

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

INFORME Nº 9/ 2013.

SANTIAGO, treinta y uno de mayo de dos mil trece.

PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO

ROL NC Nº 408-12

SOLICITANTE: EMPRESA PORTUARIA PUERTO MONTT.

OBJETO: RESPECTO DE LAS CONDICIONES PARA LA LICITACIÓN PÚBLICA DEL FRENTE DE ATRAQUE DEL PUERTO DE PUERTO MONTT DENOMINADO “MUELLE COMERCIAL”, COMPUESTO POR LOS SITIOS 1 Y 2, Y DEL DENOMINADO “TERMINAL PANITAO” A SER CONSTRUIDO POR EL ADJUDICATARIO.

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 Y OTRAS ENTIDADES**
- II) PARTE CONSIDERATIVA**
 - 4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME**
 - 5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME**

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

- 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 PROPUESTOS POR LA SOLICITANTE**

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES.

1.1. Solicitante:

- Empresa Portuaria Puerto Montt, en adelante Empormontt.

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 18, número 1), del Decreto Ley N° 211 (D.L. 211), y dentro del plazo establecido en la resolución de fojas 63, aportaron antecedentes, o bien, manifestaron su opinión, en relación con la solicitud de informe de autos, en adelante la Solicitud, las siguientes entidades y personas:

- Empresa Portuaria Valparaíso (EPV)
- Servicios Marítimos OXXEAN S.A. (Oxxean)
- Ilustre Municipalidad de Castro
- Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (MTT)
- Portuaria Cabo Froward S.A. (PCF)
- Federación Nacional de Trabajadores Portuarios de Chile (Fenatraporchi)
- Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. (Camport)
- Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. (SAAM)
- Intendencia Regional de Los Lagos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Sindicato N°1 de Trabajadores Transitorios Portuarios Puerto Montt
- Sistema de Empresas Públicas (SEP)
- Sindicato de Trabajadores Portuarios Transitorios Movilizadores y Especialidades Afines N°5 Puerto Montt
- Sindicato de Trabajadores Portuarios Transitorios Empleados de Bahía y Afines N°3 Puerto Montt
- Sindicato N°2 de Trabajadores Portuarios Puerto Montt
- Fiscalía Nacional Económica (FNE)

También se agregaron a la presente solicitud antecedentes en virtud de los cuales se puso en conocimiento del Tribunal la inexistencia de antecedentes que aportar; información insuficiente; o, bien, manifestaron su opinión sin constituirse en intervinientes. Dichas entidades son:

- Directemar
- Asonave A.G.
- Muelles de Penco S.A.
- Asociación Nacional de Armadores A.G.
- Ministro de Obras Públicas
- Armasur A.G.
- AGUNSA Chile
- Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A.
- Transportes Marítimos Kochifas S.A. –Transmarko S.A.-
- Detroit Chile S.A.
- Navimag Ferries S.A.
- Ministro de Economía, Fomento y Turismo (S).
- Empresa Portuaria Chacabuco.

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

2.1. A fojas 89, con fecha 1 de agosto de 2012, Empresa Portuaria Puerto Montt (en adelante, “Empormontt” o la “Solicitante”), solicitó a este Tribunal que, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en adelante, la “Ley”), determine los términos y condiciones de competencia bajo las cuales se debe llevar a efecto la licitación pública para la concesión portuaria -bajo un esquema monooperador- del frente de atraque ya existente denominado “Muelle Comercial”, compuesto por los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sitios 1 y 2, y de dos frentes de atraque proyectados en el sector de Panitao, que denomina “Terminal Panitao”, a ser construidos por el adjudicatario de la concesión (en adelante, la “Licitación”).

Empormontt señala que es procedente la emisión del informe solicitado, atendida la concurrencia de las condiciones establecidas en los artículos 14 y 23 de la Ley, es decir: (i) cuando no exista en la misma región, otro frente de atraque estatal capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la concesión portuaria; y, (ii) cuando se pretenda implementar un esquema monooperador y en los puertos o terminales estatales de la misma región no exista otro frente de atraque operado bajo un esquema multioperador capaz de atender la nave de diseño correspondiente al frente objeto de la licitación.

2.2. Señala, por otra parte, como fundamentos fácticos de la Solicitud, que la infraestructura actual -compuesta por un Muelle Comercial que atiende carga y cruceros en sus Sitios 1 y 2 y un Terminal de Transbordadores- se ubica en plena zona urbana de la ciudad de Puerto Montt, y presenta importantes limitaciones en cuanto a capacidad, calado, tránsito de naves y conectividad terrestre con otras localidades del sur de Chile. Indica que la misma genera obstáculos para el desarrollo urbano y turístico de la zona y que, en el largo plazo, el movimiento de carga actual debiese migrar a un nuevo, moderno y amplio Terminal ubicado en el sector de Panitao, lo que permitirá priorizar la zona terrestre de los Sitios 1 y 2 al movimiento de cruceros y mantener el Terminal de Transbordadores con su destinación actual.

2.3. Explica la Solicitante que el nuevo Terminal a construir en el sector de Panitao es necesario para los efectos de atender la creciente demanda con instalaciones modernas, amplias y con posibilidad de atender naves con la capacidad y calado que se requiere actualmente.

2.4. A continuación, agrega que las proyecciones de demanda para la zona, el estrangulamiento urbano y las limitaciones que impone la infraestructura actual, motivaron la decisión de su Directorio de buscar alternativas para ampliar la infraestructura portuaria existente en el Puerto de Puerto Montt. Con motivo de lo anterior, la Subsecretaría de Transportes, mediante Decreto N°122 y a solicitud de Empormontt, modificó el recinto portuario de Puerto Montt, incluyendo en éste el área marítima y terrestre de Panitao, ubicado a 20 kilómetros de la ciudad, donde se proyectó la construcción de un nuevo terminal portuario.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.5. Así, y en cuanto a los problemas que se pretenden solucionar con la puesta en marcha del proyecto Panitao, la Solicitante identifica como tales los siguientes: (i) mejorar la capacidad de recepción de las naves, aumentando la competencia con otros puertos privados de la Región, e incluso con los puertos estatales de la VIII Región; (ii) ampliar la oferta de infraestructura portuaria, apta para recibir naves de mayor calado; (iii) disminuir los tiempos asociados a la transferencia de carga durante los períodos de lluvia continua en la zona; (iv) disminuir la congestión vial y el impacto urbano que genera la operación del actual terminal de Puerto Montt; y, (v) liberar terrenos del actual puerto para incorporarlos al desarrollo urbano.

2.6. A continuación la Solicitante describe las características generales del Terminal de Panitao. Señala que se ubicará en la zona costera del mismo nombre, entre los Astilleros Ascon y Walbush, conformado por un área marítima de 1.905.000 m²; en la cual el concesionario deberá ejecutar las inversiones suficientes y necesarias para habilitar dos nuevos frentes de atraques, oficinas, equipos e instalaciones asociadas y necesarias para ello. El primer frente de atraque deberá ser apto para atender una nave de diseño de 300 metros de eslora, 14 metros de calado a nivel de reducción de sonda y 40 metros de manga, y el segundo frente de atraque deberá ser apto para atender una nave de diseño de 250 metros de eslora, 12 metros de calado máximo a nivel de reducción de sonda y 40 metros de manga. Adicionalmente, el adjudicatario deberá construir una explanada de 50.000 m², con superficie pavimentada, que conecte con los nuevos sitios de atraque y permita transferir la carga que actualmente transfiere el Puerto de Puerto Montt -900.000 toneladas anuales- bajo modalidad de graneles, carga fraccionada y carga de proyectos, además de contenedores y otras cargas que actualmente no se transfieren en el puerto actual de Puerto Montt.

2.7. En opinión de la Solicitante, esta nueva infraestructura permitirá movilizar mayores volúmenes de carga y atender naves de mayor calado, contribuyendo así al desarrollo de la actividad comercial en la región y en la zona austral del país, tanto a nivel de comercio internacional como de cabotajes, obteniéndose además el despeje paulatino del movimiento de carga de la zona urbana del Puerto de Puerto Montt hacia el Terminal de Panitao.

