

Santiago, veinticuatro de junio de dos mil cuatro.

VISTOS

1.- A fs. 59 del expediente Rol N° 204-02 de la Comisión Preventiva Central, la empresa Portuaria Andes San Antonio S.A., en adelante PASASA, solicita a dicha Comisión que se pronuncie en relación con una consulta vinculada al ejercicio de las facultades establecidas en la Ley N° 19.542, que establece normas sobre modernización del sector portuario estatal, por parte de empresas portuarias creadas por ley, y, en particular, en lo que dice relación con el dragado del Puerto de San Antonio y su incidencia respecto de las normas sobre libre competencia, según pasa a exponer.

Señala que en Chile existen diez Puertos Estatales y veintidós Puertos Privados, los primeros tienen dieciocho frentes de atraque y cincuenta y un sitios.

Agrega que, además de competir entre sí, los Puertos Estatales también compiten con los Puertos Privados para atraer carga. Igualmente, existe competencia al interior del Puerto, ya que los frentes de atraque constituyen unidades operacionales independientes que compiten entre sí por transferir carga.

Indica que, a la entrada en vigencia de la Ley 19.542, el Puerto de San Antonio estaba conformado, y hoy lo está también, por tres grandes sectores o terminales, que son los siguientes:

- 1) Sector Molo Sur: sitios 1, 2 y 3
- 2) Sector Espigón: sitios 4, 5, 6 y 7
- 3) Sector Norte: sitios 8 y 9

Añade que se procedió a licitar mediante el sistema monooperador el Sector Molo Sur, adjudicado a San Antonio Terminal Internacional, en adelante STI y el Sector Norte, sitio 8, adjudicado a Puerto Pánul.

Agrega que, por otro lado, el sector Espigón se mantiene no licitado y mediante el sistema multioperador, por empresas de estiba y desestiba como Ultramar Ltda., Portuaria Carranza S.A., Agunsa, Agencia Marítima San Antonio, Portuaria Andes San Antonio S.A., B y M Marítima Ltda, Enseporpa S.A., Somarco, etc.

Añade que, los terminales Molo Sur, Espigón y Norte colindan con el área marítima denominada poza grande, definida como área marítima común, es decir, está constituida por el espacio marítimo que permite el ingreso de naves al Puerto de San Antonio; y las maniobras de atraque a los diversos sitios de cada uno de los frentes de atraque. Y que el Molo Sur está dedicado especialmente a la transferencia de contenedores y en menor grado a la transferencia de carga general y granel. Que el sector Norte es utilizado para la transferencia de graneles líquidos y sólidos; y el Sector Espigón, es utilizado como terminal multipropósito para la transferencia de todo tipo de carga, acopio de contenedores y depósito de carga en general.

Señala que, por otro lado, la Ley 19.542 contempla dos sistemas para la explotación de un frente de atraque, esto es, el multioperador, sistema de operación portuaria donde las distintas empresas de muellaje pueden prestar sus servicios en un mismo frente de atraque, y que en el Puerto de San Antonio se aplica respecto del frente de atraque Espigón, que comprende los sitios 4, 5, 6 y 7, cuya administración está a cargo de la Empresa Portuaria San Antonio S.A., en adelante también EPSA; y el sistema monooperador en que la movilización de la carga en el frente de atraque es realizada por una única empresa de muellaje. Este sistema opera en el frente de atraque Molo Sur, sitios 1, 2 y 3 adjudicado a STI y en el frente de atraque Sector Norte Sitio 8, adjudicado a Puerto Panul.

Expone que se han producido dos conflictos que, a su juicio, afectan la libre competencia y que son:

a) Conflicto entre San Antonio Terminal Internacional S.A. o STI, adjudicatario del terminal monooperado Molo Sur y Empresa Portuaria San Antonio, administradora del Puerto, referidas a la siguientes situaciones: Cambios en la infraestructura del frente de atraque competidor; en el régimen de prioridades de las naves; y en el régimen de tarifas referidos al frente de atraque Espigón.

b) El Acuerdo de Directorio de Empresa Portuaria San Antonio, de 8 de abril de 2002, referido a la solicitud de dragado efectuada a ésta por STI, respecto del Molo Sur, sitios 1,2 y 3, bajo el sistema monopropietario; la solicitud de Puerto Panul, respecto del sitio 8, monopropietario, y de las empresas de estiba y desestiba Agunsa y Portuaria Andes San Antonio S.A., respecto de los sitios 4 y 5, bajo el esquema multipropietario.

En relación al primer conflicto señalado, esta materia está siendo conocida en juicio arbitral ante el Sr. Juez Arbitro don Sergio Urrejola.

En relación al segundo de los conflictos, señala que en la sesión de Directorio de Epsa, antes indicada, se desprende que, por la unanimidad de los miembros presentes del Directorio, respecto de las dos ofertas de dragado para los sitios 4 y 5 del Espigón, se acordó acoger la recomendación del Sistema de Empresa Públicas o SEP y que indica que, en lo sustantivo, mientras no se concluya el estudio por parte del SEP, no se lleve adelante el proceso de dragado, hasta que dicha materia sea analizada con detenimiento por el Honorable Consejo de este Comité y por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones.

Añade que, como consecuencia de la postergación del dragado de los sitios 4 y 5 del frente de atraque Espigón, los armadores y las empresas de estiba y desestiba quedan de hecho limitados en el ejercicio de su actividad económica para atender naves de mayor calado, lo que no sucederá con los otros dos terminales, que sí cuentan con la autorización para efectuar dicho dragado. Así, los armadores quedan forzados a atenderse en alguno de los dos frentes de atraque monopropietarios.

