

Santiago, treinta de enero de dos mil trece.

Vistos:

En estos autos Rol N° 4470-2012 Naviera Valdivia Limitada, Comercial Selva E.I.R.L. y Ricardo da Bove Fierro denunciaron al Fisco de Chile, por actos del Ministerio de Obras Públicas y del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y a la Sociedad Marítima y Comercial SOMARCO Limitada por atentados a la libre competencia con motivo de la licitación del Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos, en relación con la conexión Niebla-Corral. Específicamente las conductas imputadas fueron la existencia de un monopolio de privilegio, integración vertical artificial en el mercado relevante, constitución de un subsidio indirecto al operador dominante en perjuicio de los otros y abuso de posición dominante y prácticas desleales por parte del concesionario integrado, lo que en concepto de los denunciantes constituye una infracción a los artículos 3 y 4 del Decreto Ley N° 211.

Por sentencia N° 121 de 10 de mayo del año 2012 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia decidió, en lo pertinente, acoger la demanda deducida a fojas 171 y declarar **(i)** que los demandados infringieron el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 en los términos indicados en la consideración quincuagésimo quinta de dicha sentencia, esto es, por haber el Fisco diseñado la Licitación en cuestión y

concedido al concesionario resultante facultades que posibilitaron e incentivaron el cobro de una tarifa exclusoria de competidores y por ende contraria a la libre competencia; y por haber SOMARCO cobrado una tarifa que produce los efectos descritos, pudiendo libremente haber establecido una que no excluyera o tendiese a excluir a sus competidores; y, (ii) que la tarifa por recalada de naves en la infraestructura portuaria de Niebla y Corral fijada por Sociedad Marítima y Comercial SOMARCO Ltda. produce efectos exclusorios de competidores en el mercado de transporte marítimo-fluvial entre tales localidades, en contravención a las normas de defensa de la libre competencia.

Conforme a ello se ordenó a la Sociedad Marítima y Comercial SOMARCO Ltda. fijar una tarifa por recalada de naves en la infraestructura portuaria de Niebla y Corral que no produzca efectos exclusorios de competidores en el mercado de transporte marítimo-fluvial entre dichas localidades; para lo cual, en este caso, dicha tarifa deberá estar justificada en los costos de mantención y operación de la infraestructura portuaria, en consonancia con lo razonado en la consideración cuadragésimo quinta de la sentencia.

A su vez se ordenó al Fisco de Chile que, por intermedio de los Ministerios correspondientes, después del vencimiento del Contrato de "Servicio Integral para el

Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos", y para el evento de optar por la realización de una nueva licitación, escogiera alguna de las dos siguientes alternativas, en lo relativo a la conexión entre Niebla y Corral: (a) licitar separadamente o adjudicar a personas diferentes y no relacionadas entre sí o con uno o más usuarios de la infraestructura portuaria, los servicios portuarios esenciales y los servicios de transporte relevantes; o bien, (b) en el evento de optarse por un esquema de integración vertical entre ambos servicios, imponer al concesionario el deber de ajustar la tarifa por recalada de naves al valor que resulte de dividir el valor actualizado y anualizado de los costos y las inversiones totales en que deba incurrir y realizar el concesionario para la mantención, conservación y explotación de las obras portuarias construidas y por construir por el Ministerio de Obras Públicas para el atraque de embarcaciones en las rampas de Niebla y Corral, por el número total anual esperado de recaladas en el período considerado, entre todos los usuarios, incluyendo al adjudicatario de la licitación, y reduciendo del monto total de los costos e inversiones el monto de los subsidios que se concedan para financiar tales costos e inversiones, debiendo las Bases y el Contrato respectivo especificar tal monto o establecer los elementos que sirvan para su determinación.

Finalmente la sentencia condenó al Fisco de Chile a pagar las costas de los demandantes.

A fojas 2047 el Fisco de Chile dedujo reclamación en contra de la sentencia antes aludida y solicitó su enmienda, particularmente en la parte que ordenó a SOMARCO modificar su régimen tarifario por considerar que dicha resolución es contraria a lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley N° 211, ya que ninguna de las medidas dispuestas en esta norma fue adoptada por el tribunal y porque esa decisión contraviene además lo resuelto en cuanto dispuso que sólo si los Ministerios decidieran efectuar una nueva licitación al vencimiento del presente contrato debían sujetarse a las fórmulas que la sentencia disponía, sin afectar la actual licitación, todo ello con costas.