2.8. En otro capítulo de la presentación y con respecto al mercado relevante, la Solicitante entiende que éste corresponde a los servicios portuarios básicos prestados por terminales de uso público, sean privados o estatales, que ofrecen

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicios portuarios de transferencia de carga general (fraccionada y en contenedores), graneles y servicios de turismo en la zona sur del país, particularmente en la Región de Los Lagos. Sin embargo, y considerando la jurisprudencia de este Tribunal, afirma la solicitante que puede considerarse además la influencia competitiva que ejercen los puertos explotados por diversos operadores en las regiones del Bío Bío, de los Ríos y de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo (Aysén).

2.9. A continuación, la Solicitante proporciona información sobre los oferentes existentes en las regiones del Bío Bío, de Los Lagos, de Los Ríos y de Aysén, afirmando además que, dadas las características geográficas de la zona -gran cantidad de islas y bahías abrigadas-, es posible albergar nuevos oferentes que contribuyan al desarrollo portuario.

2.10. En cuanto a la participación de mercado y las características de la demanda, señala la solicitante que sólo el 1,2% del total de la carga movilizada por puertos a nivel nacional se realiza en el actual puerto de Puerto Montt, correspondiendo dicha carga a carga de importación, principalmente graneles sólidos y a carga general de cabotaje. Agrega que los principales demandantes de los servicios portuarios de la región, distintos al servicio de atención de pasajeros -cruceiros y transbordadores- corresponden a las empresas que desarrollan negocios ligados a los sectores económicos de la pesca, acuícola, agrícola y forestal.

2.11. Con respecto a los términos y condiciones de la licitación que pretende realizar, Empormontt expone que la concesión incluirá la construcción y posterior explotación del nuevo Terminal Panitao y la explotación del actual frente de atraque denominado Muelle Comercial -que comprende los sitios 1 y 2 del Puerto de Puerto Montt- en dos etapas; (i) desde el inicio de la concesión hasta el comienzo de la explotación del nuevo Terminal Panitao, el concesionario explotará el actual frente denominado Muelle Comercial en similares condiciones a las que se explota actualmente; (ii) a partir del inicio de la explotación del nuevo Terminal, el concesionario deberá explotar el actual Muelle Comercial, debiendo devolver a Empormontt un área de 16.000 m² definida en el borrador de las bases de la licitación (Bases de Licitación) -que implicará una primera rebaja en el canon- y la denominada Área de Respaldo, para el desarrollo en dicha zona de nuevos proyectos turísticos e inmobiliarios y, en definitiva, en el largo plazo, destinar dicho Muelle Comercial sólo a la operación de cargas menores y cruceiros.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.12. Agrega por otra parte que el concesionario podrá, en cualquier tiempo y con aviso previo de a lo menos seis meses, excluir del contrato de concesión el Área de Respaldo. Una vez que dicha área sea excluida, se producirá una nueva rebaja del canon.

2.13. Indica la Solicitante además, que desde la fecha de inicio de las operaciones del Terminal Panitao, y durante toda la vigencia de la concesión, el concesionario tendrá la opción de excluir del contrato de concesión y restituir a Empormontt la totalidad de los sitios 1 y 2 o Muelle Comercial del Puerto de Puerto Montt, incluyendo necesariamente el Área de Respaldo, en caso que ésta no haya sido restituida a Empormontt previamente, así como la operación de los cruceros de turismo, la operación de las cargas que actualmente se transfieren en el puerto y de las demás actividades complementarias, además de los sitios ya señalados. Dicha opción deberá comunicarse a Empormontt con al menos un año de anticipación.

2.14. En cuanto al sistema operativo, Empormontt señala que tanto en la concesión para la explotación del actual Muelle Comercial de carga y cruceros, como en la posterior explotación del Terminal Panitao, el concesionario será el único operador de dichos terminales, es decir, ambos frentes serán operados bajo un sistema monooperador.

2.15. En relación al criterio de adjudicación indica la solicitante que se basará en el menor índice de tarifas máximas ofertada y, con respecto al canon que el concesionario debe pagar a Empormontt, la licitación contempla tres tipos de cánones: (i) un pago *up front*; (ii) un canon fijo anual durante el período de construcción del Terminal Panitao, el que (a) aumentará desde la fecha de entrada en operación de Panitao; (b) disminuirá cuando se excluya el Borde Costero; (c) disminuirá cuando se excluya el Área de Respaldo; y, (d) disminuirá cuando se devuelvan los Sitios 1 y 2 del Muelle Comercial; y, por último, (iii) un canon variable por tonelada.

2.16. Respecto de las características de la oferta y algunas características de la licitación, Empormontt señala que: (i) se debe acompañar una descripción técnica detallada del proyecto que se pretende realizar, estimando su valor y plazos de construcción e implementación (que no podrán superar los 4 años); (ii) se debe presentar un listado de tarifas sujetas a máximos por los servicios que actualmente se ofrecen en los Sitios 1 y 2 del Muelle Comercial. Las tarifas que se cobrarán en los Sitios 1 y 2 del indicado frente podrán ser hasta un 10%

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

superiores a las actuales, reajustadas de acuerdo con el US PPIAF¹; (iii) cuando comience a operar Panitao, las tarifas de todos los servicios deberán ser menores o iguales a las ofertadas; (iv) respecto de aquellas tarifas asociadas a cargas y servicios que actualmente no se movilizan o prestan en los Sitios 1 y 2, no se considerará la aplicación de tarifas máximas; (v) la concesión se adjudicará a quien oferte el menor índice de tarifas por los servicios portuarios para las cargas que actualmente se transfieren en el Puerto de Puerto Montt, excluyendo las asociadas a la industria acuícola, que no están contempladas en el índice; (vi) en caso de empate, se deberá realizar una oferta de desempate menor; (vii) Empormontt tendrá la facultad de rechazar todas las ofertas presentadas, sin explicaciones; (viii) la oferta debe incluir un programa para la mantención de los Sitios 1 y 2.

2.17. Por último, Empormontt solicita concretamente lo siguiente: En primer lugar: No imponer restricciones a la integración horizontal. Funda la petición anterior en los siguientes hechos: (i) no es necesario, dadas las condiciones de competencia y de entrada al mercado; (ii) el Puerto tiene una participación de un 1,2% a nivel nacional y de un 6% en la zona sur; y, (iii) la limitación de las tarifas en los Sitios 1 y 2 y la competencia por la cancha que existirá al realizar las ofertas de tarifas hacen innecesaria esta medida.

2.18. En segundo lugar solicitan no imponer restricciones a la integración vertical. Los fundamentos de dicha petición son los siguientes: (i) esta condición sólo traerá una disminución en el número de oferentes en la licitación; (ii) los riesgos asociados se mitigan con la regulación portuaria y las disposiciones que tienden a impedir las conductas discriminatorias; y, (iii) además, de producirse discriminación, los usuarios siempre podrán utilizar otro puerto, dada la competencia existente.

2.19. Por todo lo anterior Empormontt solicita se emita el informe que determine los términos y condiciones de competencia en los cuales se debe llevar a efecto la licitación del puerto de Puerto Montt, teniendo presentes las propuestas formuladas para la referida licitación.

2.20. Empormontt acompañó a su solicitud los siguientes documentos: (i) Resolución exenta 1076 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones que

¹ Que corresponde a la variación del USPPPI experimentada en un año contractual, donde el USPPPI corresponde al índice mensual de precios del productor para mercancías terminadas no ajustado estacionalmente, que publica la Oficina de Estadísticas Laborales del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos de América.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aprueba el Reglamento de Uso de Frente de Atraque de Empormontt; (ii) escritura pública del contrato de promesa de compraventa, opción de compra y arrendamiento del sitio donde se proyecta la construcción del nuevo terminal Panitao; (iii) minuta técnica elaborada por IPS Ingenieros Limitada -contiene alternativas de relocalización del Puerto de Puerto Montt-; (iv) borrador de las Bases de Licitación; (v) borrador de la memoria explicativa de la Licitación; y, (vi) informe denominado “Desarrollo portuario en Puerto Montt”.