Señala que, en lo puntual, los armadores mayormente afectados con la determinación de no dragar los sitios 4 y 5, son los componentes del servicio AMPAC, y quienes quisieran operar sus naves en los sitios señalados. Esta línea naviera, AMPAC, representa aproximadamente el 50% del total de movimiento de contenedores en el Puerto de San Antonio y el 75% del frente de atraque Espigón, de manera tal que si esta naviera emigra del Puerto, habrá como resultado una baja ostensible de la estadística de movimiento de contenedores por este Puerto y en caso que se vea obligado a operar en

el terminal monoperado, tendrá un costo adicional aproximado superior a los US\$ 2.000.000 anuales.

Solicita se sirva emitir un informe sobre los hechos expuestos y declarar si la decisión de Epsa, indicada en la sesión de Directorio, se ajusta a la normativa legal vigente y se encuadra en las normas de la libre competencia.

2.- A fs. 76 del expediente de investigación, la Comisión Preventiva Central solicita informe a la Fiscalía Nacional Económica sobre la consulta.

3.- Con fecha 6 de junio de 2002 se presenta ante la Comisión Preventiva Central una denuncia, la que se ordenó acumular a la consulta anterior, también por Pasasa, por infracciones a la libre competencia, a fin de que se dejen sin efecto los actos o contratos que le afectan y se apliquen las sanciones correspondientes a la Empresa Portuaria San Antonio S.A., y solidariamente a sus directores, según los antecedentes que pasa a exponer:

Señala que en el Puerto de San Antonio se vulneran las normas de la libre competencia entre el terminal monoperado y multioperado, en lo que dice relación con el movimiento de carga general, dado que desde hace un tiempo, al interior del Puerto de San Antonio, entre los terminales Molo Sur y Espigón, se han producido hechos, actos o convenciones constitutivos de abusos de posición monopólica del terminal Molo Sur, monoperado, que afectan a los usuarios del terminal Espigón, multioperado.

Han ocurrido, señala, actos abusivos a la libre competencia en lo que dice relación con el dragado de los sitios 4 y 5, y también actos de presión por parte de un Organismo de Gobierno, el Sistema de Empresas Públicas y una empresa privada STI, mediante la injerencia de la primera en la administración y autonomía de Epsa, y la segunda, mediante un juicio arbitral y posterior transacción, impidiendo el dragado de los sitios 4 y 5 de, Espigón, así como en las facultades de Epsa en la administración e infraestructura del frente de atraque Espigón, régimen de prioridades de atraque de naves en dicho terminal y tarifas del mismo, conculcándose la libre competencia entre ambos terminales al interior del Puerto de San Antonio, traduciéndose sus efectos en la reorientación de la atención de naves de mayor calado de servicios regulares de transportes de contenedores hacia el terminal Molo Sur, u otros terminales de puertos de

la región, dejando fuera de mercado a los usuarios del Espigón, favoreciendo la posición dominante y monopólica del terminal Molo Sur, llegando inclusive a modificarse el proceso de licitación en virtud del cual se adjudicó dicho terminal.

Realiza a continuación una relación cronológica de los hechos que conculcarían la libre competencia y señala:

- a) En marzo de 2001 Portuaria Andes San Antonio S.A., que atiende a la línea AMPAC, con servicios regulares de transportes marítimos de contenedores, que opera en los sitios 4 y 5 de Espigón, con 11 naves y 52 recaladas anuales, es decir, una semanal, solicitó a EPSA el dragado para poder continuar atendiendo a las referidas naves, lo que posteriormente fue requerido por AMPAC al Puerto de San Antonio en marzo de 2002.
- b) Aproximadamente en agosto de 2001, STI, el terminal monoporado, interpuso ante el Juez Arbitro don Sergio Urrejola, demanda en contra de Epsa por supuesta competencia desleal respecto del terminal Espigón, que se hizo consistir en el espíritu del contrato de concesión y en una supuesta convención de socio estratégico que tendría Epsa, aduciendo al efecto que al presentarse a la licitación no habría considerado que Epsa sería su competidor respecto del terminal Espigón, en lo que dice relación con carga de contenedores, y que no realizaría inversiones ni gestiones que permitieran competir entre ambos terminales de contenedores.
- c) El 8 de abril de 2002, atendida la urgencia del dragado requerido, el Directorio del Puerto de San Antonio aceptó efectuarlo, a costa de los peticionarios, respecto de los tres terminales. Sin embargo, hizo suya la recomendación del SEP en el sentido de postergarlo indefinidamente, conforme al registro histórico de calado, por no constituir reparación o conservación, mientras no sea analizado por el Honorable Consejo del SEP.
- d) En mayo de 2002 el servicio AMPAC llamó a licitación para la atención de sus naves en el Puerto de San Antonio a la que postularon Portuaria Andes San Antonio S.A. y Agunsa S.A. y concurrieron con sus respectivas ofertas en base al Reglamento de Servicios y Política Portuaria existente en el Puerto de San Antonio, conociendo la limitación del dragado y en espera de lo que resolviera la

Comisión Preventiva Central y la Iltrna. Corte de Apelaciones de San Miguel al resolver un recurso de protección.