A fojas 2092 se agregó un avenimiento al que arribaron las denunciantes y SOMARCO en el juicio arbitral seguido por esta última en contra de las primeras por el cobro por el uso de rampas. Dicho avenimiento fue rechazado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin perjuicio del valor del mismo en sede arbitral, según consta de la resolución que al efecto se dictó a fojas 2104.

A fojas 2111 se hizo regir el decreto en relación.

Considerando:

Primero: Que el Fisco de Chile dedujo reclamación en contra de la sentencia N° 121/2012 dictada por el Tribunal

de Defensa de la Libre Competencia en la parte que ordenó a la Sociedad Marítima y Comercial Somarco Limitada a fijar una tarifa por recalada de naves en la infraestructura portuaria de Niebla y Corral que no produzca efectos exclusorios de competidores en el mercado de transporte marítimo-fluvial entre dichas localidades, para lo cual dispuso que dicha tarifa debía estar justificada en los actos de mantención y operación de la infraestructura portuaria, conforme a lo razonado en el mismo fallo.

Segundo: Que el Fisco adujo que la sentencia afecta la licitación cambiando su estructura tarifaria sin imponer la medida del literal a) del artículo 26 del Decreto Ley N° 211, y de esta forma se alteran los actos administrativos que conforman la licitación para el Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos, en la conexión Niebla-Corral, específicamente se afectan las Bases en su artículo 3.2.1 referido a la "Tarifa por recalada de naves en la infraestructura portuaria" que establecía como tarifa máxima el valor de \$25.000 en las rutas Lago Pihueico, Lago Ranco y Niebla-Corral. Agrega que al alterar la tarifa, sin ordenar la modificación de las bases, se afecta el principio de sujeción estricta a las bases de la licitación, conforme al cual una vez aprobadas éstas ellas son obligatorias tanto para el organismo licitante como para los participantes, tal como

se reconoce, por ejemplo, en el artículo 8 bis de la Ley N° 18.575.

Enseguida, el reclamante aduce que el propio Tribunal ha reconocido que no existía antes de la licitación un mercado de transporte de pasajeros y que el existente sólo se limitaba al transporte de vehículos y de carga, asimismo el fallo admite que los demandantes no proveen los mismos servicios y que ellos conforman un mercado diferente del de transporte de pasajeros. Alude el Fisco al concepto de "Mercado" como "Sitio público destinado permanentemente, o en días señalados, para vender, comprar o permutar bienes o servicios"; conforme a esta definición no existía hasta antes de la licitación mercado alguno de transporte de pasajeros, pues los viajes que se realizaban eran en forma esporádica. Así, arguye que es absurdo sostener que si no existía este mercado de transporte de pasajeros se diga que para acceder a un mercado inexistente resultaba necesario contar con un acceso a las rampas, que por lo demás son de propiedad fiscal, ello porque el uso de las rampas sólo se justificaba para los demandantes en relación a la naturaleza del transporte que estos realizaban, que no era otro que el de carga y transporte de vehículos mayores.

En tercer término el Fisco sostiene que la puesta en marcha del contrato de concesión no significó la entrada de un nuevo oferente al mercado. Así, la interpretación que efectúa el tribunal de los supuestos mercados de

transportes existentes en la zona lo induce a persistir en la errada apreciación de los hechos expuestos en la causa. Dice que la implementación del Plan de Conectividad Austral desarrollado por el Estado no tiene como objetivo la participación de éste como agente económico en mercado alguno, de lo contrario habría conculcado el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, lo que no ha sucedido, como tampoco ha vulnerado el derecho a la libre competencia sino que sólo se ha tratado del cumplimiento de las finalidades sociales que son características de los entes públicos.

En cuarto lugar el Fisco hace referencia en su reclamación al derecho del Estado al uso de infraestructura fiscal. Arguye que el sentenciador no reparó en la diferencia entre bienes nacionales de uso público y bienes fiscales recogida en el artículo 589 del Código Civil. La sentencia señaló que el uso de las rampas dejó de ser libre y gratuito, sin advertir que las rampas son fiscales y por tanto no son de uso público, que el hecho de que hasta antes de la licitación no fueran objeto de regulación obedeció a una mera liberalidad de éste y no podría considerarse de manera alguna restricción o vulneración a derecho alguno. Así, el Estado haciendo uso de su propia infraestructura decidió entregar su explotación y administración a particulares a través de un proceso licitatorio, abierto al público en general y sin más

restricciones que aquellas contenidas en las bases de licitación, no pudiendo resultar dicho accionar un agravante o una conducta vulneratoria de la libre competencia. Agrega que la entrega de concesión de la administración de las rampas emplazadas en las localidades de Niebla y Corral efectivamente originó una actividad económica en torno a dicha infraestructura, la cual quedó regulada por el propio contrato de concesión.

