

SANTIAGO, diez de enero de dos mil catorce.

PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO

ROL NC N° 415-13

SOLICITANTE: EMPRESA PORTUARIA IQUIQUE.

OBJETO: RESPECTO DE LAS CONDICIONES PARA LA LICITACIÓN PÚBLICA DEL FRENTE DE ATRAQUE N° 1 O MOLO DEL PUERTO DE IQUIQUE, ASÍ COMO EL DESARROLLO Y OPERACIÓN DE UN FUTURO TERCER FRENTE DE ATRAQUE EN DICHO PUERTO.

CONTENIDO

- I) PARTE EXPOSITIVA
 - 1. INTERVINIENTES
 - 2. OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE
 - 3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES
- II) PARTE CONSIDERATIVA
 - 4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME
6. MERCADO RELEVANTE
7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE
8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN
9. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS
10. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES.

1.1. Solicitante:

Empresa Portuaria Iquique, en adelante también e indistintamente, “EPI” o la “Solicitante”.

1.2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones en este expediente respecto de la solicitud de informe de autos:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 número 1) del Decreto Ley N° 211, y dentro del plazo establecido en la resolución de fojas 230, aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de informe de autos, las siguientes entidades y personas:

- Empresa Portuaria Arica (“EPA”)
- Complejo Portuario Mejillones S.A.
- Sindicato de Trabajadores Empresa Portuaria Iquique
- Ilustre Municipalidad de Iquique
- Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”)
- Puertos y Logística S.A. (“Pulogsa”)
- Asociación Usuarios Zofri A.G. (“AUZ”)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Iquique Terminal Internacional S.A. (“ITI”)
- Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. (“SAAM”)
- Agencias Universales S.A. (“Agunsa”)
- Sistema de Empresas Públicas (“SEP”)
- Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. (“Camport”)
- Fiscalía Nacional Económica (“FNE”)

2. OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE

2.1. A fojas 229, con fecha 6 de mayo de 2013, EPI solicitó a este Tribunal que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en adelante, Ley N° 19.542 o simplemente la “Ley”), determine los términos y condiciones de competencia bajo los cuales se debe llevar a efecto la licitación pública: (i) para la concesión portuaria del Frente de Atraque N° 1 o Molo del Puerto de Iquique; y, (ii) para el desarrollo y operación de un tercer frente de atraque (en adelante, la “Licitación”).

2.2. EPI señala que el Puerto de Iquique está compuesto por dos frentes de atraque (que denomina terminales): el Frente de Atraque N° 1 o Molo y el Frente de Atraque N° 2 o Espigón. El primero, administrado directamente por EPI bajo un esquema multioperador, consta a su vez de dos sitios para atraque de naves comerciales (sitios 1 y 2) y un sitio para naves pesqueras. Cuenta con 10,9 hectáreas de áreas de respaldo y es el único terminal certificado en Iquique para la recepción de cruceros.

El segundo, tiene dos sitios para atraque de naves comerciales (sitios 3 y 4) y 13,7 hectáreas de áreas de respaldo. A contar del año 2000 se entregó en concesión bajo un esquema monooperador a la empresa ITI -que pertenece en un 85% a SAAM y en un 15% a Empresas Navieras S.A.- por 20 años, que fueron extendidos a 30.

2.3. EPI indica que actualmente existe una tendencia mundial en el sentido de que los frentes de atraques se especialicen en función de la estructura de la demanda y que esto ha ocurrido en el Puerto de Iquique. Así, el Frente de Atraque N° 2 ha evolucionado desde un terminal mixto de transferencia de carga fraccionada y contenedores, a un terminal fuertemente especializado en contenedores (actualmente el 85% del total de la carga transferida en ese frente viene en dicha modalidad). Su participación en la transferencia de graneles ha

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sido muy inferior, no superando el 30% del total del puerto durante el 2011, mientras que su participación en carga fraccionada para el mismo año alcanzó el 47% (dentro de ésta la transferencia de vehículos fue cercana al 16%).

2.4. Por su parte, el Frente de Atraque N° 1 ha ido disminuyendo progresivamente su participación en la transferencia de contenedores, pasando de un 55% del total de la carga transferida en dicho frente en el 2003 a un 5% en 2011; y, de un 43% a un 21% en el total de carga transferida para el mismo periodo. De este modo, indica la Solicitante, la competitividad del Frente de Atraque N° 1 ha ido decayendo con el tiempo, producto de las restricciones que la Ley N° 19.542 impone a EPI en cuanto a la posibilidad de invertir y también a las características propias de los esquemas multi y monooperador. Agrega que el mayor aumento en la participación del frente de atraque concesionado se aprecia en la carga en contenedores, en tanto que el frente de atraque multioperado se mantiene competitivo para cargas a granel y general fraccionada.

2.5. A continuación señala la Solicitante que la referida especialización se traduce en los equipamientos específicos que uno y otro terminal requieren en función de la carga que transfieren, los que representan una importante inversión. Añade que bajo el esquema multioperador vigente en el Frente de Atraque N° 1, existe una división de responsabilidades, según la cual EPI sólo es responsable de proveer la infraestructura, en tanto que las labores de movilización de carga son realizadas por empresas de muellaje privadas -que operan bajo un régimen de competencia- y que son las responsables de contar con equipos especializados para la atención de naves portacontenedores, inversión que, por propia decisión, han optado por realizar sólo con grúas móviles de menor capacidad, o bien, utilizando las grúas de los buques.

2.6. Señala, por otra parte, que las longitudes y profundidades que presentan los sitios del Frente de Atraque N° 1 no permiten atender a la mayoría de las naves portacontenedores que están recalando en nuestro país. Es por esta razón que la Licitación busca aumentar la capacidad del Frente de Atraque N° 1 y permitir que en el mismo recalén a naves de mayor calado, pudiendo llegar a atender incluso naves tipo *New Panamax*, de 12.000 y más TEUs (*Twenty-foot Equivalent Units*).

2.7. A continuación la solicitante se refiere al crecimiento de la demanda y a la necesidad de licitar la expansión del puerto. Indica que el directorio de EPI, en virtud de sus deberes establecidos en la Ley N° 19.542, se ha propuesto licitar la concesión del Frente de Atraque N° 1 y su correspondiente expansión, para lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cual ha tenido en consideración factores tales como: (i) la pérdida de competitividad de dicho frente de atraque; (ii) el uso desbalanceado de las áreas de respaldo con que cuenta el puerto; y, (iii) las proyecciones de demanda con que cuenta EPI.

2.8. En relación a esto último, explica que las estimaciones de demanda muestran la necesidad de contar con más y mejor infraestructura portuaria para servir los crecientes niveles de demanda. Afirma que ha habido un significativo aumento de la cantidad de carga transferida por el puerto (aumento de 103% entre los años 2000 y 2011), destacando el incremento en la carga en contenedores (133,4% en el mismo período) y destacando también que el 94,8% de dicha carga fue transferida por el concesionario ITI, lo que refleja la especialización a la que ya se ha hecho referencia. Indica que el crecimiento de la demanda no sólo se aprecia en la cantidad de toneladas transferidas, sino también en el tamaño de las naves, precisando que el tonelaje de registro grueso ("TRG") promedio por nave ha crecido en un 103,7% entre los años 2000 y 2011.

2.9. Agrega que, de acuerdo a sus estimaciones, en 25 años la demanda se duplicará, y que hacia el año 2017 la capacidad del puerto se vería sobrepasada, no siendo recomendable superar los umbrales de congestión. Además, debe considerarse que desde la adjudicación de una concesión portuaria hasta la entrada en régimen de ésta, pueden transcurrir entre dos y cinco años (esto último si se realizan inversiones mayores en infraestructura).

2.10. Indica que tales estimaciones muestran la necesidad de contar con al menos dos sitios para naves *New Panamax*, más otros tres para graneles y carga general fraccionada, entre la que se cuenta en gran medida la transferencia de vehículos y maquinaria.

2.11. EPI explica que la Ley N° 19.542 dispone que la construcción y desarrollo de nuevos frentes de atraque debe realizarse mediante concesiones portuarias, licitadas públicamente, y que el frente de atraque cuya concesión es objeto de la Licitación se encuentra en las situaciones descritas en la ley en virtud de las cuales las empresas portuarias estatales deben requerir un informe de este Tribunal sobre las condiciones de competencia que deben regir la licitación, toda vez que: (i) en la región no existe otro puerto estatal; y, (ii) EPI ha acordado concesionar el Frente de Atraque N° 1 bajo un esquema monooperador.

2.12. En lo que respecta a la concesión proyectada, señala que el Directorio de EPI ha decidido entregar en concesión, por un plazo de treinta años -esto es, el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

máximo permitido por la Ley N° 19.542- el Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique, compuesto por el llamado Molo y sus sitios números 1 y 2, más el sitio para naves pesqueras y su ampliación en al menos un nuevo sitio para naves *New Panamax*. Esta ampliación puede ser desarrollada mediante la construcción de un nuevo molo de abrigo y la generación de una nueva dársena hacia al oeste del actual molo (considerado en Grupo N° 1 de Ofertas), o con la extensión del actual molo hacia el norte -prolongación del actual Frente de Atraque N°1- (considerado en Grupo N° 2 de Ofertas), con lo que se espera llegar al doble de la capacidad de transferencia actual.

2.13. La Solicitante señala que ha elegido la modalidad de monooperación para la concesión del Frente de Atraque N°1 con el objeto de generar los incentivos adecuados a la inversión y obtener eficiencias en la operación que permitan mantener los costos y tarifas en niveles competitivos. A juicio de la Solicitante, la experiencia y la práctica confirman la preferencia de dicho esquema por sobre uno multioperado, debido a la mejor coordinación de la operación portuaria, el aprovechamiento de las economías de escala, la mejora de los incentivos para la inversión, la eliminación del problema del *free rider* y la mayor eficiencia por especialización. Además, indica, el esquema monooperador es la regla general en los puertos del mundo. Señala que en el caso de Iquique, las ganancias de eficiencia derivadas de la operación bajo un esquema de monooperación se pueden apreciar comparando los rendimientos promedio de los últimos ocho años entre el frente de atraque monooperado por ITI y el Frente de Atraque multioperado por una variedad de usuarios y administrado por EPI.

2.14. Afirma que cuenta con instrumentos efectivos para asegurar que el sistema monooperador no llegue a implicar restricciones de cualquier naturaleza a los usuarios del Puerto de Iquique, manteniendo éste como un bien de acceso público. Entre los instrumentos con que cuenta para ello menciona al Reglamento de Uso de Frentes de Atraque, a las disposiciones contenidas en las Bases de Licitación y en el Contrato de Concesión, al Manual de los Servicios del Concesionario, a las auditorías operacionales y otros.

2.15. Explica la Solicitante que los objetivos generales de la Licitación y de su posterior explotación son: (i) generar un proyecto que responda a las necesidades de ampliación del puerto, sea atractivo para operadores privados y que, a la vez, resguarde los intereses de los usuarios del sistema. Para ello, propone un criterio de adjudicación basado en tarifas máximas a usuarios y en un valor residual solicitado por el oferente; la exigencia de un patrimonio mínimo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de 60 millones de dólares; la exigencia de una experiencia mínima de 3 años en la industria, habiendo transferido al menos 100.000 *TEUs* durante los últimos 5 años; y de un pago inicial global más un canon anual establecido en relación al valor libro de los bienes entregados en concesión; (ii) garantizar adecuados niveles de competencia que generen incentivos a la eficiencia del sistema monooperador y que hagan atractivo el negocio para los operadores; y, (iii) dotar a la concesión de la flexibilidad necesaria para adecuarse a los cambios que puedan ocurrir en un horizonte de 30 años, mediante: (a) mecanismos de actualización que permitan adecuar las reglas en un futuro imprevisible; y, (b) mecanismos de solución de controversias que permitan resolverlas en la forma más ágil posible, para lo cual se contempla un procedimiento de arbitraje.

2.16. En lo que respecta al mercado relevante, la Solicitante entiende que éste corresponde a los servicios portuarios básicos en frentes de atraque que ofrecen servicios de transferencia de contenedores, carga general fraccionada o graneles, así como la atención de cruceros, y capaces de atender la misma nave de diseño del frente de atraque cuya concesión se pretende licitar. Luego, afirma que el grado de sustitución de un puerto por otro que transfiere un tipo de carga distinto es muy limitado, o inexistente.

2.17. Con respecto al mercado geográfico a ser analizado, indica que corresponde exclusivamente a la región de Tarapacá y, en particular, al Puerto de Iquique. Sin perjuicio de lo anterior, explica que, desde una perspectiva de sustituibilidad potencial, también podría comprender a la Macrozona Norte (conformada por las regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta), en la que se emplazan los puertos de Arica, Iquique, Patache, Patillos, Tocopilla, Mejillones y Antofagasta.

2.18. En cuanto a las barreras de entrada, señala que la Licitación es una oportunidad para el ingreso de nuevos actores al mercado, que la entrada de nuevos operadores portuarios intensificará la competencia y será beneficiosa para el país y, en particular, para el Puerto de Iquique, donde solo existe un actor competitivo en lo que respecta a transferencia de contenedores (ITI). Agrega que, a partir de evaluaciones preliminares que ha realizado, existirían interesados en invertir en infraestructura portuaria en la región, tanto nacionales como extranjeros.

2.19. A continuación la Solicitante señala que el objeto de la Licitación es el Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique, que comprende los sitios 1 y 2 del mismo, y sus correspondientes áreas de respaldo, almacenamiento y accesos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Señala que el proyecto considera las siguientes obras obligatorias: (i) construcción de un nuevo frente de atraque o ampliación del existente, de acuerdo a la opción que el oferente tome; (ii) reforzamiento antisísmico del Frente de Atraque N° 1; y, (iii) generación de nuevas áreas de respaldo mediante rellenos en el borde costero. De este modo, el adjudicatario tendrá el derecho de explotar, desarrollar y conservar el actual Frente de Atraque N° 1, y la obligación de construir al menos un nuevo sitio para la atención de naves. La nave de diseño propuesta es la denominada *New Panamax*, lo que responde a las estimaciones de demanda y de tamaño de naves contenidas en el estudio realizado por la Consultora GeoSIG Ltda. (GeoSIG), que acompaña y pide tener como parte integrante de su solicitud. Al respecto, hace presente que el Puerto de Iquique ha recibido en su Frente de Atraque N° 2 a las naves portacontenedores de mayores dimensiones que han recalado en Chile.

2.20. En lo que respecta a los montos de inversión en infraestructura involucrados, estima que éstos son: (i) entre cien y ciento cincuenta millones de dólares si se opta por la extensión del actual Frente N° 1; (ii) entre trescientos y cuatrocientos cincuenta millones de dólares si se opta por la construcción de la nueva dársena exterior; (iii) aproximadamente 5 millones de dólares por el reforzamiento antisísmico del actual Frente de Atraque N° 1; y, (iv) aproximadamente trescientos cincuenta dólares por cada metro cuadrado de relleno que el concesionario habilite.

2.21. Tal como se ha mencionado, EPI propone una licitación bajo un esquema con dos grupos de ofertas. El Grupo N° 1 contendría aquellas ofertas que opten por la construcción de un nuevo molo de abrigo, y el Grupo N° 2 reuniría las ofertas que opten por la extensión del actual Frente de Atraque N° 1, permitiéndose que un mismo oferente presente propuestas simultáneamente en ambos grupos. Todas las ofertas se recibirían conjuntamente, pero se abrirían primero las del Grupo N° 1 y, de haber adjudicación para alguna oferta del primer grupo, se descartarían las del segundo grupo sin abrirlas. Así, sólo si ninguna oferta del Grupo N° 1 resultara adjudicada, se abrirían y evaluarían las ofertas del Grupo N° 2.

2.22. En cuanto al criterio de adjudicación, señala que ha decidido utilizar un vector tarifario que considera la ponderación de las tarifas que se cobrarán por los diversos servicios básicos, incorporando también en dicho vector el valor residual que el concesionario solicita que se le pague por sus inversiones al término de la concesión lo que, a su juicio, aumenta la probabilidad de éxito de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitación y, en el caso de las ofertas del Grupo N° 1, un factor porcentual de la Tarifa por Uso de Puerto.

2.23. Así, las ofertas económicas efectuadas por los participantes en cada grupo podrían diferir no sólo en cuanto a las tarifas cobradas por los servicios básicos, sino también en cuanto al Valor Residual Solicitado (“VRS”) y al porcentaje solicitado de la Tarifa por Uso de Puerto (“TUP”), en el caso de las ofertas del Grupo N°1. En efecto, dado que la construcción de un nuevo molo de abrigo genera nuevas aguas abrigadas para el puerto, se permitiría al concesionario recaudar una fracción de la tarifa que paguen aquellas naves que utilicen la nueva dársena, debiendo el oferente del Grupo N° 1 señalar en su oferta económica el porcentaje de esa recaudación que quedaría para sí. Por su parte, las ofertas del Grupo N° 2 no consideran este término, pues no generan nuevas aguas abrigadas. De este modo, indica, se logra priorizar aquellas ofertas que contemplen la construcción de un tercer frente de atraque.

2.24. En su propuesta, EPI propone restricciones a la integración horizontal, ya que considera que los servicios portuarios en el mercado relevante que define requieren de una mayor presión o tensión competitiva debido a que, actualmente, existiría un grado acotado de competencia, lo que se demostraría: (i) porque ITI ha fijado permanentemente sus tarifas de modo tal que el valor del índice tarifario coincida exactamente con el valor máximo de éste fijado al momento de la licitación; y, (ii) por el reciente reajuste de tarifas de ITI, mediante el cual redujo su tarifa de muellaje a la carga en un 31,8%, pero incrementó al mismo tiempo la tarifa de muellaje a la nave en más de un 135%, lo que impacta directamente a las navieras con naves de mayor tamaño. Al respecto, indica que se debe tener presente que cuando se emitió el Dictamen N° 1.045, se estimó que existiría tensión competitiva entre los frentes de atraques concesionados y los multioperados, pero que, sin embargo, la misma Ley N° 19.542 hace que los últimos, transcurrida ya más de una década desde el inicio de las concesiones, no tengan posibilidades de competir como tales, puesto que las empresas portuarias estatales no tienen permitido invertir en ellos. Afirma que los actuales concesionarios portuarios tienen un incentivo adicional para adjudicarse el nuevo frente de atraque: proteger las rentas generadas por su actual negocio, bloqueando la entrada de un nuevo competidor. Esta aversión del incumbente a aceptar lisa y llanamente la competencia se traducirá en una disposición a pagar un mayor “valor de cambio” para adjudicarse la concesión en cuestión, lo que tendría por efecto: (i) que otros interesados en participar de la Licitación pudieran abstenerse, al prever que su posibilidad de adjudicarse la concesión es menor

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mientras compitan con incumbentes dispuestos a pagar un sobreprecio para proteger su nicho; y, (ii) que la mayor disposición a pagar no se origine en un mayor valor de la concesión desde el punto de una mayor eficiencia, sino que en las mayores rentas que los incumbentes pudieran obtener, dada su capacidad de cobrar precios más altos mientras sean menos los competidores. Por estas razones, y teniendo en cuenta el efecto eventualmente inhibitorio para la participación de nuevos actores portuarios que podría provocar la participación en la licitación de los accionistas o controladores del concesionario del Frente de Atraque N° 2, propone establecer una restricción total a la integración horizontal, esto es, que aquellos actores con participación de cualquier nivel en el concesionario ITI no tengan posibilidad de participar en la nueva concesión. Afirma que la incorporación de nuevos actores, completamente desvinculados del actual concesionario, permitiría maximizar los beneficios generados por la competencia *expost* intraportuaria, mencionando entre dichos beneficios los siguientes: (i) traspaso a los usuarios de la disminución en costos provocada por el aprovechamiento de economías de escala, incorporación de nuevas tecnologías y la mayor eficiencia asociada al sistema monooperado; (ii) disminución del riesgo de interrupción del servicio; (iii) efecto disciplinador, no sólo en tarifas sino que en continuidad y calidad del servicio ofrecido; y, (iv) reducción de los costos de control exógeno. Además, señala que los estatutos de la sociedad concesionaria incorporarán mecanismos para asegurar que sus accionistas (incluidas sus personas relacionadas) no superen ciertos límites de participación en otras concesiones dentro del puerto de Iquique, debiendo enajenar acciones en caso de exceder dichos límites.

2.25. En lo que respecta a la integración vertical, la Solicitante estima que es improcedente limitarla, considerando la presencia de competidores directos que deberá enfrentar el nuevo concesionario y los montos involucrados en los proyectos de concesión. A su juicio, la no limitación a la integración vertical fomenta la inversión por parte del adjudicatario, lo cual, a su vez, incentiva al actual concesionario (ITI) a invertir y a ofrecer un mejor servicio, todo lo cual aumenta la eficiencia del sistema y, finalmente, reduce los costos de los productos de importación y de exportación, con lo que evidentemente se hace más competitivo el comercio exterior chileno.

2.26. Finalmente, EPI señala que: (i) las tarifas que podrá cobrar el concesionario a los usuarios serán públicas y no discriminatorias; (ii) dado que la calidad de servicio en el sistema portuario se vincula principalmente a la velocidad de transferencia de carga, el contrato de concesión establece tiempos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de ocupación y de espera máximos y establece multas en casos de que éstos sean sobrepasados; (iii) el concesionario deberá otorgar a cualquier interesado el acceso libre y expedito a la información; y, (iv) la empresa portuaria jugará un rol supervisor del concesionario, aplicándole multas por cualquier acto discriminatorio que ejecute en el frente de atraque. En lo que respecta al primer punto, esto es, que las tarifas que podrá cobrar el concesionario a los usuarios serán públicas y no discriminatorias, precisa que los servicios básicos (que incluyen transferencia de carga y la provisión de cierta infraestructura), y ciertos servicios especiales debidamente identificados, estarán sujetos a una tarifa máxima establecida en el contrato de concesión. EPI propone que los factores que ponderan las tarifas de cada servicio en el Índice Tarifario Vigente (“ITV”) -a diferencia de lo que se ha utilizado en las demás concesiones portuarias-, se actualicen anualmente de acuerdo a cuánto haya significado cada servicio con respecto a los ingresos totales del concesionario, de modo que aquellos servicios que hayan reportado mayores ingresos resulten en ponderadores mayores. Otra innovación al respecto es que, al momento de actualizar el ITV, si algún servicio no incorporado a éste reporta al concesionario un porcentaje igual o superior al 10% de sus ingresos durante el año inmediatamente anterior, automáticamente se incorpora ese servicio al ITV. EPI detalla en las bases la formulación del Índice Tarifario Ofertado (“ITO”), del ITV y las metodologías de actualización. Indica que el concesionario podrá otorgar descuentos sobre las tarifas de referencia basado en criterios objetivos y no discriminatorios.