2.21. A fojas 790, con fecha 5 de marzo de 2013, y, en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 17 de enero de 2013, escrita a fojas 637, Empormontt acompañó lo siguiente: (i) información de las toneladas totales transferidas de carga general y carga a granel en el Muelle Comercial del Puerto de Puerto Montt (sitios 1 y 2) y en el denominado Terminal de Transbordadores; (ii) información de los ingresos totales por transferencia de carga general y carga a granel en el Muelle Comercial del Puerto de Puerto Montt (sitios 1 y 2) y en el denominado Terminal de Transbordadores; (iii) información sobre la evolución mensual de los precios promedios cobrados por los servicios básicos portuarios prestados por Empormontt en el Puerto de Puerto Montt desde el año 2000 a la fecha; (iv) nuevo borrador de las Bases de Licitación; (v) informe denominado “Estudio de la Demanda de Cargas 2012-2021”; (vi) documento denominado “Características Físicas Puerto de Castro”; (vii) información sobre la evolución mensual de las toneladas totales transferidas en el período 2003-2012 por el Puerto de Castro; (viii) información sobre la evolución mensual de los ingresos totales por transferencia de carga en el período 2003-2012 por el Puerto de Castro; (ix) información sobre la evolución mensual de los precios promedio cobrados por los servicios portuarios básicos prestados por Empormontt en el Puerto de Castro y de las tarifas cobradas actualmente por los servicios ofrecidos en dicho puerto.

2.22. A fojas 871, con fecha 11 de marzo de 2013, y en cumplimiento de la resolución de fojas 794, Empormontt acompañó lo siguiente: (i) información sobre la evolución mensual de toneladas totales transferidas en el período 2003-2012 por el Puerto de Castro; y, (ii) borradores de los Anexos I, II, III, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI y XII individualizados en el borrador de las Bases de Licitación acompañado a fojas 790.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.23. Por último, a fojas 938, con fecha 15 de marzo de 2013, Empormontt acompañó, en cumplimiento de la resolución de fojas 875, el Anexo XIII de las Bases de Licitación.

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

3.1. Empresa Portuaria Valparaíso (EPV)

A fojas 245 aportó antecedentes Empresa Portuaria Valparaíso, señalando, en síntesis, que la estructura de la concesión planteada por Empormontt es adecuada, pues permite que áreas de zonas urbanas sean desarrolladas comercialmente, modernizándose los puertos en otras localidades.

3.2. Servicios Marítimos OXXEAN S.A. (Oxxean)

A fojas 261 aportó antecedentes Servicios Marítimos OXXEAN S.A.

Indica que no cuenta con los respaldos necesarios para poder analizar la metodología utilizada para la construcción de las cifras presentes en la Solicitud.

No obstante lo anterior y, en su opinión, Empormontt pretende que otros puertos privados desaparezcan y que sólo subsista el que es objeto de la Licitación, dados los volúmenes y las características de diseño que considera para este último. Agrega que el Estado no puede intervenir en aquellas áreas donde los privados sí han decidido emprender, quitando así espacio al sector privado en beneficio del sector público.

Afirma por otra parte, que esta licitación pone en riesgo la continuidad del mercado actual de puertos de la región, desincentivando asimismo la inversión de privados que querrían expandirse en la situación actual. Este es el caso de Oxxean, que proyecta una descarga de aproximadamente 300.000 toneladas anuales. Como existen proyectos que en el corto plazo podrán satisfacer la mayor demanda, en su opinión, no es necesaria la Licitación.

Por último, señala que los argumentos por los que Empormontt solicita a este Tribunal no imponer restricciones verticales u horizontales no son suficientes para que desechar su imposición.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.3. Ilustre Municipalidad de Castro

A fojas 270, aportó antecedentes la I. Municipalidad de Castro, señalando que la comuna de Castro alberga al Puerto de Castro, que ha comenzado a atender naves de crucero a partir de 2011, siendo una de las razones de la Licitación permitir el mayor desarrollo de esta actividad en la zona.

Indica que el desarrollo de esta actividad en Puerto Montt beneficiará también al Puerto de Castro y por lo mismo considera pertinente se realice la licitación pública en los términos planteados por Empormontt.

Agrega al respecto que los antecedentes con que cuentan permiten señalar que no habrá riesgo competitivo alguno, incluso si se permite la integración vertical u horizontal, dado que esa región tiene un gran número de terminales portuarios que atienden diversos tipos de carga y, por lo tanto, existe competencia.

3.4. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT)

A fojas 275 aportó antecedentes el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT), señalando que a su juicio es fundamental para la economía chilena garantizar una fuerte competencia en los puertos. En ese entendido, comparte la apreciación de que es necesario resguardar la competencia mediante “medidas cautelares” (sic) cuando las condiciones de mercado así lo ameriten.

En ese sentido, comparte también las restricciones impuestas por este Tribunal en procesos de licitación anteriores, cuando no existían condiciones posibles de competencia. No obstante lo anterior, comparte el análisis de Empormontt en cuanto a que, en este caso, existe competencia entre los puertos de la región y también con los de regiones adyacentes, por lo que no sería necesario imponer restricciones en este caso.

Estima que las condiciones propuestas para esta Licitación aseguran que los precios no se incrementen y que exista competencia en la misma.

Por último, y en lo que se refiere a barreras de entrada, el MTT coincide con Empormontt en cuanto a que existen múltiples sectores costeros de la región que cumplen con las características y condiciones necesarias para el desarrollo de un terminal portuario, con capacidad suficiente además para el establecimiento de zonas de acopio y almacenaje.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.5. Portuaria Cabo Froward S.A. (PCF)

A fojas 367, aportó antecedentes Portuaria Cabo Froward S.A., señalando que la licitación que se pretende realizar carece de sentido, dado que las necesidades portuarias se encuentran plenamente satisfechas por los puertos privados.

Agrega que, para que fuese factible un proyecto como el de Empormontt, se deberían ofrecer tarifas menores al precio de mercado y que, por último, Empormontt no puede licitar un nuevo puerto en Panitao, pues esto contemplaría su participación en una actividad empresarial sin contar para ello con la necesaria autorización legal.

3.6. Federación Nacional de Trabajadores Portuarios de Chile (Fenatraporchi)

A fojas 380, aportó antecedentes la Federación Nacional de Trabajadores Portuaria de Chile.

Fenatraporchi señala que la concesión del Puerto de Puerto Montt, en los términos planteados por Empormontt, constituye un proyecto de desarrollo portuario que aportará nueva infraestructura portuaria a la zona sur del país, racionalidad territorial al desarrollo de la ciudad de Puerto Montt, impulso a su actividad económica, mejores condiciones para los transbordadores, mejor calidad de vida para los vecinos y oportunidades para los trabajadores portuarios.

Afirma, por otra parte, que el conjunto de acciones propuestas por la empresa para la concesión del puerto, corresponde a un todo armónico que viabiliza y organiza de forma coherente un modelo de inversión que, de realizarse, marcará un antes y un después en la planificación territorial del desarrollo del borde costero.

Respecto de las condiciones de competencia portuaria en la zona sur del país, señala que concuerda con Empormontt en que la participación del Puerto de Puerto Montt no debería variar significativamente en el futuro, dado que, junto con la ampliación del puerto y la creación de Panitao, se ampliará también la demanda por servicios portuarios en la región.

3.7. Cámara Marítima y Portuaria de Chile (Camport)

A fojas 395 aportó antecedentes la Cámara Marítima y Portuaria de Chile (Camport), señalando que, en su opinión, esta licitación difiere sustancialmente de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

procesos anteriores, pues abarca terrenos no considerados en el ámbito territorial del puerto estatal primitivo, afectando las inversiones portuarias privadas ya desarrolladas.

Campport agrega que este Tribunal debería abstenerse de dar una opinión en la materia mientras no se aclare la legalidad del Decreto N° 122 de la Subsecretaría de Transportes que determina la ampliación del recinto portuario del Puerto de Puerto Montt trasladando el actual puerto hacia el nuevo puerto proyectado en Panitao.

3.8. Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. (SAAM)

A fojas 414 aportó antecedentes Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. (SAAM).

En su presentación, SAAM indica que es titular del 50% de las acciones de Portuaria Corral S.A., empresa privada que administra un muelle mecanizado ubicado en Punta Chorocamayo, Bahía de Corral, Región de Los Ríos, y que, en razón de lo anterior, tiene un especial interés en los términos y condiciones conforme a los cuales se desarrollará la Licitación.

En su opinión, la libre competencia en el mercado relevante vinculado a la región en que se encuentra el puerto en cuestión, se resguarda adecuadamente por la legislación aplicable y por las Bases de Licitación.