En quinto lugar el reclamante afirma que el mercado relevante es el de transporte de pasajeros por lo que la sentencia yerra al decir que los mercados relevantes son dos, pues el mercado relevante es el transporte de pasajeros entre dos localidades separadas por eventos geográficos. Afirma que esto es importante porque el fallo no reparó ni se hizo cargo de la función subsidiaria del Estado en actividades poco lucrativas para los particulares, ni en los deberes e imposiciones legales que tiene éste, para llevar a cabo el bien común. Así, en la búsqueda de satisfacer el bien común el Estado definió por medio de leyes otorgar subsidios al transporte público de pasajeros y subsidios focalizados a nivel regional, y no sólo para el Transantiago, a fin de que la población de todo el territorio nacional tenga acceso igualitario a centros médicos, educacionales, recreacionales, de esparcimiento y a los lugares donde además puedan desarrollar sus actividades particulares, como comercio

minorista o trabajos prestados en áreas de servicios en centros urbanos. Indica que las empresas demandantes operan un mercado distinto, el que sólo tiene como regulación la normativa de seguridad que impone la Autoridad Marítima dentro del ámbito de sus facultades, las demandantes son las que establecen por ejemplo el ordenamiento de carga y descarga de los vehículos de las naves y fijan las tarifas y son soberanas para decidir si llevan o no pasajeros, animales y si aceptan o no el transporte de vehículos de emergencia, policiales y ambulancias. Ellas fijan sus frecuencias, orientadas al servicio de las empresas productoras que intervienen como clientes.

En sexto lugar, se hace hincapié en que la licitación apunta a satisfacer la demanda del transporte de pasajeros. El Plan de Conectividad Austral buscaba desde el punto de vista económico satisfacer una demanda en el transporte de pasajeros existente y cubierta de manera muy precaria y riesgosa por pequeñas embarcaciones, por ello resulta incomprensible que el tribunal luego de haber establecido en su sentencia que los demandantes no proveen exactamente los mismos servicios que el concesionario, al no transportar regularmente pasajeros ni cumplir deberes en cuanto a frecuencia, horarios y calidad, concluya posteriormente que los servicios de transporte de vehículos de pasajeros y de carga son sustitutos, al menos parcialmente de los que provee la empresa concesionaria

SOMARCO. Lo anterior porque dos o más bienes son sustitutos si a consecuencia de un alza en el precio de uno de ellos se origina un aumento en el consumo o en la demanda de los otros. Esta relación de sustitución puede surgir por razones técnicas o debido a los gustos del consumidor. En el caso de una licitación pública, donde el valor a cobrar por el adjudicatario de la concesión está regulado en las bases de licitación, esa condicionante no será posible de ocurrir y no se puede entonces dar un aumento en el valor de los bienes o servicios. Agrega que tampoco se produce sustitución por aumento en el consumo de otros bienes o servicios, porque los servicios de transporte de pasajeros no son otorgados por los demandantes, ni siquiera de manera residual, los que se han avocado al transporte de vehículos y de carga conformando un mercado diferente del de transporte de pasajeros, como lo ha concluido el propio tribunal. Además la sustitución no podría producirse en la práctica por el servicio de transporte de pasajeros porque no opera como un servicio que obedezca a las leyes del mercado es un servicio subsidiado, que no representa un negocio en sí para el Estado, pues con él se busca satisfacer necesidades de un colectivo o sociedad. Así, dice que debe enmendarse la decisión cuarta del fallo por ser contraria al artículo 26 del Decreto Ley N° 211, ya que ninguna de las medidas dispuesta por esta norma fue adoptada por el Tribunal y porque esa decisión contraviene

el resuelvo quinto que dispone que si sólo los Ministerios demandados decidieran nuevamente licitar, al vencer este contrato deberán sujetarse a las fórmulas que indica sin afectar la actual licitación.