- e) El 30 de mayo de 2002 y en conocimiento EPSA de la existencia del recurso de protección, procedió a llegar a una transacción ante el Sr. Juez Arbitro, accediendo a todas las peticiones de STI, las que afectan la libre competencia entre ambos terminales, en particular el proceso de inversión en la estructura de Espigón, prioridades de atraque de naves y tarifas.

Solicita tener por interpuesta la denuncia por conductas que afectan las normas sobre libre competencia en el Puerto de San Antonio y, en definitiva, dejar sin efecto el acuerdo de Directorio N° 2, de 8 de abril de 2002, y transacción de 30 de mayo de 2002, aplicándose el máximo de las multas a Epsa y solidariamente a los Directores que han concurrido a dichos acuerdos.

4.- A fs. 9 vta. del expediente Rol N° 207-02, acumulado al Rol N° 204-02, la Comisión Preventiva Central solicitó informe al Fiscal Nacional Económico sobre la denuncia interpuesta.

5.- Con fecha 16 de septiembre de 2003, se hacen parte en la consulta de PASASA la Asociación Nacional de Agentes de Naves de Chile A.G., ASONAVE A.G.

6.- Con fecha 17 de octubre de 2003 se evacúa el informe de la Fiscalía Nacional Económica, el cual rola a fs. 237 del expediente rol 204-04 CPC, que señala lo siguiente:

- a) En relación al nuevo régimen de prioridades: cabe hacer presente que la materia de la consulta fue resuelta por un tribunal arbitral, mediante acta de conciliación y Portuaria Andes San Antonio pese haber tenido interés actual en los resultados de dicho proceso, no ejerció el derecho a intervenir como tercero.
- b) Que cabe hacer presente que, a diferencia del régimen de prioridades a que está sometida la generalidad de los multioperadores en el resto de los puertos del país, en virtud del cual se aplica el criterio de "orden de arribo", en el Puerto de San Antonio se ha mantenido la política de otorgar prioridad a las naves de contenedores en uno de los dos sitios multioperados, la cual, además de ser

coherente con la doble y no contradictoria obligación de Epsa de, por una parte, establecer normas no discriminatorias para las concesionarios monopropietarios y, por otra, competir con los mismos, representa una situación más favorable para los multioperadores del Espigón de ese Puerto, que la que afecta al resto del país.

- c) El nuevo orden de prioridades de atención de naves, en virtud de la cual se otorga la primera prioridad a naves de contenedores en uno de los sitios del Espigón, no ha constituido ni constituye impedimento para que Portuaria Andes San Antonio atienda adecuadamente a su clientela, específicamente su principal cliente AMPAC.
- d) Al aplicarse el nuevo orden de prioridades, 32 naves mantienen su condición de prioridad de atraque en el sitio 4, frente a otras naves, 1 la mejora y 6 naves reducen en un nivel su condición de prioridad, situación que, a juicio de la Fiscalía, no constituye “una disminución notable de las prioridades que se asignaban a la atención de naves con carga de contenedores en los sitios 4 y 5, lo que impediría a los multioperadores atender la demanda”, como señalaba la consultante, Pasasa.
- e) En suma, señala, que el nuevo régimen de prioridades, no ha representado una reducción significativa, o un impedimento de las posibilidades de atención de naves y de transferencia de volúmenes de carga de contenedores que permita inferir, por sí mismo, un atentado a la libre competencia en el Puerto de San Antonio.
- f) Sin embargo, señala, queda por discernir sobre las consecuencias que, para la libre competencia al interior del puerto, pudiere acarrear la aplicación de la cláusula N° 1 del capítulo 3° del acta de conciliación entre EPSA y STI. Según ésta “atraca una nave en cualquiera de los sitios 4 y 5, no podrá ser sacada hasta el término de la transferencia en ese sitio”. Esta cláusula impide que al arribo al Espigón de una nave de contenedores, mientras sus sitios se encuentren ocupados por naves de carga fraccionada, estas naves puedan moverse, para permitir el atraque de la que espera, lo cual podría dar lugar a que esta última opte por dirigirse a los sitios del terminal Molo Sur.

Añade que, desde luego, esta cláusula implica el establecimiento de una diferencia entre las posibilidades de movimiento de naves en el terminal Molo Sur y las posibilidades de movimiento de naves en el Espigón, puesto que el

concesionario de aquel puede sacar o mover una nave que se encuentra en los sitios 1, 2 o 3 de Molo Sur con la finalidad de permitir el ingreso de otra y, de este modo, optimizar su eficiencia conforme a la demanda, mientras que los operadores del Espigón no pueden hacerlo.

