

CPC N° 1234 /

ANT.: Denuncia de la Sociedad Contractual Minera El Toqui S.A., en contra de la Empresa Portuaria de Chacabuco.

Rol N° 314-00 F.N.E.

MAT.: Dictamen de la Comisión.

SANTIAGO

06 ENE 2003

1.- La Sociedad Contractual Minera El Toqui S.A., en adelante El Toqui, presentó ante la Fiscalía Nacional Económica, una denuncia en contra de la Empresa Portuaria de Chacabuco, en adelante EMPORCHA, indicando que la denunciada, de manera arbitraria, habría procedido a elevar sus tarifas, atentando, en su calidad de monopolio, en contra de la libre competencia.

2.- El Toqui es una empresa minera que se dedica a la extracción de zinc y otros minerales, los que son exportados a través del puerto que administra la denunciada. A contar del 1 de septiembre de 2000 se aplicó por la denunciada, gradualmente, un reajuste de las tarifas correspondientes al uso de muelle a la nave y al uso de muelle a la carga, tanto general como a granel, situación que le fue representada por la denunciante, sin obtener reconsideración alguna en el monto del reajuste.

3.- La denunciante califica el alza como un acto arbitrario y sin fundamento, en atención a que el incremento en las tarifas sería de entre un 60% y un 165%, y que no tendría como contrapartida un aumento en la calidad del servicio. Indica que la denunciada detenta una posición dominante en la provisión de servicios portuarios, al no existir alternativa alguna para exportar el mineral que su empresa produce. Respecto de la posición dominante de EMPORCHA, señala que es un hecho público y notorio que por la naturaleza de su negocio, y principalmente por su ubicación geográfica, cuenta con una posición dominante en la provisión de servicios portuarios. Al no existir un mecanismo formal, técnico o independiente para la fijación de tarifas, como ocurre en otros casos de situación monopólica, el único freno a los abusos que está cometiendo EMPORCHA serían los organismos antimonopolio, entre los que se encuentra la Fiscalía Nacional Económica.

4.- Según la denunciante, la idea detrás de la desconcentración de la propiedad de los puertos de la ex-EMPORCHI en diez nuevas empresas, una de las cuales es EMPORCHA, es su modernización y el mejoramiento de la gestión, al verse éstas enfrentadas, en igualdad de condiciones, a puertos privados, lo que no se estaría cumpliendo con la denunciada alza de tarifas. Adicionalmente, en el mensaje de la Ley N°19.542 se postuló la concreción de una tarifa transparente y no discriminatoria. La denunciada, sin embargo, habría realizado una exorbitante alza de tarifas, sin fundarse en hecho alguno que justifique un cambio de esta naturaleza, lo que no sería más que una expresión del abuso que una empresa en situación dominante es capaz de ejercer.

5.- En consecuencia, señala que EMPORCHA habría infringido el artículo 6°, inciso primero, del Decreto Ley N° 211 y la Fiscalía Nacional Económica sería competente para conocer de la presente denuncia, aún cuando existe una ley especial que regula el funcionamiento de la denunciada, por lo que solicita la investigación de los hechos denunciados y el correspondiente requerimiento a los órganos pertinentes.

6.- EMPORCHA, informando, como cuestión previa, señala que, con fecha 7 de julio de 2000, El Toqui formuló una denuncia del mismo tenor que la presente ante la H. Comisión Resolutiva, dando origen a la causa Rol N°610-2000, sobre la que a su vez recayó la Resolución N°580, de 12 de julio del mismo año, que señala que *"No ha lugar a avocarse al conocimiento de la materia, por no existir fundamentos suficientes para dar inicio a una investigación de oficio"*. De lo anterior se sigue, según la denunciada, que si la más alta instancia administrativa antimonopolios (sic), la H. Comisión Resolutiva, hubiere notado alguna infracción de ley en la presentación hecha ante ella por la denunciante de autos, habría hecho uso de la facultad que le da el artículo 17 del Decreto Ley N° 211, solicitando la modificación de los acuerdos del directorio de EMPORCHA, que dieron origen a los actos denunciados. Por lo tanto, no existiría justificación para revivir la presentación original, sin aportar ningún nuevo antecedente ante la Fiscalía Nacional Económica. En su opinión, una Resolución de la H. Comisión Resolutiva sería un pronunciamiento vinculante ante lo que considera una instancia jurídica inferior, como lo sería la Fiscalía Nacional Económica.