Finalmente, la reclamación alude a la improcedencia de la condena en costas que se ha hecho a su parte, en circunstancias que tuvo motivo plausible para litigar, pues el Fisco representado por el Consejo de Defensa del Estado; fue demandado por actos de los Ministerios de Obras Públicas y de Transportes y Telecomunicaciones, luego era un imperativo legal para la institución asumir la representación y defensa de los intereses fiscales de acuerdo al artículo tercero de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, tampoco ha habido mala fe o ausencia de un fundamento legítimo, y no fue totalmente vencido, pues si se revisan las peticiones de la demanda, no se acogió la petición de poner término a la licitación; por el contrario, ella sigue operando, y tampoco se accedió a las demás solicitudes de las denunciantes.

Tercero: Que para una adecuada comprensión del asunto debatido conviene precisar que en el período anterior al año 2008 el servicio de transporte de pasajeros y de carga en el tramo Niebla-Corral se realizaba utilizando unas rampas de hormigón que había construido el Ministerio de Obras Públicas en el año 2002, uso que era libre y gratuito. En el año 2008 el Estado convocó a una licitación

pública a fin de adjudicar y concesionar el "Servicio Integral para el Transporte Fluvial y Lacustre de la Región de Los Ríos: Lago Pirihueico, Lago Ranco y Conexión Niebla-Corral". Por Resolución DGOP N° 27, de 5 de febrero de 2009, se adjudicó el contrato a la empresa Sociedad Marítima y Comercial Somarco Limitada. En el contrato el concesionario se obligó a mantener y conservar la infraestructura portuaria y las naves provistas por el Estado, o las auxiliares que se requieran para prestar adecuada e ininterrumpidamente el servicio, a contratar diversos seguros para cubrir daños a la nave, a la infraestructura y a terceros, a entregar un reglamento de operación y prestación de servicios, restituir las naves al término del contrato, entregar un registro con los horarios de zarpe y recalada. A su vez el adjudicatario adquirió el derecho de explotar la concesión durante cinco años, percibir las tarifas por la prestación de los servicios básicos previstas en las Bases y los aportes o subsidios establecidos en el contrato, obligándose el Estado a entregarle infraestructura y naves dentro de los plazos convenidos.

Conforme a esta licitación, el uso de las rampas dejó de ser gratuito y se permitió al concesionario cobrar una tarifa por recalada, cuyo monto máximo ascendió a \$25.000.

Dado este nuevo escenario, las actoras argumentan en su demanda contra el Estado que se ha infringido el

principio de subsidiariedad por cuanto la licitación constituiría una intervención excesiva en el mercado de transporte marítimo-fluvial en la conexión Niebla-Corral; que la Ley de Concesiones no ampararía la constitución de un monopolio en relación con los servicios de transportes y sólo permitiría concesionar la infraestructura. Además, se afirmó que la licitación autoriza al concesionario para cobrar a sus competidores una tarifa por recalada que tiene como objeto y efecto excluirlos del mercado, sin perjuicio de hacer presente que el concesionario se convierte en un prestador de servicios de transportes verticalmente integrado con la infraestructura portuaria.

En cuanto a SOMARCO, las demandantes sostuvieron que esta compañía habría abusado de su posición dominante al efectuar cobros abusivos a los actores por el uso de la infraestructura portuaria en la conexión Niebla-Corral y que se habría incurrido en actos de competencia desleal por medio del envío y publicación de un documento denominado "comunicado" que habría desprestigiado a los mismos con sus clientes. Este último aspecto quedó fuera del debate al ser desechado y no reclamado.

Cuarto: Que la sentencia impugnada consideró prioritario definir y caracterizar el o los mercados relevantes para luego analizar el efecto actual o potencial de las conductas cuestionadas en ellas a fin de establecer si dichos efectos son contrarios a la libre competencia y,

en el evento de ser así, determinar si concurre o no alguna justificación para dichas conductas.

Quinto: Que el fallo para los efectos de determinar el mercado relevante hizo una distinción que parece razonable, cual es la realidad existente antes y después de la licitación. Así estableció que antes de aquélla se verificaba un mercado de servicios de transporte de vehículos de pasajeros y de carga entre las localidades de Niebla y Corral que era servido desde hace años por los demandantes, quienes contaban cada uno con una barcaza y que utilizaban libremente las rampas construidas en el año 2002 por el Ministerio de Obras Públicas.