- g) Que sería conveniente recomendar se incorpore al Reglamento de Servicio de Epsa, una disposición en virtud de la cual, explícitamente, en situaciones de congestión en atención de naves en los sitios 4 y 5, EPSA esté facultada para adoptar, caso a caso, las medidas que sean necesarias con la finalidad de otorgar preferencia a las naves porta contenedores que esperan atracar, pudiendo alterar la programación previamente establecida, conforme a la demanda portuaria. Todo ello, con la finalidad de que, en tales situaciones de congestión, no se vea afectada la competencia entre el Espigón y el monooperador STI.
- h) En relación con el dragado en los sitios del sector multioperado: señala que respecto al acuerdo adoptado por el Directorio de Epsa, en virtud del cual se postergó una decisión relacionada con el dragado de los sitios 4 y 5 del Espigón, es necesario, en primer término, tener presente que, de acuerdo a lo que dispone el artículo 13 de la Ley 19.452, toda realización de inversiones en los frentes de atraque estatales debe ser contemplada previamente en el Calendario Referencial de Inversiones, definido como "el programa de inversiones en frentes de atraque, áreas conexas y bienes comunes que puedan ser ejecutados por particulares o la empresa, y que considerará un período mínimo de cinco años". Este calendario debe ser elaborado anualmente por la Empresa Portuaria San Antonio y permite proyectar las inversiones de los cinco años siguientes y, a la vez, como lo señala el mensaje de la precitada ley, dar transparencia a la gestión de estas empresas estatales, de manera de mantener informados a los inversionistas.
- i) Por otra parte, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 9º del Decreto Supremo Nº 102, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, el Directorio de Epsa ha fijado determinados períodos bimensuales, dentro de los cuales las empresas interesadas puedan presentar solicitudes de modificación del Calendario Referencial de Inversiones.
- j) A su vez, ha de tenerse presente que EPSA, en cuanto empresa de propiedad del Estado, debe cumplir con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, la cual establece que la incorporación de nuevos estudios básicos, programas y proyectos de inversión requiere, necesariamente, en forma

previa, la solicitud de identificación y de autorización de recursos del Ministerio de Hacienda y la evaluación favorable de Mideplan. Además, para realizar gastos de inversión real, es requisito indispensable que el proyecto cuente con la identificación previa, mediante Decreto Exento conjunto de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones, Hacienda y Economía, quienes deben solicitar al Sistema de Empresas Públicas, SEP, la correspondiente asesoría técnica; entidad que, en última instancia, debe evaluar el respectivo proyecto, con la finalidad de dar una opinión fundada al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, para que esta autoridad proceda a autorizar el respectivo proyecto, mediante la dictación del respectivo Decreto Supremo.

- k) Por su parte -- indica - el Decreto Supremo N° 943, del Ministerio de Hacienda, estableció en su artículo 2, N° 6, que el SEP efectuará el control de gestión, en actividades tales como la "evaluación económica de algunos proyectos realizados por las empresas, elegidos de acuerdo a la magnitud de los recursos involucrados y a su importancia estratégica".
- l) Ahora bien, examinados los Calendarios Referenciales elaborados por EPSA, en los años 2001 y 2002, que abarcan hasta el 2006, queda plenamente establecido que en ellos no fue contemplado un dragado de profundización de los sitios 4 y 5 del Espigón, que importare una ampliación, sino sólo un dragado de conservación de los mismos. Más aún, está establecido que la consultante no había solicitado incorporar proyectos de dragado con antelación a la elaboración de esos calendarios referenciales de inversiones, ni presentado solicitudes de modificación a los mismos, dentro de los períodos bimensuales a que se ha referido.
- m) En consecuencia, mal pudo haber cumplido Epsa los demás requisitos establecidos por la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, para obtener la autorización de aquellos inexistentes y no solicitados proyectos de dragado, ya que, a la fecha de la consulta, era imposible de acuerdo a las normas legales y reglamentarias vigentes.
- n) Que, además - señala - ha materializado en la incorporación al último Calendario Referencial de Inversiones, correspondiente al período 2003-2007, un proyecto de dragado de profundización de los sitios 4 y 5 del Espigón, con la finalidad de aumentar la capacidad de atención de naves en dichos sitios.

Teniendo presente lo anterior, la Fiscalía considera lo siguiente:

- a) Que esta materia debe relacionarse necesariamente con el mandato del artículo 23 de la Ley 19.542, el cual establece como requisito para la implementación de un esquema monoperador en un frente de atraque, la existencia de otro frente de atraque, bajo un esquema multioperador "capaz de atender la nave de diseño de aquel frente";
- b) Que una postergación permanente o indefinida del dragado de profundización de los sitios 4 y 5 del Espigón, puede llegar a generar una desigualdad respecto a la profundidad de los espacios marítimos y al calado de las naves que unos y otros sitios atienden, particularmente, en cuanto se refiere a la transferencia de contenedores, pudiendo afectar la competencia al interior del puerto, entre el frente de atraque monoperado y el Espigón;
- c) Que la materialización del proyecto de profundización, incorporado al último Calendario Referencial de Inversiones elaborado por el propio Directorio de Epsa, se ve favorecido por la circunstancia de que en el acto de conciliación del juicio arbitral entre Epsa y STI, se asegura que el valor económico de dichas inversiones deberá ser traspasado a las tarifas y aplicado a los beneficiarios directos de aquéllas, lo cual establece un criterio de igualdad que permite a Epsa ejercer sus facultades para proyectar y ejecutar obras de dragados en los terminales.

El informe de la Fiscalía Nacional Económica, arriba a las siguientes conclusiones:

- 1) En cuanto se refiere a las condiciones de competencia al interior del puerto de San Antonio, derivadas de la aplicación del acta de conciliación suscrita, en juicio arbitral, por Epsa y STI, no existen antecedentes que permitan determinar que el nuevo régimen de prioridades implique, por sí mismo, un atentado a la libre competencia en dicho puerto.

En relación con la aplicación de la cláusula de conciliación, según la cual "atracada una nave en cualquiera de los sitios 4 y 5, no podrá ser sacada hasta el término de la transferencia en ese sitio", a fin de garantizar la existencia de condiciones no discriminatorias entre los operadores del

puerto, sugiere recomendar a la Empresa Portuaria San Antonio en el sentido de la necesidad de incorporar a su Reglamento de Servicio una norma que establezca la facultad de la empresa, en casos de congestión en la atención de las naves en los sitios señalados, para adoptar medidas que, caso a caso, sean necesarias, con la finalidad de otorgar preferencia a las naves porta contenedores que esperan atracar en dichos sitios, pudiendo alterar la programación previamente establecida, conforme a la demanda portuaria.