2.27. Por todo lo anterior, EPI solicita se emita el informe que determine los términos y condiciones de competencia en los cuales se debe llevar a efecto la licitación del Frente de Atraque N°1 o Molo del Puerto de Iquique y el eventual desarrollo y operación de un futuro tercer frente de atraque, teniendo presente las propuestas efectuadas para la Licitación, estableciendo la limitación a la integración horizontal señalada respecto a otras concesiones en la Región de Tarapacá y específicamente en el Puerto de Iquique, y permitiendo la integración vertical, de manera de hacer posible que los distintos agentes del comercio marítimo, excepto quienes tengan participación en la propiedad de ITI, puedan participar a la licitación del Frente de Atraque N° 1 y ser adjudicatarios de la misma.

2.28. EPI acompañó a su solicitud los siguientes documentos: (i) Borrador de Bases de la Licitación; (ii) plano denominado “Empresa Portuaria Iquique Plano General del Recinto Portuario” número EPI-GRAL-01-2012 (con indicación de áreas concesionadas futuras); (iii) informe final del “Estudio de Demanda Plan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Maestro Puerto de Iquique”, elaborado por Consultora GeoSIG Ltda. (GeoSIG); (iv) informe técnico denominado “Servicio de Inspección Técnica (ITO) Empresa Portuaria Iquique, Construcción Nuevo Frente de Atraque Puerto de Iquique, Etapa de Prefactibilidad”, suscrito por Marítimo Portuario; (v) informe denominado “Nuevo Frente de Atraque Puerto de Iquique Revisión Ingeniería Conceptual”, suscrito por PRDW Aldunate Vásquez; y, (vi) copia simple del contrato de concesión portuaria celebrado entre EPI e ITI.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES Y OTRAS ENTIDADES

3.1. Complejo Portuario Mejillones S.A.

A fojas 326 aportó antecedentes el Complejo Portuario Mejillones S.A., señalando, en síntesis, que el mercado relevante geográfico debiera ser toda la Macrozona Norte, por lo que debiera ampliarse la restricción horizontal a todos los que tengan participación en puertos de dicha zona. Menciona que a veces las restricciones verticales pueden ser procompetitivas, por lo que han de ser impuestas en este caso para evitar discriminación.

3.2. Sindicato de trabajadores Empresa Portuaria Iquique

A fojas 334 aportó antecedentes el Sindicato de trabajadores de EPI, señalando que concuerda con EPI en que el proyecto de desarrollo portuario es necesario y viene a subsanar las falencias del sistema actual.

Indica que la incidencia del Puerto de Iquique en el mercado relevante es la que señala EPI, y no debiera variar dado que conjuntamente con la Licitación se espera un incremento en la demanda.

Agrega que es esencial para el funcionamiento del sistema portuario que se establezcan normas tarifarias y contractuales que garanticen la competencia portuaria, no siendo necesario establecer condiciones a la integración horizontal o vertical del concesionario distintas a las propuestas por EPI.

3.3. Ilustre Municipalidad de Iquique

A fojas 341, aportó antecedentes la I. Municipalidad de Iquique, señalando que a su juicio, y en lo que respecta a la integración horizontal, deben establecerse

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distintos operadores en los nuevos frentes de atraque, que no estén relacionados con los actuales de ITI.

La I. Municipalidad de Iquique considera que no debe licitarse al mismo tiempo la expansión del Frente de Atraque N° 1 y la construcción de un tercer frente de atraque, sino que deberían ser dos proyectos independientes y licitados por separado.

3.4. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones

A fojas 346, aportó antecedentes el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, señalando que comparte el análisis de EPI en cuanto a mantener e incluso ampliar a la Macrozona Norte las restricciones a la integración horizontal, incentivando de este modo la competencia en dicha zona. Adhiere también a la petición de EPI de no imponer restricciones verticales porque a su juicio la sola entrada de un nuevo concesionario creará una presión competitiva suficiente como para impedir la existencia de prácticas discriminatorias.

3.5. Puertos y Logística S.A.

A fojas 634, aportó antecedentes Puertos y Logística S.A., señalando que tiene un fuerte interés en adjudicarse una concesión portuaria en la zona norte en condiciones competitivas. Indica que actualmente desarrolla operaciones portuarias a través de Puerto Central y Puerto Lirquén.

Según esta empresa, el mercado relevante es el de servicios portuarios básicos en frentes de atraque o terminales portuarios que ofrecen servicios de transferencia de contenedores, carga general fraccionada o graneles, capaces de atender la nave de diseño del frente de atraque cuya concesión se licita, extendiéndose geográficamente al menos a las regiones de Arica y de Tarapacá, debiendo considerarse también la acción disciplinadora de otros puertos de uso público ubicados en la Macrozona Norte. Así, solicita que la restricción a la integración horizontal sea ampliada a los concesionarios de puertos de las regiones de Arica y de Tarapacá, puesto que estos últimos son competidores del Puerto de Iquique (competencia interportuaria), siendo homologables a ITI desde el punto de vista de la competencia.

Afirma que los puertos tienen características de infraestructura esencial y no replicable porque: (i) las bahías abrigadas óptimas para su emplazamiento son escasas; (ii) su infraestructura es costosa y difícil de reemplazar; y, (iii) porque la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“*contenedorización*” ha derivado en la necesidad de nuevas inversiones para atender a las naves de mayor tamaño.

3.6. Asociación Usuarios Zofri A.G.

A fojas 675, aportó antecedentes la Asociación de Usuarios de la Zofri, afirmando que celebra la modernización del sistema portuario, pero que le preocupa la concentración del mismo y las consecuencias negativas que podría traer. Señala que es imprescindible que el adjudicatario no tenga relación con la actual concesionaria (ITI), y que es esencial que tampoco tenga relación con otras concesionarias de los puertos del Norte Grande de Chile ni del Sur de Perú, dada la experiencia de paralizaciones portuarias que tienden a extenderse a partir del vínculo que existe entre los diversos terminales.

3.7. Iquique Terminal Internacional S.A.

A fojas 709, aportó antecedentes Iquique Terminal Internacional S.A., indicando que el mercado relevante está determinado geográficamente por los puertos de Iquique y Arica, que compiten por la transferencia de cargas nacionales e internacionales, fundamentalmente -en este último caso- de cargas bolivianas.

Señala que ha realizado enormes esfuerzos para competir con el Puerto de Arica en cuanto a la transferencia de dichas cargas, efectuando importantes inversiones en el Sitio 4, que lo transforman en el único capaz de recibir naves de tipo *Postpanamax* en el norte grande.

También indica que para la Licitación no sólo debe considerarse la competencia *expost* entre frentes de atraque, sino también las eficiencias que podría traer la operación conjunta por parte de ITI de ambos frentes, derivadas de economías de escala, ahorros en costos de personal, y otros, que permitirían a ITI ofertar una menor tarifa. Por esto, consideran que la licitación debiera ser competitiva y abierta, pudiendo participar incumbentes y potenciales entrantes.

3.8. Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A.

A fojas 834 aportó antecedentes Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A., indicando que tiene un 85% de la propiedad de ITI.

Señala que en este caso tanto la competencia *exante* como *expost* pueden ser alcanzadas sin necesidad de establecer resguardos estructurales como restricciones a la integración vertical u horizontal, sino que adoptando algunas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medidas que aseguren la mayor participación de oferentes y la prestación de servicios en términos no discriminatorios y competitivos.

En cuanto al mercado relevante del producto, está de acuerdo con la definición de EPI. En lo que respecta al mercado relevante geográfico, señala que los puertos de Arica e Iquique son parte del mismo mercado. Esto último porque, en la práctica, ambos puertos son sustitutos en la provisión de servicios para la carga boliviana. Además, agrega, lo anterior sería reconocido por la propia EPI en su solicitud de informe y en sus memorias anuales, en las que hace reiteradas referencias a la competencia que existe entre ambos puertos y cómo, ante la congestión del Puerto de Arica, sería el de Iquique el que recibiría la demanda residual de éste.

Señala que el objetivo de EPI debe ser el fortalecimiento del Puerto de Iquique frente a su principal competidor, el Puerto de Arica, lo que podría lograrse con la participación en la Licitación de ITI, logrando un único puerto eficiente en la Región de Tarapacá. SAAM señala que las tarifas cobradas por el Puerto de Iquique son más convenientes que aquellas del Puerto de Arica.

Respecto de la transferencia de cargas bolivianas, señala que éstas representan el eje de la actividad del Puerto de Arica, contribuyendo con más del 70% de las transferencias del mismo. Afirma que esto se explica por las dificultades para el transporte terrestre entre Iquique y diversas ciudades de Bolivia y la ausencia en Iquique de Administración de Servicios Portuarios de Bolivia (“ASP-B”); circunstancias que hoy en día habrían cambiado y que habrían incrementado en más de un 140% la carga boliviana transferida desde 2011 a 2013. Como ejemplo de lo anterior, señala el caso de la soya boliviana, que se transferirá a través del Puerto de Iquique por la mejor oferta de servicios portuarios de dicho puerto, lo que se deriva de la infraestructura que actualmente existe en el Frente de Atraque N° 2, particularmente de su capacidad para atender a naves de tipo *Postpanamax*¹. Afirma que sólo falta el intercambio de notas diplomáticas entre Chile y Bolivia para habilitar al Puerto de Iquique para el libre tránsito a favor de Bolivia.

En cuanto a las cargas nacionales, indica que el Dictamen N° 1280 de la H. Comisión Preventiva Central estimó que el Puerto de Iquique disciplinaba al Puerto de Arica, planteándose una competencia más clara en la carga en contenedores.

¹ La nave de tipo *Postpanamax* difiere de la *New Panamax*, según se explica en las notas 2, 3 y 4.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Respecto a los resguardos estructurales, concuerda con EPI en cuanto a no imponer restricciones a la integración vertical, mientras que está en desacuerdo con la imposición de un resguardo absoluto a la integración horizontal con ITI. Esto último porque, a su juicio, puede alcanzarse competencia real y efectiva con el Puerto de Arica sin necesidad de imponer dichas restricciones. Así, propone alzar las restricciones a la integración horizontal en términos equivalentes a los del Informe N° 8/2012 de este Tribunal.

En cuanto a los riesgos identificados, señala que SAAM no tendría incentivos a retrasar inversiones, por la creciente demanda en el Puerto de Iquique, lo cual podría no ser cierto para quienes operan el Puerto de Arica. Indica que existen resguardos contractuales que impiden tales estrategias, y también hay eficiencias que surgen de la operación conjunta de los frentes de atraque del Puerto de Iquique, las que no podrían ser alcanzadas por un nuevo entrante, pero sí por ITI.

3.9. Agencias Universales S.A.

A fojas 868, aportó antecedentes Agencias Universales S.A., quien indicó que comparte la percepción de que un sistema monooperador es el más eficiente y que la asignación por concesiones ha resultado efectiva.

Agunsa no comparte la propuesta de restricción completa a la integración horizontal que supuestamente maximizaría la competencia intraportuaria. Señala que la principal ventaja que tendría permitir la integración horizontal es garantizar la participación del mayor número de interesados en la Licitación, y que existiendo las herramientas contractuales suficientes para eliminar los riesgos de la concentración horizontal entre frentes de atraque, no hay razón para limitar la participación de incumbentes. Agrega que el resultado de la licitación de EPV demuestra que la participación de incumbentes no tiene efectos inhibitorios para la participación de terceros. Añade que el Dictamen N° 1280 de la H. Comisión Preventiva Central impuso una restricción al 15% de integración horizontal que sigue vigente, y solicita que este Tribunal revise las conclusiones de dicho dictamen.

3.10. Sistema de Empresas Públicas

A fojas 877, aportó antecedentes el Sistema de Empresas Públicas, señalando que, en su opinión, los dos terminales del Puerto de Iquique difieren enormemente en términos de infraestructura y carga transferida, por lo que es esencial realizar esta licitación para promover la competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Comparte las estimaciones de EPI en cuanto a que en no más de 25 años la transferencia de carga en el puerto duplicará la actual. También comparte lo planteado por EPI respecto a la integración horizontal y vertical, señalando que en la Región de Tarapacá es necesario inyectar más y mejor competencia a la oferta existente en el mercado relevante. Señala que las ventajas de la carga en contenedores han llevado a que el 85% de la carga transferida por ITI sea de este tipo, por lo que debe ampliarse al Frente de Atraque N° 1.

En cuanto al mercado relevante, señala que es necesario considerar dentro de éste los puertos privados de uso público, pero no los de uso privado, centrándose en los servicios básicos.

3.11. Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G.

A fojas 901 aportó antecedentes la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G., quien señaló que comparte lo planteado por EPI respecto a la integración vertical, pero no en lo que respecta a la integración horizontal, señalando que no debe restringirse la participación de otros operadores portuarios, porque existen restricciones suficientes para asegurar la competencia entre los distintos frentes de atraque del puerto.

3.12. Fiscalía Nacional Económica

A fojas 911, aportó antecedentes la Fiscalía Nacional Económica, quien considera que el mercado relevante del producto es el de *“los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de uso público que puedan atender una nave del tipo Panamax al momento de la licitación, y que tengan la posibilidad de expansión en el mediano plazo para la recepción de la nave de diseño, considerando cada tipo de carga que podrá movilizar el Puerto de Iquique, lo cual involucra carga general, tanto en contenedores como fraccionada, graneles y atención de cruceros”*.

La FNE indica que la discusión sobre qué medidas estructurales adoptar para la licitación depende intrínsecamente de un correcto análisis del mercado relevante geográfico. Señala que para definirlo, debe analizarse la sustituibilidad entre los diversos puertos de la región, así como los de regiones aledañas, no sólo para la carga nacional, sino también para la carga extranjera en tránsito movilizadora a través de puertos chilenos (lo que abarca carga de Perú, Bolivia, Brasil y Argentina). Luego, afirma que el mercado relevante geográfico es el de la Región de Tarapacá atendido: (i) el reducido nivel de sustituibilidad respecto de las cargas nacionales entre los puertos de Arica, Iquique y Antofagasta; (ii) que en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

su mayoría la carga en tránsito boliviana es trasladada por el Puerto de Arica, representando una proporción reducida de la carga movilizada por el Puerto de Iquique; y, (iii) que los puertos de Arica y Antofagasta no serían buenos sustitutos por la distancia que existe entre éstos y el Puerto de Iquique.

Por otra parte, señala que, como la mayor parte de la carga aún se moviliza en naves de tipo *Panamax*, ésta debe ser la nave de diseño a considerar en el mercado relevante del producto, aunque se avizora que en el mediano plazo las naves *Postpanamax* serán las más preponderantes.

La FNE señala que el Frente de Atraque N° 1 ha disminuido su participación respecto de la carga total transferida de forma permanente durante los últimos cuatro años, siendo ITI quien transfiere casi la totalidad de la carga en contenedores, de forma que se aprecia la necesidad de inyectar mayor presión competitiva al mercado mediante la Licitación.

A continuación la FNE analiza la pertinencia de establecer reglas de restricción a la integración. En lo que respecta a las restricciones horizontales, indica que un mayor número de competidores es necesario para dinamizar el mercado y para que se generen tarifas más competitivas, por lo que está por imponer una restricción absoluta a la participación de los incumbentes, en concordancia con lo solicitado por EPI, no pudiendo adjudicarse esta licitación ITI ni sus empresas relacionadas.

En cuanto a las restricciones verticales, señala que no concuerda con EPI pues, a su juicio, a pesar de que el concesionario no pueda cobrar tarifas monopólicas al existir tarifas máximas y a pesar de que existen limitaciones a niveles de eficiencia mínimos, éste sí podría discriminar en calidad de servicio, con el fin de asegurar rentas extranormales en el mercado relacionado. Agrega que, dado que existen usuarios relevantes en el sentido del Dictamen N° 1.045 y constatados los riesgos que produce la integración vertical en la operación de puertos, estima pertinente la imposición de restricciones verticales al proceso de licitación.

En cuanto a las tarifas, señala que si bien es correcto que la adjudicación se lleve a cabo a partir del menor índice tarifario, éste pondera el valor residual de la inversión que el oferente desee como devolución, por lo que se debe tratar con cautela dicho punto, con el fin de que las tarifas que se deriven de dicho polinomio sean consistentes con la inversión que se lleve a cabo, con o sin el valor residual solicitado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por último, en cuanto a las Bases de Licitación, indica que: (i) EPI debe especificar las condiciones bajo las cuales se pueden modificar las bases en la etapa de Consultas y Aclaraciones; (ii) debe especificar el destino de la concesión pesquera a Camanchaca S.A. (en atención a las consecuencias en un mercado conexo, como es el de pesca en la macro zona norte); y, (iii) está de acuerdo con el esquema de licitación -de oferta en dos sobres- propuesto.

II) PARTE CONSIDERATIVA

4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME

La solicitud de EPI tiene por objeto que este Tribunal emita los informes que exigen los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, respecto de los términos y condiciones bajo los cuales debe realizarse la Licitación, conforme lo establecen las normas antes citadas en relación con los artículos 18 N°5 y 31 del D.L. N° 211.

La Licitación comprende la concesión, bajo un sistema monooperador, por un plazo de treinta años -esto es, el máximo permitido por la Ley N° 19.542- del Frente de Atraque N°1 del Puerto de Iquique, compuesto por los sitios números 1 y 2 (que la solicitante y los intervinientes denominan también “Terminal N° 1”, o “Molo”), más el sitio para naves pesqueras y su ampliación en al menos un nuevo sitio para naves *New Panamax*. Esta ampliación, como se ha señalado, puede ser desarrollada: (i) mediante la construcción de un nuevo molo de abrigo y la generación de una nueva dársena hacia al oeste del actual molo; o bien, (ii) por medio de la extensión o prolongación del Frente de Atraque N°1 hacia el norte.

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley N° 19.542, las empresas portuarias estatales (en este caso, EPI) deben contar con un informe de este Tribunal, en su calidad de sucesor legal de la H. Comisión Preventiva Central, para otorgar en concesión portuaria los frentes de atraque que administran u operan, cuando en los puertos o terminales estatales de la misma región no exista, aparte del frente por licitar, otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la concesión portuaria. Agrega la referida disposición que el concesionario deberá constituirse como sociedad anónima y su objeto será el desarrollo, mantención y explotación del frente de atraque respectivo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, el artículo 23 de la Ley N° 19.542 exige a las empresas portuarias estatales (en este caso, EPI) un informe de este Tribunal para implementar un esquema monooperador en los frentes de atraque que administran u operan, cuando en los puertos o terminales estatales de la misma región no exista otro frente de atraque operado bajo un esquema multioperador, aparte del frente a licitar, capaz de atender la nave de diseño correspondiente al frente objeto de la licitación.

Cabe tener presente que la Ley establece en su artículo 7, inciso 2°, que las concesiones portuarias deben otorgarse mediante licitación pública.

Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 19.542, la concesión portuaria del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique, compuesto por los sitios 1 y 2, debe otorgarse mediante un proceso de licitación pública, en el que podrán participar quienes cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, en el Decreto N° 104, de 24 de abril de 1998, de la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones, que establece normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7 de la Ley N° 19.542 (en adelante, el “Reglamento de Licitaciones Portuarias” o simplemente el “Reglamento”) y en las correspondientes Bases de Licitación.

Atendido que no existe en la Región de Tarapacá otro frente de atraque estatal mono o multioperado capaz de atender la nave de diseño objeto de la concesión portuaria, es forzoso concluir la procedencia de un informe de este Tribunal, por concurrir en la especie tanto los supuestos del artículo 14 como los del artículo 23, ambos de la Ley N° 19.542.

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME

En las secciones 6 y 7 de este informe se identificará y caracterizará el mercado en el que participará el concesionario del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique a que se refiere la Licitación. Luego, en las secciones 8 y 9 se abordarán los mecanismos de resguardo de la competencia, tanto en la Licitación como en el mercado en el que participará el adjudicatario de la misma. Por último, la sección 10 se referirá a la conveniencia de imponer restricciones a la integración horizontal o vertical del concesionario.

6. MERCADO RELEVANTE

El Frente de Atraque N° 1 que será licitado por EPI se encuentra dentro del Puerto de Iquique el que, por disposición de la Ley N° 19.542 (artículo 3°), es un puerto público porque es de propiedad estatal y de uso público, ya que presta servicios indistintamente a cualquier usuario que lo requiera y porque la prestación de dichos servicios constituye una actividad independiente y no accesoria a la industria principal de su propietario. Este tipo de puertos -públicos de uso público- deben prestar servicios ininterrumpidos y sometidos a determinadas exigencias, tales como velocidades de transferencias, tiempos de espera, publicidad de tarifas y otras condiciones no discriminatorias en la prestación de los mismos.

Al encontrarse dentro de un puerto público de uso público, sólo deberán considerarse dentro del mercado relevante aquellos frentes de atraque que permitan la atención de usuarios en los términos señalados. Así, tal como se ha estimado en anteriores informes de este Tribunal sobre licitaciones portuarias, deberán incorporarse dentro del mercado relevante no sólo los frentes de atraque ubicados en puertos públicos de uso público, sino también aquellos frentes localizados en puertos privados de uso público que se encuentren dentro del mercado geográfico determinado más adelante y que presten los servicios portuarios que deberá ofrecer el futuro concesionario del frente de atraque licitado. Lo anterior pese a que los puertos públicos de uso público deben cumplir con ciertas exigencias que no necesariamente deben seguir los puertos privados de uso público, tales como aquellas relacionadas con la calidad de servicio, acceso no discriminatorio, entre otras.