Después de la licitación, la sentencia estima que entró un nuevo oferente al mercado de servicios de transporte de vehículos y de carga, y que además el acceso a las rampas dejó de ser libre y gratuito, porque se autorizó a SOMARCO a cobrar por el uso de aquéllas.

Conforme a lo anterior el fallo concluye que la licitación originó un nuevo mercado que podría definirse como uno de prestación de servicios portuarios o de acceso a infraestructura y en consecuencia son dos los mercados relevantes. El primero, de servicio de transporte de vehículos y de carga entre Niebla y Corral en el que participan SOMARCO y los demandantes; y el segundo, de servicios portuarios necesarios para la recalada de las barcasas que proveen servicios de transporte de vehículos

de pasajeros y de carga entre las mismas localidades y que tras la licitación estaría monopolizado por el concesionario, toda vez que no existirían alternativas a la infraestructura existente entregada en concesión. Se sostuvo también que tanto los operadores privados existentes como el concesionario participan como demandantes de servicios en este último mercado.

Sexto: Que dentro del contexto temporal y geográfico en el cual fluyen los hechos, se puede apreciar que como política gubernamental se implementó la ejecución del Plan de Conectividad Austral, cuyo objetivo fue asegurar la conectividad del territorio mediante la provisión de servicio de transporte marítimo, fluvial y lacustre de pasajeros y de carga, con estándares de calidad de infraestructura y de servicios.

La realidad del transporte de la zona, hasta antes de la licitación, y según reconocen las propias denunciadas en su libelo de fojas 171, comenzó recién en el año 1998, por medio de la Barcaza Transbordador Bahía Corral, de propiedad de un operador privado que realizó inversiones en rampas provisionales sin recibir subsidio alguno, quien concedió acceso libre y gratuito a terceros; sin embargo, no le fue posible a este empresario viabilizar económicamente su operación y abandonó el mercado en el año 2002. Ese año, el Ministerio de Obras Públicas construyó las actuales rampas de hormigón que son indispensables para

prestar el servicio de transporte, a las cuales accedían los armadores privados en forma libre y gratuita. Se reconoce que ya el Estado tuvo en ese entonces la iniciativa de establecer un número mínimo y periódico de circuitos entre Niebla y Corral, y para ello contrató primero con uno de los armadores entonces existentes y le subsidió con pagos mensuales a fin de que realizara tales viajes en forma periódica, existiera o no demanda. En enero de 2008 caducó ese contrato y se adjudicó un nuevo período a la Naviera Valdivia -que se mantuvo vigente hasta la ocurrencia de los hechos objeto de este juicio- contrato que aseguraba la existencia de cinco viajes diarios ida y vuelta entre Niebla y Corral, en horarios que eran coordinados con la comunidad de Corral. El uso de las rampas continuaba siendo gratuito.

Sin embargo, con el Plan de Conectividad Austral el Estado buscó, según se dijo, no sólo asegurar la conectividad del territorio sino también que el servicio de transporte marítimo, fluvial y lacustre se prestara con estándares más elevados en cuanto a calidad en los servicios y también en la infraestructura.

En efecto, al licitar el servicio se estableció como obligación del adjudicatario prestar los servicios de transporte de carga y de pasajeros en nueve ciclos diarios, realizar la mantención y conservación de la infraestructura y las naves, controlar a toda nave que atraque/desatraque

en la infraestructura portuaria, para lo cual debía habilitar procedimientos que permitan el acceso y control de las naves, autorizando y controlando la operación durante su permanencia, ello como evidente medida destinada a garantizar la seguridad en la faena, debía mantener un refugio y servicios higiénicos en el sector del muelle, mantener el perímetro del área cercado, todo el sector de acceso y explanada en condiciones de soportar el tránsito de vehículos, toda el área iluminada y hacerse cargo de la vigilancia de todo el sector.

De lo dicho queda en evidencia que la iniciativa buscaba una mayor eficiencia y calidad de los servicios en beneficio de la comunidad, y conforme a ello puede entonces advertirse que en la especie se trataba de una concesión de un servicio público -en su dimensión funcional- como lo es el transporte público de pasajeros y de carga entre aquellas localidades distantes y geográficamente separadas entre sí.