7.- En subsidio, informa que EMPORCHA se constituyó, en virtud de la Ley N° 19.542, en una de las diez empresas sucesoras de la ex EMPORCHI, y su giro es la administración y explotación (servicios para atraque de naves, carga y descarga de éstas), desarrollo (atención a los requerimientos portuarios de la región) y conservación (mantención de las obras de infraestructura en operatividad) de las instalaciones portuarias del Puerto de Chacabuco, acciones todas éstas, que deben verse reflejadas en los precios que cobra por sus servicios. Los principales ingresos de la empresa son, justamente, estos precios, que en el negocio portuario reciben el nombre de tarifas, siendo las principales las de muellaje a la nave y muellaje a la carga.

8.- Tras la creación de la empresa, indica, dejaron de existir los subsidios cruzados con los que se financiaba cuando pertenecía a EMPORCHI, por lo que al obtener plena autonomía fue necesario fijar nuevas tarifas que permitieran una justa retribución, por parte de clientes y usuarios, al uso de la infraestructura e instalaciones del puerto. Dada la existencia de estos subsidios, las tarifas vigentes con anterioridad no representaban el recupero de los costos asociados a la prestación de sus servicios. De esta manera, la transformación del sector portuario estatal que determinó la Ley N° 19.542 hizo patente la diferencia entre los ingresos del Puerto de Chacabuco y sus costos de administración y explotación. Hoy, la empresa tiene tarifas que se acercan al costo real de la prestación de sus servicios. Señala además, que las empresas portuarias estatales no tienen exenciones de impuestos u otros gravámenes fiscales, ni tienen tratamiento tributario o crediticio especial, como lo señala el artículo 20 de la Ley N° 19.542, cosas que si sucedían respecto de la ex EMPORCHI. El sistema tarifario actual de la empresa es racional, en la medida que establece cobros de manera asociada a los servicios que proporciona efectivamente, aunque aún se encuentra bajo los niveles tarifarios que correspondería aplicar si se quisiese rentabilizar la inversión de manera comparable con cualquier empresa privada.

9.- El directorio de EMPORCHA, continúa a denunciada, está obligado a administrar correctamente los activos de ésta y es responsable ante el Estado de Chile por ello. En este sentido, expresa, los criterios que informaron la

determinación de los nuevos niveles tarifarios fueron que las nuevas tarifas deben cubrir todos los costos asociados a la prestación de los servicios, que se debía mejorar el resultado de la empresa de manera de obtener una mínima rentabilidad positiva sobre los activos fijos, que las nuevas tarifas debían estar en niveles similares a las del resto del mercado nacional, y que el impacto que generaría el alza sobre los costos de transporte de los principales clientes debía ser razonable.

10.- Finaliza argumentando que no hay abuso de posición dominante por su parte, aun sin desconocer que no hay sustitutos para sus servicios en la zona, pese a lo cual ha optado por fijar tarifas que le permitirán rentar alrededor de un 3% de sus activos, y que son inferiores al promedio tarifario de la industria portuaria estatal de nuestro país. Hace presente, respecto de este último punto, que otras industrias que tienen tarifas reguladas por la autoridad admiten una rentabilidad garantizada superior a la de la denunciada, por lo que si sus tarifas fueran reguladas seguramente serían superiores a las actuales, lo que constituye un claro indicio de que en el presente caso no hay abuso alguno de posición dominante. Indica, también, que el ajuste tarifario está sustentado en criterios racionales, encuadrados dentro de marcos de racionalidad económica usuales en la industria portuaria. Además, es un ajuste sistémico, no adoptado en perjuicio de ningún agente económico, basado en criterios técnicos y no discriminatorio.