3.9. Intendencia Regional de Los Lagos

A fojas 417 aportó antecedentes la Intendencia Regional de Los Lagos, indicando que, con fecha 16 de enero de 2012, se procedió a la ampliación del recinto portuario del puerto de Puerto Montt para incluir en éste el área del sector de Panitao, que será objeto de la concesión.

A continuación relata el plan a seguir tras la licitación e indica que el objetivo de la misma, más allá de incrementar la capacidad del puerto y modernizarlo, es liberar recursos valiosos de la ciudad de Puerto Montt y evitar la externalidad negativa que produce el puerto en la misma.

3.10. Sindicato N°1 de Trabajadores Transitorios Portuarios Puerto Montt

A fojas 425 aportó antecedentes el Sindicato N°1 de Trabajadores Transitorios Portuarios Puerto Montt, señalando que, en opinión de sus trabajadores

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

miembros, las actuales instalaciones portuarias del Puerto de Puerto Montt presentan restricciones operativas tales, que imposibilitan atraer una mayor cantidad de carga, lo que hace probable la pérdida de sus trabajos.

Atendido lo anterior, considera que el proyecto de Empormontt ofrecerá la posibilidad de incrementar el trabajo portuario y de proporcionar a los trabajadores la estabilidad que requieren.

3.11. Sistema de Empresas Públicas

A fojas 428, aportó antecedentes el Sistema de Empresas Públicas (SEP), señalando que, en su opinión, la decisión de hacer una sola licitación es armónica con la realización de una única Solicitud tanto para concesionar los Sitios 1 y 2 como la construcción y explotación del puerto de Panitao.

Señala que el aumento de la actividad portuaria, sumado al crecimiento natural de la ciudad, han hecho necesario expandir la capacidad del Puerto de Puerto Montt; lo que es inviable en el mismo sitio, por problemas de conectividad. Por ello, explica, fue necesario buscar una alternativa como Panitao.

Agrega el SEP que comparte la opinión de Empormontt en cuanto a que no existen razones que justifiquen el establecimiento de restricciones a la integración horizontal y vertical, debiendo garantizarse la participación en condiciones razonables y no discriminatorias de todos los interesados, con el objetivo de cautelar que la más eficiente asignación de los recursos nacionales.

Agrega que actualmente el Puerto de Puerto Montt presenta varios problemas: (i) tiene restricciones de eslora y calado que no permiten recibir naves de mediano y gran tamaño; (ii) existen altos costos asociados a la mantención del muelle comercial; (iii) tiene un alto costo en las operaciones de atraque, zarpe, pilotaje, etc.; (iv) cuenta con una superficie de respaldo limitada; (v) las velocidades de transferencia son bajas debido a la ausencia de equipo especializado, ya que la loza del muelle no resiste el peso de grúas grandes y modernas; y, (vi) la construcción de bodegas para el acopio de cargas a granel fue necesaria para captar y mantener clientes, pero coparon una parte importante del espacio disponible.

El SEP señala que, de no realizarse con éxito la Licitación, existirá en la región una mayor congestión en el corto plazo, siendo superada la infraestructura actual

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en el año 2017 de acuerdo a sus estimaciones de crecimiento de la demanda (estiman un crecimiento de un 12,5% promedio anual entre 2012 y 2017).

En su opinión, no existen riesgos en permitir la integración horizontal o vertical, dado que en la Licitación están estipulados los resguardos suficientes para que se proporcione un trato igualitario y no discriminatorio a todos los usuarios, sin perjuicio de que, además, considera que el mercado es desafiante, existiendo una multiplicidad de puertos que pueden llegar a competir con el licitado, como ocurre con el puerto privado de uso público de Oxxean, denominado Puerto Chincui, ubicado en la misma zona de Panitao.

3.12. Sindicato de Trabajadores Portuarios Transitorios Movilizadores y Especialidades Afines N°5 Puerto Montt

A fojas 451 aportó antecedentes el Sindicato de Trabajadores Portuarios Transitorios Movilizadores y Especialidades Afines N°5 Puerto Montt, en términos análogos a los expuestos en la sección 3.10 de este Informe.

3.13. Sindicato de Trabajadores Portuarios Transitorios Empleados de Bahía y Afines N°3 Puerto Montt

A fojas 454 aportó antecedentes el Sindicato de Trabajadores Portuarios Transitorios Empleados de Bahía y Afines N°3 Puerto Montt, en términos análogos a los expuestos en la sección 3.10 de este Informe.

3.14. Sindicato N°2 de Trabajadores Portuarios Puerto Montt

A fojas 457 aportó antecedentes el Sindicato N°2 de Trabajadores Portuarios Puerto Montt, en términos análogos a los expuestos en la sección 3.10 de este Informe.

3.15. Fiscalía Nacional Económica (FNE)

A fojas 479, aportó antecedentes la Fiscalía Nacional Económica.

Indica la FNE que el Decreto N° 122 de 2011 de la Subsecretaría de Transporte establece el futuro terminal de Panitao como parte de la zona portuaria que pertenece a Empormontt.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Para los efectos de determinar el mercado relevante, la FNE inicia su análisis afirmando que la Licitación tiene como nave de diseño una embarcación de tipo *postpanamax*, pero que resulta demasiado restrictivo acotar el mercado relevante a esta definición, toda vez que las naves de tipo *postpanamax* se caracterizan por ser buques de línea, los cuales difícilmente podrían recalar en la región de Los Lagos atendido que los volúmenes de carga que se movilizan y que se proyecta movilizar no serían suficientemente importantes. Atendido lo anterior, la FNE señala que es conveniente considerar, para efectos de definir el mercado relevante, los puertos de uso público que puedan atender una nave del tipo *panamax*, pero que tengan la aptitud de ampliar su capacidad para la atención de buques *postpanamax* en la eventualidad que éstos comiencen a recalar en la región.

Agrega que el hecho de que existan puertos cercanos o en regiones aledañas a la Región de Los Lagos no implica que sus servicios sean sustitutos. Por ejemplo, los puertos de la Región del Bío Bío se encuentran a 600 km por tierra de los puertos de la Región de los Lagos, y el puerto de Corral se ha especializado en astillas (pese a que puede recibir carga general), por lo que no necesariamente pueden considerarse competidores del puerto a licitar.

En cuanto a los puertos de la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, éstos se encuentran a más de 600 km de Puerto Montt, sin considerar las dificultades de conectividad terrestre existentes. Luego, el mercado relevante, a juicio de la FNE, corresponde a los servicios portuarios provistos por puertos de uso público de la Región de Los Lagos que puedan atender una nave de tipo *panamax* y tengan la capacidad de expandirse a *postpanamax*, considerando cada tipo de carga que se podrá movilizar en el puerto de Puerto Montt.

El mercado relevante así definido, señala la FNE, está altamente concentrado entre los puertos de Puerto Montt y Calbuco (privado de uso público, de propiedad de Cabo Froward) con un 48,3% y un 43,9% de la carga total transferida en 2011, respectivamente.

En cuanto a las restricciones horizontales, indica la FNE que, si se adjudica Cabo Froward el puerto de Panitao quedará prácticamente como monopolista, sin incentivos a bajar las tarifas.

Adicionalmente, dado el evidente exceso de capacidad que se producirá con la puesta en marcha del terminal de Panitao, la probabilidad de que existan nuevos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

entrantes disminuirá, por lo que continúan existiendo riesgos asociados a la integración horizontal.

En cuanto a las restricciones verticales, la FNE señala que el concesionario podría discriminar en calidad de servicio, por lo que estima necesario que se considere lo establecido en el Dictamen N° 1045 en lo que respecta a la determinación de los usuarios relevantes, así como también sobre la limitación de participación en la sociedad concesionaria, excluyendo a los agentes de nave y los agentes de muellaje, atendida la poca influencia que tienen en elegir el puerto de destino.

Respecto del mecanismo de adjudicación, la FNE está de acuerdo en incluir en el índice tarifario sólo los servicios que actualmente ofrece el puerto de Puerto Montt, debido a que, de incluirse los servicios que prestará Panitao y que no presta Puerto Montt, podrían bajarse los precios por estos nuevos servicios cuya demanda es incierta, subiendo las tarifas de los servicios que actualmente se prestan.