Séptimo: Que tratándose de concesiones de servicio público, la regla general es que éstas se concedan bajo la forma de un monopolio, es decir, bajo la existencia de un solo operador, con exclusión de otros partícipes en el mercado. Sin embargo, aquí no se dio tal monopolio ni en el servicio de transporte ni en el uso de la infraestructura portuaria fiscal.

En efecto, en el caso del mercado de transporte, las denunciantes han seguido ejerciendo dicha labor, constituida por el transporte de carga y de vehículos, aunque ellas arguyen que con dificultad. En lo que dice relación con el transporte de pasajeros, las actoras no son las que lo prestan, sino otros armadores que operan dicho servicio a través de lanchas, y que en la actualidad, al menos así lo reconocen las propias demandantes, son alrededor de quince lanchas controladas por trece microempresarios.

En cuanto al uso de infraestructura portuaria, el Estado la entregó en concesión a la empresa SOMARCO, y la facultó para cobrar a terceros por su uso una determinada tarifa que no podía exceder de \$25.000 por recalada. Es decir, pese a que las partes están contestes en el dominio del Fisco sobre las rampas, las actoras cuestionan el cobro que se hace por su uso, por cuanto ven allí un mecanismo de exclusión de competencia, que la sentencia impugnada ha recogido como tal, de lo que surge entonces la necesidad de examinar el tema tarifario.

Octavo: Que al respecto útil resulta considerar para estos efectos que el derecho de la competencia ha sido definido como "aquella rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del

interés público" (Derecho de la Competencia en América, autor Jorge Witker Velásquez, publicado por el Fondo de Cultura Económica, primera edición Chile año 2000, página 21.).

Como corolario de lo anterior, ha de examinarse si con la licitación efectuada los intereses antes enunciados aparecen o no protegidos, pudiendo advertirse desde ya que éstos se han mantenido incólumes; es más, se ha privilegiado el factor de eficiencia y seguridad en la prestación de los servicios.

En efecto, los consumidores se han visto beneficiados por cuanto a través de la licitación se les ha dotado de un medio de transporte permanente y continuo, que les asegura nueve ciclos diarios independientes de la demanda que se genere; además, se ha mejorado la infraestructura para acceder a las embarcaciones, se han implementado mecanismos de vigilancia en la operación portuaria, iluminación, etcétera, lo que se traduce en una mejora ostensible de los servicios.

En cuanto al interés público, este puede entenderse en un doble sentido: primero, como manifestación del interés ciudadano, situación que se confunde con la del interés de los consumidores y que, por lo tanto, vale lo dicho a ese respecto; y en segundo término como manifestación de los intereses del Estado, y en este caso también éste se ve tutelado pues se ha asegurado a través de las obligaciones

que asumió el adjudicatario la conservación y mantención de la infraestructura portuaria de dominio fiscal.

Finalmente, en cuanto al interés de los competidores, cabe comprender aquí a los denunciados que prestan principalmente el servicio de transporte de carga y de vehículos; entre ellos, las reglas del mercado son similares, pues todos pueden seguir cubriendo las rutas que antes de la licitación hacían, todos ellos se ven en la necesidad de utilizar las rampas fiscales en términos más seguros que antes y todos deben pagar por dicho uso tarifas que son similares, las que la licitación se encargó de regular a través de la fijación de un monto máximo. Ahora bien, en cuanto a la comparación de la situación de SOMARCO y las demandantes, obviamente se constata una diferencia, pero ella obedece a que las cargas que tienen uno y otro son también desiguales. Así, mientras las demandantes deben ahora pagar por el uso de las rampas, que antes era gratuito, no pesa sobre ellas ninguna obligación respecto a las instalaciones, salvo someterse a las reglamentaciones que impone su uso como consecuencia de las ordenaciones que debe implementar el adjudicatario para el control del atraque y desatraque; en cambio, el adjudicatario sí tiene diversas obligaciones que le impone el contrato, como son la conservación y mantención de la infraestructura, que evidentemente significan un costo mayor que el que tienen las denunciados. Es cierto que recibe un subsidio estatal

por la actividad que se adjudicó y que además puede percibir los cobros por el uso de rampas, pero no ha de olvidarse que también está obligada a realizar un determinado número de ciclos de transporte diario, exista o no demanda.