Como este Tribunal ha señalado en anteriores informes en esta materia, los frentes de atraque ubicados en puertos de uso privado no constituyen una alternativa o sustituto de los terminales públicos, toda vez que sólo prestan servicios a los usuarios que determinan, los que usualmente corresponden a empresas con las que están verticalmente integrados. Por lo tanto, los frentes de atraque de los puertos privados de uso privado que se encuentren en el mercado geográfico que se determinará más adelante, no podrían ser considerados sustitutos o alternativas del frente de atraque objeto de la presente Licitación.

Para poder determinar los frentes de atraque ubicados en puertos públicos o privados de uso público que deberán considerarse como eventuales competidores del concesionario, es necesario determinar, en primer lugar, los servicios que prestará bajo su concesión y, seguidamente, el alcance geográfico

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de una eventual sustitución de dicho frente de atraque por otros de la región o de zonas aledañas, todo lo cual se analiza a continuación.

6.1 Mercado del producto

Establecido lo anterior, es preciso identificar los servicios que podrán ser provistos por el adjudicatario de la Licitación. Al respecto, se debe tener en cuenta que los frentes de atraque constituyen infraestructuras destinadas a prestar servicios portuarios que, desde el punto de vista de la libre competencia, pueden ser de dos tipos: (i) servicios básicos; y, (ii) servicios opcionales.

No ha existido mayor controversia en estos autos respecto de la definición del mercado relevante del producto, puesto que los intervinientes -siguiendo el criterio de anteriores informes de este Tribunal- han señalado que estaría constituido solamente por los servicios básicos ofrecidos en aquellos puertos que tienen la capacidad suficiente para atender a la nave de diseño del terminal concesionado, entendiéndose por servicios básicos todos aquellos que, por las particulares condiciones de las áreas e infraestructuras objeto de concesión, no tengan la posibilidad de una provisión alternativa en dicho frente de atraque por parte de empresas distintas e independientes del concesionario.

En cambio, los servicios opcionales, esto es, aquellos que podrán continuar prestando empresas distintas e independientes del concesionario y para cuya provisión no es necesaria la infraestructura que se entrega en concesión por medio de la Licitación, no forman parte del mercado relevante del producto que será analizado en este informe.

6.2 Capacidad de la infraestructura

Otro elemento que se debe considerar al momento de definir el mercado relevante es la nave de diseño que podrá atender el adjudicatario de la Licitación, lo que depende de la longitud y profundidad de los sitios que conforman actualmente el Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique y su aptitud de expansión, como también -y fundamentalmente- de las inversiones que el concesionario realizará.

La concesión del Frente de Atraque N° 1 (Molo) comprende una superficie terrestre de 122.200 m² conformada por los Sitios 1 y 2 y sus respectivas áreas de respaldo, más las áreas actualmente concesionadas a Pesquera Camanchaca.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El Frente de Atraque N° 1 (Molo), con sus sitios 1 y 2, se encuentra actualmente dedicado a las operaciones multipropósito, realizando principalmente transferencias de carga fraccionada (vehículos) y contenedores, además de atención a cruceros.

Cuadro N° 1:
Descripción de las áreas de almacenamiento

Cubierto		Descubierto	
Almacenes N°	(m ²)	Sitios N° 1-2 y áreas de respaldo	(m ²)
1	4.420	Incluye áreas de Pesquera Camanchaca	122.200
2	5.280		
3	140		

Fuente: Anexo IV Bases de Licitación.

De acuerdo con lo señalado por este Tribunal en anteriores informes, la nave de diseño a considerar es aquella que podrá atender el concesionario una vez que realice las obras de expansión obligatorias comprometidas en su contrato de concesión, lo que en este caso, de acuerdo con las Bases, correspondería a una nave de tipo *New Panamax*².

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, la FNE consideró como posibles sustitutos aquellos puertos que tienen actualmente la capacidad suficiente para atender a naves de tipo *Panamax*³, y que pueden expandir su infraestructura para atender naves de tipo *Postpanamax*⁴ en el futuro próximo.

En efecto, la FNE señala en su Informe de fojas 911 que “[...] como la mayor parte de la carga aún sigue siendo movilizada por naves del tipo *Panamax*, esta Fiscalía considera necesario incluir dentro del mercado relevante los puertos que sean capaces de recibir dicho tipo de buques, aunque se avizora que en el mediano plazo las naves del tipo *post Panamax* sean las de mayor preponderancia en cuanto a carga transferida por el puerto de Iquique”.

Para fundar dicha afirmación, la FNE acompaña información según la cual más del 68% de la carga total transferida en el Puerto de Iquique durante el año 2012

² *New Panamax* se refiere al tamaño máximo de una nave capaz de transitar por el Canal de Panamá tras finalizar su ampliación, programada para 2014. Su tamaño es de 366 metros de eslora, 49 metros de manga y 15,2 metros de calado.

³ Tamaño máximo de una nave capaz de cruzar el Canal de Panamá en la actualidad (antes de que entre en funcionamiento la ampliación de dicho canal), cuyas dimensiones son: 294 metros de eslora, 32 metros de manga (ancho) y 12 metros de calado, que en el caso de contenedores corresponden a una capacidad máxima de aproximadamente 4.500 TEUs.

⁴ Se refiere a naves que superen, en al menos una de sus dimensiones (eslora, manga o calado) a las de la nave tipo *Panamax*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fue transportada por buques de tipo *Panamax*, correspondiendo al 86% del total de naves atendidas.

Este Tribunal, en concordancia con lo estimado por la FNE en su informe, considerará que, dado que la nave de diseño es de tipo *New Panamax*, el mercado relevante del producto comprende a todos los frentes de atraque que actualmente o en el futuro puedan atender este tipo de naves, incluyendo aquellos que actualmente no lo hacen, pero podrían hacerlo dentro de un plazo razonable, dragando sus sitios o expandiendo su infraestructura.

De esta forma, el mercado relevante del producto en este asunto es el de los servicios portuarios básicos prestados en puertos de uso público, ya sean públicos o privados, que atienden a naves de tipo *Panamax* y puedan expandirse en un plazo razonable para la atención de naves de tipo *New Panamax*. Todo lo anterior es sin perjuicio de las segmentaciones que permita el mercado relevante así definido, por cada tipo de carga que se podrá movilizar en el frente concesionado, como lo ha hecho tradicionalmente este Tribunal en sus anteriores Informes concernientes a concesiones portuarias.

6.3 Mercado geográfico

A diferencia de lo observado en cuanto al mercado relevante del producto, ha existido controversia en estos autos en cuanto al mercado relevante geográfico, ya que los intervinientes en este proceso han señalado que éste podría estar constituido por las siguientes zonas geográficas: (i) la Región de Tarapacá; (ii) las Regiones de Arica y Parinacota, y de Tarapacá; y, (iii) la denominada “Macrozona Norte”, que comprende las Regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta. A continuación se detallan y analizan cada una de estas posiciones con el fin de determinar cuál es la definición correcta de mercado relevante geográfico que se utilizará para el análisis de la competencia y eventuales medidas de mitigación en este informe.

i. Región de Tarapacá

En su solicitud, EPI considera dentro del mercado relevante geográfico solamente a los frentes de atraque ubicados en la Región de Tarapacá (que corresponderían a los del Puerto de Iquique, considerando que no existen otros puertos de uso público en dicha región), dadas las distancias que separan a dichos frentes de otros potencialmente sustitutos de la Macrozona Norte. En este sentido, señala que la ciudad de Arica se encuentra a aproximadamente 300 kilómetros de Iquique, mientras que Antofagasta estaría a una distancia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aproximada de 450 kilómetros de dicha ciudad, lo que sumado a las dificultades de transporte que, a su juicio, existirían en la zona, minimizarían la posibilidad de sustituir los servicios del Puerto de Iquique por aquellos provistos por terminales situados en dichas ciudades, citando para estos efectos el informe de GeoSIG acompañado a fojas 229. Más aún, señala que para las cargas bolivianas en tránsito, que forman parte importante del total de carga transferida en la Macrozona Norte, los puertos de Arica y Antofagasta funcionan con un régimen de puerto libre, no encontrándose todavía el Puerto de Iquique habilitado en condiciones equivalentes.

La FNE coincide con EPI, para lo cual toma en consideración que los puertos de Arica y Antofagasta se encuentran aproximadamente a 300 y 400 kilómetros de distancia, respectivamente, del Puerto de Iquique, lo que sumado a un costo de transporte terrestre estimado entre US\$ 0,037 y US\$ 0,042 por tonelada por kilómetro, limitaría la presión competitiva que pudiesen ejercer los puertos de dichas ciudades sobre el Puerto de Iquique. Asimismo, señala que el Puerto de Arica se ha especializado en la transferencia de cargas bolivianas, que superarían el 70% del total de carga transportada por ese puerto en 2012, mientras que ésta es prácticamente irrelevante para el Puerto de Iquique (cerca de un 6% de la carga total) y que existe una alta correlación -superior a 0,95- entre la región de origen o destino de la carga con el puerto elegido para su transporte.

Respecto de la carga boliviana, que constituye la mayor parte de la carga extranjera transportada en la Macrozona Norte, afirma la FNE que existe una diferencia esencial entre los puertos de Arica, Antofagasta e Iquique, debido a que los dos primeros son puertos de libre tránsito conforme a las normas del Tratado de Paz y Amistad de 1904 suscrito entre Chile y Bolivia. Si bien señala que existiría un acuerdo para extender esta característica al Puerto de Iquique, en la actualidad no observa que existan las condiciones para calificar a Iquique como potencial sustituto de los puertos de Arica y Antofagasta, y aunque se firmase dicho acuerdo señala que sólo podría existir algún grado de sustitución entre los puertos de Arica e Iquique, puesto que la carga transportada por el Puerto de Antofagasta utiliza infraestructura ferroviaria específica que impide o dificulta la sustitución de dicho puerto por otros relativamente lejanos. Por último, asegura que el puerto de Matarani, ubicado en la zona sur de Perú, se especializaría principalmente en el transporte de carga a granel, lo que lo diferenciaría del Puerto de Iquique, que transporta principalmente carga en contenedores y carga fraccionada (mayoritariamente automóviles).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

De este modo, la FNE coincide con la definición de EPI en cuanto a la extensión geográfica del mercado relevante, señalando que debe considerarse éste como la Región de Tarapacá. Con esta definición concuerda también el Sistema de Empresas Públicas (SEP), señalando que la Ley N° 19.542 presume la inexistencia de sustituibilidad entre los servicios prestados por los frentes de atraque de puertos de uso público ubicados en regiones colindantes a la del puerto que se licita, lo que en ciertos casos se ha transformado, en su opinión, en una presunción legal del mercado relevante geográfico.

ii. Regiones de Arica y Parinacota, y de Tarapacá

ITI afirma que el mercado relevante geográfico comprende los puertos de Arica e Iquique, los que competirían por la transferencia de cargas nacionales y bolivianas. En este sentido, afirma ITI, para los usuarios de Bolivia el Puerto de Iquique pasaría a ser una alternativa real, tanto por su inversión en infraestructura, como por el desarrollo de la infraestructura vial entre Iquique y las principales ciudades bolivianas que son origen o destino de las cargas transportadas.

SAAM, controladora de ITI, concuerda con la definición de dicha empresa, asegurando que sólo faltaría el intercambio de notas diplomáticas entre Chile y Bolivia para habilitar al Puerto de Iquique en las mismas condiciones de libre tránsito que mantiene el Puerto de Arica para la carga boliviana.

Por último, Pulogsa plantea que el mercado relevante debe extenderse geográficamente al menos a las regiones de Arica y Parinacota y de Tarapacá, debido a las mejoras experimentadas por las rutas terrestres que unen ambos puertos y por la homologación de las condiciones competitivas de ambas regiones en lo que dice relación con las transferencias de cargas bolivianas. Señala que debe considerarse también la acción disciplinadora de otros puertos de uso público ubicados en la Macrozona Norte. Así, acompañan una tabla de distancias relativas que evidenciaría la similitud de las distancias que separan a los puertos de Arica e Iquique, respectivamente, de diversas ciudades importantes de Bolivia, asegurando que esta característica permitiría la sustitución entre ambos puertos para tales cargas.

iii. Regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta
(Macrozona Norte)

Por su parte, algunos intervinientes en este proceso, como la Empresa Portuaria de Arica y el Complejo Portuario Mejillones, consideraron que el mercado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relevante geográfico debía definirse como toda la Macrozona Norte, comprendiendo las tres regiones más septentrionales del país. Así, según la EPA, los tres puertos (Arica, Iquique y Antofagasta) se disputarían la misma demanda, mientras que el Complejo Portuario Mejillones señala que existiría evidencia de sustitución entre los servicios portuarios provistos por todos los puertos de dicha zona.

Análisis del Tribunal

Antes de definir derechamente el ámbito geográfico del mercado relevante, cabe señalar que si bien la Ley N° 19.542 contempla la obligación de las empresas portuarias estatales de solicitar un informe previo a este Tribunal cuando se cumplen ciertas condiciones a nivel regional sobre la oferta de servicios portuarios, ello no significa, en modo alguno, que la sustitución geográfica se de necesariamente a nivel regional. En efecto, este Tribunal ha señalado de manera consistente en sus anteriores informes relativos a concesiones portuarias, que dicha norma no resulta vinculante para la determinación de la extensión geográfica de la sustituibilidad entre puertos, sino que únicamente para la procedencia de un informe en esta sede.

Para la determinación del mercado relevante geográfico en materia de servicios portuarios, es necesario establecer lo que en esta industria se conoce como "*hinterland*", esto es, el área de influencia geográfica que tiene un determinado puerto, en este caso el Puerto de Iquique. Por consiguiente, lo esencial en este punto será revisar las distancias que existen entre los puertos y los respectivos centros de consumo, más que las distancias que existan entre los distintos puertos, teniendo en consideración, en todo caso, que en estos autos los centros de consumo quedan muy cerca de los puertos de uso público, salvo las ciudades bolivianas, todo ello según se analiza en los párrafos siguientes.

Al respecto este Tribunal estima que, tal como han señalado en estos autos diversos intervinientes, la importante distancia que separa a la ciudad de Iquique del resto de los puertos de uso público de la zona norte y las deficiencias de la infraestructura vial, podrían dificultar que los servicios portuarios que ofrece el Puerto de Iquique puedan ser sustituidos por aquellos que ofrecen los puertos de uso públicos de las regiones antes mencionadas. Así, considerando la estimación de los costos de transporte terrestre utilizada por la Fiscalía en su informe de fojas 911 -esto es, entre US\$ 0,037 y US\$ 0,042 por tonelada kilómetro- el costo para un usuario del puerto de Iquique de transportar su carga

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a través de los puertos de Arica o Antofagasta haría económicamente ineficiente su operación, como muestra el siguiente cuadro.

Cuadro N° 2:
Estimación del costo de transportar una tonelada de carga desde Iquique a otras ciudades portuarias de la Macro Zona Norte, y su comparación con las tarifas cobradas actualmente por los puertos más relevantes en las respectivas ciudades

Puerto*	Distancia con Iquique (Km)	Costo de transporte por Ton (US\$)**	Tarifas por servicios básicos		
			Muellaje a la carga (US\$)	Transferencia Ton Fraccionada (US\$)	Transferencia Ton Contenedor (US\$)***
Iquique	-	0	1,5	7,1	4,5
Arica	302,2	11,2	2,0	13,3	4,3
Mejillones	361,1	13,4	5,1	9,9	5,0
Antofagasta	415,1	15,4	5,0	6,4	3,6

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por ITI a fojas 1303, TPA a fojas 1376, Puerto Angamos a fojas 1387, ATI a fojas 1343 e información de distancias obtenida del sitio web de la Dirección de Vialidad.

*Se consideran los frentes de atraque operados por ITI, TPA, ATI y, en el caso de Mejillones, el denominado Puerto Angamos, dado que el Puerto Mejillones no realiza transferencia de contenedores y, por lo tanto, no podría ser un buen sustituto del Puerto de Iquique para este tipo de carga.

**El costo por tonelada por kilómetro utilizado corresponde a la estimación más conservadora usada por la FNE, correspondiente a US\$0.037.

***Para la estimación del costo de transferencia por tonelada de carga en contenedor, se utiliza una carga promedio de 25 Ton por TEU de 20 pies.

Este cuadro comparativo permite observar lo difícil que sería, en términos económicos, sustituir en las condiciones actuales los servicios portuarios que ofrece el Puerto de Iquique por aquellos que ofrecen otros puertos de uso público de la Macro Zona Norte, puesto que tal decisión prácticamente triplicaría el costo marginal de transporte por tonelada, tanto para carga fraccionada como para carga en contenedores (en cuyo caso la diferencia es aun mayor). Por ejemplo, una tonelada de carga fraccionada transportada por el Puerto de Iquique costaría a un importador localizado en Iquique (considerando transporte, muellaje a la carga y transferencia) aproximadamente US\$8,6, mientras que si se transportase a través de Arica, Mejillones o Antofagasta supondría un costo de aproximadamente US\$26,5, US\$28,4 o US\$26,8, respectivamente. Esto permite a este Tribunal concluir que, salvo situaciones excepcionales, los importadores o exportadores situados en la Región de Tarapacá transferirán su carga a través de los frentes de atraque del Puerto de Iquique.

En este sentido, la FNE realizó un análisis en su informe sobre el origen o destino de las cargas nacionales transportadas por los puertos de Arica, Iquique y Antofagasta, en el que concluye que casi la totalidad de la carga transportada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por cada uno de éstos corresponde a carga que comienza o termina su viaje en la misma región del puerto, como puede observarse en el siguiente cuadro.

Cuadro N° 3:
Participación porcentual por origen/destino en del total de carga nacional movilizada por los puertos estatales de la Macro Zona Norte

Región de origen/destino	Puerto de salida/entrada		
	Arica	Iquique	Antofagasta
Arica y Parinacota	[95-100]%	[0-5]%	[0-5]%
Tarapacá	[0-5]%	[95-100]%	[0-5]%
Antofagasta	[0-5]%	[0-5]%	[95-100]%
Otras	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Total	100%	100%	100%

Fuente: Elaboración del TDLC en base a información acompañada por la FNE a fojas 911, Tabla N°2.

Esta información demuestra que, en la práctica, existe escasa o nula sustitución entre los servicios portuarios ofrecidos por los puertos de estas tres regiones, transportándose la carga de cada región casi exclusivamente en los puertos correspondientes a cada una de ellas, por lo que no puede considerarse, en opinión de este Tribunal, que los puertos de Arica y Parinacota o Antofagasta formen parte del mismo mercado geográfico del Puerto de Iquique.

La situación a la que la Empresa Portuaria de Arica hizo referencia en su aporte de antecedentes, en que señala que ante el paro de trabajadores del Puerto de Iquique las naves fueron atendidas por el Puerto de Arica, sería meramente circunstancial, puesto que ante el cierre de un puerto no existe posibilidad de elección ni revelación de preferencias. A lo sumo, ello podría indicar que el Puerto de Arica es marginalmente mejor sustituto para el Puerto de Iquique que el de Antofagasta, pero nada dice de la idoneidad de sustitución del Puerto de Iquique por ninguno de ellos en condiciones normales.

Ahora bien, otros intervinientes, entre ellos EPA e ITI, han señalado que existiría actualmente algún grado de sustitución entre el Puerto de Arica y el Puerto de Iquique para la carga que tiene como origen o destino ciudades de Bolivia, fundando sus argumentaciones en evidencia reciente concerniente al crecimiento de la carga boliviana transferida por este último puerto. Asimismo, SAAM señaló en su aporte de antecedentes que existiría un desarrollo suficiente de la infraestructura vial entre las principales ciudades de Bolivia e Iquique, agregando que las distancias que separarían a dichas ciudades bolivianas del Puerto de Arica serían prácticamente equivalentes a las que las separarían del Puerto de Iquique.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Pese a que el foco del análisis que hace este Tribunal sobre las condiciones de competencia en las licitaciones portuarias radica en los efectos en el bienestar de los consumidores ubicados en Chile, la posibilidad que tienen los importadores o exportadores bolivianos de sustituir al Puerto de Iquique por el Puerto de Arica podría incrementar la competencia entre estos puertos para la carga con origen o destino en Chile, lo que podría mejorar la situación de importadores o exportadores nacionales, especialmente si se tiene en consideración que los concesionarios no pueden discriminar entre sus diversos usuarios.

Por lo anterior, este Tribunal analizará en los párrafos que siguen si existe tal posibilidad de sustitución para las cargas con origen o destino en Bolivia y si éstas representan una parte importante de la carga transportada por cada uno de dichos puertos.

Para comprobar la efectividad de tales circunstancias, este Tribunal confeccionó, a partir de información pública sobre distancias y tiempos de viaje entre ciudades, el siguiente cuadro que revela la diferencia en costos que conllevaría a los exportadores e importadores bolivianos de diversas ciudades la sustitución del Puerto de Arica por el Puerto de Iquique.

Cuadro N° 4:
Comparación de las distancias y el tiempo que separa a diversas ciudades importantes de Bolivia de los puertos de Arica e Iquique, y el costo de transportar una tonelada de carga desde o hacia uno u otro puerto

Ciudad Boliviana	Distancia (Km)		Tiempo de viaje		Costo de transporte por Ton (US\$)	
	Arica	Iquique	Arica	Iquique	Arica	Iquique
La Paz	458	715	7h 41'	12h 59'	16,946	26,455
Santa Cruz	1138	1395	17h 11'	21h 59'	42,106	51,615
Cochabamba	644	902	9h 59'	14h 47'	23,828	33,374
Oruro	496	477	8h 1'	11h 23'	18,352	17,649

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información pública obtenida de Google Earth y estimaciones de costos de transporte de la FNE.

De este cuadro se desprende que sólo para la ciudad boliviana de Oruro existe una distancia y un costo por tonelada comparable entre importar o exportar a través del Puerto de Iquique o hacerlo por el Puerto de Arica, aunque las estimaciones del tiempo necesario para recorrer la distancia favorecen a la ciudad de Arica, pudiendo de este modo existir también una preferencia por ésta.

