyo; y, los escasos incentivos para el establecimiento de nuevos puertos en razón de las enormes inversiones requeridas, en ausencia de sitios naturales, y del aumento de capacidad que generarían los incrementos de eficiencia una vez establecido el esquema de monooperador.

En razón de lo anterior, resulta imprescindible el establecimiento de un conjunto de reglas aplicables a los concesionarios, a fin de que la provisión de servicios portuarios se realice de conformidad con los principios de una recta competencia.

Por eso, no se puede sino concluir que la exigencia de la Ley N° 19.542, en orden a que la licitación bajo un esquema monooperador se realice según los términos que establezca la Comisión Preventiva, busca cautelar que este proceso de licitación reduzca los riesgos de monopolización o de abusos de posiciones dominantes y contribuya a dar verdadera transparencia al mercado portuario y a los negocios conexos.

Es indispensable establecer reglas prudentes para cautelar la existencia de un mercado de servicios portuarios transparente y competitivo, donde los terminales monooperadores compitan entre sí, evitando, además, que se transformen en un instrumento para obtener ventajas competitivas en otros negocios.

Sin perjuicio de que resulten necesarias normas precisas sobre algunas materias (tarifas, normas de calidad, transparencias y acceso y publicidad de información, por ejemplo), no es posible establecer un código de conducta exhaustivo que evite discriminaciones, porque ello sería incompatible con la necesaria flexibilidad del concesionario.

Por otra parte, es de tal complejidad la operación portuaria, que la discriminación y las ventajas competitivas se pueden materializar por medio de una infinidad de actuaciones, que no se pueden reglamentar ex ante y que resulta en extremo difícil fiscalizar.

En definitiva, el conjunto de reglas sobre tarifas, servicios, no discriminación, información y propiedad (horizontal y vertical) resguarda que cada terminal estatal sea manejado eficiente e imparcialmente, como un negocio en sí mismo, y que no se produzcan efectos adversos a la competencia en los negocios marítimos y de exportación o de importación, donde está comprometido un interés económico para el país muy superior al de los puertos.

Las reglas de integración horizontal tienden a impedir que quien influye decisivamente en la administración de un puerto privado o de una concesión portuaria, participe con más de un 15% en la propiedad de una sociedad concesionaria en la misma región.

Con esta regla la participación de una empresa en distintas concesiones de una misma región, y en puertos privados, se limita, pero no se excluye.

No obstante las reglas sobre integración horizontal, el número de operadores independientes en cada región va a ser limitado, por lo que la competencia también se vería afectada si cada uno de los puertos es controlado por sus usuarios relevantes.

Por tales razones, también se establecieron reglas que limitan razonablemente la integración vertical, disponiéndose que el conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de un 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% en las utilidades de la sociedad concesionaria.

De no haberse tomado esta prevención, pueden generarse incentivos de discriminación, porque las empresas que participan de manera relevante en el transporte marítimo (ya sea como dueños de carga, como navieros o como prestadores de servicios conexos) y que, a su vez, controlen un puerto, estarían naturalmente inclinadas a favorecer su negocio natural, o a competir deslealmente con los demás usuarios del respectivo puerto.

Además, resulta evidente que esta regla protege los intereses de largo plazo de las propias empresas participantes en el transporte marítimo, porque persigue evitar que cualquiera de los terminales licitados sea tributario de sólo algunos usuarios en perjuicio o desventaja de los otros.

Así, las reglas de integración vertical contenidas en el Dictamen N° 1045, de 1998, persiguen contrarrestar los riesgos de discriminación, sin excluir per se la participación en el negocio portuario de empresas relevantes en el transporte marítimo.

En consecuencia, el ordenamiento contenido en el aludido Dictamen está estructurado para garantizar un acceso igualitario a los servicios portuarios que tienen una alta incidencia en la eficiencia del negocio marítimo. Así, el proceso de licitación de puertos no sólo generará incentivos, sino también otorgará garantías a todos los actores del comercio marítimo.

Asimismo, se ha estimado prudente establecer una regla que posibilita a los concesionarios para solicitar la modificación de estos resguardos una vez transcurridos cinco años de celebrado el respectivo contrato, posibilitándose un seguimiento de posibles cambios en la configuración del mercado portuario.

En efecto, las reglas sobre integración vertical y horizontal son especialmente importantes durante el período inmediatamente siguiente a las licitaciones, ya que en este período debe procurarse con mayor intensidad que los puertos compitan entre sí en igualdad de condiciones y que sean concebidos y operados como negocios independientes de otros negocios vinculados al comercio exterior.