- 2) Respecto del dragado de los sitios 4 y 5 del Espigón, se concluye que: a) la conducta de Empresa Portuaria San Antonio no es reprochable, toda vez que, en cuanto Empresa del Estado, ha ceñido su actuar a lo establecido en la leyes que la rigen, en particular, la Ley de Administración Financiera del Estado; b) a ello se agrega la circunstancia de haberse incorporado, al último Calendario Referencial de Inversiones el proyecto de dragado de los sitios 4 y 5 del Espigón para el período 2003-2007 y, actualmente, existen las condiciones para realizar dragados de profundización en los sitios de ese frente de atraque.

Sugiere a la Comisión Preventiva Central recomendar a Epsa acerca de la conveniencia de implementar la decisión de su Directorio de apoyar y fomentar proyectos de dragado de aquellos sitios, sometiendo el o los proyectos respectivos a la tramitación administrativa que establece la ley y, asegurando que los mismos contemplen una metodología que garantice el traspaso del valor económico de dichas inversiones a las tarifas, y su aplicación a los beneficiarios directos de las mismas.

7.- Con fecha 9 de septiembre de 2003, la Comisión Preventiva Central se pronuncia sobre las materias bajo su conocimiento, mediante Dictamen N° 1274, que, en síntesis, señala, que atendida la relación de los hechos, los aportes de la investigación de la Fiscalía y teniendo presente sus conclusiones y sugerencias, las conductas cuestionadas por la consultante no son contrarias a la libre competencia.

Señala la resolución que si bien esas conductas, consideradas aisladamente, podrían suponer que la posición competitiva de los operadores del terminal Espigón se ve desmedrada respecto del monooperador del Molo Sur, ello no significa que, desde una perspectiva más amplia de competencia en el Puerto de San Antonio, que incluye el proceso competitivo mediante el cual se otorgó la concesión del Molo Sur, dichas conductas puedan ser reprochables. En particular, la información disponible muestra que la eficiencia global del puerto, considerando Molo Sur y Espigón, no ha sido perjudicada por las conductas cuestionadas por la consultante. Asimismo, de los antecedentes del proceso se desprende que las decisiones adoptadas por Epsa fueron motivadas por los compromisos adquiridos con STI a través del contrato de concesión, lo que, desde una perspectiva de la competencia, resulta atendible para esa Comisión, toda vez que esas decisiones tienen como efecto afianzar la continuidad de las inversiones y la operación del concesionario, con el consiguiente aporte a la eficiencia global del puerto.

Con todo, respecto al tema específico de las prioridades para el atraque de naves, considera pertinente prevenir a Epsa para que, con el objeto de dar cabal cumplimiento al nuevo régimen de prioridades establecido en la conciliación, flexibilice la cláusula, según la cual "atracada una nave en cualquiera de los sitios 4 y 5, no podrá ser sacada hasta el término de la transferencia en ese sitio", de modo que permita un uso más eficiente de dichos sitios en casos de congestión.

Con relación al dragado de los sitios 4 y 5 del Espigón, estima que el traspaso del valor económico de dichas inversiones a las tarifas cobradas a los beneficiarios directos de las mismas, es una solución apropiada al problema planteado por la consultante.

Por último, concluye que los conflictos como el suscitado en esta causa, así aquéllos que formaron parte de los antecedentes en la investigación que dio origen al Dictamen N° 1045, sobre el Puerto de Talcahuano, podrían evitarse en la medida que los contratos de concesión de infraestructura portuaria establezcan con mayor claridad las eventuales restricciones que afectarán a los operadores que compitan con el concesionario.

8.- A fs. 13 del presente expediente, rola el recurso de reclamación que interpusiera Portuaria Andes San Antonio S.A. en contra del Dictamen antes señalado, solicitando

que, en definitiva, esta Comisión Resolutiva se sirva modificar, precisar y ampliar el Dictamen, de manera que las prevenciones recomendadas a Epsa sobre prioridades para el atraque de naves y dragado de los sitios 4 y 5 de Espigón, produzcan efectos, en el siguiente sentido:

- a) En relación con las prioridades para el atraque de naves: que se precise la prevención del N° 15 del dictamen en los mismos términos recomendados por el Sr. Fiscal y señala al efecto que el dictamen es vago sobre el particular y no da certeza jurídica sobre la materia motivo de la consulta, ya que usa la expresión flexibilizar.
- b) Que se amplíe el Dictamen en el sentido de que se recomiende a Epsa restablecer primera prioridad a los sitios 4 y 5 de Espigón para la atención de naves de diseño de servicios regulares de línea porta contenedores, modificando al efecto el artículo 37 del Reglamento de Servicios de Espigón. Funda esta petición en que de los antecedentes de la investigación y del razonamiento del Sr. Fiscal, se reconoce que, en lo específico, la posición competitiva de los operadores del terminal Espigón se ve desmedrada respecto del monoperador del Molo Sur, sólo descartándolo por haber sido mirada en este caso desde una perspectiva más amplia. Que las conductas reprochadas a Epsa, en sí, constituyen ayuda estatal indirecta, que en doctrina, es una de las fuentes típicas de los monopolios y que en la especie favoreció la posición dominante del Molo Sur en el mercado de los servicios portuarios.
- c) En relación con el dragado: Precisar lo indicado en el N° 16 en forma clara, ya que sólo hace referencia en forma inconexa con el valor económico que dichas inversiones implica, pero nada dice sobre su materialización y oportunidad, y estima que debe recogerse la opinión de la Fiscalía al respecto.
- d) Declarar que las conductas consultadas y denunciadas realizadas por Epsa son constitutivas de infracción al artículo 2, letra f), del Decreto Ley N° 211, en cuanto restringe y entorpece la libre competencia que debe existir al interior del Puerto de San Antonio. Funda esta petición en que el Dictamen es vago e impreciso y no resuelve el asunto controvertido.