Asimismo, del solo análisis de la incidencia de la carga boliviana y extranjera dentro del total transportado por cada puerto se puede deducir que actualmente los usuarios bolivianos presentan una marcada preferencia por transportar sus bienes a través del Puerto de Arica, transfiriendo cerca de dos millones de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

toneladas a través de este último, mientras que en Iquique -específicamente en el frente de atraque operado por ITI- sólo se habrían transportado en el año 2012 cien mil toneladas, esto es, una vigésima parte de lo transportado en el Puerto de Arica. El siguiente cuadro muestra la evolución en los años recientes de la incidencia de la carga boliviana y extranjera en general en el terminal concesionado a ITI y en el Puerto de Arica.

Cuadro N° 5:
Evolución de la importancia relativa de la carga por origen y destino en los frentes de atraque concesionados de Arica e Iquique, entre los años 2010 y 2013

Frente	Tipo de Carga	2010	2011	2012	2013*
ITI	Boliviana	3,1%	2,3%	5,4%	7,7%
	Extranjera	3,7%	4,2%	5,5%	8,2%
	Total (Ton)	2.160.781	2.129.129	2.036.804	1.346.872
TPA	Boliviana	73,2%	68,7%	74,5%	76,6%
	Extranjera	82,7%	79,1%	85,3%	86,3%
	Total (Ton)	2.131.367	2.659.060	2.590.83	1.920.579

Fuente: Elaboración del TDLC en base a información acompañada por ITI a fojas 1303 y por TPA a fojas 1376.

En opinión de este Tribunal, la situación que se observa en el cuadro anterior se produce, probablemente, por las evidentes ventajas que Arica tiene respecto de Iquique en cuanto a: (i) la cercanía con las más importantes ciudades bolivianas, como ya se vio en el Cuadro N° 4, y (ii) ser un puerto de libre tránsito para dicha carga, de acuerdo a con lo estipulado en el Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Bolivia de 1904, lo que aún no sucede con el Puerto de Iquique. Lo anterior no obsta a que en el futuro puedan aumentar la sustitución entre ambos puertos en caso de prosperar el intercambio de notas diplomáticas entre ambos países, y de mejorar las condiciones de conectividad vial entre las ciudades bolivianas y el Puerto de Iquique.

Por todo lo anterior, este Tribunal estima que los frentes de atraque ubicados en los puertos de uso público de las regiones de Antofagasta, y de Arica y Parinacota no se encuentran en el mismo mercado geográfico que el frente de atraque objeto del presente informe. Lo anterior es sin perjuicio que, en el largo plazo, debido a mejoras viales, tecnológicas o de cualquier otra índole que hagan disminuir el costo del transporte terrestre entre estas ciudades, pudiese considerarse que el *hinterland* o zona de influencia geográfica para proyectos de mayor escala podría comprender a más de uno de los centros urbanos de la Macro Zona Norte.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

6.4 Definición del mercado relevante

De acuerdo con lo señalado en los apartados anteriores, el mercado relevante para los efectos de este informe corresponde al de provisión de servicios portuarios básicos, segmentado por tipo de carga, ofrecidos en los puertos de uso público de la Región de Tarapacá, que actualmente atiendan a una nave de tipo *Panamax* y que potencialmente tengan la capacidad de atender a una nave de tipo *New Panamax*.

Por consiguiente, los únicos frentes de atraque que actualmente forman parte del mercado relevante así definido son aquellos ubicados en el Puerto de Iquique, cuyas características se detallan en el Cuadro N° 6 siguiente.

**Cuadro N° 6:
Características actuales de los frentes de atraque del Puerto de Iquique**

Frente de Atraque	Puerto	Operador	Tipo de carga	Eslora máxima	Calado máximo	Posibilidad de expandirse a New Panamax
Frente de Atraque 1	Iquique	EPI	Contenedores, Fraccionada, Automóviles	275 m	9,3 m	Sí
Frente de Atraque 2	Iquique	ITI	Contenedores, Fraccionada, Automóviles	304 m	11,4 m	Sí

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información del Plan Maestro del Puerto de Iquique, obtenido del sitio web de EPI.

Como puede observarse en este cuadro, los actuales dos frentes de atraque del Puerto de Iquique tienen la capacidad suficiente para atender naves de tipo *Panamax*. En relación con la nave de diseño del proyecto por concesionarse - *New Panamax*-, se debe tener presente que ésta podría ser atendida en el futuro mediante la modificación y ampliación del sitio 4, que forma parte del Frente de Atraque N° 2, actualmente operado por ITI.

7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE

Habiéndose determinado el mercado relevante en el que incide la licitación portuaria consultada por EPI, este Tribunal procederá a continuación a evaluar las condiciones de competencia en cada uno de los segmentos de carga que atiende actualmente y atenderá el futuro concesionario del Frente de Atraque N°

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1 del Puerto de Iquique, con el fin de realizar un análisis prospectivo de sus posibilidades de ejercer poder de mercado.

Como lo ha señalado previamente este Tribunal, el solo estudio de los niveles de concentración en un mercado no es suficiente para llegar a conclusiones sobre esta materia, por lo que también se analizarán las condiciones de competencia actual, las condiciones de entrada de nuevos competidores y la factibilidad de competencia potencial en este mercado.

7.1 Oferta en cada uno de los segmentos del mercado relevante

7.1.1 Total de carga transferida

El siguiente cuadro muestra un panorama general de la estructura del mercado en la Región de Tarapacá, observándose la creciente relevancia del frente de atraque concesionado a ITI en el total de la carga transferida.

Cuadro N° 7:
Evolución de las participaciones de mercado sobre el total de la carga transferida por ITI y EPI e importancia relativa de los subtipos de carga (general, contenedores y automóviles) dentro de dicho total, medidas en toneladas, entre los años 2009 y 2013

Clasificación		2009	2010	2011	2012	2013*
Por puerto	EPI	26%	21%	21%	17%	16%
	ITI	74%	79%	79%	83%	84%
	Total	100%	100%	100%	100%	100%
Por tipo de carga	Contenedores	77%	77%	70%	72%	71%
	Automóviles	6%	7%	8%	9%	10%
	Otras	17%	16%	22%	19%	20%
	Total	100%	100%	100%	100%	100%
Total General		2.241.392	2.729.270	2.706.527	2.448.341	1.600.419

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por ITI a fojas 1303 y por EPI a fojas 1282.

*Nota: Para el año 2013 se considera sólo hasta el mes de agosto, inclusive.

Asimismo, se observa que este puerto se ha especializado en transferencia de carga en contenedores, la cual representa una parte muy relevante del total de carga transferida, situación que, según las estimaciones realizadas en el informe de GeoSIG acompañado por EPI a fojas 229, seguiría incrementándose en el futuro próximo por la llegada de naves portacontenedores de mayores dimensiones y por la mayor demanda de éstos por parte de los usuarios relevantes, debido a razones tecnológicas.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

7.1.2 Carga en contenedores

Respecto de la carga en contenedores, el siguiente cuadro muestra la evolución de las participaciones de las dos empresas del Puerto de Iquique dentro del total de carga en contenedores transferida desde el año 2009.

**Cuadro N° 8:
Evolución de las participaciones de mercado de EPI e ITI y del nivel de concentración en el transporte portuario de carga en contenedores en el mercado relevante, medidas en toneladas transferidas, entre los años 2009 y 2013**

Frente	2009	2010	2011	2012	2013*
EPI	22%	14%	5%	3%	3%
ITI	78%	86%	95%	97%	97%
Total	1.729.233	2.092.195	1.900.913	1.758.322	1.129.493
HHI	6.561	7.610	9.005	9.466	9.376

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por ITI a fojas 1303 y por EPI a fojas 1282.

*Nota: Para el año 2013 se considera sólo hasta el mes de agosto, inclusive.

Este cuadro muestra la actual concentración que existe en cuanto al transporte de carga en contenedores en la región, que es realizada casi en su totalidad por ITI, lo que podría explicarse por una disminución de la capacidad de EPI para transportar este tipo de carga durante los últimos años. Esta situación se debería, de acuerdo con lo señalado por la empresa portuaria estatal en su solicitud, a la incapacidad del Frente de Atraque N° 1 de atender este tipo de carga y a la pérdida de grúas y otros equipos necesarios para prestar dichos servicios en los años recientes.

7.1.3 Automóviles

En cuanto a la transferencia de automóviles, el siguiente cuadro muestra la evolución de las participaciones de ambos frentes de atraque, medidas en toneladas, desde el año 2009.

**Cuadro N° 9:
Evolución de las participaciones de mercado de EPI e ITI y del nivel de concentración en el transporte portuario de automóviles en el mercado relevante, medidas en toneladas transferidas, entre los años 2009 y 2013**

Frente	2009	2010	2011	2012	2013*
EPI	56%	71%	84%	64%	58%
ITI	44%	29%	16%	36%	42%
Total	124.109	204.505	211.812	223.557	153.173
HHI	5.074	5.922	7.352	5.418	5.118

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por ITI a fojas 1303 y por EPI a fojas 1282.

*Nota: Para el año 2013 se considera sólo hasta el mes de agosto, inclusive.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Este cuadro muestra que EPI, pese a sus dificultades para transferir carga en contenedores y su precaria infraestructura, mantiene una alta participación en la transferencia de automóviles, lo que puede transformarse en un negocio importante para el futuro concesionario. Esta alta participación, sin embargo, puede deberse a que ITI prioriza la descarga de naves porta contenedores por sobre naves porta vehículos, lo que deja a EPI con una demanda residual importante en aquellas fechas en que el transporte de contenedores ocupa gran parte de la capacidad del Frente de Atraque N° 2, actualmente operado por ITI. Es posible, entonces, que ante una mayor competencia por el transporte de contenedores y una rivalidad por dicho segmento de mercado entre el futuro concesionario e ITI, se incremente, asimismo, la competencia por el transporte de vehículos.

7.1.4 Otras cargas

En lo que respecta a otras cargas que no hayan sido clasificadas en los cuadros anteriores -como es la carga fraccionada no consistente en vehículos y la carga a granel-, el siguiente cuadro muestra la evolución en los últimos años de las participaciones de mercado de EPI e ITI sobre el total transferido en el Puerto de Iquique.

Cuadro N° 10:
Evolución de las participaciones de mercado de EPI e ITI y del nivel de concentración en el transporte portuario de otras cargas en el mercado relevante, medidas en toneladas transferidas, entre los años 2009 y 2013

Frente	2009	2010	2011	2012	2013*
EPI	31%	31%	50%	47%	41%
ITI	69%	69%	50%	53%	59%
Total	388.049	432.570	593.802	466.462	317.753
HHI	5.702	5.758	5.000	5.018	5.179

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por ITI a fojas 1303 y por EPI a fojas 1282.

*Nota: Para el año 2013 se considera sólo hasta el mes de agosto, inclusive.

De esta información puede observarse que, a partir del año 2011, ambas empresas se han mantenido en una situación equilibrada en cuanto a participación de mercado en este tipo de carga, pese a la disminución que se ha observado en el total de la carga de este tipo transferida durante el año 2012 respecto del año anterior.

7.2 Condiciones de ingreso

En lo que respecta a las condiciones de entrada, este Tribunal ha señalado en anteriores informes referentes a licitaciones portuarias, que la principal barrera de entrada a este mercado es la inexistencia de bahías abrigadas con condiciones óptimas para la construcción de un puerto. En el caso de Iquique, no existe evidencia en estos autos sobre la existencia o no de otras bahías abrigadas con condiciones para albergar un proyecto portuario.

Ahora bien, aun en el evento de existir bahías abrigadas aptas para la eventual instalación de puertos competidores, pueden existir otros factores que retrasen la entrada de nuevos operadores portuarios, como son los plazos involucrados en la solicitud de una concesión marítima, los estudios de impacto ambiental necesarios, la construcción misma del puerto o la sobreinversión en frentes de atraque con capacidad ociosa. Esto favorecería el eventual ejercicio de poder de mercado por parte de una empresa dominante, lo que también debe ser analizado por este Tribunal.

El proceso completo para construir un nuevo puerto, desde su ideación hasta la recepción y puesta en marcha del mismo -incluyendo los estudios y permisos necesarios y la obtención de la concesión marítima-, puede llevar entre cuatro y diez años, como fue señalado por este Tribunal en la causa Rol NC 408-2012, dependiendo de la magnitud de la inversión y de la infraestructura que se necesite construir. Esto llevaría a que una empresa con poder de mercado en un mercado relevante, incluso ante la presencia de competencia potencial y sabiendo que existen proyectos portuarios alternativos, pueda ejercer dicho poder de mercado por un plazo no despreciable, afectando de esta manera la eficiencia económica.

Según la información contenida en la consulta de EPI, actualmente el Puerto de Iquique posee una capacidad de transferencia “eficiente” (que considera un 60% de ocupación) de 375.000 TEUs. Del mismo modo, señala EPI en su consulta que el objetivo de la licitación es duplicar dicha capacidad “eficiente” a 750.000 TEUs. Contrastando esta información con las estimaciones realizadas por GeoSIG en su informe acompañado a fojas 229, se obtienen los siguientes cuadros, elaborados sobre la base de distintos escenarios de crecimiento proyectado de la demanda.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Cuadro N° 11:
Capacidad ociosa al año 2010 y proyectada hasta el año 2035 del Puerto de Iquique, suponiendo que el nuevo concesionario comenzaría a operar en el año 2020, bajo un escenario de alto crecimiento de la demanda (proyección favorable)**

Año	Capacidad "eficiente" (60% de ocupación) (TEU)	Proyección favorable (TEU)	Capacidad ociosa respecto de un nivel de congestión de 60%
2010	375000	265000	29%
2015	375000	355000	5%
2020	750000	474000	37%
2025	750000	555000	26%
2030	750000	661000	12%
2035	750000	802000	-7%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información contenida en la consulta de EPI, a fojas 229 y en el informe elaborado por GeoSIG, acompañado a dicha solicitud.

**Cuadro N° 12:
Capacidad ociosa al año 2010 y proyectada hasta el año 2035 del Puerto de Iquique, suponiendo que el nuevo concesionario comenzaría a operar en el año 2020, bajo un escenario de bajo crecimiento de la demanda (proyección conservadora)**

Año	Capacidad "eficiente" (60% de ocupación) (TEU)	Proyección conservadora (TEU)	Capacidad ociosa respecto de un nivel de congestión de 60%
2010	375000	265000	29%
2015	375000	334000	11%
2020	750000	413000	45%
2025	750000	466000	38%
2030	750000	529000	29%
2035	750000	607000	19%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información contenida en la consulta de EPI, a fojas 229 y en el informe elaborado por GeoSIG, acompañado a dicha solicitud.

Como se puede observar en estos cuadros, el Puerto de Iquique funcionaba al año 2010 con una capacidad ociosa de 29% respecto del nivel eficiente. Asimismo, si bien sería necesario que las nuevas inversiones estuvieran funcionando al año 2020 para no superar la tasa de ocupación eficiente del puerto que EPI estima en un 60%, se observa que la construcción de estas nuevas obras generaría una capacidad ociosa incluso superior a la eficiente, alcanzando una tasa de ocupación eficiente del puerto recién entre los años 2030 y 2035 en el escenario de alto crecimiento de la demanda, lo que no ocurriría en el período estudiado bajo el escenario conservador durante los primeros 20 años de concesión.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Lo anterior es especialmente relevante ya que estas estimaciones de capacidad instalada consideran solamente la construcción de un frente de atraque para naves de tipo *New Panamax* (cualquiera sea la alternativa utilizada, Grupo N° 1 o Grupo N° 2 de Ofertas) y el reforzamiento antisísmico de los actuales sitios del Frente de Atraque N° 1. Sin embargo, de adjudicarse el Grupo N° 1 de Ofertas, la capacidad potencial controlada por el nuevo concesionario podría ser aún mayor, dadas sus posibilidades de crecimiento en toda la dársena que se creará, que EPI identifica en su consulta como “[...] *entre 1 y 4 nuevos sitios de atraque*”, e, incluso, habilitando el actual Molo para naves de mayor tamaño mediante su extensión (Grupo N° 2 de Ofertas).

En otras palabras, si bien con el actual proyecto de expansión a un nuevo frente de atraque para naves de gran tamaño se soluciona el déficit de infraestructura proyectado para el 2015-2017, la construcción del proyecto contenido en el Grupo N° 1 de Ofertas, podría afectar en mayor medida la competencia potencial por la mayor capacidad ociosa que podría generar. Lo anterior, a juicio de este Tribunal, podría desincentivar las inversiones por parte de actuales o potenciales competidores, reduciendo con ello la disciplina competitiva que éstos podrían introducir. Cabe tener presente que la disciplina competitiva que el puerto de ITI podría ejercer sobre el futuro concesionario depende del plazo de concesión que reste a ITI, dado que los incentivos a invertir disminuyen a medida que se acerca el término de su concesión.

Por lo anterior, este Tribunal establecerá condiciones adicionales de competencia en la Licitación para el caso de que prospere el Grupo N° 1 de Ofertas.

8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN

8.1 Introducción

Tal como ha señalado este Tribunal con anterioridad, cuando se trata de asignar por medio de una licitación derechos exclusivos sobre infraestructuras escasas, es preciso resguardar dos ámbitos de competencia: (i) las condiciones de competencia en la Licitación, o competencia *ex ante*; y, (ii) las condiciones de competencia en la provisión de los servicios portuarios a los usuarios, o competencia *ex post*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Esta sección abordará las condiciones de competencia en la Licitación o competencia *ex ante*, ya que la Licitación asignará a una única empresa el derecho exclusivo y excluyente de operar el o los frentes de atraque objeto de la misma. Por esta razón, resulta imprescindible que el mecanismo de asignación de la concesión sea lo más competitivo posible, ya que ello asegurará la participación de distintos oferentes y la asignación óptima del recurso escaso. En este sentido, es preciso que la Licitación promueva condiciones de provisión de los servicios portuarios básicos lo más cercanas posible a las que prevalecerían en un mercado competitivo en términos de precio, cantidad y calidad.

Cabe señalar que el concesionario del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique no será el único oferente en cada uno de los segmentos del mercado relevante definido en este informe. No obstante, la presencia de un único otro competidor (ITI) y la inexistencia de antecedentes que hagan previsible la incorporación de otros oferentes en plazos razonables, no asegura completamente las condiciones de competencia *ex post*. Por este motivo, en la sección siguiente este Tribunal analizará las condiciones que permitan resguardarla.

Por otra parte, con la construcción del nuevo Frente de Atraque N° 3 (Grupo N° 1 de Ofertas) o con la ampliación del actual Frente de Atraque N° 1 (Grupo N° 2 de Ofertas), el nuevo concesionario será capaz de atender, en el mediano plazo, una nave de tipo *New Panamax*, siendo el único puerto en la Región de Iquique con esas características. Cabe señalar que ITI en la actualidad no puede atender una nave de este tipo, pero sí podría hacerlo en el futuro de acuerdo con la información pública contenida en su Memoria del año 2012, que señala que “[...] *se terminaron los estudios para dragar el sitio 4, con el objeto de adecuar su profundidad a los requerimientos de estas nuevas naves [Postpanamax]*”.

Para lograr el objetivo propuesto, esto es, maximizar la competencia en la licitación, a continuación se analizará el marco regulatorio aplicable a la asignación en concesión de frentes de atraque estatales, las propuestas de EPI y, finalmente, los resguardos adicionales que este Tribunal estima necesario incorporar para maximizar la competencia en la licitación o competencia *por el puerto*.

8.2 Marco regulatorio aplicable a la licitación de frentes de atraque estatales y proposición de EPI

El marco regulatorio aplicable a la asignación en concesión de frentes de atraque estatales se encuentra en la Ley y el respectivo Reglamento de Licitaciones Portuarias.

Los principales resguardos legales y reglamentarios para la competencia en la Licitación serán analizados por materias, en el siguiente orden: (i) subsidiariedad y mecanismo de asignación de frentes de atraque estatales; (ii) modalidad de licitación y criterios de evaluación; (iii) criterios de adjudicación; (iv) canon anual; (v) otros pagos del concesionario a EPI; y (vi) contenidos mínimos, plazos, garantías y sanciones.

En cada una de estas materias se señalará, primero, el marco regulatorio aplicable, cuyas normas deben entenderse incorporadas en las Bases de la Licitación por el sólo ministerio de la ley; segundo, la propuesta de EPI y; finalmente, aquellos términos o condiciones complementarias que este Tribunal estima necesarias para propender a una mayor competencia en la asignación de los frentes de atraque.

(i) Subsidiariedad y mecanismo de asignación del uso de frentes de atraque estatales

El artículo 19 de la Ley dispone que la construcción y desarrollo de nuevos frentes de atraque debe ser efectuada por privados mediante concesiones portuarias licitadas públicamente, y sólo subsidiariamente por las empresas portuarias estatales. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley, la prestación de los servicios en los recintos portuarios estatales debe efectuarse por privados o con participación de éstos, y sólo subsidiaria o excepcionalmente por las empresas portuarias estatales.

A su vez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley, la concesión portuaria es la única forma de entregar a los privados el uso de frentes de atraque estatales. En este sentido, el artículo 7º de la Ley establece que las concesiones portuarias se otorgarán mediante licitación pública, en las condiciones que establece el Reglamento.

(ii) Modalidad de licitación y criterios de evaluación

De acuerdo con el artículo 5º del Reglamento corresponde al Directorio de EPI determinar las distintas modalidades del proceso de licitación (propuesta en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sobre cerrado, remate, etc.), y si éste contemplará una o más etapas, señalando los aspectos mínimos que debería abordar una primera etapa.

Las Bases de Licitación explican que, dado que los oferentes pueden optar por dos proyectos referenciales de desarrollo, la Licitación se llevará a cabo mediante un esquema con dos grupos de ofertas, diferenciados por el proyecto en cuestión, privilegiándose las ofertas realizadas en el Grupo N° 1 por sobre las efectuadas en el Grupo N° 2.