Por eso, esta regla resulta razonable, puesto que si las condiciones de competencia en el mercado así lo aconsejan y previo informe de la Comisión Preventiva Central, se puede revisar el ordenamiento aprobado luego de que el funcionamiento del sistema de monooperador en San Vicente, San Antonio y Valparaíso haya mostrado sus efectos.

8.- Finalmente, debemos reiterar ante esa H. Comisión Resolutiva que los Arts. 14 y 23 de la Ley N° 19.542, confieren un mandato especial y exclusivo a esta Comisión Preventiva Central, para informar a las empresas portuarias acerca de las condiciones de competencia que deben incluirse en las bases de las licitaciones de los frentes de atraque.

El pronunciamiento de esta Comisión, formulado a petición de las empresas portuarias, tiene un carácter administrativo y preventivo, y ha sido emitido sin forma de juicio, y por ello sin contienda entre partes, como corresponde a las actuaciones de un Organismo Administrativo del Estado.

Dicho pronunciamiento no se ha referido a actos o conductas propiamente tales ejecutadas por los agentes económicos que participan en las actividades portuarias, sino que el informe versa muy en especial, sobre las evaluaciones técnico-económicas del mercado portuario, que sirven de fundamento a las medidas de prevención de los riesgos anticompetitivos que, en opinión de esta Comisión, pueden presentarse en estas actividades

Que, a pesar de que la ley otorga a esta Comisión la atribución directa y exclusiva de informar sobre las materias contenidas en el dictamen, este Organismo estimó necesario recabar antecedentes e información a algunas Entidades que participan activamente en la actividad portuaria, como es el caso de la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G., la Asociación de Exportadores de Chile A.G., y la Dirección General del Territorio Marítimo, sin perjuicio de los antecedentes aportados directamente por la Asociación Nacional de Agentes de Naves de Chile A.G. (Asonave).

Estas Asociaciones tuvieron todas las garantías y oportunidades para expresar su parecer, tanto por escrito, como en las audiencias convocadas al efecto por esta Comisión, como fue el caso de la Cámara y de Asonave, así como para acompañar los antecedentes que estimaron pertinentes a sus planteamientos.

La empresa SAAM, sin embargo, que hasta la fecha de interposición de sus recursos, actuó en el hecho representada por la Cámara, no intervino en las etapas previas al dictamen, salvo para pedir un plazo de 10 días para reunir antecedentes, lo que requirió encontrándose acordado el dictamen de la Comisión, restando sólo su suscripción por los miembros de la Comisión. Lo cierto es que esta empresa sólo vino a participar por sí misma, con posterioridad a la dictación del dictamen, afirmando tener un interés particular que la habría motivado a interponer separadamente, los recursos de reclamación, y luego de reposición y jerárquico, pero formulando en todos ellos idénticas peticiones que la Cámara e invocando sus mismos fundamentos.

Tal proceder, desde un punto de vista procesal, podría merecer reparos en cuanto a la procedencia y admisibilidad de esos recursos.

9.- Por las consideraciones antes expuestas, y disposiciones legales citadas, esta Comisión declara lo siguiente:

9.1. No ha lugar al recurso de reposición interpuesto por la empresa SAAM S.A., en contra del Dictamen N° 1045, de 21 de agosto de 1998, de esta Comisión Preventiva Central

9.2. Téngase el presente dictamen, para los efectos a que se refiere el Art. 9 inciso 2° del Decreto Ley N° 211, de 1973, como informe suficiente de los recursos de reclamación interpuestos por la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. y por la empresa SAAM S.A., y del recurso jerárquico que, en subsidio de la reposición, plantea esta última empresa, para el caso de que esa H. Comisión lo estimara admisible, según corresponda.

9.3. Remítase este dictamen a la H. Comisión Resolutiva y elévense los antecedentes Rol N° 102-98 a esta H. Comisión.

Notifíquese a SAAM S.A. el presente dictamen, por cuanto éste resuelve el recurso de reposición interpuesto por dicha empresa, y al Sr. Fiscal Nacional Económico.

Rol N° 102-98.

El presente dictamen fue acordado en sesión de 28 de Agosto de 1998, de esta Comisión Preventiva Central, por la unanimidad de sus miembros presentes señora Sylvia Riesco Nervi, Presidenta Subrogante, señora Lucía Pardo Vásquez y señor Pablo Serra Banfi.

Lucía Pardo V.

Sylvia Riesco Nervi

P/S

PA
PAOLA HERRERA FUENZALIDA
Secretaria - Abogado
Comisión Preventiva Central