Solicita que, en definitiva, se proceda a modificar, ampliar y precisar el Dictamen de la manera indicada, declarando que en la situación específica existen conductas que

atentan contra la libre competencia por abuso de posición dominante, o lo que esta Comisión estime, con costas.

9.- A fs. 19, esta Comisión se avoca al conocimiento del asunto y confiere traslado a las partes por el término legal.

10.- A fs. 28, Empresa Portuaria San Antonio evacúa el traslado e indica, en síntesis:

- a) La Empresa Portuaria no ha descartado el dragado de profundización de los sitios 4 y 5 del Espigón, sino que acordó “apoyar y fomentar el dragado de los sitios y de la poza del puerto” y que, existiendo una petición concreta del Sistema de Empresas Públicas hacia la empresa portuaria, en cuanto a no llevar adelante el proyecto de dragado en los sitios 4 y 5 del Espigón, mientras no se concluyera por parte de éste el estudio destinado a dimensionar el real alcance que ese proyecto pueda tener en el modelo portuario nacional, el directorio de Epsa decidió acoger dicha petición.
- b) La Empresa Portuaria ha cumplido fielmente su objeto realizando los dragados que son necesarios para mantener la capacidad normal de los sitios del Espigón. En este punto, Portuaria Andes emplea el mismo concepto de “dragado” para dos operaciones que son completamente diversas. Por una parte, existe el dragado de conservación, que es aquél que debe realizarse periódicamente para mantener la profundidad normal de los sitios, que va disminuyendo por la sedimentación de material en los fondos marinos, dragado que la Empresa Portuaria realiza periódicamente y que realizó durante el 2001. Por el otro, existe el dragado de profundización que implica derechamente profundizar el fondo marino a fin de incrementar la capacidad de los sitios con el fin de poder atender naves de mayor calado.
- c) La Empresa Portuaria no ha discriminado en favor de los concesionarios de los frentes de atraque en materia de dragado, ya que las obras que han sido aceptadas son facultad de cada uno de los concesionarios, como STI y Puerto Panul, sin que Epsa haya tenido injerencia en esta materia.
- d) La Empresa Portuaria no atenta en contra de la libre competencia al no ejecutar, por ahora, obras de dragado que aumenten la capacidad de los sitios del Espigón, es decir, no ha discriminado arbitrariamente en contra de las empresas que operan

bajo el sistema de multioperadores y a favor de los monooperadores, toda vez que Epsa no ha modificado los calados que ha tenido históricamente el Espigón.

- e) La actual capacidad de los sitios del Espigón no ha impedido que Portuaria Andes atienda a las naves del servicio AMPAC en el mismo Espigón.

Solicita tener por evacuado el traslado y, en definitiva, resolver que la empresa Portuaria San Antonio no ha cometido infracción alguna a las normas de la libre competencia previstas en el Decreto Ley N° 211.

11.- A fs. 149, Portuaria Andes San Antonio evacúa el traslado y, en síntesis, señala que el reclamo no se funda en que no se haya acogido lo reclamado, sino que en la falta de precisión del dictamen respecto del régimen de prioridades señaladas en la prevención N° 15 del mismo, por lo vago y carente de certeza jurídica; lo que contrasta con lo razonado y recomendado por el Sr. Fiscal, en que sí se resuelve con claridad y precisión la consulta planteada.

Solicita que se precise en la resolución que se dicte al efecto, el considerando N° 15 y el N° 16, en los términos recomendados por el Sr. Fiscal, y se declare que los actos consultados y denunciados son constitutivos de amenaza, restricción y entorpecimiento de las operaciones de PASASA, como empresa de muellaje en el Espigón, en la atención a sus clientes, servicios regulares de línea de naves de diseño porta contenedores, conforme a la demanda existente, favoreciéndose con sus acciones la posición dominante del terminal Molo Sur y que se condene en costas a EPSA.

12.- A fs. 189, se hace parte en esta causa San Antonio Terminal Internacional S.A. e indica que es innecesario e improcedente precisar la prevención N° 15 del Dictamen impugnado y lo es, dado que la cláusula que el Dictamen proponía flexibilizar, fue incorporada al Reglamento de Servicios de EPSA en términos suficientemente dúctiles para que no se vea afectada la Programación de Atraque de naves ni las disposiciones del mismo Reglamento.

Añade que es improcedente la ampliación del Dictamen en orden a restablecer primera prioridad en los sitio 4 y 5 del Espigón, por cuanto ello dejaría sin efecto la disposición que fija la prioridades en los sitios señalados, legítimamente acordada por Epsa, en uso

de las facultades que la ley le entrega y, finalmente, estima inútil e innecesario precisar la prevención del N° 16 contenida en el Dictamen sobre el dragado de los sitio 4 y 5, a partir del momento que tal inversión ya forma parte del Calendario Referencial de Inversiones de Epsa.