Así, de acuerdo con EPI, los objetivos de expansión de capacidad del Puerto de Iquique perseguidos por la Licitación pueden obtenerse de dos formas o con dos proyectos alternativos de expansión de infraestructura portuaria y que conforman dos grupos de oferentes. Como se ha señalado, las ofertas del Grupo N° 1 comprenden aquellas que optan por el desarrollo del proyecto referencial que contempla la habilitación de una nueva dársena exterior mediante la construcción de un nuevo molo de abrigo hacia el oeste, lo que permitiría generar un nuevo frente de atraque con 1 a 4 nuevos sitios (en adelante, "Grupo N° 1 de Ofertas"). Por su parte, las ofertas del Grupo N° 2 son aquellas que optan por extender en 627 metros hacia el norte el Frente de Atraque N° 1 (en adelante, "Grupo N° 2 de Ofertas"). En ambos casos, se contempla como obligatorio para el concesionario la ejecución de obras de reforzamiento antisísmico del Frente de Atraque N° 1 y de obras de relleno del borde costero.

En lo que respecta al Grupo N° 1 de Ofertas, EPI cuenta con un estudio a nivel de prefactibilidad desarrollado por la empresa GSI Ingenieros Consultores Ltda. que plantea tres alternativas que difieren en cuanto al diseño y ubicación del nuevo frente de atraque resultante y de las explanadas o áreas de respaldo del mismo. Así, la alternativa 1 contempla el ensanche del actual Frente de Atraque N° 1 hacia el poniente y la ubicación del nuevo frente al este de la nueva dársena. La alternativa 2 contempla la ubicación del nuevo sitio al oeste de la nueva dársena. Finalmente, la alternativa 3 contempla la extensión del Puerto hacia el sur poniente. Tanto la alternativa 2 como la 3 consideran áreas de respaldo inmediatamente detrás del sitio y, como opción de ampliación, se propone el desarrollo de la explanada ubicada al costado sur de la península Serrano.

En estas tres alternativas es posible observar, como se señaló, que el Grupo N° 1 de Ofertas contempla la construcción de un nuevo frente de atraque -adicional al Frente de Atraque N° 1-, que cuenta con áreas de respaldo distintas a las que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

actualmente utiliza EPI en este último y que, por lo tanto, ambos frentes podrían operar como unidades independientes.

Lo anterior, sin perjuicio de que los oferentes del Grupo N° 1 de Ofertas pueden proponer una alternativa diferente a las propuestas por EPI para la construcción del nuevo frente de ataque, cumpliendo con los criterios mínimos que se especifican para el diseño de tales obras.

La sección 3.9 de las Bases de Licitación señala que los oferentes podrán optar por desarrollar uno de los proyectos referenciales que se describen, pudiendo presentar ofertas para ambos. No obstante, agrega el punto 3.11, por cada oferente, EPI recibirá sólo una oferta para cada grupo.

De acuerdo con lo señalado en la sección 3 de las Bases de Licitación, las ofertas del Grupo N° 2 sólo son abiertas, evaluadas, desempatadas y, eventualmente, adjudicadas, en el evento de no resultar adjudicada ninguna de las ofertas del Grupo N° 1.

En relación con los criterios de evaluación de las Ofertas de Antecedentes Generales, y siguiendo el criterio establecido por este Tribunal en informes anteriores, el borrador de Bases de la Licitación presentado indica en el punto 3.13, en síntesis, lo siguiente: *“Una Oferta podrá ser desestimada o rechazada si el Plan Referencial de Desarrollo del Frente de Ataque Molo que se presenta es considerado incoherente o no factible de ser ejecutado por parte de la Comisión Evaluadora. En esos casos, la Comisión Evaluadora deberá expresar las razones lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en virtud de las cuales adoptó la decisión”*.

El punto 3.16 del borrador de Bases de Licitación complementa lo anterior indicando que no se adjudicará la Licitación al oferente que no cumpla con los requisitos establecidos en la Ley o en este Informe y que será rechazada aquella oferta que exceda el Índice Máximo de Adjudicación de Reserva Secreto (IAMRS).

Al respecto, este Tribunal considera recomendable que EPI defina un mecanismo de licitación que busque maximizar los incentivos para que los participantes compitan entre sí en función de un menor índice tarifario ofertado a los usuarios de servicios básicos, para lo cual es esencial que se establezcan con claridad y objetividad los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las cuales una oferta puede ser desestimada y los motivos por los cuales la Licitación o cualesquiera de sus etapas puede ser declarada desierta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En efecto, la sola obligación de que la Comisión Evaluadora exprese las razones lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en virtud de las cuales podrá rechazar una oferta no contribuye a esclarecer los hechos que hacen incoherente o no factible un Plan Referencial de Desarrollo presentado, elevando el riesgo de un comportamiento arbitrario por parte de la licitante, incrementando el costo esperado de los interesados en competir en la Licitación y generando, por lo tanto, desincentivos artificiales de participación que reducen la probabilidad de lograr una competencia *ex ante* vigorosa y eficiente.

Por consiguiente, este Tribunal estima que EPI deberá atenerse a criterios objetivos de evaluación previamente establecidos y conocidos por los postulantes, a excepción del índice de adjudicación máximo de reserva que, como se dijo, deberá mantenerse en secreto mientras la Licitación no sea adjudicada.

Los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las que una oferta pueda ser desestimada y aquellas por las que la Licitación o cualquiera de sus etapas puedan ser declaradas desiertas deberán ser objetivos, estar establecidos con claridad en las bases y ser conocidos por los postulantes, a excepción del índice de adjudicación máximo de reserva, debiendo precisarse, por lo tanto, los hechos que permitirán a la Comisión Evaluadora considerar incoherente o no factible un Plan Referencial de Desarrollo presentado.

Por otra parte, y sin perjuicio de que las Bases plantean como alternativos los proyectos de expansión de los Grupos N^{os} 1 y 2 de Ofertas, a este Tribunal le preocupa la posibilidad de que, en el futuro, el concesionario que se adjudique el Grupo N^o 1 de Ofertas pueda, además de desarrollar un nuevo frente de ataque, ampliar el Frente de Ataque N^o 1 (Molo), sin un análisis previo por parte de este Tribunal en relación con los efectos que ello ocasionaría para la libre competencia, riesgo que se analizará y resguardará en la subsección 10.4.

(iii) Criterios de adjudicación

El artículo 9^o del Reglamento enuncia los posibles criterios de adjudicación de la concesión que EPI podría emplear, siendo decisión de dicha empresa usar uno o varios de ellos, u otro criterio de asignación.

Este Tribunal, tal como lo ha señalado en sus anteriores informes en esta materia, considera que desde el punto de vista de la libre competencia no es indiferente cuál sea el criterio de asignación que se utilice, resultando imprescindible que el factor determinante de la adjudicación sea el menor índice

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tarifario de los servicios básicos ofrecidos a los usuarios, esto es, el menor promedio ponderado de las tarifas por los servicios sujetos a valores máximos (Índice de Adjudicación). Las tarifas de cada servicio con las cuales resulte adjudicada la Licitación, se constituirán en la tarifa máxima aplicable al correspondiente servicio básico, o bien se emplearán para construir los índices máximos aplicables a cada uno, según se explicará en detalle en el numeral (iii) de la Sección 9 (obligaciones en relación a tarifas).

En su Solicitud, y de acuerdo con las Bases de Licitación, EPI propone adjudicar la concesión al postulante que ofrezca el menor Índice de Adjudicación, el cual varía dependiendo si las Ofertas se presentan al Grupo N° 1 (construcción del nuevo Frente de Atraque N° 3) o al Grupo N° 2 (ampliación del Frente de Atraque N° 1).

Así, para el Grupo N° 1 de Ofertas, las Bases proponen que el Índice de Adjudicación sea calculado considerando las tarifas por transferencia de: (i) contenedores (TTC); (ii) carga fraccionada (TTF); (iii) automotores (TTA); (iv) la tarifa a la carga por uso del muelle (TMC); (v) la tarifa a la nave por uso del muelle (TMN); (vi) el valor residual solicitado por el Oferente en su Oferta (VRS); y, (vii) el porcentaje (α_k) de la recaudación por Tarifa de Uso del Puerto (TUP) expresado en tanto por uno y comprendido entre 0 y 1, solicitado por el Oferente. Estos dos últimos componentes son variables nuevas no analizadas en informes previos de este Tribunal. Asimismo, este Tribunal observa que el Índice de Adjudicación no incluye tarifas por el servicio de operación de cruceros que también realizará el concesionario bajo condiciones monopólicas.

En consecuencia, el Índice de Adjudicación propuesto por EPI, se calculará para las ofertas del Grupo N° 1 conforme a la siguiente fórmula:

$$IA_k = \lambda \cdot TTC_k + \mu \cdot TTF_k + \nu \cdot TTA_k + \pi \cdot TMC_k + \theta \cdot TMN_k + \rho \cdot VRS_k + \alpha_k \cdot TUP$$

Para el Grupo N° 2 de Ofertas (ampliación del Frente de Atraque N° 1), la fórmula del Índice de Adjudicación no incluye el porcentaje de la recaudación por Tarifa de Uso del Puerto, pero al igual que la del Grupo N° 1 de Ofertas, sí incluye el Valor Residual Solicitado, calculándose de la siguiente forma:

$$IA_k = \lambda \cdot TTC_k + \mu \cdot TTF_k + \nu \cdot TTA_k + \pi \cdot TMC_k + \theta \cdot TMN_k + \rho \cdot VRS_k$$

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La Tarifa de Uso del Puerto (TUP) es un cobro que realiza EPI a toda embarcación que entre en aguas abrigadas. Al incluirla en el Índice de Adjudicación, los distintos oferentes competirán por quién de ellos cobra un menor porcentaje de esa tarifa a EPI, entre otras variables, lo que equivale a que tenga mayores probabilidades de ganar la Licitación quien le cobre menos al Estado, produciendo, a juicio de este Tribunal, un problema de competencia similar al que se generaría al adjudicar por mayor pago al Estado. En efecto, esta forma de asignación de la concesión distorsiona el criterio de adjudicación porque éste dejaría de estar basado únicamente en las menores tarifas a usuario, dado que incluye el factor de reparto de la TUP como criterio de asignación, otorgando una mayor probabilidad de adjudicación de la Concesión a quien entregue una mayor proporción de esta tarifa como pago al Estado.

Por este motivo, este Tribunal solicitará a EPI que elimine del Índice de Adjudicación de ofertas del Grupo N° 1 el factor asociado a la TUP. Lo anterior, sin perjuicio que EPI pueda incorporar en las Bases de Licitación un porcentaje predefinido de la TUP que cederá en favor del concesionario.

Por su parte, el Valor Residual Solicitado (VRS) refleja el valor residual de las inversiones al término de la concesión, cuando el concesionario las devuelva al Estado. Así, conforme a los índices de adjudicación propuestos, la oferta que solicite un menor valor residual, esto es, que cobre menos a EPI al término de la concesión, tiene mayores posibilidades de ser adjudicada.

A juicio de este Tribunal, la inclusión de este componente en nada contribuye a que las condiciones de oferta de los servicios portuarios se aproximen a las de un mercado competitivo y, por el contrario, distorsiona la asignación al incentivar el incremento de las tarifas de los servicios portuarios básicos para financiar una menor recuperación del valor residual.

Por consiguiente, este Tribunal solicitará a EPI eliminar de ambos Índices de Adjudicación (Grupo N° 1 y Grupo N° 2) el factor asociado al VRS. Lo anterior, sin perjuicio que EPI pueda incorporar en las Bases de Licitación un monto o porcentaje predefinido de las inversiones que estará dispuesta a reembolsar al adjudicatario al término de la concesión.

Por lo tanto, la Licitación deberá adjudicarse al postulante que ofrezca el menor índice de tarifas por los servicios básicos (Índice de Adjudicación), esto es, el menor promedio ponderado de las tarifas de cada uno de los servicios que son indispensables para el atraque de las naves, la movilización y el acopio de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

carga, o para cuya provisión es necesaria la infraestructura entregada en concesión, de manera que el concesionario los preste o pueda prestar en condiciones de monopolio en el frente de atraque licitado; debiendo excluirse de la fórmula conforme a la cual se calcula dicho índice el factor asociado a la TUP y al VRS, sin perjuicio del derecho de EPI de establecer tanto el porcentaje de la TUP que cederá a favor del concesionario, como el monto o porcentaje de las inversiones que estará dispuesta a reembolsar al término de la concesión.

Finalmente, las Bases de Licitación no contemplan dentro del Índice de Adjudicación la tarifa por el servicio de atención de cruceros que prestará obligatoriamente el concesionario en carácter monopólico. A juicio de este Tribunal, conforme se señalará en la Sección 9 (“obligaciones en relación a tarifas”) es preferible que los oferentes no compitan por la tarifa de operación de cruceros y que la misma esté sujeta a una tarifa máxima previamente establecida por EPI. Lo anterior, atendido que los ingresos del concesionario por la provisión de dicho servicio representarán una proporción relativamente menor y que, por referirse a pasajeros, resulta difícil de ponderar con los otros servicios básicos, referidos a carga.

Respecto de los ponderadores de cada una de las tarifas de los servicios básicos en el Índice de Adjudicación, EPI considera valores previamente definidos para los primeros tres años de concesión en el Borrador de Bases de Licitación cuya conformidad con el criterio establecido por este Tribunal en informes anteriores no es posible establecer con los antecedentes disponibles. De acuerdo con dicho criterio, EPI debiera establecer una metodología o fórmula de ponderación de las tarifas de cada uno de los servicios que de acuerdo a la Sección 6 deben ser considerados básicos, la que deberá ponderar cada tarifa según la importancia relativa que proyecte que tendrá cada servicio en los ingresos del concesionario durante el período de vigencia de la concesión portuaria.

Conforme a las Bases propuestas por EPI, a partir del cuarto año, dichos ponderadores se actualizarán anualmente, considerando la importancia relativa que ha tenido cada uno de los servicios básicos en los ingresos totales por dichos servicios que tenga el concesionario en los tres años anteriores, cumpliendo de esta forma con el criterio antes establecido por este Tribunal.

Respecto de un eventual empate, el Borrador de Bases indica en el punto 3.15 que los oferentes que hubieren empatado deberán presentar una “Oferta de Desempate” (conforme al formulario del Anexo I), indicando nuevos valores para las tarifas TTC, TTF, TTA, TMC y TMN, así como también un nuevo Valor

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Residual Solicitado y un nuevo valor del parámetro "u"; los que no podrán ser superiores a los valores que produjeron el empate. Se agrega que, de persistir el empate, EPI podrá adjudicar a aquel Oferente que, a su juicio, responda mejor a sus intereses o, alternativamente, podrá desestimar todas las Ofertas, dándose por concluida la Licitación.

Al respecto, y atendido lo señalado precedentemente respecto de la inconveniencia de que los factores asociados al VRS y a la TUP formen parte del Índice de Adjudicación, se ordenará a EPI excluir dichos factores también de la Oferta de Desempate.

Asimismo, y por las mismas razones expresadas en el acápite precedente (modalidad de licitación y criterios de evaluación) en cuanto a la necesidad de que los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las que una oferta pueda ser desestimada y aquellas por las que la Licitación o cualquiera de sus etapas puedan ser declaradas desiertas, deben ser objetivos, estar establecidos con claridad en las bases y ser conocidos por los postulantes. Del mismo modo, EPI deberá eliminar del punto 3.15 del Borrador de Bases, la facultad que se arroga en el párrafo final para adjudicar a aquel Oferente que, a su juicio, responda mejor a sus intereses o, alternativamente, desestimar todas las Ofertas, en caso de persistir el empate.

Por lo tanto, en caso de empate, los postulantes que hubieren empatado deberán formular una "Oferta de Desempate" indicando nuevos valores para los servicios básicos que, en caso alguno, podrán ser superiores a los valores que produjeron el empate; excluyendo de dicha oferta el factor asociado a la TUP y al VRS. De persistir el empate, la adjudicación entre los oferentes empatados se decidirá por sorteo.

Por otra parte, las Bases de Licitación contemplan un Índice de Adjudicación Máximo de Reserva Secreto (IAMRS), tanto para el Grupo N° 1 como para el Grupo N° 2 de Ofertas, en virtud del cual serán rechazadas aquellas ofertas que, dentro de cada grupo, excedan el respectivo IAMRS.

Ello está conforme con lo establecido por este Tribunal en informes anteriores, toda vez que resulta indispensable para asegurar que los precios por los servicios portuarios ofertados se aproximen lo más posible a los que existirían en un mercado competitivo.

(iv) Canon anual

El inciso tercero del artículo 7º de la Ley señala que, para el establecimiento del monto mínimo de la renta o canon de la concesión portuaria, servirá de referencia el valor económico del activo objeto de la misma. Lo mismo se señala en el inciso primero del artículo 6º del Reglamento.

Además, de acuerdo con el artículo 6º del Reglamento, tratándose de la primera licitación del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique, EPI no puede cobrar por concepto de renta o canon un monto inferior al “*pago anual equivalente mínimo*” (PAMi), cuya determinación debe efectuarse asimilando el valor económico de los activos objeto de la concesión a los valores libro vigentes para los mismos, a menos que EPI estime que su valor económico difiere significativamente de aquél. En este último caso, EPI debe fundamentar el valor económico de los activos en un estudio técnico.

En cuanto a la propuesta de EPI, en la Sección 4.11 del Borrador de Bases se indica que el canon anual que regirá para todos los años de la concesión se calculará como una tasa porcentual aplicada sobre el valor libro de los activos entregados, que se reajustará anualmente conforme al US PPI; valor sobre el cual se agregará la tasa vigente del IVA y que no podrá ser inferior al Pago Anual Equivalente Mínimo (PAMi) definido en el citado artículo 6º del Reglamento.

Al respecto, y sin perjuicio de que los montos no aparecen determinados aún por EPI, cabe señalar que lo relevante desde el punto de vista de la libre competencia es que el canon anual no sólo tenga un valor mínimo, sino también que el monto del canon anual diga relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión. Por esta razón, el monto del canon anual debe contribuir a facilitar que las ganancias en eficiencia del concesionario se puedan traducir en mejores condiciones de precio, cantidad y calidad para todos los usuarios, y no en un eventual traspaso de rentas monopólicas desde el concesionario a la empresa portuaria.

En este sentido, a juicio de este Tribunal y tal como ya se ha señalado en informes anteriores, para que el canon anual que EPI cobrará por la infraestructura que entrega en concesión sea en definitiva compatible con las normas de libre competencia, el “valor económico de los activos” no debería considerar su valor económico total, pues dicho valor podría incluir la posibilidad de generar rentas monopólicas con los activos concesionados, frustrando así los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resultados pro-competencia y de mayor eficiencia asignativa que se esperan del sistema de concesiones portuarias.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal estima que el canon anual no necesariamente debe calcularse asimilando el valor económico total de los activos objeto de concesión a los valores libro vigentes. Más bien, este Tribunal estima que EPI debiera utilizar como criterio de valorización el costo de reposición de los activos entregados en concesión, si éste último valor fuere mayor que los valores libro.

Por lo tanto, en el caso de autos y para efectos de calcular el canon anual, este Tribunal estima que la Solicitante deberá asimilar el valor económico de los activos objeto de concesión ya sea a los valores libro vigentes para los mismos, o al costo de reposición de las instalaciones existentes.

(v) Otros pagos del concesionario a EPI

El Borrador de Bases de Licitación presentado por EPI considera un pago por una sola vez (*Up Front*) que el concesionario pagará a EPI, el cual se denomina Pago Global. Dicho pago incorpora dos conceptos:

a) El monto a pagar a EPI con el propósito de reembolsar los gastos incurridos por dicha empresa en las tareas, asesorías y estudios necesarios para preparar el proceso de licitación, como los siguientes:

- (i) Estudio de evaluación de alternativas de constructibilidad bajo distintas condiciones de suelo.
- (ii) Estudio de demanda y Plan Maestro de EPI.
- (iii) Estudios de factibilidad, oleaje (marea), viento, batimetrías, etc.
- (iv) Generación de áreas de respaldo para facilitar la operación del nuevo terminal.
- (v) Construcción y equipamiento de parqueadero de camiones, sistemas de agua potable y alcantarillado, subestaciones y generadores.
- (vi) Desarrollo de *Layout* de acceso y *buffer* de camiones.

b) El monto a pagar por el concesionario a los trabajadores portuarios eventuales con el fin de cumplir las mitigaciones a que éstos tengan derecho, según lo considere la Empresa Portuaria y en cumplimiento a la estipulación que EPI ha hecho a favor de ellos y que no constituye parte del precio de la concesión.

Al respecto, este Tribunal considera que, desde el punto de vista de la libre competencia, es necesario que los pagos que el concesionario deba efectuar a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

EPI estén razonablemente asociados a costos, tales como aquellos que produzca la Licitación o los necesarios para financiar la operación eficiente de la Solicitante.

(vi) Contenidos mínimos, plazos, garantías y sanciones

El artículo 50 de la Ley y las consideraciones del Reglamento regulan los procedimientos y condiciones mínimas de la Licitación, con el objeto de propiciar la libre competencia y otorgar garantías de equidad a los concesionarios de los puertos estatales.

Cabe señalar que el Reglamento exige, en su artículo 3º, la elaboración de una Memoria Explicativa por parte de EPI y señala las materias mínimas que debe contener, y que el artículo 4º establece los contenidos mínimos de las Bases de la Licitación que EPI debe elaborar en concordancia con su Memoria Explicativa.

Al respecto, este Tribunal estima indispensable que se encuentren predefinidos con claridad y precisión por EPI, tanto la capacidad de la infraestructura como los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes, tal como se observa en el borrador de Bases de la Licitación.

Lo anterior a fin de que la competencia por tarifas que ha propuesto este Tribunal se produzca entre servicios de calidad y características de infraestructura equivalentes, y con ello los postulantes estén en mejores condiciones de evaluar los costos y riesgos de la provisión de los servicios. Ello incrementará la información disponible y su simetría entre los postulantes, favoreciendo con ello mejores condiciones de competencia en la licitación.