11.- Consultado sobre el particular, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones señaló, en síntesis, que ese Ministerio tuvo activa participación en el estudio tarifario que efectuó la empresa denunciada. Los activos considerados para el estudio tarifario son los estrictamente necesarios para satisfacer la demanda de servicios portuarios en el Puerto de Chacabuco. En definitiva, expresa que la elasticidad de la demanda no se habría aplicado como un criterio para definir las tarifas del puerto, por lo que éstas no serían discriminatorias. Además, la nueva estructura tarifaria de la empresa denunciada aplicaría correctamente los criterios de eficiencia, rentabilidad y calidad, como lo ha instruido ese Ministerio.

12.- De acuerdo a lo informado por la Fiscalía nacional Económica, el Puerto de Chacabuco, situado en la XI Región y operado por EMPORCHA, dada su ubicación geográfica y el volumen de inversiones requeridas para instalar, eventualmente, otro terminal portuario es el único relevante al que pueden acceder naves de gran calado en toda la Región señalada. En consecuencia, y respecto de aquellas cargas de exportación e importación que no pueden realizarse mediante transporte aéreo o terrestre, sea en razón de su volumen o de la distancia de otro puerto equivalente, EMPORCHA tiene una posición dominante o eventualmente monopólica. En particular, esta situación afecta a la exportación de mineral de zinc que realiza la empresa minera El Toqui a través del Puerto de Chacabuco, la cual, dada la distancia de otros terminales portuarios equivalentes y su elevado peso y volumen, sólo pueden ser enviados en barcos de carga hacia sus lugares de destino.

13.- En un mercado caracterizado por la posición dominante de una firma (monopólica, en este caso respecto de lo denunciado), que puede ejercer su poder de mercado mediante el cobro de precios (tarifas) por sobre las de mercado, dada la incapacidad de los demandantes para sustituir el producto o servicio generado por la firma dominante, le permite a éste apropiarse de una parte significativa del excedente que el usuario o consumidor obtendría bajo condiciones competitivas. En efecto, en competencia perfecta las firmas solo podrán cobrar un precio equivalente a sus costos marginales de largo plazo, los que incluyen el costo de la reposición de las inversiones adicionales requeridas para aumentar la capacidad o la eficiencia de la producción generada. La incapacidad de reemplazar el servicio por parte de los consumidores es manifiesta

en este caso como se explicó en el acápite anterior. Un monopolio no está obligado ni será inducido a mejorar su eficiencia puesto que no hay amenazas estratégicas suficientes para mejorar su desempeño; con esto podrá mantener e incluso incrementar sus costos unitarios transfiriendo dichas ineficiencias a sus usuarios o clientes.

14.- Dada la escasez de buenos puertos naturales en la costa chilena – continúa el informe- y la baja población y el relativamente pequeño nivel de actividad económica de la Undécima Región, es muy difícil la instalación de nuevas facilidades portuarias, por los elevados costos de construir molos de abrigo y el resto de la infraestructura en un contexto de demanda restringida. Sin embargo, actividades como la exportación de minerales, la pesca industrial, el transporte masivo de pasajeros y la importación y cabotaje de carga de alto volumen, hace necesaria la existencia de instalaciones portuarias como la del Puerto de Chacabuco. Esto plantea un dilema en términos de asegurar la existencia y operación de la infraestructura portuaria requerida para el normal funcionamiento de los negocios (eficacia) y la necesidad de que dicha operación no se haga a costa de una transferencia injustificada de excedentes de otros agentes económicos y/o del deterioro de la calidad y oportunidad de los servicios prestados (eficiencia). EMPORCHA, en consecuencia, debe asegurar el abastecimiento de los servicios que le son requeridos al menor costo (precio) posible, lo cual la obliga a prestar atención tanto a los precios cobrados como a sus costos de inversión y operación. En este sentido, la creación de las empresas portuarias que sucedieron a EMPORCHI, buscaba flexibilizar la administración y la generación de oportunidades de inversión para permitir un funcionamiento con el más alto grado de eficiencia posible, esto es inducir un proceso de operación que significara asignar y aplicar tarifas, según un modelo de empresa eficiente.