Sin embargo, la FNE hace presente la necesidad de establecer un precio máximo para los servicios que se podrán prestar en el futuro, por tratarse de servicios básicos prestado en un ambiente no competitivo. Recomienda establecer un benchmark competitivo, como por ejemplo, los precios cobrados en la Región del Bío Bío.

Adicionalmente, la FNE señala que es menester establecer un nivel de eficiencia mínimo en la prestación de los servicios básicos del puerto.

Menciona que el borrador de las Bases de Licitación acompañadas por Empormontt no proporciona información completa, lo que impide realizar un análisis exhaustivo de las mismas. Sin perjuicio de ello, algunas cláusulas de esas bases, como la que exige acreditar un patrimonio mínimo, pueden producir efectos exclusorios.

Indica asimismo la FNE, que le llama la atención que no se explicita en las Bases de Licitación el Índice Tarifario Máximo, los servicios a incluir ni los ponderadores de los mismos.

Por otra parte, indica que la extensión por más de 5 años del uso de las áreas de respaldo puede llevar a que ambos frentes de atraque sean operados por el mismo concesionario por la totalidad del período de concesión de Panitao, lo que disminuye la competencia intraportuaria. Al respecto, la FNE agrega que el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesionario podría discriminar en la calidad de servicio, por cuanto el actual Muelle Comercial no dispondrá de tecnología análoga a la de Panitao -plantea como ejemplo el que naves menores puedan ser desviadas para su atención en los sitios 1 y 2 del actual Puerto de Puerto Montt-; y también, y en un sentido similar podría discriminarse en la atención de cruceros.

Atendido lo anterior, la FNE, según textualmente señala a fojas 507 y reitera a fojas 510 y 511, *“es de la idea de no permitir extender por más de 5 años la posesión de las áreas de respaldo por parte del concesionario, teniendo la obligación de devolver la totalidad de éstas luego de 1 año de funcionamiento de Panitao (a los 5 años de adjudicada la concesión, considerando los 4 años de construcción de Panitao de acuerdo a lo informado por Empormontt), así como también se contemple la devolución de los frentes de atraque N° 1 y N° 2, con el fin de que dicho plazo se transforme exclusivamente en un período de transición en el cual se traslade la totalidad de la carga a Panitao, con excepción de los cruceros, y además se explicita en las bases que no existirá la posibilidad de retornar las áreas de respaldo ni los frentes de atraque al concesionario luego de que se realice la devolución total de estas”*.

Finalmente la FNE manifestó su opinión en orden a que la Solicitante provea al Tribunal y a dicho Servicio un ejemplar de la versión definitiva de las Bases de Licitación con todas las incorporaciones, modificaciones y recomendaciones pertinentes que se establezcan en el presente Informe.

3.16. Antecedentes aportados por otras entidades.

De acuerdo a lo señalado en el Punto 1.2. de este Informe, se agregaron a la presente solicitud antecedentes en virtud de los cuales se puso en conocimiento del Tribunal la inexistencia de antecedentes que aportar; información insuficiente; o, bien, manifestaron su opinión sin constituirse en intervinientes. Dichas entidades son:

3.16.1. Directemar

A fojas 216, 218, 467 y 468, dicha entidad afirmó no tener ningún antecedente que aportar respecto de la licitación pública objeto de la solicitud de Empormontt.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.16.2. Asonave A.G.

A fojas 219 afirmó que, en su opinión, Empormontt debió realizar dos procesos de licitación distintos, uno para la concesión del frente de atraque y otro para la implementación de un esquema mono operador para las labores de muellaje, excluyendo la estiba o desestiba.

Empormontt debió, por lo tanto, formular dos consultas distintas al Tribunal, una por cada licitación, ya que la ley establece dos pronunciamientos también diversos por parte de este Tribunal debiendo emitirse dos informes, uno referido a la concesión de obras portuarias y sus condiciones y el otro referido a las labores de muellaje y sus condiciones.

Agrega, por último, que Empormontt no puede vender parte del borde costero para el desarrollo de proyectos inmobiliarios y la construcción de un nuevo puerto llamado Panitao, cuestión que sólo pueden ejecutar los privados.

3.16.3. Muelles de Penco S.A.

A fojas 223 manifestó no tener observaciones que formular respecto de la licitación objeto de la solicitud de Empormontt.

3.16.4. Asociación Nacional de Armadores A.G.

A fojas 224 afirmó no disponer de información suficiente que le permita aportar antecedentes.

3.16.5. Ministro de Obras Públicas

A fojas 235 el Ministro de Obras Públicas hizo presente que el Ministerio del ramo y particularmente la Dirección de Obras Portuarias no tiene injerencia en estas materias. Luego indicó que dicha Dirección sólo tiene relación con Empormontt en lo referente a la aprobación y fiscalización técnica de las obras de ingeniería.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.16.6. Armasur A.G.

A fojas 285 aportó antecedentes, señalando que, en su opinión, las condiciones en que se licitarán las actuales dependencias y el futuro puerto de Panitao pueden impactar al mercado relevante de tal forma que se haga imposible seguir compitiendo en él y se produzca la salida de emprendimientos privados, otorgándole posición dominante al operador de este puerto.

Señala que el propio oferente reconoce que la tasa de ocupación del muelle comercial sería de aproximadamente un 30%, quedando todavía capacidad ociosa, por lo que no se justifica realizar el proyecto de ampliación de autos.

Argumenta, por otra parte, que el sector de Panitao no cuenta con la infraestructura vial y de servicios necesaria para ser puerto, y que si no es parte de la licitación la creación de ésta, se estaría dando algún tipo de subsidio encubierto y dejando en desventaja al resto de los puertos privados de la región.

Respecto de la disciplina competitiva que ejercerían otros puertos sobre esta región, señala que es una falacia, pues los puertos de Chacabuco y de la cuenca de Talcahuano y San Vicente no producen efectos disciplinadores sobre un puerto de la envergadura del licitado. El mercado relevante no debe diferenciar entre puertos privados y públicos.

Afirma que Empormontt, a través de la licitación propuesta, busca concentrar todo el transporte de carga de la región en ese puerto, eliminando de este modo la competencia que existe actualmente, pues no existe carga suficiente para mantenerlo sin quitar carga a los otros puertos privados.

Plantea que debe analizarse si el volumen de 900.000 toneladas proyectadas por Empormontt son suficientes para un puerto de la envergadura del proyectado, así como si el plazo de 25 años permite que el adjudicatario cumpla con las inversiones necesarias.

Agrega, por último, que con la licitación, tal como está planteada, no se logra evitar que el operador del puerto Panitao ejerza su posición de dominio en el mercado. Así, el criterio de tarifas máximas debe ser extendido a la totalidad de los servicios portuarios y deben imponerse medidas adicionales que restrinjan la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

integración horizontal y vertical, a modo de evitar la coordinación con otros actores que podría ser contraria a la libre competencia.

3.16.7. AGUNSA Chile

En su presentación de fojas 298 AGUNSA Chile reclama principalmente de la legalidad del Decreto N° 122 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Afirma que la modificación de los deslindes del puerto es ilegal, y pese a reconocer que no es ésta la sede para reclamarlo, señalan que es importante que el Tribunal conozca de estos hechos.

3.16.8. Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A.

A fojas 373 señaló que no dispone de información suficiente que le permita aportar antecedentes respecto de la solicitud de Empormontt.

3.16.9. Transportes Marítimos Kochifas S.A. y Transmarko S.A.

En su opinión, la licitación propuesta creará un actor de tal importancia en la región, que quedará con posición dominante de la cual podrá abusar.

Indica que el sector privado podría hacer estos mismos proyectos por cuenta propia, pero sin tener en cuenta la armonía sistémica con la ciudad, el entorno y las personas que puede tener una empresa estatal.

Por último señala que la afirmación de Empormontt respecto de la influencia competitiva de los puertos de las regiones VIII, XIV y XI no se sustenta de manera alguna y no pasaría de ser una afirmación, ya que no tienen la capacidad suficiente para disciplinar a un puerto de la envergadura del que se quiere construir.

3.16.10. Detroit Chile S.A.

A fojas 386, planteó que Empormontt debió haber hecho dos licitaciones por separado, una para el muellaje y otra para la infraestructura.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.16.11. Navimag Ferries S.A.