Tal como señalan las Bases y según cómo se adjudique la concesión, el concesionario deberá desarrollar uno u otro proyecto (Grupo N° 1 o Grupo N° 2 de Ofertas). Como se señaló, el Grupo N° 1 de Ofertas considera la construcción de un nuevo frente de ataque, en base a las tres propuestas de proyecto entregadas por EPI o, alternativamente, a la propuesta diferente que proponga el concesionario, cumpliendo con los criterios de diseño mínimos especificados en el Anexo VII de las Bases, los cuales permitirán atender una nave de diseño tipo *New Panamax* de 366 metros de eslora, 15,2 metros de calado, 49 metros de manga y con una capacidad para transferir 12.000 TEUs. En el mismo Anexo VII se señala también la capacidad de la infraestructura que resultará de las obras obligatorias que deberán ejecutar los oferentes que opten por realizar un proyecto diferente comprendido en el Grupo N° 1 de Ofertas, bajo el acápite "Criterios mínimos de diseño a considerar en propuesta distinta".

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A su vez, el Grupo N° 2 de Ofertas considera la ampliación del actual Frente de Atrache N° 1 en 627 metros hacia el noreste, el cual deberá ser apto para atender una nave de diseño tipo *New Panamax*.

Además, como obra obligatoria de inversión se considera el reforzamiento antisísmico de los sitios N° 1 y 2 del Frente de Atrache N° 1, para lo cual, las Bases también proponen alternativas de solución con obras de refuerzo y obras nuevas, tal como se especifica en el Anexo VII.

Finalmente, las Bases establecen que el concesionario deberá realizar obras mínimas de relleno marítimo, cuyo objetivo es generar nuevas áreas de respaldo. Estas obras se consideran como obligatorias dentro del contrato de concesión, pero se indica que podrán ejecutarse cuando los requerimientos de demanda así lo justifiquen durante el período de la concesión. Para esos efectos, EPI cuenta con un estudio referencial denominado “Construcción Rellenos Borde Costero Terminal Molo – Etapa de Factibilidad”, desarrollado por la empresa consultora GHD S.A. que considera proyectos a nivel de ingeniería de detalle, los que se encuentran actualmente en elaboración.

Por lo tanto, el Borrador de Bases permite que se presenten proyectos alternativos de inversión dentro del Grupo N° 1 de Ofertas siempre que cumplan ciertas condiciones y características mínimas suficientemente especificadas en cuanto a la capacidad de la infraestructura que resultará de las obras obligatorias que deberá ejecutar el concesionario, así como a los estándares de calidad de servicio -velocidad de transferencia- que deberán comprometer los postulantes.

Por su parte, el Anexo III especifica las Velocidades de Transferencia Mínimas por Nave y Promedio que deberá cumplir el concesionario en cada frente de atrache (tanto en el nuevo como en el Frente de Atrache N° 1) según si se trata de la Etapa I o II. Se entiende por Etapa I el período transcurrido entre el mes 1 y el mes 36, contado desde la fecha de entrega de la Concesión y por Etapa II el período que se inicia una vez transcurridos 36 meses desde la fecha de entrega de la Concesión.

Además, las Bases son claras en especificar cómo se verificará el Tiempo de Ocupación Máximo del Frente de Atrache N° 1 (véase sección 4.8.1 de las Bases) y desde cuándo se efectuará dicha verificación. Al respecto, las Bases señalan que ello se realizará a partir del primer día del séptimo mes contado desde la Fecha de Entrega.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, las Bases especifican cómo se verificará el cumplimiento del Tiempo de Ocupación Máximo Anual del Frente de Atraque N° 1, el cual también se comenzará a verificar transcurridos seis meses contados desde la Fecha de Entrega de la concesión, y su cálculo será trimestral.

Finalmente, las Bases especifican que el Tiempo de Espera Máximo de cada nave para atracar en el puerto no deberá superar las seis horas.

Por otra parte, el establecimiento de plazos mínimos para la presentación de las propuestas a que se refiere el artículo 7° del mismo cuerpo reglamentario, favorecen la competencia en la Licitación ya que aseguran a los postulantes información que es esencial para participar.

A este respecto, el Borrador de Bases establece en el punto 3.11 que las ofertas se presentarán en un día por definir, dentro de las 4 horas que median entre las 9:30 y las 13:30 horas; que las Ofertas Antecedentes General se abrirán el mismo día de su recepción; que las Ofertas Económicas se abrirán 45 días después; y, que la adjudicación se decidirá dentro de los 15 días hábiles siguientes a la apertura de las Ofertas Económicas o a la fecha en que se resuelva un eventual empate.

No obstante lo expuesto, en las Bases que este Tribunal ha tenido a la vista no se especifica la fecha del llamado a Licitación; el período de venta de las Bases; el período para formular consultas; el período de *due diligence* ni tampoco se indica el período de posibles visitas a terreno, si es que fuera necesario, todo lo cual es deseable que sea incorporado en las bases definitivas.

Adicionalmente, la existencia de requisitos generales para participar y el deber de publicar el llamado a licitación en diarios de circulación nacional (artículos 7° y 8° del Reglamento), contribuyen a incrementar el número de interesados.

Respecto de la existencia de requisitos generales para participar en el concurso, las Bases de Licitación establecen exigencias copulativas en materias de experiencia y de patrimonio. En cuanto a la experiencia, se señala que los oferentes deberán acreditar una experiencia en el sector portuario no inferior a 3 años y haber transferido un mínimo acumulado de 100.000 TEUs o 700.000 toneladas en puertos de acceso al público en general en los 5 años precedentes a la fecha de presentación de las ofertas. En lo que se refiere al patrimonio, las Bases establecen que el Oferente deberá acreditar un patrimonio mínimo no inferior a US\$ 60.000.000 (sesenta millones de dólares), en atención a los compromisos y obligaciones que implica el desarrollo de la Concesión. En caso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que el Oferente esté conformado por varios integrantes, cada uno deberá acreditar un patrimonio no inferior al producto entre US\$ 60 millones y su participación accionaria en la sociedad concesionaria prometida.

Tal como ha sostenido este Tribunal en otras oportunidades, las exigencias en materia de experiencia y de patrimonio no deben ser desmedidas pues, de serlo, podrían constituir un desincentivo a la entrada de nuevos participantes o interesados en la concesión. Sin perjuicio de lo anterior, parece razonable la exigencia de un nivel mínimo de experiencia y patrimonio, con el fin de evitar ofertas que puedan generar problemas con posterioridad. Teniendo en consideración lo expuesto, este Tribunal no formulará reparo alguno a las exigencias establecidas en las Bases en relación con la experiencia mínima, considerando que 100.000 TEUs es menos del 50% del total de contenedores transferidos anualmente en el Puerto de Iquique y que el plazo de 3 años permite adquirir cierta experiencia mínima en el sector. Tampoco formulará reparo alguno respecto de la exigencia de un patrimonio mínimo de US\$ 60.000.000, sin perjuicio de advertir que es el mismo para inversiones mínimas obligatorias de alrededor de US\$ 400 millones (Grupo N° 1 de Ofertas) y de US\$ 170 millones (Grupo N° 2 de Ofertas).

Otro requisito exigido en las Bases de licitación es que un Miembro de un Oferente no podrá ser Miembro de otro Oferente, lo cual es apropiado a juicio de este Tribunal para evitar riesgos de colusión en esta licitación.

En relación con el plazo de vigencia del contrato de concesión, la propuesta de EPI contempla otorgar la concesión por el plazo máximo de 30 años permitido por los artículos 14 de la Ley y 12 del Reglamento, tanto en caso de resultar adjudicada alguna oferta del Grupo N° 1 como alguna del Grupo N° 2. Al respecto, la extensión de estos plazos puede, por un lado, contribuir a incrementar el número de interesados dispuestos a realizar inversiones, no obstante, también puede incrementar el eventual daño a la libre competencia que podría ocasionar una asignación inadecuada.

Conforme con el artículo 13° del Reglamento, EPI debe contemplar en las Bases de la Licitación garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento de contrato, estableciendo que la primera no puede ser inferior al costo de desarrollo del proceso de licitación. A su vez, el artículo 14° dispone que la garantía de fiel cumplimiento no podrá tener un monto inferior al 100% del ingreso anual que perciba EPI por concepto de canon.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En este caso, se señala en el Borrador de Bases que el monto de la Garantía de Seriedad de la Oferta ascenderá a US\$ 5.000.000 (cinco millones de dólares). A su vez, el Borrador de Bases establece que la Garantía de Fiel Cumplimiento será equivalente al monto anual del Canon, extendida en 4 boletas bancarias, cada una de ellas por un monto equivalente a la cuarta parte de dicho Canon anual. Adicionalmente, las Bases establecen una Garantía de Cumplimiento del Pago Global, por el mismo monto de éste. Por otra parte, las Bases también especifican cuáles son las circunstancias en que la Empresa tendría el derecho a hacer efectivas las boletas de garantía recién descritas, a título de indemnización de perjuicios.

Al respecto, y desde el punto de vista de la libre competencia, este Tribunal considera deseable que las garantías no sean excesivas, esto es, que no disuadan innecesariamente la participación de los interesados, para lo cual su monto no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una.

De acuerdo con el artículo 4º del Reglamento, las Bases de la Licitación deben contemplar el régimen de sanciones y multas aplicables a los incumplimientos del concesionario.

Al respecto, cabe señalar que el Borrador de Bases señala bajo qué circunstancias EPI podrá poner término anticipado a la concesión portuaria. Ello se producirá por mutuo acuerdo de las partes o bien cuando el concesionario incumpla gravemente sus obligaciones. Se entiende que existe incumplimiento grave cuando: el concesionario cobre reiteradamente tarifas superiores a las registradas (esta sanción se aplica en caso que se detecte la infracción en tres auditorías trimestrales consecutivas o en cuatro auditorías en dos años calendario consecutivos); incumpla la obligación de pago del Canon Fijo Anual en dos cuotas consecutivas; incumpla el Tiempo de Ocupación Máximo Anual en tres mediciones consecutivas, o en cuatro en dos años calendario consecutivos; incumpla las condiciones establecidas por este Tribunal; no renueve las garantías; incumpla la obligación de entregar a EPI información auténtica y veraz, siempre que como consecuencia de este incumplimiento se le hubiere sancionado con multas en tres ocasiones dentro de un año calendario, o en cuatro en dos años calendario consecutivos; incurra en incumplimiento de la obligación de no realizar conductas discriminatorias, siempre que como consecuencia de este incumplimiento hubiere sido sancionado por EPI con multas en tres ocasiones dentro de un año calendario, o en cuatro en dos años

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

calendario consecutivos. Otras causales son: la quiebra o insolvencia de la sociedad concesionaria, o el hecho de haberse aprobado a su respecto un convenio judicial preventivo; la disminución de la capacidad de transferencia de carga del Frente de Atrake N° 1 en más de un 66% por daños que se produzcan a partir de fenómenos de la naturaleza o fuerza mayor; y la disminución de la capacidad de transferencia del Frente de Atrake N° 1 superior al 33% e igual o inferior al 66%, por daños que se produzcan a causa de fenómenos de la naturaleza o fuerza mayor. Adicionalmente las Bases establecen que la Concesión caducará por la no prestación de la totalidad de los servicios comprometidos, durante 48 horas, sin causa justificada. A juicio de este Tribunal, quedan razonablemente especificadas en las Bases las causales de incumplimiento grave de parte del concesionario.

Por otra parte, tal como lo establece el artículo 4 del Reglamento las Bases incorporan multas u otras sanciones distintas al término anticipado del contrato de concesión (véase sección 4.18 de las Bases de Licitación). En opinión de este Tribunal ellas podrían disuadir eficazmente el incumplimiento de las obligaciones del concesionario, dado que contemplan gradualidad, tal como este Tribunal lo solicitara en el informe N° 9/2013. En efecto, como lo señalara en dicha oportunidad, sanciones muy elevadas pueden desincentivar la participación en la Licitación y la competencia *ex ante* y, por otra parte, la falta de credibilidad en la aplicación de la sanción (de término anticipado del contrato) puede dar lugar a comportamientos anticompetitivos por parte del concesionario.

En opinión de este Tribunal, las sanciones y multas aplicables deben ser disuasivos eficaces del incumplimiento de las obligaciones del concesionario que tienen por objeto resguardar la libre competencia, tal como se observa en el Borrador de Bases.

9. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS

9.1. Introducción

Tal como ha establecido este Tribunal en anteriores Informes, la competencia en la licitación que asigna el frente de atraque no es la única relevante para el buen funcionamiento del mercado de servicios portuarios, sino que también se debe

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resguardar la competencia en la provisión de dichos servicios, esto es, la competencia *expost*.

De esta manera, en esta Sección se abordarán las condiciones de competencia en la provisión de los servicios portuarios, especialmente si se tiene en consideración la cantidad de oferentes que forman parte del mercado relevante determinado en este caso. Así, puede ser necesario imponer algunas medidas para evitar eventuales abusos por parte del concesionario, cuyo marco regulatorio se expone a continuación.

9.2. Marco regulatorio aplicable a la prestación de servicios portuarios y resguardos conductuales propuestos por EPI

Como se ha señalado, la administración y operación del frente de atraque licitado por parte del concesionario está regulada por la Ley N° 19.542, su Reglamento y por el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque (RUFA) de EPI (aprobado por Resolución Exenta N° 929 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de fecha cinco de julio de 1999), que establecen obligaciones para los proveedores de servicios portuarios en frentes estatales, proporcionando ciertos resguardos al ejercicio de poder de mercado.

Este conjunto de normas, que constituyen el marco regulatorio aplicable a la prestación de servicios portuarios que es obligatorio para el concesionario por mandato legal, se analizará sistemáticamente agrupándolo en las siguientes materias, con el objeto de evaluar si es necesario incorporar obligaciones adicionales para resguardar la competencia en la provisión de servicios portuarios: (i) acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios; (ii) mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros; (iii) obligaciones en relación a las tarifas; (iv) normas de calidad; (v) reglas de asignación de capacidad; (vi) deberes de transparencia e información; (vii) comité de directores para el control de la discriminación; y, (viii) modificaciones del contrato de concesión.

(i) Acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios

Como se ha expresado, el Puerto de Iquique, dentro del cual se encuentra el frente de atraque a licitar -Frente de Atraque N° 1 y el eventual Frente de Atraque N° 3- es un puerto de uso público, por lo que el futuro concesionario deberá prestar servicios en forma continua, permanente y no discriminatoria. Estas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

obligaciones del concesionario están establecidas en el artículo 14° inciso final de la Ley y en el artículo 19° letra d) del Reglamento.

Por su parte, el RUFA de EPI establece en sus artículos 19 y 20 que cada concesionario deberá contar con un Manual de Servicios, el que será de conocimiento público y establecerá las normas y procedimientos conforme a las cuales los particulares, concesionarios y usuarios podrán acceder a los servicios que se presten en los frentes de atraque de dicho puerto.

Las normas y procedimientos del Manual de Servicios se orientan a otorgar un trato no discriminatorio a los usuarios de los frentes, un uso eficiente de la infraestructura y un desarrollo armónico y sustentable en el largo plazo de la actividad portuaria.

En este sentido, el RUFA de EPI establece en su art 31 que “[...] *los Manuales de los concesionarios que exploten la infraestructura de un frente de atraque, establecerán normas y procedimientos destinados a una atención eficiente y no discriminatoria de las naves*”.

Tal como lo ha determinado este Tribunal en informes anteriores, se establecerá que las condiciones para la prestación de los servicios por parte del concesionario, que deberán ser generales y no discriminatorias, deberán estar contenidas en documentos públicos (como puede ser el mencionado Manual de Servicios) que estarán a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el concesionario de este puerto mantenga en Iquique, como en los medios que utilice en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro).

(ii) Mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros

El RUFA de EPI establece en sus artículos 56 y 57 que los usuarios de los frentes de atraque podrán someter al conocimiento o resolución del gerente general de dicha empresa portuaria, las controversias que se susciten con los concesionarios respecto de la prestación de los servicios contratados con éstos. Producto de lo anterior la EPI podrá sancionar con multas de hasta US\$5.000, a aquellos concesionarios que infrinjan las normas o procedimientos establecidos en el respectivo Manual de Servicios.

Sin perjuicio de lo señalado y al igual como lo ha resuelto en informes anteriores, este Tribunal considera que la posibilidad de que EPI actúe de oficio ante situaciones de discriminación puede contribuir a la eficacia y eficiencia de la fiscalización de conductas contrarias a la libre competencia. Así, las Bases de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Licitación o el Contrato de Concesión deberán facultar a dicha empresa pública para actuar de oficio ante las situaciones de discriminación que observare, sin perjuicio del derecho del concesionario de acudir al árbitro, o al experto independiente, según la naturaleza de la cuestión en disputa, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse por la aplicación de sanciones por parte de EPI.

(iii) Obligaciones en relación a las tarifas

Según lo dispuesto en el artículo 14 inciso final de la Ley, el concesionario deberá establecer tarifas públicas y no discriminatorias, las que no podrán ser superiores a las tarifas máximas acordadas en el Contrato de Concesión.

El borrador de Bases de Licitación acompañado por EPI en su Solicitud propone la utilización de un Índice Tarifario Ofertado, calculado a partir de las tarifas ofertadas por cada uno de los servicios básicos considerados en las propuestas, y de un Índice Tarifario Vigente, recalculado anualmente en base a las tarifas cobradas por dichos servicios y su importancia relativa en los ingresos totales del concesionario por estos servicios básicos. De este modo, el ITV no podrá superar el valor del ITO, una vez reajustado este último por la variación anual del USPPI.

Tal como se ha señalado en anteriores informes, este Tribunal es de la opinión que las tarifas de cada servicio con las cuales resulte adjudicada la concesión deberán considerarse como la tarifa máxima aplicable al correspondiente servicio básico, o bien, como propone EPI en su borrador de Bases de Licitación, deberán emplearse para construir los índices tarifarios máximos aplicables a cada uno. Por consiguiente, el concesionario no podrá cobrar, por los servicios definidos como básicos en este Informe, tarifas o índices máximos de tarifas que superen aquellos a los que se obligó en el proceso de licitación, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de tarifas que EPI determine.

En caso que EPI opte por establecer índices tarifarios máximos, como lo establece el actual borrador de Bases de Licitación, no podrá incluir en un mismo índice: (a) servicios básicos que siempre forman parte de la cadena de transporte marítimo -independientemente de tipo de usuario que los demande- junto con (b) servicios que sólo son requeridos tratándose de determinados productos, o que tengan volúmenes u otros factores que los hagan imprescindibles sólo para determinados tipos de clientes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por su parte, el art. 28 del RUFA de EPI señala que el Reglamento y los Manuales de los Servicios deberán incluir al menos ciertos elementos, entre los cuales se incluyen las tarifas aplicables. Sin embargo, no establece requisitos para el cumplimiento o el registro de estas tarifas.

En este mismo orden de consideraciones, las Bases de Licitación señalan que el concesionario tendrá libertad para fijar las tarifas que cobre por los servicios que preste, siempre que, en el caso de los servicios básicos, éstas sean menores a las tarifas ofertadas, y que podrá tener tarifas diferenciadas para cada servicio, siempre que ellas se establezcan en base a criterios objetivos y no discriminatorios. A su vez, se indica en las Bases que los criterios de diferenciación asociados a cada tarifa deberán ser puestos en conocimiento de todos los usuarios y de EPI; sin embargo, no se señalan las condiciones bajo las cuales deberán publicarse dichos criterios.

Por este motivo, este Tribunal estima que deberán establecerse en las Bases de Licitación o en el Contrato de Concesión normas de registro de tarifas que prevengan un uso estratégico o discriminatorio de la facultad de la concesionaria de establecer tarifas diferenciadas o de modificar libremente las tarifas. Así, se sugiere un mecanismo similar al recogido en anteriores Informes de este Tribunal, en el que las tarifas que el concesionario determine deberán ser registradas ante EPI con al menos 30 días de anticipación a su entrada en vigencia, teniendo un plazo mínimo de duración de 60 días.

En cuanto a las tarifas que cobrará el concesionario por la atención de cruceros, se exigirá que las Bases de Licitación y el Contrato de Concesión contemplen una tarifa fija para dicho servicio, así como los criterios de reajuste de la misma.

Por último, para evitar cualquier discriminación arbitraria entre clientes, como la adopción de condiciones más competitivas para algunos en desmedro de otros, se exigirá que las tarifas que cobre el concesionario por sus servicios, básicos u opcionales, sean objetivas, públicas y no discriminatorias; y cualquier acuerdo particular entre éste y un determinado usuario, que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas, debe ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas;

(iv) Normas de calidad

Como la Ley y el RUFA de EPI no establecen estándares mínimos de calidad aplicables a los concesionarios, por lo cual, tal como se propone en el borrador

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Bases de Licitación, es necesario establecer en éstas o en el contrato de concesión algún estándar de calidad mínimo que deba cumplir el concesionario, al menos en cuanto a los tiempos de ocupación máxima por nave -TOM- (esto es, el tiempo que demora el concesionario en descargar una nave promedio), tiempos de ocupación máxima anuales -TOMA- y tiempos máximos de espera por nave, cuyo cumplimiento deberá ser supervisado por EPI.

Asimismo, EPI deberá establecer sanciones eficaces para prevenir el incumplimiento de dichos estándares de calidad de servicio o los umbrales de ocupación que sean definidos.

(v) Reglas de asignación de capacidad

El RUFA de EPI no establece un orden específico para la asignación de la capacidad del puerto, sino que delega esta función en los respectivos reglamentos y manuales de servicios, cuando corresponda. Sin embargo, señala que la programación del atraque de las naves deberá hacerse sobre la base de reglas de prioridad técnicas y objetivas, orientadas a un uso técnico-económico eficiente de los sitios y a asegurar un trato no discriminatorio de los usuarios.

De este modo, se mencionan algunos criterios que deberán cumplir las reglas de prioridad, identificando los sitios a los cuales son aplicables, la forma y contenido de la solicitud de atraque, la antelación con que debe presentarse, y los procedimientos de programación, entre otros. Sin perjuicio de esto, en el RUFA de EPI se establece que el Reglamento y el Manual de Servicios deberán contemplar, al menos, la asignación de prioridad por estricto orden de llegada de las naves al puerto.

Asimismo, el RUFA de EPI señala que el Reglamento o el respectivo Manual de Servicios deberán establecer las normas que el concesionario utilizará para asignar, al menos, las vías de circulación y las áreas del frente de atraque que se destinen a la realización de funciones de embarque y desembarque.