Solicita rechazar el recurso de reclamación interpuesto.

13.- Con fecha 21 de abril de 2004, tuvo lugar la vista de la causa, alegando los abogados de las partes y quedando los autos en estado de fallo.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que, se ha ocurrido por Portuaria Andes San Antonio S.A., o Pasasa, ante esta Comisión, a fin de que se emita un pronunciamiento sobre el recurso de reclamación interpuesto por ella en contra del Dictamen N° 1274, de 9 de diciembre de 2003, de la Comisión Preventiva Central. El recurso solicita modificar, precisar y ampliar el dictamen, con el objeto, según señala, de que las prevenciones dirigidas a la Empresa Portuaria San Antonio S.A., o Epsa, sobre el régimen de prioridades para el atraque de naves y el dragado de los sitios 4 y 5 del sector Espigón de dicho puerto, produzcan efectos y no sean meras declaraciones;

SEGUNDO: Que, en primer lugar, respecto del régimen de prioridades, solicita la recurrente se precise la prevención contenida en el numeral 15 del indicado dictamen, en los términos recomendados por la Fiscalía Nacional Económica, aludiendo al informe remitido por oficio N° 1003, de 17 de octubre de 2003, que corre a fs. 237 del expediente de investigación Rol N° 204-02 CPC, y que fuera solicitado por la Comisión Preventiva Central.

Adicionalmente, solicita que se amplíe el Dictamen a fin de que se recomiende a Epsa restablecer primera prioridad a los sitios 4 y 5 del Espigón para la atención de naves de diseño de servicios regulares de línea porta contenedores;

TERCERO: Que, Pasasa señala como fundamento de su impugnación que el Dictamen sería vago y que no daría certeza jurídica sobre la materia, ya que utiliza el término

"flexibilizar" al referirse al actual Reglamento de Servicios, solicitando derechamente que se ordene a Empresa Portuaria San Antonio S.A. que lo modifique;

CUARTO: Que, esta materia fue ampliamente analizada por la Fiscalía Nacional Económica en su informe y la Comisión Preventiva Central expresó que "considera pertinente prevenir a EPSA para que, con el objeto de dar cabal cumplimiento al nuevo régimen de prioridades establecido en la conciliación, flexibilice la cláusula, según la cual, *"atracada una nave en cualquiera de los sitios 4 y 5, no podrá ser sacada hasta el término de la transferencia en ese sitio"*, de modo que permita un uso más eficiente de dichos sitios en caso de congestión.";

QUINTO: Que, cabe considerar que tanto en su presentación de fojas 189 como en la audiencia fijada al efecto para oír los alegatos de las partes, STI, concesionaria y operadora del Molo Sur, dio cuenta de las actuales reglas que rigen el régimen de prioridades, interesando a este punto en discusión, la norma del Artículo 37 del Reglamento de Servicios de Epsa, que establece:

"Finalizado el tiempo de permanencia programado en la nave, ya sea para naves de atraque normal o condicionado, ésta deberá abandonar el sitio dentro del plazo programado. Sin perjuicio de lo anterior, la empresa, a solicitud de la Agencia de Naves, podrá permitir la extensión de la permanencia programada, siempre que con ello no se afecte el programa de atraque de otras naves. Una nave podrá hacer uso parcial del sitio contiguo cuando este se encuentre desocupado. Atracada una nave en cualquiera de los sitios 4 o 5 no podrá ser sacada hasta el término de la transferencia de su carga en ese sitio. Tales circunstancias requieren que su permanencia no afecte la programación de atraque de naves ni las disposiciones de este Reglamento.";

SEXTO: Que, analizada la reglamentación anterior, con el fin de resguardar de una mejor forma la competencia al interior del puerto y velar por un trato no discriminatorio a los usuarios de los distintos terminales, resulta procedente acoger la recomendación de la Fiscalía en esta materia;

SEPTIMO: Que, en segundo término, en lo que atañe al dragado del puerto, la recurrente también pide precisar el dictamen, por cuanto, según expone, la resolución

solamente hace una referencia en forma inconexa al valor económico que dichas inversiones implican, pero que nada dice acerca de su materialización y oportunidad. En esta parte, Pasasa también solicita que se acojan las recomendaciones de la Fiscalía sobre la materia, las que señalan:

“Respecto del dragado de los sitios 4 y 5 del Espigón, se concluye que: a) la conducta de la Empresa Portuaria San Antonio no es reprochable, toda vez que, en cuanto empresa del Estado, ha ceñido su actuar a lo establecido por las leyes que la rigen, en particular la Ley de Administración Financiera del Estado; b) a ello se agrega la circunstancia de haberse incorporado, al último Calendario Referencial de Inversiones, el proyecto de dragado de los sitios 4 y 5 del Espigón, para el período 2003-2007; y c) actualmente, existen las condiciones para realizar dragados de profundización en los sitios de ese frente de atraque.

En consideración a ello, se sugiere a esa H. Comisión (Preventiva Central) recomendar a EPSA acerca de la conveniencia de implementar la decisión de su Directorio de apoyar y fomentar proyectos de dragado de aquellos sitios, sometiendo el o los proyectos respectivos a la tramitación administrativa que establece la ley, y asegurando que los mismos contemplen una metodología que garantice el traspaso del valor económico de dichas inversiones a las tarifas, y su aplicación a los beneficiarios directos de las mismas.”