A fojas 459 Navimag Ferries S.A. hace notar su preocupación respecto del desprendimiento por parte de Empormontt de los sitios 1 y 2, toda vez que éste podría traer una disminución en las economías de escala y por lo tanto un aumento en las tarifas en el terminal de transbordadores que actualmente usa dicha empresa.

Por último manifiesta su preocupación respecto al hecho que sea una empresa naviera quien se adjudique la concesión, por la posición dominante que tendría.

3.16.12. Ministro de Economía, Fomento y Turismo (S)

A fojas 462 el Ministro de Economía, Fomento y Turismo (S) informó que no cuenta con antecedentes que resulten pertinentes al proceso sometido al conocimiento de este Tribunal, sin perjuicio de aquellos que pudiere aportar directamente el Sistema de Empresas Público.

3.16.13. Empresa Portuaria Chacabuco

A fojas 470 la Empresa Portuaria Chacabuco manifestó no tener antecedentes que aportar respecto de la solicitud de Empormontt fundamentalmente porque el mercado relevante del área de negocio a concesionar se sitúa de Puerto Montt al norte, zona en que la que Empresa Portuaria Chacabuco carece de pretensiones de influencia y porque la concesión no compromete significativamente el uso de infraestructura de los terminales que atienden naves de destino Puerto Chacabuco- Puerto Montt- Puerto Chacabuco.

3.16. Antecedentes recabados por el Tribunal.

Por resolución de fecha 17 de enero de 2013, escrita a fojas 637, el Tribunal le ordenó a Empormontt; a otras empresas que administran puertos de uso público en la Región de Los Lagos; y, al Sistema de Empresas Públicas que remitieran la información que en la citada resolución se indica.

A fojas 646, con fecha 4 de marzo de 2013, y, en cumplimiento de la resolución de fojas 637, el Sistema de Empresas Públicas acompañó el informe denominado “Estudio de la Demanda de Cargas 2012-2022”. Lo propio hizo Portuaria Cabo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Froward S.A., sociedad que, en la presentación de fojas 658 y siguientes y aquella de fojas 811, acompañó la información que le fue solicitada a fojas 637. Servicios Marítimos OXXEAN S.A., por su parte, cumplió lo ordenado por resolución de fojas 637 en la presentación de fojas 947 y siguientes. Por último, Servicios Portuarios Quellón, cumplió lo ordenado en la citada resolución de fojas 637, en virtud de presentación que se encuentra agregada a fojas 956.

II) PARTE CONSIDERATIVA

4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME.

La solicitud de Empormontt tiene por objeto que este Tribunal emita los informes que exigen los artículos 14 y 23 de la Ley 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en adelante la Ley), respecto de los términos y condiciones bajo los cuales debe realizarse la licitación pública propuesta por Empormontt para su recinto portuario, conforme lo establecen las normas antes citadas en relación con los artículos 18 N°5 y 31 del D.L. N° 211.

La licitación propuesta comprende la concesión, bajo un sistema operativo monooperador, de los Terminales 1 y 2 ya existentes y del futuro Terminal Panitao, a ser construido por el adjudicatario de la concesión. En cuanto al Terminal Panitao, y a diferencia de los informes solicitados con anterioridad a este Tribunal, se propone otorgar en concesión la construcción de un nuevo terminal en el sector de Panitao, que comprenderá la habilitación de 2 nuevos frentes de atraques y oficinas, vía de acceso e instalaciones asociadas.

Respecto de esto último, cabe precisar que el recinto portuario del Puerto de Puerto Montt, cuenta por una parte con una infraestructura existente en el denominado "Muelle Comercial", compuesta por los sitios 1 y 2 y por otra parte, contará con una futura infraestructura que deberá ser construida por el concesionario y que corresponde al "Terminal Panitao".

Tanto el Muelle Comercial como el Terminal Panitao forman parte del Recinto Portuario del Puerto de Puerto Montt, conforme al Decreto Supremo N° 122 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial el 16 de enero de 2012 (en adelante, el Decreto N° 122).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Según señala Empormontt, la dictación del Decreto N° 122 se fundamentó principalmente en la falta de profundidad de los frentes de ataque existentes, el reducido espacio de sus áreas de respaldo y las externalidades negativas que produce a la ciudad de Puerto Montt el tránsito de camiones y otros vehículos. Por otra parte, Empormontt ha reconocido la proximidad, pero no inmediatez, del Terminal Panitao con la ciudad de Puerto Montt, y ha destacado sus facilidades de acceso tanto a la Ruta 5 Sur como al aeropuerto, sin necesidad de atravesar la ciudad de Puerto Montt. También se ha señalado que el camino de acceso entre Panitao y la Ruta 5 Sur ha de ser financiado por el concesionario y en ningún caso por la empresa portuaria ni el Estado.

De lo expuesto en los párrafos precedentes, se advierte que la Licitación difiere de los demás procesos seguidos ante este Tribunal desde la entrada en vigor de la Ley, publicada en el Diario Oficial el 17 de diciembre de 1997. En efecto, Empormontt ha solicitado no sólo fijar las condiciones de competencia en que deberá desarrollarse la Licitación, sino que ha determinado localizar el nuevo Terminal Panitao, cuya construcción y operación también es objeto de la licitación propuesta, en un lugar distinto del que ocupa actualmente el puerto de Puerto Montt, ubicado a 20 km de distancia de este último, en el sector de Punta Panitao.

Este último hecho -trasladar el recinto portuario a un lugar distinto de aquel que le fue asignado por ley- fue cuestionado en autos por la Cámara Marítima y Portuaria de Chile (en adelante, "Camport") ante este Tribunal por las siguientes razones: (i) por estimarlo legalmente improcedente, toda vez que, a pesar de que el artículo 11 de la Ley 19.542 permite al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones modificar los recintos portuarios a petición de la respectiva Empresa Portuaria, tal facultad debe entenderse dada sólo para ampliar o reducir el recinto portuario pero no para cambiarlo de lugar; y, (ii) porque afecta seriamente las inversiones portuarias privadas ya desarrolladas al servicio de la misma área de influencia (*hinterland*), por inversionistas que no tenían cómo prever la incursión directa o indirecta del Estado más allá de los límites originales de la Ley 19.542.

Sin perjuicio de que los argumentos esgrimidos en autos por Camport respecto del Decreto Supremo N° 122 podrían ser atendibles, no resulta legalmente procedente para este Tribunal abstenerse de emitir el informe solicitado en autos por Empormontt, toda vez que el cuestionado Decreto N° 122 goza de una presunción de legalidad que lo hace vinculante y obligatorio para este órgano jurisdiccional.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En efecto, a esta fecha no se ha recibido por este Tribunal orden alguna que impida su aplicación o que involucre la suspensión de sus efectos, como tampoco notificación alguna de una sentencia que declare su nulidad y por ende invalide el referido acto administrativo, por lo que, como ya se ha adelantado, no procede su cuestionamiento en esta sede.

Dicho lo anterior, procede que este Tribunal analice la procedencia del informe solicitado conforme con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley.

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley, las empresas portuarias estatales (en este caso, Empormontt) 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.

Asimismo el artículo 23 de la Ley exige a las empresas portuarias estatales (en este caso, Empormontt) 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 1°, que las concesiones portuarias deben otorgarse mediante licitación pública . En efecto, en dicho artículo se establece lo siguiente: *“Las empresas podrán realizar su objeto directamente o a través de terceros. En este último caso, lo harán por medio del otorgamiento de concesiones portuarias, la celebración de contratos de arrendamiento o mediante la constitución con personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, de sociedades anónimas. Estas sociedades no podrán tener por objeto la administración o explotación de frentes de atraque, y, para todos los efectos legales posteriores a su constitución, se regirán por las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas”*. El inciso 2° del mismo artículo agrega que las concesiones portuarias se otorgarán mediante licitación pública.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A su vez, en el artículo 14° antes referido, se señala que la participación de terceros en frentes de atraque sólo puede efectuarse a través de una concesión portuaria.

Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en la Ley, la concesión portuaria del Muelle Comercial, compuesto por los sitios 1 y 2 del Puerto de Puerto Montt y del futuro Terminal Panitao, deberá otorgarse mediante un proceso de licitación pública, en el que podrán participar quienes cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, el Decreto N° 104, de 24 de abril de 1998, de la Subsecretaría de Transportes, 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 las correspondientes Bases de Licitación.

Atendido que no existe en la Región de los Lagos 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 inciso 2° como los del artículo 23, ambos de la Ley N° 19.542.

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME.

Cabe señalar que, de acuerdo con los artículos 14 y 23 de la Ley, este Tribunal debe informar sobre los términos conforme a los cuales Empormontt debe: a) realizar la licitación pública por medio de la cual procederá a otorgar una concesión portuaria; y, b) implementar el esquema monooperador, respectivamente.

Dado que resulta inficioso que este Tribunal emita dos informes distintos respecto de los términos de una misma licitación, este informe abordará los riesgos para la competencia que pueda traer aparejada la licitación propuesta, especialmente porque el sistema monooperador suprimirá la competencia en el frente de atraque que se pretende licitar, y que es -en principio- el único ámbito de competencia existente en él.

En efecto, dado que el Puerto de Puerto Montt es el único puerto estatal de la Región de Los Lagos y que el frente de atraque a que se refiere la licitación que es objeto de este informe es el único frente en dicho puerto, no existe competencia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

entre puertos estatales de la región (interportuaria), ni tampoco entre frentes de atraque del mismo terminal portuario (intraportuaria).

De esta forma, las conclusiones de este informe estarán orientadas, por un lado, a asignar competitivamente los sitios 1 y 2 del Muelle Comercial ya existente, y el futuro Terminal Panitao a ser construido por el adjudicatario de la Licitación, a fin de que el asignatario sea un operador eficiente, que pueda proporcionar servicios a precios competitivos, de calidad y en cantidad suficiente y, por otro, a que el concesionario tenga los incentivos para traspasar dichas eficiencias a sus usuarios, estando limitadas sus posibilidades de abusar de una posición dominante.

Es importante precisar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley, corresponde al Directorio de Empormontt decidir entre un esquema multioperador o monooperador, de manera que este informe no tiene por objeto autorizar la implementación de un esquema monooperador o pronunciarse respecto de la decisión del Directorio de Empormontt de adoptar tal sistema.

El informe de autos se circunscribe, en cambio, a los términos que deben incorporarse a la licitación que asignará la concesión en calidad de monooperador, y a las condiciones de operación a que éste deberá sujetar su actividad a fin de compatibilizarla con las normas de defensa de la libre competencia, asegurándose de esta forma tanto la competencia *expost* (en el puerto) como la competencia *exante* (por el puerto).

Por lo anterior, en las secciones 6 y 7 de este informe se identificará y caracterizará el mercado en el que participará el concesionario del Muelle Comercial ya existente y del futuro Terminal Panitao 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 procedencia o no de imponer restricciones estructurales.

6. MERCADO RELEVANTE.

En cuanto al mercado relevante, en primer lugar cabe señalar que tanto el actual Muelle Comercial de Puerto Montt como el futuro Terminal Panitao son puertos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

públicos de uso público, dado que son de propiedad estatal y que prestan servicios a cualquier usuario que lo solicite.

A juicio de este Tribunal, y sin perjuicio de la definición de mercado relevante de producto a que se llegue, en este caso deberá considerarse también a aquellos puertos privados de uso público que den los mismos servicios que actualmente se dan en el puerto de Puerto Montt y que puedan atender la nave de diseño del frente de atraque que se da en concesión. Lo anterior debido a que se observa un cierto grado de sustitución entre los puertos existentes, a pesar de que los puertos públicos de uso público deben cumplir con ciertas exigencias de calidad de servicio, acceso no discriminatorio, entre otros, que no necesariamente cumplen los puertos privados de uso público.

De este modo, el mercado relevante deberá incluir todos aquellos terminales, privados o estatales, que sean de acceso público y que puedan prestar los mismos servicios que efectúa actualmente Empormontt y aquellos que se ofrecerán en el nuevo Terminal Panitao, dentro de un área geográfica razonablemente cercana a la servida por la empresa pública. Para esto, entonces, deberá analizarse qué se entiende por “servicios que presta actualmente Empormontt y aquellos que se ofrecerán en el nuevo Terminal Panitao”, esto es, el mercado de producto, y qué se comprende, para este Tribunal, dentro de “un área geográfica razonablemente cercana a la servida por ésta”, esto es, el mercado geográfico. Ambos puntos se analizan de manera independiente a continuación, para finalmente establecer el mercado relevante de la Licitación.

6.1 Mercado relevante de producto

En lo que respecta al mercado de producto, Empormontt ha señalado que la Licitación consistirá en la explotación del actual puerto de Puerto Montt y que, una vez construido, la subsecuente explotación del Terminal Panitao, permitirá prestar parte de los servicios que actualmente se proveen en Puerto Montt, más otros servicios que la infraestructura actual de este puerto impide realizar. De este modo, para la definición del mercado relevante de producto, señala que puede distinguirse entre los servicios portuarios básicos y los servicios portuarios opcionales, formando parte los primeros del mercado relevante de producto, pero no los segundos, dado que para la provisión de éstos no es necesaria la infraestructura entregada en concesión, por lo que el concesionario puede

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

enfrentar competencia de terceros en el Muelle Comercial y en el Terminal Panitao que son objeto de la Licitación.

Asimismo, Empormontt señala que los servicios básicos que actualmente presta en el Puerto de Puerto Montt (Muelle Comercial) son para carga general, carga sólida y líquida a granel y movimiento de cruceros, mientras que en el futuro Terminal Panitao se otorgarán los servicios básicos de movilización de carga general, carga sólida y líquida a granel y carga de contenedores. De este modo, todos los servicios básicos necesarios para el transporte de estos tipos de carga se deberían considerar, según dicha empresa, como parte del mercado relevante de producto para efectos de este informe.

La FNE, por su parte, dedica sus esfuerzos en la definición de mercado relevante a la justificación del tamaño de nave que ha de considerarse en el mismo, más que en los tipos de carga transportados. Así, concluye que, si bien el nuevo Terminal Panitao está pensado para la atención de una nave del tipo *postpanamax* (de aproximadamente 300 metros de eslora, y 14 metros de calado) las embarcaciones que actualmente recalán en Puerto Montt no superan la eslora de una nave *panamax* (de aproximadamente 250 metros de eslora y 12 metros de calado). Tal situación, señala la FNE, es esperable que se mantenga para el Terminal Panitao, puesto que las naves de eslora mayor a *panamax* están pensadas principalmente para el transporte regular o de línea -el que consiste en el transporte regular de mercancías, principalmente en contenedores, en base a un calendario regular entre puertos de rutas geográficas determinadas-, por lo que, atendida la baja densidad de la demanda por transporte marítimo en la zona, es poco probable que arriben a estos puertos. Así, la FNE considera que la definición de mercado relevante de producto debe incluir todos los servicios básicos que se proveen en la actualidad en el puerto de Puerto Montt y aquellos que se ofrecerán en el futuro Terminal Panitao, en puertos que tengan la capacidad de atender a una nave del tipo *panamax*.

Cabe señalar que en sus informes anteriores este Tribunal ha definido consistentemente el mercado relevante como el de servicios básicos en puertos que pueden atender a la nave de diseño del frente que será concesionado. Así, en el informe N° 6 se señaló que “(...) *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 (...)*”. Sin embargo, en este caso particular, si bien el futuro Terminal Panitao está diseñado para una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

nave de tipo *postpanamax*, este Tribunal coincide con la apreciación de la FNE en cuanto a que naves de eslora y calado mayores a los de una nave de tipo *panamax* son usados principalmente para el transporte regular o de línea, el cual es poco probable que se efectúe en un futuro cercano en puertos de esta zona del país, considerando las características de la demanda local y que el centro neurálgico en Chile de dicha industria (la de transporte marítimo regular o de línea) se encuentra en la Región de Valparaíso.

Así, el mercado relevante de producto será ampliado para incluir no sólo aquellos puertos que puedan servir a una nave *postpanamax*, sino también a aquellos que pueden atender a una nave del tipo *panamax* en la actualidad. Esto, sin embargo, considerando que puede existir, para ciertos tipos de carga, algún grado -aunque menor- de sustitución entre este tipo de naves y otras de menor tamaño, que pueden ser atendidas por otros puertos de menores dimensiones.