Este Tribunal estima que deberán establecerse clara y objetivamente en los respectivos Reglamentos o Manuales de Servicios las condiciones de prioridad y asignación de los espacios, uso de infraestructura y capacidad en el puerto, debiendo realizarse en términos objetivos y no discriminatorios. De igual forma, deberán establecerse multas por el mal uso o por la demora en la prestación de servicios a los diversos usuarios del puerto, las que también deberán responder a criterios claros y objetivos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, EPI deberá informar a la Fiscalía Nacional Económica respecto de cualquier modificación que pretenda introducir a las normas de asignación de capacidad o prioridad en la atención de naves, a fin de que esta última pueda velar por su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia en el ámbito de sus atribuciones;

(vi) Deberes de transparencia e información

El concesionario deberá constituirse como sociedad anónima de giro exclusivo y se regirá por las normas de las sociedades anónimas abiertas, según lo establece el número 1 del inciso tercero del artículo 14° de la Ley. Asimismo, el artículo 19° letra g) del Reglamento obliga al concesionario a realizar los controles, mediciones y estadísticas que las Bases de Licitación y el Contrato le exijan.

En concordancia con lo establecido por este Tribunal en sus Informes anteriores, EPI deberá establecer la periodicidad con la que el concesionario deberá entregarle la información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, tales como precios y cumplimiento de estándares de calidad. Asimismo, dicha información deberá ponerse a disposición de cualquier interesado, tanto en las oficinas que éste mantenga en el Puerto de Iquique, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro).

Además, siguiendo también lo dicho en los Informes anteriores de este Tribunal, las Bases de Licitación deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información respecto de sus empresas relacionadas en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18.045. Por otra parte, el concesionario deberá proporcionar al Directorio de EPI la información que éste le requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la Ley, de las Bases de Licitación, del Contrato de Concesión y de las condiciones establecidas en este informe, información que el concesionario o sus accionistas no podrán negar a EPI amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. De ser información que corresponda a una de estas categorías, EPI deberá adoptar los resguardos correspondientes para asegurar su mantención en dicha calidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(vii) Control de no discriminación – Comité de Directores

EPI deberá exigir a la sociedad concesionaria el cumplimiento de todas las obligaciones que establece el artículo 50 bis de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, cualquiera sea su patrimonio, pero en la medida que tenga accionistas independientes del controlador que permitan hacerlo. EPI podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores que se constituya de conformidad con dicho artículo.

(viii) Modificaciones del contrato de concesión

EPI deberá establecer un mecanismo de adecuación del contrato de concesión que prevenga la probable ocurrencia de cambios relevantes en las condiciones de competencia en el mercado, sea del lado de la oferta o de la demanda, que no hayan podido ser previstos al momento de diseñar la Licitación y que hagan imprescindible efectuar adecuaciones al contrato de concesión en aspectos establecidos por las bases de la Licitación o el contrato de concesión, que no digan relación con la incorporación de nuevos servicios al Índice Tarifario Vigente; aspecto que se regirá por la regla propuesta por EPI en el Borrador de Bases de Licitación.

En todo caso, la modificación de aspectos establecidos por las bases de la Licitación o el contrato de concesión de acuerdo con esta condición, sólo podrá efectuarse una vez que: (i) hubieren transcurrido a lo menos diez años de vigencia del contrato de concesión; y, (ii) que este Tribunal los hubiere autorizado, en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Cumplidos los requisitos anteriores, la modificación correspondiente se efectuará de común acuerdo o mediante el procedimiento de resolución de controversias que se establezca en el contrato.

10. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

10.1. Introducción

En forma adicional a los resguardos señalados en las Secciones 8 y 9 anteriores, en esta Sección se analizará la conveniencia o no de establecer los resguardos estructurales que podrían ser necesarios para proteger la libre competencia y, particularmente, este Tribunal se pronunciará respecto de la propuesta de EPI sobre el establecimiento de ciertas restricciones para que ciertos usuarios de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicios portuarios, o bien concesionarios de otros frentes de atraque del mercado relevante determinado, puedan participar en la Licitación o en la propiedad de la sociedad concesionaria.

En este orden de ideas, este Tribunal deberá velar, con especial cuidado, para que prevalezcan en el mercado relevante determinado en estos autos, resguardos de efectividad y suficiencia tales que permitan mitigar o minimizar los riesgos de conductas contrarias a la libre competencia.

Para estos efectos, este Tribunal tendrá además en consideración que las restricciones estructurales, si bien tienen por objeto asegurar la existencia de oferentes de servicios portuarios independientes y que carezcan de incentivos para incurrir en conductas contrarias a la libre competencia, también podrían producir efectos adversos para la misma, por ejemplo, reduciendo el número de interesados en la Licitación y, por consiguiente, la intensidad de la competencia en ésta.

10.2. Integración Vertical

Respecto de la necesidad de establecer resguardos a la integración vertical, el parecer de EPI es que tal medida no sería necesaria por la influencia competitiva que impondría ITI (suponiendo que no se permitirá la integración horizontal con esta empresa) y porque no se han observado conductas discriminatorias en este mercado desde la licitación efectuada en el año 2000, en que esta última empresa se adjudicó la concesión del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Iquique.

La FNE, por su parte, señala que a pesar de existir limitaciones a los niveles de eficiencia mínimos y de estar reguladas las tarifas máximas, el concesionario sí puede discriminar en calidad de servicio con el fin de obtener rentas sobrenormales en mercados relacionados. Por lo tanto, sugiere seguir las pautas del Dictamen N° 1.045, restringiendo la integración vertical a un máximo de 40% para el conjunto de usuarios relevantes.

Por las mismas razones señaladas en casos anteriores vistos por este Tribunal (Informe N°6/2009, Informe N°8/2012 e Informe N°9/2012) y dadas las condiciones de competencia y de entrada al mercado relevante definido en estos autos, se establecerá un 60% como porcentaje del capital que podrán poseer los usuarios relevantes -según se definen a continuación-, excluyéndose de dicha definición a los agentes de muellaje, atendido que en el esquema monooperador el concesionario se desempeña como agente de muellaje, de manera que no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existen razones para que éstos últimos vean limitada su participación en la propiedad de la concesión.

De este modo, se establecerá una restricción a la integración vertical para este caso conforme con la cual *“Los usuarios relevantes no podrán poseer, en conjunto, más de un 60% del capital, ni más del 60% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 60% de las utilidades de la sociedad concesionaria”*.

Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan en cualquier modalidad en el transporte de carga general por vía marítima en puertos de uso público, sea como: (a) empresas navieras, (a.i) con más de un 10% del tonelaje de carga marítima movilizada a nivel nacional; (a.ii) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva; o (a.iii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión; o bien, (b) como exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, transportistas multimodales, agentes, corredores, *forwarders*, o a cualquier otro título o modalidad, con exclusión de los agentes de muellaje, (b.i) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva; o (b.ii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas) participare a varios títulos, será considerado usuario relevante si supera los porcentajes referidos en razón de su participación a cualquier título de la misma naturaleza. Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán al 31 de marzo, y 30 de septiembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a EPI dentro de los 30 días siguientes.

Esta definición de usuario relevante difiere de aquella establecida por este Tribunal en anteriores informes evacuados para licitaciones portuarias, pues considera como tales a las empresas navieras que, si bien pueden tener una baja o nula participación en el mercado relevante definido en este informe, controlan una proporción significativa de la carga transportada a nivel nacional. Lo anterior, porque, a juicio de este Tribunal, resulta esencial que el restante 40% del capital, derechos o utilidades de la sociedad concesionaria quede en manos de empresas cuyo único interés sea rentabilizar su inversión en el frente de atraque objeto de la Licitación, lo que podría no ocurrir en el caso de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

empresas navieras como las definidas, que podrían compartir intereses discriminatorios con los eventuales controladores del frente de atraque concesionado.

Para los efectos de los porcentajes máximos referidos precedentemente, al porcentaje de propiedad, voto o utilidades que tengan directamente en la sociedad concesionaria sus accionistas, se agregará la participación total que posean en la propiedad, voto o utilidades de la concesionaria sus personas relacionadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores.

10.2. Integración Horizontal

En cuanto a una eventual limitación a la integración horizontal, EPI solicita la imposición de una restricción absoluta a la integración horizontal dentro del mercado relevante geográfico que, al igual que este Tribunal, define como la Región de Tarapacá, pues considera que actualmente falta presión competitiva en el Puerto de Iquique, lo que se demostraría por el hecho de que las tarifas por servicios portuarios básicos cobradas por ITI son iguales o muy cercanas a las máximas permitidas por su contrato de concesión, ajustadas por los índices correspondientes.

Al respecto, la FNE menciona en su informe, rolante a fojas 911 y siguientes, que comparte la apreciación de la Empresa Portuaria de Iquique sobre los riesgos de adjudicar la licitación a los actuales incumbentes en el mercado relevante y la necesidad de introducir más competencia en el mismo, por lo que restringiría de manera absoluta la participación de ITI o de sus actuales accionistas.

Este Tribunal coincide con la FNE en cuanto a que un elemento que incentiva la competencia en la cancha o competencia *expost* es la existencia de distintos actores relevantes que puedan ejercer presión competitiva en el mercado. Desde esta perspectiva sería conveniente que existiera al menos otro frente de atraque operado por un agente económico distinto, capaz de prestar los diversos servicios portuarios básicos.

No obstante lo expresado y como se señaló en la introducción de esta Sección, este Tribunal también debe considerar la mayor competencia por la cancha que se logra con el mayor número posible de participantes en la Licitación. No establecer una restricción a la integración horizontal o establecer una restricción limitada, permitiría la participación de todos los interesados, incrementando la competencia por la cancha, lo que podría disminuir las tarifas máximas ofertadas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Al ponderar ambos elementos en relación con la situación competitiva en el mercado relevante de autos, es posible afirmar que la experiencia demuestra que la presencia de más competidores en el mercado *expost* lleva a una baja en las tarifas, incluso por debajo de las tarifas máximas que los concesionarios pueden cobrar, lo que no sucede en aquellos casos en que existe un único competidor en el mercado relevante, lo que se confirma en este caso. Así por ejemplo, la ausencia de competidores en Iquique puede explicar que la Tarifa de Transferencia de Carga Fraccionada promedio cobrada por ITI sea igual a la tarifa libro para este tipo de carga, así como que la Tarifa por Transferencia de Automóviles se encuentre en promedio sólo un 4% por debajo de la máxima que puede cobrar. En mercados con más actores, se observa que la Tarifa por Muellaje a la Carga es menor que el precio lista, como observó este Tribunal en su Informe N° 8, en cuanto a que las tarifas cobradas por los puertos de la Región de Valparaíso eran más de 30% menores que las tarifas máximas que los concesionarios podían cobrar.

En el mismo orden de consideraciones, otro posible indicador de competencia en este mercado son los tiempos de espera. En su Solicitud EPI hace referencia al incremento de este indicador en el Frente de Atraque N° 2, lo que podría ser resultado de una mayor congestión en dicho frente o reflejar una ineficiencia en la labor portuaria producida por la falta de competencia en el mercado de la provisión de servicios portuarios.

En estos autos, tanto ITI como la Cámara Marítima y Portuaria de Chile, Agunsa y SAAM, han argumentado que no debería establecerse ninguna restricción de carácter horizontal puesto que los riesgos para la libre competencia se encuentran suficientemente resguardados tanto en las Bases de Licitación, que incentivan una competencia por la cancha mediante la propuesta de menores tarifas, como en la Ley, el Reglamento y el RUFA, que establecen sendas obligaciones a los concesionarios de frentes de atraque, entre las que destacan las de no discriminación. Además, sostienen estas intervinientes que la operación conjunta de dos frentes de atraque contiguos conlleva una serie de ventajas y beneficios asociados, principalmente, a la existencia de economías de escala y eficiencias derivadas de la operación conjunta por parte de ITI de ambos frentes, por los ahorros de costos en personal, la coordinación de la atención de naves, entre otros.

En consideración a las ventajas y desventajas antes señaladas, este Tribunal concluye: (a) que existen riesgos para la libre competencia que son factibles,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

serios y relevantes en el mercado de autos, derivados de la integración horizontal de un operador portuario; y, (b) que no está acreditado en autos que tales riesgos puedan ser suficientemente contrapesados por la existencia de eventuales eficiencias derivadas de la operación conjunta de frentes de atraque contiguos o aledaños.

Por consiguiente y con el fin de favorecer una mayor competencia en la provisión de los servicios portuarios en el mercado relevante, este Tribunal estima que es necesario establecer una restricción a la integración horizontal que impida a los operadores portuarios incumbentes (ITI) o a sus accionistas, participar en la propiedad de más de una empresa concesionaria de operación portuaria en el mercado relevante de autos, favoreciendo de esta forma el ingreso de competidores independientes adicionales.

En definitiva, y en función de lo argumentado precedentemente, se establecerá la siguiente restricción a la integración horizontal del adjudicatario de la Licitación:

“1.- La sociedad que se adjudique la concesión del Frente de Atraque Nº 1 del Puerto de Iquique, y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, no podrán participar directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público en la misma región -sea público o privado- que provea servicios portuarios y que pueda atender una nave de tipo Panamax a la fecha de la Licitación.

2.- No obstante, ningún interesado estará impedido de participar en la Licitación, pero en caso de adjudicársela deberá atenerse a las condiciones establecidas en el numeral precedente. En efecto, es posible que las sociedades concesionarias o sus personas relacionadas, por razones de preferencia, opten por sustituir la participación o vinculación que tengan en un frente, por una participación o vinculación en el Frente de Atraque Nº 1 del Puerto de Iquique, para lo cual deberán enajenar su participación o desvincularse de la sociedad concesionaria a la que actualmente estuvieren ligados, según corresponda, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se ejerza tal opción.”

10.3 Reglas Comunes

Tal como se ha analizado en los párrafos precedentes, este Tribunal ha determinado, conforme a los razonamientos ya expuestos, la necesidad de imponer restricciones a la integración vertical y horizontal, por lo que resulta necesario establecer reglas comunes a tales restricciones, referidas a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

siguientes aspectos: (i) cálculo de porcentajes máximos; (ii) transferencia forzosa del exceso; y, (iii) vigencia.

(i) Cálculo de porcentajes máximos

Conforme a lo establecido por este Tribunal en informes anteriores, a efectos de las reglas anteriores, se tendrá por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros para dar por establecida tal relación.

Asimismo, el concesionario proporcionará a EPI información, a lo menos semestralmente, respecto de sus controladores, accionistas y personas relacionadas que intervengan a cualquier título en cualquiera de los eslabones del transporte marítimo de carga en la Región de Iquique, precisando los volúmenes de carga que movilizan en cada eslabón en el que participan, en cada uno de los segmentos de carga general y en cada uno de los frentes de atraque de uso público de la región.

(ii) Transferencia forzosa del exceso

Los estatutos de la sociedad concesionaria deberán establecer que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que supere los umbrales de participación permitidos en la regla de integración vertical, o incumpla la regla de integración horizontal alcanzando una participación o vinculación con otro frente de atraque de uso público de la Región de Iquique, deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación o desvincularse, de la manera que tales accionistas acuerden en los pactos que celebren, otorgándose en todo caso poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a esa enajenación, por medio de una bolsa de valores si, pasados 45 días desde que venció el plazo indicado, este exceso no hubiere sido enajenado.

Las bases y el contrato de concesión establecerán que, si pasados seis meses desde que se hubiere requerido por EPI la enajenación del exceso de participación en la forma establecida en el contrato de concesión, no se ha procedido a enajenar el referido exceso de participación a un tercero no sujeto a inhabilidad, se entenderá por ese sólo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, y EPI tendrá derecho a poner término a la concesión, según dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19.542.

(iii) Vigencia de las restricciones

Tal como en otros informes de este Tribunal, se establecerá que las reglas de integración vertical y horizontal tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años de celebrado el contrato de concesión, cualesquiera de las partes de ese contrato podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su modificación en un procedimiento no contencioso si las condiciones de competencia varían u otras condiciones lo ameritan, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la otra parte.

10.4. Restricción adicional en caso de resultar adjudicada alguna de las Ofertas del Grupo N° 1

Además de lo anterior, este Tribunal tendrá especialmente en consideración los efectos que genera la presencia de capacidad ociosa, especialmente si prospera la Licitación con el Grupo N° 1 de Ofertas. Tal como lo ha explicitado en sus Informes N° 8/2012 y N° 9/2013, la existencia de capacidad ociosa una vez operando un frente de ataque puede generar desincentivos a la entrada, pero también incentiva la competencia *expost*, dado que, como existen costos hundidos y el costo marginal de provisión de los servicios es bajo, dicha capacidad ociosa, incluso en un mercado muy concentrado, podría hacer posible el cobro de tarifas menores a las máximas ofertadas.

En lo que respecta al desarrollo del Grupo N° 1 de Ofertas, este Tribunal, basándose en los cálculos y estimaciones del estudio desarrollado por GeoSIG ya analizados en este Informe, considera que se generará gran capacidad ociosa de llevarse a cabo este proyecto. Ello tiene la aptitud de cerrar el mercado y desincentivar las inversiones de la empresa incumbente además de la competencia potencial, tal como se explicó; todo lo cual aumenta el poder de mercado de la empresa que se adjudique la licitación.

No obstante, tal como este Tribunal lo señalara en su Informe N° 8/2012, las probabilidades de realización de conductas exclusorias son independientes de quién sea el adjudicatario de la licitación, es decir, de que el adjudicatario sea un incumbente o un nuevo operador. Más bien, en un mercado como el de autos, la posibilidad de incurrir en tales conductas sólo existe en la medida que existan holguras de capacidad, o bien, en la medida que la oferta nominal exceda la demanda efectiva.

De este modo, la sobreinversión puede generar eficiencias cuando no es excesiva. De hecho, para que los servicios portuarios puedan prestarse bajo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adecuados estándares de calidad de servicio es siempre conveniente que exista cierta capacidad excedentaria u ociosa, esto es, que los niveles de ocupación de un frente de atraque no sobrepasen determinados umbrales considerados aceptables. Sin embargo, si la sobreinversión es excesiva, ello puede generar riesgos para la libre competencia. Lo deseable desde el punto de vista de la libre competencia es que las inversiones se realicen anticipando los incrementos esperados en la demanda, a fin de que la capacidad nominal de atención sea siempre superior a la cantidad efectivamente demandada. Ello se justifica no sólo por la mantención de estándares de calidad de servicio adecuados, que minimicen los costos de tiempos de espera y de ocupación de las naves, sino también por los plazos que involucra la entrada en operación de un proyecto de expansión de capacidad. Así, mientras la demanda por servicios portuarios crece a ritmos relativamente constantes y proporcionados al crecimiento económico y, por consiguiente, al comercio internacional, los incrementos en la capacidad de oferta se verifican de forma escalonada, conforme entran en operación proyectos de inversión comprometidos con años de antelación y sujetos a numerosas contingencias que pueden retrasar su oportuna entrada en operación. Así, tanto el retraso de inversiones en capacidad como la excesiva sobreinversión pueden implicar riesgos para la libre competencia.

En este orden de ideas, en el Estudio de Demanda Plan Maestro Puerto de Iquique acompañado por EPI a fojas 229, GeoSIG indica que “[p]ara el nivel de demanda esperado en los próximos 20-25 años por el puerto de Iquique, es poco probable que llegue a justificarse económicamente una inversión como la del 3er frente de atraque”, por lo que una inversión como la que se espera realice el concesionario en el Grupo N° 1 de Ofertas puede producir una mayor capacidad ociosa que podría cerrar el mercado en Iquique.

Por todo lo anterior y teniendo especialmente en consideración los flujos de demanda esperados en el mercado de servicios portuarios básicos de la Región de Tarapacá, este Tribunal establecerá como condición adicional a la Licitación que, en el caso que se adjudique un proyecto perteneciente al Grupo N° 1 de Ofertas, el concesionario del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique deberá consultar en forma previa a este Tribunal, cualquier ampliación adicional al proyecto concesionado que implique la incorporación de uno o más sitios capaces de atender naves de tipo *Postpanamax*.