Noveno: Que la sentencia impugnada realizó todo un análisis de los cobros a partir del fundamento cuadragésimo cuarto y concluyó que la tarifa de \$25.000 por recalada no tenía justificación, que le reportaba utilidades a SOMARCO por sobre las que obtenía por el negocio del transporte y que ello generaba un efecto contrario a la libre competencia porque producía desventajas de costos artificiales para los competidores y en definitiva desembocaba en efectos exclusorios cerrando el mercado a actores distintos del concesionario verticalmente integrado.

Décimo: Que, sin embargo, la realidad que se desprende de autos demuestra que aquella aseveración no es efectiva, puesto que el mercado no se ha cerrado a un solo actor. En efecto, consta en autos que SOMARCO y las demandantes llegaron a un avenimiento en el juicio arbitral que la primera inició contra las segundas por cobro de tarifas de uso de infraestructura portuaria. Si bien dicho avenimiento pretendía también poner término a este litigio entre dichas partes, lo que no fue aceptado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia según consta de la resolución

dictada a fojas 2104, no es menos cierto que dicho acto jurídico deja patente que las actoras continúan operando en el mercado, que ninguna ha sido finalmente excluida y que han acordado junto a SOMARCO la tarifa a solucionar por el uso de la infraestructura. Así en la cláusula novena del avenimiento se acordó que las demandadas de ese juicio - actoras de éste- pagarán a SOMARCO la suma de \$20.000 más IVA por cada día de operación de cada una de sus naves o uso efectivo de cualquiera de las rampas de Niebla o Corral, independiente del horario o número de recaladas que cada nave realice durante el respectivo día de operación.

La circunstancia anterior evidencia que la actividad comercial de las denunciadas ha podido continuar desarrollándose en términos razonables, tanto es así que han convenido la tarifa a pagar, la cual se enmarca también dentro de los parámetros que había fijado la licitación y de esta forma todos los actores partícipes de este mercado continúan operando en él.

Undécimo: Que de acuerdo a lo relacionado precedentemente, se hace innecesario efectuar razonamientos de tipo económico en cuanto a las tarifas desde que las partes libremente en uso de la autonomía de la voluntad han acordado sus valores, lo que hace desaparecer los reproches que la sentencia formula en su consideración quincuagésima quinta respecto de los demandados y por ende se descarta

una contravención por parte de éstos al artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

Duodécimo: Que como consecuencia de lo anterior no se advierte la necesidad de mantener las medidas adoptadas en la sentencia, máxime cuando no se ha demostrado que a todo evento en este caso la integración vertical haya sido contraria a la libre competencia, y por tanto tampoco resulta necesario condicionarla para futuras licitaciones dadas las variaciones económicas, políticas o sociales que pueden afectar a los mercados en el transcurso del tiempo.

Décimo tercero: Que resulta innecesario referirse a los demás argumentos de la reclamación, salvo considerar que la condena en costas que se había impuesto al Fisco no se justificaba si resultaba evidente el motivo plausible que tuvo para litigar.

Décimo cuarto: Que si bien la empresa demandada SOMARCO no impugnó la sentencia dictada en su contra por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esta Corte Suprema tiene amplia competencia para pronunciarse sobre la materia, en atención a que el artículo 27 del Decreto Ley N° 211 le permite no sólo conocer de las reclamaciones por las que se impongan medidas de las señaladas en el artículo 26 sino también de la que absuelvan, y con todo, el Fisco de Chile ha impugnado precisamente el fallo por afectar con su decisión una licitación pública en su globalidad y con ello la estructura tarifaria de la misma.

Décimo quinto: Que por todo lo expuesto se acogerá la reclamación deducida y se dejarán sin efecto todas las medidas adoptadas, por innecesarias.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 27 del DFL N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, se **acoge la reclamación** deducida por el Fisco de Chile en lo principal de fojas 2047 en contra de la sentencia N° 212 de diez de mayo de dos mil doce, escrita a fojas 1996 y siguientes y en consecuencia **se dejan sin efecto** las decisiones III, IV, V y VI de la misma y se declara que se rechaza en todas sus partes la demanda interpuesta a fojas 171 por Naviera Valdivia Limitada, Comercial Selva EIRL y Ricardo Da Bove Fierro, sin costas por existir motivo plausible para litigar.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Pfeffer.

Rol N° 4470-2012.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., el Ministro Suplente Sr. Alfredo Pfeiffer R., y el Abogado Integrante Sr. Emilio Pfeiffer U. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Pfeiffer por haberse ausentado. Santiago, 30 de enero de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a treinta de enero de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.