OCTAVO: Que, en esta parte, se dará lugar a lo solicitado, acogiendo la recomendación de la Fiscalía, antes transcrita;

NOVENO: Que, no se dará lugar a las restantes peticiones de la recurrente, por improcedentes, tanto desde el punto de vista de los hechos que se han comprobado en estos autos, como desde la perspectiva de las disposiciones del Decreto Ley N° 211, sin que se hayan acreditado conductas de parte de Empresa Portuaria San Antonio S.A. que pudieran entenderse restrictivas de la competencia;

Y, visto, además, lo dispuesto en el artículo 3 y demás normas pertinentes del Decreto Ley N° 211, y disposición transitoria séptima de la Ley N° 19.911, se **resuelve:**

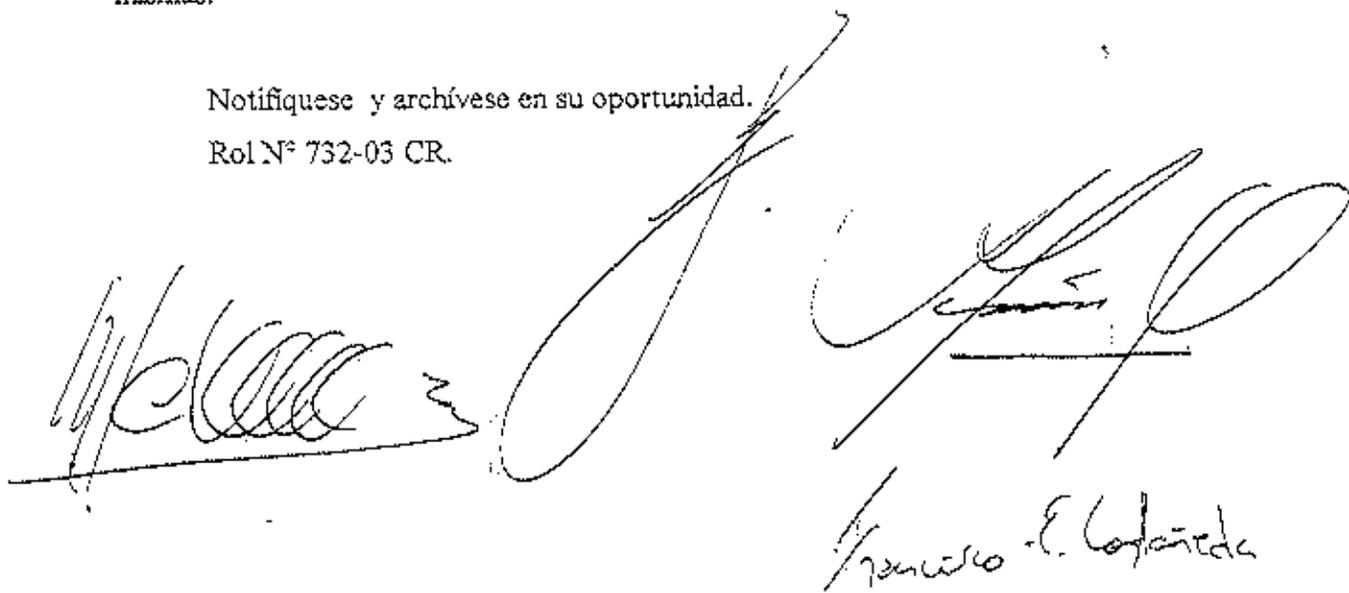
Acoger el recurso de reclamación interpuesto por Portuaria Andes San Antonio S.A., a fs. 13, en contra del Dictamen N° 1274, de 9 de diciembre de 2003, de la Comisión Preventiva Central, sólo en cuanto se dispone:

Primero: Que se elimina el numeral N° 15 del dictamen impugnado, y en su lugar se declara que se recomienda a Empresa Portuaria San Antonio S.A. incorporar a su Reglamento de Servicio una norma que establezca la facultad de la empresa, en casos de congestión en la atención de naves en los sitios 4 y 5, para adoptar las medidas que, caso a caso, sean necesarias, con la finalidad de otorgar preferencia a las naves porta contenedores que esperan atracar en dichos sitios, pudiendo alterar la programación previamente establecida, conforme a la demanda portuaria; y,

Segundo: Que se elimina el numeral 16 del dictamen reclamado, y en su lugar se declara, que se recomienda a Empresa Portuaria San Antonio S.A. acerca de la conveniencia de implementar la decisión de su Directorio de apoyar y fomentar proyectos de dragado de los sitios 4 y 5 del Espigón, sometiendo el o los proyectos respectivos a la tramitación administrativa que establece la ley, y asegurando que los mismos contemplen una metodología que garantice el traspaso del valor económico de dichas inversiones a las tarifas, y su aplicación a los beneficiarios directos de las mismas.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol N° 732-03 CR.



Francisco E. Lafontada

Pronunciada por don Adalis Oyarzún Miranda, Ministro de la Excma. Corte Suprema, don Alejandro Ferreiro Yazigi, Superintendente de Valores y Seguros, don Miguel

Schweitzer Walters, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
y don Francisco Castañeda González, subrogado al Decano de la Facultad de Ciencias
Económicas y Administrativas de la Universidad Andrés Bello, miembros de la
Comisión Resolutiva a la época del acuerdo.