15.- La Ley Nº 19.542 que creó las 10 nuevas empresas sucesoras de la ex empresa portuaria de Chile (EMPORCHI), fue concebida para “preservar y fortalecer” los niveles de productividad, eficiencia y competitividad alcanzado en la operación portuaria” y sus directorios están obligados a gestionar la marcha de las empresas indicadas de modo tal que ellas sean rentables tanto desde el punto de vista operacional como desde el punto de vista del valor de sus activos. Esta rentabilidad exigida debe ser formalmente equivalente a la de una empresa privada operando en condiciones competitivas. Tal como en otros casos que han sido objeto de presentación a los organismos antimonopolios y de estudio por parte de la Fiscalía Nacional Económica, lo que cabe preguntarse si existen fundamentos razonables de carácter económico para haber llevado a cabo la adecuación de tarifas denunciada. Es decir, si EMPORCHA al adecuar sus tarifas ha abusado o no del poder que le concede su condición de monopolio.

16.- Si bien existe el estudio general realizado por INECON, en 1994, para el conjunto de los puertos derivados de EMPORCHI, no se conoció, según lo informado por la Fiscalía, el estudio específico para el Puerto de Chacabuco, realizado con dicha metodología, puesto que EMPORCHA entregó su propio análisis de estudio tarifario en el cual sostiene que “se desechan, definitivamente los resultados del modelo” que había sido propuesto por INECON, en tanto sus resultados no les parecieron adecuados para maximizar los ingresos, puesto que la tarifa de muellaje a la nave de 4.7 us\$/meh, les pareció excesiva al mismo tiempo que la tarifa de muellaje a la carga (transferencia) resultaba negativa con un valor de -4.1 us\$/ton, mostrando una situación inversa respecto de los puertos del resto del país en los cuales la restricción principal consiste en que el recurso escaso de los puertos son los sitios de atraque, en tanto que en el Puerto de Chacabuco no existe congestión durante el año lo cual es un índice que revela una situación de exceso de capacidad instalada permanente, situación que refuerza según la propia consideración de la EMPORCHA de que “no se

requieren inversiones en el próximo quinquenio'. Ningún agente económico que muestre un comportamiento eficiente, en términos competitivos, puede pretender obtener rentabilidad alguna sobre un activo que es redundante, en el sentido que EMPORCHA está operando de modo casi permanente por debajo de su capacidad potencial de producción y quiere obtener una rentabilidad positiva. Esta situación, sólo es posible en condiciones de monopolio.

17.- En su esfuerzo por generar rentabilidad sobre activos el directorio de EMPORCHA decide entonces aplicar un reajuste de tarifas en el cual es evidente la aplicación de su poder de mercado: lo cual se manifiesta en reajustar menos las tarifas de muellaje a la nave (76%) evitando la eventual "huida" de las naves a recalcar, es decir la tarifa se aplica reconociendo la mayor sensibilidad de las demandantes ante una elevación de los precios. Al mismo tiempo, se elevan proporcionalmente más (122%) las tarifas de muellaje a la carga, con lo cual se incrementa el precio de la actividad más inelástica a los precios; es decir, una vez que la nave ha recalado ya está capturada y se le cobra un precio más alto por que no puede evitar la permanencia en el puerto. Se trata evidentemente de una discriminación según la elasticidad de la demanda (esto es considerando la dependencia de los usuarios respecto de los servicios) y no en función de elementos asociados a la eficiencia en la operación (tales como descuentos por volumen).

18.- Debe consignarse también que EMPORCHA en ningún momento mostró que haya realizado algún tipo de esfuerzo para asegurarse una mejora en la eficiencia operacional de su actividad como tampoco se mencionan medidas de racionalización administrativa. EMPORCHA se limita a constatar sus costos efectivos y asigna mecánicamente un alza de tarifas destinadas a asegurar una rentabilidad sobre activos y gastos que deberán soportar los usuarios con independencia de la eficiencia de las decisiones sobre activos y gastos de la empresa Portuaria de Chacabuco.

19.- De acuerdo al informe de la Fiscalía Nacional Económica, la denunciada es un monopolio, pero uno natural e inevitable, pues es la forma menos costosa para organizar esa industria. Esta situación se presenta cuando para una empresa es más barato, proveer de una mayor cantidad de productos o servicios, que para varias empresas, no porque sea más eficiente en el sentido de que sus costos se encuentren por debajo de los costos de las otras empresas, sino porque en ese mercado, una sola empresa puede proveer toda la producción demandada a un costo menor. Esta situación ocurre cuando los costos fijos son muy grandes en relación con la demanda, cosa que en general ocurre en el negocio portuario, pues las inversiones que se necesitan para construir un puerto son altísimas.