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

De conformidad con lo expuesto, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18° número 5, y 31° del Decreto Ley N° 211, 3°, 5°, 7°, 14°, 19°, 22°, 23° y 50° de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, 100° de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 12°, 13°, 14°, 19° y 20° del D.S. N° 104 del 1998 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, las demás normas legales y reglamentarias citadas y pertinentes, se resuelve:

Evacuar el informe solicitado a fojas 229 por la Empresa Portuaria de Iquique, fijando las siguientes condiciones a que deberá sujetarse la licitación del Terminal 1 Molo del Puerto de Iquique y el nuevo Frente de Atraque N° 3, las que deberán incorporarse a las respectivas bases y al contrato de concesión:

I. Resguardos para la competencia en la licitación:

- 1) La Licitación deberá adjudicarse al postulante que ofrezca el menor índice de tarifas por los servicios básicos (Índice de Adjudicación), esto es, el menor promedio ponderado de las tarifas de cada uno de los servicios que son indispensables para el atraque de las naves, la movilización y el acopio de la carga, o para cuya provisión es necesaria la infraestructura entregada en concesión, de manera que el concesionario los preste o pueda prestar en condiciones de monopolio en el frente de atraque licitado; debiendo excluirse de la fórmula conforme a la cual se calcula dicho índice el factor asociado a la TUP y al VRS, sin perjuicio del derecho de EPI de establecer tanto el porcentaje de la TUP que cederá a favor del concesionario, como el monto o porcentaje de las inversiones que estará dispuesta a reembolsar al término de la concesión;
- 2) EPI debiera establecer una metodología o fórmula de ponderación de las tarifas de cada uno de los servicios que de acuerdo a la Sección 6 deben ser considerados básicos, la que deberá ponderar cada tarifa según la importancia relativa que proyecte que tendrá cada servicio en los ingresos del concesionario durante el período de vigencia de la concesión portuaria. A partir del cuarto año, dichos ponderadores se actualizarán anualmente, considerando la importancia relativa que ha tenido cada uno de los servicios básicos en los ingresos totales por dichos servicios que tenga el concesionario en los tres años anteriores;
- 3) En caso de empate, los postulantes que hubieren empatado deberán formular una "Oferta de Desempate" indicando nuevos valores para los servicios básicos, que en caso alguno podrán ser superiores a los valores que produjeron el empate; excluyendo de dicha oferta el factor asociado a la TUP y al VRS. De

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

persistir el empate, la adjudicación entre los oferentes empatados se decidirá por sorteo;

4) EPI deberá contemplar un Índice de Adjudicación Máximo de Reserva Secreto (IAMRS), tanto para el Grupo N° 1 como para el Grupo N° 2 de Ofertas, en virtud del cual serán rechazadas la o las ofertas que, dentro de cada grupo, excedan el respectivo IAMRS. En caso de que todas las ofertas se encuentren en esta situación, la Licitación será declarada desierta;

5) Los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las que una oferta pueda ser desestimada y aquellas por las que la Licitación o cualquiera de sus etapas puedan ser declaradas desiertas deberán ser objetivos, estar establecidos con claridad en las bases y ser conocidos por los postulantes, a excepción del índice de adjudicación máximo de reserva, debiendo precisarse, por lo tanto, los hechos que permitirán a la Comisión Evaluadora considerar incoherente o no factible un Plan Referencial de Desarrollo presentado. EPI deberá eliminar del punto 3.15 del Borrador de Bases, la facultad que se arroga en el párrafo final para adjudicar a aquel Oferente que, a su juicio, responda mejor a sus intereses o, alternativamente, desestimar todas las Ofertas, en caso de persistir el empate;

6) Por concepto de canon anual, EPI podrá cobrar al concesionario el pago anual equivalente mínimo (PAMI) a que se refiere el artículo 6 del Reglamento de Licitaciones Portuarias, asimilando el valor económico de los activos objeto de concesión ya sea a los valores libro vigentes para los mismos, o al costo de reposición de las instalaciones existentes;

7) Los demás pagos que el concesionario deba efectuar a EPI deberán estar razonablemente asociados a costos, tales como aquellos que produzca la Licitación o los necesarios para financiar la operación eficiente de la Solicitante;

8) EPI deberá especificar con claridad y precisión en las Bases de la Licitación la capacidad de la infraestructura y los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes, tal como se observa en el borrador de Bases de la Licitación;

9) Las Bases de Licitación deberán especificar la fecha del llamado a Licitación; el período de venta de las Bases; el período para formular consultas; el período de *due diligence* y, si fuere necesario, el período de posibles visitas a terreno;

10) El monto de las garantías contempladas en las Bases de la Licitación no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

II. Resguardos en la provisión de servicios portuarios:

11) El concesionario estará obligado a prestar sus servicios a todo aquel que lo requiera, en términos y condiciones generales y no discriminatorias, que deberán estar contenidas en documentos públicos que estarán a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el concesionario mantenga en el Puerto de Iquique, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro);

12) El concesionario estará obligado, por las bases y por el contrato de concesión, a observar las instrucciones que le imparta EPI y que tengan por fin evitar o poner término a actos de discriminación. EPI actuará de oficio o a petición de cualquier interesado que alegue actos de discriminación del concesionario. Nada obstará al derecho de los interesados a ejercer otras acciones y derechos que les confiera la ley, ni al derecho del concesionario de acudir al árbitro o al experto independiente, según la naturaleza de la cuestión en disputa, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse en caso de estimar improcedente la aplicación de sanciones por parte de la empresa portuaria;

13) Las tarifas de cada servicio con las cuales resulte adjudicada la Licitación, se constituirán en la tarifa máxima aplicable al correspondiente servicio básico, o bien, se emplearán para construir los índices máximos aplicables a cada uno. Por consiguiente, las tarifas del concesionario no podrán superar las tarifas o índices de tarifas máximas a que se obligó en el proceso de licitación, por los servicios definidos como básicos en la condición 1) de este informe, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de tarifas que EPI determine.

Será opción de EPI establecer, a partir de las tarifas de adjudicación, tarifas máximas para cada servicio, o bien índices tarifarios máximos que puedan incluir más de un servicio, lo que deberá estar claramente establecido en las bases de la Licitación. No obstante, en caso que EPI opte por establecer índices tarifarios máximos no podrá incluir en un mismo índice: (a) servicios básicos que siempre forman parte de la cadena de transporte marítimo -independientemente de tipo de usuario que los demande- junto con (b) servicios que sólo son requeridos tratándose de determinados productos (como aquellos que requieren cadena de frío); o que tengan volúmenes u otros factores que los hagan imprescindibles sólo para determinados tipos de clientes.

14) Las tarifas que el concesionario determine, deberán ser registradas ante EPI, con a lo menos 30 días de anticipación a su entrada en vigencia y, además, tendrán un plazo mínimo de vigencia de 60 días;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15) EPI deberá establecer un mecanismo de adecuación del contrato de concesión que prevenga la probable ocurrencia de cambios relevantes en las condiciones de competencia en el mercado, sea del lado de la oferta o de la demanda, que no hayan podido ser previstos al momento de diseñar la Licitación y que hagan imprescindible efectuar adecuaciones al contrato de concesión en aspectos establecidos por las bases de la Licitación o el contrato de concesión, que no digan relación con la incorporación de nuevos servicios al Índice Tarifario Vigente; aspecto que se regirá por la regla propuesta por EPI en el Borrador de Bases de Licitación.

En todo caso, la modificación de aspectos establecidos por las bases de la Licitación o el contrato de concesión de acuerdo con esta condición, sólo podrá efectuarse una vez que: (i) hubieren transcurrido a lo menos diez años de vigencia del contrato de concesión; y, (ii) que este Tribunal los hubiere autorizado, en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Cumplidos los requisitos anteriores, la modificación correspondiente se efectuará de común acuerdo o mediante el procedimiento de resolución de controversias que se establezca en el contrato.

16) Las Bases de Licitación y el Contrato de Concesión deberán establecer una tarifa máxima fija para el servicio de atención de cruceros, así como los criterios de reajuste de la misma.

17) Las tarifas que cobre el concesionario por sus servicios, sean básicos u opcionales, deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias; y cualquier acuerdo particular entre éste y un determinado usuario, que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas, debe ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas;

18) El concesionario prestará sus servicios dando cumplimiento a los estándares de calidad y umbrales de ocupación definidos por EPI en las Bases de la Licitación o en el Contrato de Concesión, y sus anexos, y particularmente con los tiempos de ocupación máxima por nave (TOM), tiempos de ocupación máxima anuales (TOMA) y tiempos máximos de espera por nave.

EPI deberá considerar sanciones eficaces para prevenir el incumplimiento de los estándares de calidad de servicio o los umbrales de ocupación que sean definidos.

19) El concesionario deberá establecer en el Manual de los Servicios normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves que formarán parte de las condiciones generales de prestación de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicios portuarios, en conformidad a los criterios generales y requisitos mínimos que EPI fije en su Reglamento de Uso de Frentes de Atraque. Tratándose de reservas, se deberán contemplar, además de requisitos de general aplicación para acceder a las mismas, los plazos máximos de su duración y las multas que deberán aplicarse a los usuarios que, por causa que les fuere imputable, incumplan con la fecha y hora de atraque comprometida. EPI deberá informar a la Fiscalía Nacional Económica respecto de cualquier modificación que pretenda introducir a las normas de asignación de capacidad o prioridad en la atención de naves, a fin de que esta última pueda velar por su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia en el ámbito de sus atribuciones;

20) EPI deberá establecer la periodicidad con la que el concesionario deberá entregarle la información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, tales como precios y cumplimiento de estándares de calidad. Asimismo, dicha información deberá ponerse a disposición de cualquier interesado, tanto en las oficinas que éste mantenga en el Puerto de Iquique, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro).

Además, el concesionario y sus accionistas deberán proporcionar al Directorio de EPI, cualquier información legal o económica que éste requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la ley, de las bases de licitación, del contrato de concesión y de las condiciones establecidas en este informe, así como la información necesaria para que la transferencia de la concesión se haga a quien cumpla con los requisitos para ser concesionario. Estas obligaciones deberán ser contractualmente extensivas a los accionistas de la empresa concesionaria, para los efectos de proveer a la debida observancia de las reglas sobre propiedad accionaria que se establezcan. Para ello, las Bases de la Licitación deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información acerca de sus empresas relacionadas, en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18045 sobre Mercado de Valores. El concesionario o sus accionistas no podrán excusarse de proporcionar a EPI la información que ésta les solicite para verificar el cumplimiento de sus obligaciones, amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. No obstante, en tales circunstancias, el concesionario deberá especificar a EPI la información que se encuentre en la situación anterior, debiendo la empresa portuaria adoptar los resguardos correspondientes para asegurar su mantención en dicha calidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

21) La sociedad concesionaria deberá cumplir con todas las obligaciones establecidas en el artículo 50 bis de la Ley N° 18046 sobre Sociedades Anónimas, cualquiera sea su patrimonio, pero en la medida que tenga accionistas independientes del controlador que permitan hacerlo. La Empresa Portuaria podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores constituido en conformidad a ese artículo;

22) Las sanciones y multas aplicables deben ser disuasivos eficaces del incumplimiento de las obligaciones del concesionario que tienen por objeto resguardar la libre competencia;

III. Resguardos estructurales:

23) Integración Vertical:

23.1. Los usuarios relevantes de la cadena de transporte marítimo de carga general no podrán poseer, en conjunto, más de un 60% del capital, ni más del 60% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 60% de las utilidades de la sociedad concesionaria.

23.2. Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga general por vía marítima en puertos de uso público, sea como: (a) empresas navieras, (a.i) con más de un 10% del tonelaje de carga marítima movilizada a nivel nacional; (a.ii) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva; o (a.iii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión; o bien, (b) como exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, transportistas multimodales, agentes, corredores, *forwarders*, o a cualquier otro título o modalidad, con exclusión de los agentes de muellaje, (b.i) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva; o (b.ii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas) participare a varios títulos o en distintos eslabones de la cadena de transporte marítimo, será considerado usuario relevante si supera los porcentajes referidos en razón de su participación en un mismo eslabón o a un mismo título. Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán al 31 de marzo y 30 de septiembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a EPI dentro de los 30 días siguientes;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

23.3. Para los efectos de los porcentajes máximos referidos precedentemente, al porcentaje de propiedad, voto o utilidades que tengan directamente en la sociedad concesionaria sus accionistas, se agregará la participación total que posean en la propiedad, voto o utilidades de la concesionaria sus personas relacionadas;

24) Integración Horizontal:

24.1. La sociedad que se adjudique la concesión del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique, y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, no podrán participar directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público en la misma región -sea público o privado- que pueda atender naves de tipo *Panamax* a la fecha de la Licitación;

24.2. No obstante, ningún interesado estará impedido de participar en la Licitación pero, en caso de adjudicársela, deberá atenerse a la condición establecida en el numeral precedente. En efecto, es posible que las actuales sociedades concesionarias o sus personas relacionadas, por razones de preferencia, opten por sustituir la participación o vinculación que tengan en un frente, por una participación o vinculación en el Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique, para lo cual deberán enajenar su participación o desvincularse de la sociedad concesionaria a la que actualmente estuvieren ligados, según corresponda, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se ejerza tal opción.

25) Reglas comunes a las restricciones a la integración horizontal y vertical:

25.1. A efectos de las reglas anteriores, se tendrá por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros para dar por establecida tal relación;

25.2. El concesionario proporcionará a EPI información, a lo menos anualmente respecto de sus controladores, accionistas y personas relacionadas que intervengan a cualquier título en cualquiera de los eslabones del transporte marítimo de carga en la Región de Iquique, precisando los volúmenes de carga que movilizan en cada eslabón en el que participan, en cada uno de los segmentos de carga general y en cada uno de los frentes de atraque de uso público de la región;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

25.3. Los estatutos de la sociedad concesionaria deberán establecer que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que supere los umbrales de participación permitidos en la regla de integración vertical, o incumpla la regla de integración horizontal alcanzando una participación o vinculación con otro frente de atraque de uso público de la Región de Iquique, deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación o desvincularse, de la manera que tales accionistas acuerden en los pactos que celebren, otorgándose en todo caso poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a esa enajenación, por medio de una bolsa de valores, si pasados 45 días desde que venció el plazo indicado, este exceso no fuere enajenado;

25.4. Las bases y el contrato de concesión establecerán que, si pasados seis meses desde que se hubiere requerido por EPI, la enajenación del exceso de participación en la forma establecida en el contrato de concesión, no se ha procedido a enajenar el referido exceso de participación a un tercero no sujeto a inhabilidad, se entenderá por ese solo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, y EPI tendrá derecho a poner término a la concesión, según lo dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19.542;

25.5. Las reglas de integración vertical y horizontal tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años de celebrado el contrato de concesión, cualquiera de las partes de ese contrato podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su modificación en un procedimiento no contencioso si las condiciones de competencia varían u otras condiciones lo ameritan, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la otra parte.

26) En el caso que se adjudique un proyecto perteneciente al Grupo N° 1 de Ofertas, el concesionario del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique deberá consultar en forma previa a este Tribunal, cualquier ampliación adicional al proyecto concesionado que implique la incorporación de uno o más sitios capaces de atender naves de tipo *Postpanamax*.

Se previene que respecto de las restricciones a la integración vertical, la Ministra Sra. Domper estuvo por no agregar en la definición de usuario relevante a las empresas navieras con más de un 10% del tonelaje de carga marítima movilizada a nivel nacional, por las siguientes razones:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. Para esta Ministra son suficientes las condiciones impuestas a las empresas navieras con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva; o con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión.
2. Específicamente, la decisión de mayoría señala que quiere evitar que participen las empresas navieras que, si bien pueden tener una baja o nula participación en el mercado relevante definido en este informe, controlan una proporción significativa de la carga transportada a nivel nacional. El principal riesgo que ve la decisión de mayoría sería el de discriminación o negativa de acceso a otros usuarios relevantes y la posibilidad de que exista coordinación entre los usuarios relevantes para lograr lo anterior.
3. A juicio de esta Ministra, no existen en el expediente antecedentes que justifiquen la imposición de esta medida, así como tampoco hay casos de abuso de posición dominante que esté conociendo o haya conocido este Tribunal que den cuenta de este riesgo. Sin perjuicio de que éste puede existir, ello no ameritaría la imposición de una nueva restricción vertical, que no ha sido solicitada por los intervinientes y que no encuentra justificación en los hechos ni en los datos con los que cuenta este Tribunal en autos.
4. Ha sido reconocido por otras autoridades de libre competencia, como la OFT (*Office of Fair Trading, United Kingdom*)⁵, que la imposición de medidas estructurales de integración vertical puede generar dificultades, dada la gran variedad de los puertos y la especificidad propia de cada uno de ellos, como por ejemplo, mayores tarifas por los servicios, o una menor calidad en la provisión de estos, producto de la existencia de eficiencias derivadas de la integración vertical. Por estos motivos, recomienda actuar cuando existe evidencia de un abuso de posición dominante.
5. Esta Ministra comparte esta visión para este caso, y considera suficientes las condiciones impuestas en este Informe de no discriminación y de libre acceso, las cuales incluyen normas de información de tarifas, de asignación y reserva de capacidad y de prioridad en la atención de naves a todos quienes requieran sus servicios, en términos y condiciones generales y no discriminatorios.
6. Adicionalmente, esta Ministra ve con especial preocupación el efecto que esta nueva restricción a la participación de empresas navieras, que siendo importantes a nivel nacional no lo son a nivel regional ni en el mercado relevante de autos, va a tener en el interés por participar en esta licitación.

⁵ Véase Informe OECD "Competition in Ports and Ports Services" 2011.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Adicionalmente, esta Ministra estuvo por permitir la participación de las empresas incumbentes en la licitación del Grupo 2 de Ofertas, bajo un esquema similar al establecido por este Tribunal en su Informe N° 8/2012, por los siguientes motivos:

7. Tal como lo ha señalado previamente este Tribunal, y como lo sostienen las intervinientes en este caso, es posible que existan algunas economías de escala asociadas al uso compartido de activos indivisibles entre frentes contiguos o aledaños que estén a cargo de un mismo operador portuario. Esta podría ser la situación, en este caso, del Frente de Atraque N°1 (Molo) y el Frente de Atraque N° 2 (Espigón), los cuales comparten la misma dársena.

8. Además hay otros factores de eficiencia operacional que pueden contribuir a mejorar la eficiencia portuaria, como la programación de los arribos de las naves y el uso de tecnologías y equipamiento de apoyo logístico que optimicen el uso de la infraestructura portuaria.

9. No obstante no existir en autos antecedentes suficientes respecto de la magnitud de las eventuales eficiencias, ni tampoco respecto de la probabilidad de que una proporción significativa de esas eventuales eficiencias fueran a ser traspasadas a los usuarios, esta Ministra estima que estas eficiencias pueden existir y no ser despreciables.

10. Tal como en la situación analizada por el Informe N° 8/2012, en esta ocasión, resulta necesario crear un mecanismo que induzca a los potenciales entrantes a participar de la licitación y a los incumbentes a ofertar la tarifa más baja posible, traspasando así las eventuales eficiencias, llegando a un resultado de competencia en la licitación que tienda a lograr el mayor beneficio social y eficiencia económica posibles.

11. Este resultado de competencia no se logra impidiendo la participación de los incumbentes en la licitación. La restricción horizontal total propuesta supone que no existen eficiencias posibles y prioriza el mayor número de operadores en el mercado, situación que no garantiza necesariamente la mayor competencia *expost* ni el aprovechamiento de las eventuales eficiencias.

12. Para esta Ministra, lo importante no es maximizar el número de operadores, sino que se den los incentivos en la licitación para que se traspasen las eventuales eficiencias y ahorro de costos a menores tarifas a los usuarios o consumidores de los servicios portuarios.

13. Por lo anterior esta Ministra está por permitir la participación de las empresas incumbentes bajo un esquema similar al establecido por este Tribunal en su Informe N° 8/2012. En este caso, EPI podría efectuar un proceso de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitación con dos “universos de propuestas” para el Grupo 2 de Ofertas (licitación del Frente de Atraque Molo y su extensión), de forma tal que las ofertas de las empresas incumbentes se presenten con antelación a las ofertas de los nuevos entrantes (Grupo de Nuevos Entrantes);

14. Todas las ofertas competirán entre sí, resultando adjudicado aquel que - habiendo presentado una oferta técnicamente admisible- ofrezca el menor índice de tarifas por los servicios básicos. No obstante, en caso que la mejor oferta corresponda a la del incumbente, se deberá proporcionar al mejor de los oferentes del Grupo de Nuevos Entrantes un plazo para manifestar si está dispuesto a igualar el menor índice de tarifas ofertado. Si lo iguala, el nuevo entrante se adjudica la concesión. Si no lo iguala o nada expresa dentro del plazo establecido para ello, el incumbente que hubiere ofrecido el menor índice de tarifas se adjudicará la concesión.

15. Además, también para el caso que la licitación bajo la modalidad definida para el Grupo 2 de Ofertas, sea adjudicada a un incumbente, EPI deberá informar anualmente a la Fiscalía Nacional Económica respecto del cumplimiento o incumplimiento del cronograma de inversiones comprometido por el adjudicatario, a efectos de que la misma pueda ejercer las acciones por infracción a las normas de defensa de la libre competencia que estime pertinentes.

16. El resultado esperable de un esquema como el descrito es el de una mayor competencia en la Licitación y el aprovechamiento de las eventuales eficiencias a través del menor índice de tarifas por la provisión de servicios básicos.

17. Tal como lo señalara este Tribunal en su Informe N° 8/2012, el esquema anterior compatibiliza diversos objetivos. Primero, asegura o promueve la participación del mayor número de interesados, al no disuadir a nuevos entrantes ya que, en definitiva, éstos son privilegiados por el derecho a igualar la mejor oferta (si fuere la de un incumbente), ni excluir *a priori* a estos últimos. Segundo, permite que exista una mayor tensión competitiva en la licitación, ya que todas las ofertas del Grupo 2, serán examinadas y competirán entre sí (sea que correspondan a entrantes o a incumbentes), sin que existan ofertas que, eventualmente, ni siquiera sean examinadas. Tercero, permite, dentro de lo posible, que la Licitación se acerque a la valoración privada o, en este caso, a los verdaderos costos de provisión de servicios de los oferentes. Y, finalmente, permite asegurar la mayor competencia posible en la Licitación con el objetivo de obtener las menores tarifas por la provisión de servicios portuarios en el mercado *expost*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

18. Aún cuando sería preferible el ingreso de un nuevo operador independiente, comparado con el caso en que un incumbente se adjudique la Licitación, lo cierto es que el esquema licitatorio propuesto permite aprovechar las eventuales eficiencias, lo cual no se logra con la exclusión a priori de los incumbentes. Prohibir su participación a priori implica, a juicio de esta Ministra, priorizar una política estructural del mercado por sobre la política de competencia, argumentos que no se aplican a la licitación del Grupo 1 de Ofertas por la menor probabilidad de que existan eficiencias de operación conjunta entre el nuevo frente de ataque (Frente de Ataque N° 3) y el Frente de Ataque N° 2 (Espigón) y además por los efectos que puede generar la excesiva capacidad ociosa en dicho frente para la competencia potencial y en las decisiones de inversión, tal como se explica en este Informe.

19. Por otra parte, este sistema también aminora el riesgo de una menor competencia *ex post* que se genera de adjudicarse el contrato la empresa incumbente, ya que incentiva el aprovechamiento de las eventuales eficiencias y el cobro de menores tarifas. Adicionalmente, en el mediano plazo existirá competencia potencial que nacerá de la posible concesión y construcción del Frente de Ataque N° 3. Por último, las Bases de Licitación, la Ley, el Reglamento y el RUFA establecen condiciones que minimizan el riesgo de abuso de posición dominante, que incluso en el caso de generarse, siempre podrán ser conocidos por este Tribunal mediante el procedimiento contencioso iniciado por la Fiscalía o por cualquier parte afectada.

Notifíquese, transcríbese al Señor Fiscal Nacional Económico y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 415-2013

Emitido por los Ministros señores Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Enrique Vergara Vial y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autoriza la Srta. Carolina Horn Küpfer, Secretaria Abogada.