20.- La Ley N° 19.542, en su artículo 8°, encomienda al directorio de cada una de las empresas creadas "La fijación de tarifas por los servicios que presten y por el uso de bienes que exploten directamente", las que, según su artículo 21, serán públicas y no deberán contener discriminaciones arbitrarias. Por su parte, el artículo 31 de la citada ley dice que "Corresponderá al directorio la administración y representación de la empresa con las más amplias y absolutas facultades (...) entre otras: (...) 4. Preservar y fortalecer los niveles de productividad, eficiencia y competitividad alcanzados en la operación portuaria. (...) Al directorio le estará prohibido: (...) 2. Realizar o incurrir en actos contrarios a esta ley o a los intereses de la empresa (...) 5. Ejecutar o celebrar actos a título gratuito a favor de terceros (...)."

Como puede deducirse de las normas transcritas, EMPORCHA, y en especial su directorio, están obligados a guiar la marcha de la empresa de manera que esta sea una empresa rentable, lo que desde un punto de vista teórico incluye la necesidad de cobrar tarifas acordes con los costos operacionales de la empresa y

con otras variables relevantes, tales como el valor de sus activos. Dado que la calidad de monopólica de la denunciada no es un hecho discutido en autos, la cuestión es si existen fundamentos razonables para haber llevado a cabo la adecuación de tarifas denunciada, o, lo que es lo mismo, si la denunciada, al adecuar sus tarifas, ha abusado o no del poder que le confiere su condición de monopolio.

21.- En opinión del Fiscal Nacional Económico, la denunciada ha actuado abusando su poder monopólico, y por lo tanto ha infringido las normas sobre libre competencia por las siguientes razones:

- a) La pérdida de una serie de subsidios cruzados que habrían existido entre los puertos administrados por la ex EMPORCHI, lo que se reflejaría en que las tarifas que se cobraban en el Puerto de Chacabuco antes de la creación de EMPORCHA no representaban ni aún mínimamente los costos asociados a la prestación de servicios ni tampoco, la hipótesis de una rentabilidad sobre activos, según lo que ha señalado la denunciada, no puede presumirse, menos aún tratándose de un monopolio natural. Su existencia debe acreditarse y ello no ocurrió durante la investigación.
- b) La alegación que hace la denunciada, en orden a referir que obtiene actualmente una rentabilidad de 3% sobre sus activos, si bien es real, se refiere a los costos en que efectivamente incurre la empresa. Como es sabido, cuando se determinan las tarifas que debe cobrar un monopolio natural, esta determinación se hace sobre la base de los costos en que incurriría una empresa eficiente y no de los costos en que incurre actualmente una empresa que se encuentra en la antedicha situación. Las tarifas de un monopolio natural deben ser calculadas con independencia de los costos en que incurra ese monopolio. Por lo tanto, la afirmación de la denunciada, en el sentido de que actualmente estaría operando incluso bajo los márgenes impuestos por la autoridad a otros monopolios naturales, no se considera suficiente por la Fiscalía Nacional Económica en orden a descartar que esté usando su poder de mercado en la fijación de sus nuevas tarifas.
- c) El análisis del "Estudio Tarifario", acompañado por EMPORCHA, implica, en el caso de la fijación de tarifas de la Unidad de Negocios N° 1 (definida en el mencionado estudio), el uso de la sensibilidad esperada de los distintos usuarios frente al alza de tarifas, dando como resultado una suerte de estructura tarifaria discriminatoria, como se observa a fojas 519 a 521 del cuaderno de documentos reservados. En el caso de la Unidad de Negocios N° 4 (también definida en el mencionado estudio), se aplica un reajuste de tarifas, no obstante que su rentabilidad ya era de un 5% sobre activos, con el objeto de compensar la menor rentabilidad que se obtendría en el resto de las unidades de negocio. La toma de estas decisiones por parte de la denunciada indica que en el proceso de fijación de tarifas, se tuvo en cuenta el poder de mercado que ostenta y la incapacidad de los agentes afectados por ésta de reaccionar ante tales decisiones.
- d) Relacionado con el punto anterior, la denunciada, explícitamente, modifica el "Modelo de desarrollo de un sistema de tarificación portuaria", realizado por la empresa consultora INECON para el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, como consta a fojas 519 del cuaderno de documentos reservados, por haber considerado

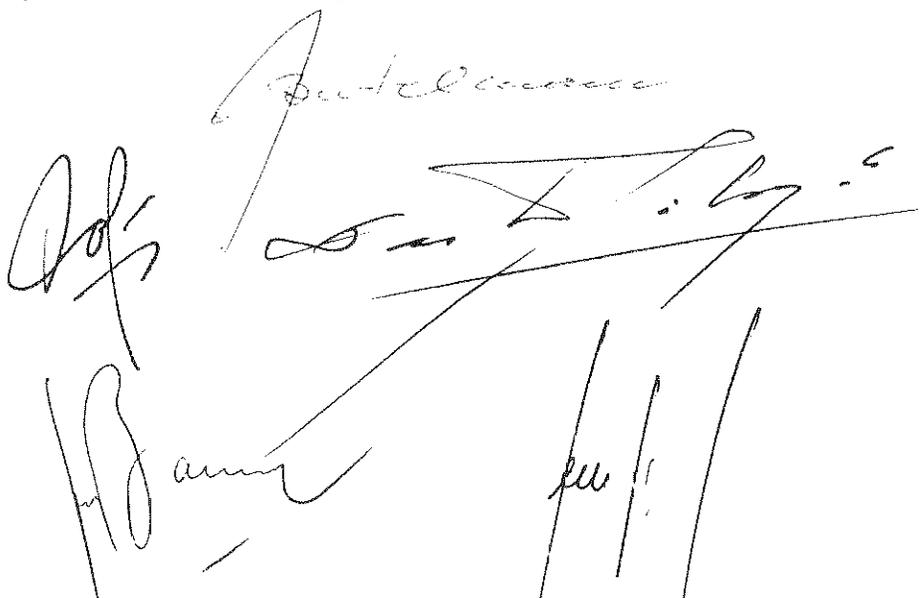
que no se ajustaba a su realidad. Si bien este último aserto puede ser verdadero, implica que el proceso a través del cual se establecieron las nuevas tarifas de la denunciada, carecen de respaldo objetivo y por lo tanto no excluyen el uso de su poder de mercado en el establecimiento de dichas tarifas.

22.- Esta Comisión, atendido los antecedentes que obran en autos, en particular el informe elaborado por la Fiscalía Nacional Económica, el que se comparte en cuanto a sus conclusiones, concuerda con la sugerencia que en él se vierte y, en consecuencia, no habiendo EMPORCHA establecido sus tarifas de manera objetiva, previene a esta empresa portuaria para que en el plazo de 30 días hábiles presente los estudios pertinentes para determinar una estructura tarifaria basado en un modelo de empresa eficiente.

En cuanto al alegato relacionado con lo resuelto por la H. Comisión Resolutiva, mediante resolución N° 580 de 12 de julio de 2000, por la cual estimó insuficientes los fundamentos para dar inicio a una investigación de oficio, al contrario de lo que sostiene la denunciada tal pronunciamiento no es vinculante pues, de conformidad al artículo 27 del decreto Ley N° 211, el Fiscal Nacional Económico posee la autonomía e independencia suficiente para, según su criterio, abrir una investigación cuando estime necesario comprobar si en un caso determinado ha podido producirse alguna infracción a las normas de Libre Competencia.

Notifíquese al Fiscal Nacional Económico, a la denunciante, a la denunciada y al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

El presente dictamen fue acordado en la sesión del día 20 de diciembre de dos mil dos, por la unanimidad de los miembros asistentes señora Andrea Butelmann Peisajoff, Presidenta, Claudio Juárez Muñoz, Juan Manuel Baraona Sainz y Carlos Castro Zoloaga.



FRANCISCO VARAS FERNANDEZ
Secretario - Abogado
Comisión Preventiva Central