Por otra parte, en los anteriores Informes que ha emitido este Tribunal respecto de la concesión de puertos bajo el sistema monooperador, se ha distinguido entre servicios básicos y servicios opcionales. De este modo, en los Informes Nos 5/2009 y 6/2009 se definieron los servicios básicos como *“todos los servicios en los que, por las particulares condiciones de las áreas e infraestructuras objeto de concesión, no exista la posibilidad de una provisión alternativa por parte de empresas distintas e independientes del concesionario”*. Asimismo, en dicho Informe se definieron los servicios opcionales como *“aquellos que podrán continuar prestando empresas distintas e independientes del concesionario y cuya tarifa, por lo tanto, no requiere ser regulada y debe, en cambio, ser determinada libremente según las condiciones de competencia en el mercado”*. Tales definiciones son concordantes con las realizadas por Empormontt en su solicitud de fojas 89 y serán las que se utilizarán en el presente Informe.

Habida cuenta de todo lo anterior, este Tribunal coincide en parte con la Solicitante y con la FNE en su definición de mercado relevante de producto, por lo que considerará éste como el de los servicios portuarios básicos, en el sentido mencionado precedentemente, prestados en puertos de uso público, ya sean públicos o privados, que puedan atender a una nave de tipo *panamax*. Lo anterior, sin embargo, no obsta a que se pueda segmentar dicho mercado por cada tipo de carga que se podrá movilizar en los Terminales de Puerto Montt y de Panitao, una vez licitados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

De este modo, al igual que en la definición de mercado relevante efectuada por la FNE, este Tribunal no incluirá en el mismo aquellos puertos de uso público que no tengan la capacidad de atender a una nave de tipo *panamax*, puesto que no es posible para una nave de dicho tamaño sustituir cualquiera de estos puertos por otro de menor capacidad. Sin embargo, como ya se adelantó, de todos modos se considerará que podría existir algún grado de sustitución imperfecta con otros puertos desde el punto de vista de los exportadores e importadores, quienes pueden reemplazar una nave *panamax* por otra de menor eslora y calado que sí podría ser atendida en terminales de menor tamaño, aunque probablemente con menores economías de escala.

6.2 Mercado relevante geográfico

En cuanto al mercado geográfico, si bien la Ley presume que está delimitado por la respectiva región, es decir, que no existe sustituibilidad entre los servicios prestados por los frentes de atraque de puertos de uso público ubicados en otras regiones del país, esto no significa que para el análisis de competencia este Tribunal deba restringirse a tal delimitación. Así se ha señalado en otros Informes sobre la materia, como por ejemplo en el Informe N° 4/2009, concerniente a la licitación del Puerto de Coquimbo, en que se indicó que la presunción respecto del mercado geográfico regional “(...) es *vinculante sólo para efectos de determinar la procedencia o no de los informes que exigen esas disposiciones, pero no lo es para determinar las condiciones de competencia del frente objeto de informe, en caso de existir antecedentes que permitan delimitar ámbitos geográficos diferentes.*”

Lo anterior resulta del todo razonable puesto que, de considerarse el mercado geográfico necesariamente como el regional, podría caerse en el absurdo de no analizar como potencial competidor a un puerto que se encuentra dentro del área de influencia geográfica relevante, cerca del puerto objeto de la Solicitud, pero separado por una mera línea administrativa que distingue entre dos regiones, lo que podría ser especialmente incorrecto en un caso como el de autos, en que parte de la antigua Región de Los Lagos actualmente es una nueva región.

En su solicitud de informe, la Solicitante ha definido el mercado geográfico como aquel conformado por la Región de Los Lagos, considerando, sin embargo, la influencia competitiva que pueden ejercer los puertos de otras regiones. En concreto, considera como áreas de influencia a la Región del Bío-Bío, pese a encontrarse a 600 kilómetros de distancia, porque en la actualidad parte de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demanda que correspondería a Puerto Montt se satisface por puertos de esa zona; a la Región de Los Ríos, debido a su proximidad geográfica y la existencia del Puerto Corral, pese a que éste actualmente sólo opera carga de astillas; y a la Región de Aysén, pese a la distancia geográfica y a las dificultades existentes para el transporte terrestre entre ambos puntos.

Lo expuesto por Empormontt es controvertido por Kochifas en su presentación de fojas 374, pues, según señala, ella no explica claramente cómo los puertos de otras regiones pueden ejercer una influencia competitiva o un efecto disciplinador sobre un puerto de la envergadura y características como las de Panitao. La presentación del SEP, a fojas 428, por su parte, concuerda con la definición de Empormontt, señalando que las mencionadas regiones aledañas deben ser consideradas en el análisis del mercado relevante geográfico.

Teniendo en consideración lo señalado por Empormontt en su Solicitud, la FNE, en su informe rolante a fojas 479, señala que *“(...) para determinar el ámbito geográfico del mercado relevante, es necesario considerar la sustituibilidad entre los puertos de las distintas regiones, con el fin de verificar si los consumidores pueden sustituir los servicios portuarios de una u otra región o se trata simplemente de un mercado local.”*

Sin embargo, a continuación la FNE hace notar que el sólo hecho de que parte de la carga correspondiente a Puerto Montt sea transportada por puertos de la Región del Bío-Bío, no implica necesariamente que tales puertos sean sustitutos, puesto que existe un significativo costo de transporte terrestre. Asimismo, menciona que, si bien el puerto de Corral podría atender carga general, se ha especializado en astillas, lo que sumado a la distancia existente entre Corral y Puerto Montt, hace difícil la sustitución de los puertos de la Región de Los Lagos con dicho puerto. Por último, señala que los puertos ubicados en Chacabuco (Región de Aysén) se encuentran a una gran distancia de Puerto Montt, por lo que, si se considera también la difícil conectividad entre ambas zonas, dificulta la posibilidad de sustitución de los puertos de Puerto Montt por los de dicha Región.

En consecuencia, concluye la Fiscalía, el mercado relevante geográfico que ha de considerarse estaría delimitado por la Región de Los Lagos. Esta opinión es compartida por Armasur y Kochifas quienes, en sus respectivas presentaciones de fojas 285 y 374, indican que es una falacia que puertos de otras regiones -como por ejemplo Chacabuco y aquellos de la cuenca de Talcahuano y San Vicente-

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

puedan ejercer efectos disciplinadores sobre un puerto de la envergadura del licitado.

Habida cuenta de lo anterior, este Tribunal estima que el solo hecho de que cierta carga sea transportada por un puerto alternativo no convierte automáticamente a este último en un buen sustituto desde el punto de vista geográfico, puesto que tal decisión pudo haber sido tomada, como de hecho lo fue en el caso de Puerto Montt, por la imposibilidad de transportar cierto tipo de carga por el centro histórico de la ciudad. Tal restricción impide transportar carga a través del puerto de Puerto Montt, por lo que naturalmente las empresas exportadoras debieron acudir a una alternativa factible. Sin embargo, de existir un precio razonable en condiciones de mercado, no es claro que exista sustitución entre ambos puertos. Esta dependerá de la diferencia de precios de ambos servicios en cada uno de los puertos en relación con la diferencia de costos de transporte entre ambos lugares. Así, el traspaso de carga en el puerto de Panitao no necesariamente enfrentará como sustitutos económicos los servicios de aquellos puertos que actualmente reemplazan a Puerto Montt.

Luego, considerando la distancia existente entre los puertos de Puerto Montt y Panitao y los puertos existentes en las Regiones VIII y XI, la información existente en autos -respecto a que parte de las astillas que se producen en la Región de Los Lagos serían exportadas desde puertos de la Región del Bío-Bío- no es suficiente para llevar a este Tribunal a la convicción de que estos últimos puedan ser sustitutos cercanos de los puertos que son objeto de la licitación. Por otra parte, el puerto de Corral, ubicado en la Región de Los Ríos, se encuentra a una menor distancia de Puerto Montt (aproximadamente 250 km), por lo que podría existir una influencia disciplinadora mayor, lo que será considerado al analizar el servicio de transporte de carga sólida a granel, principalmente de astillas.

6.3 Definición del mercado relevante

De acuerdo con lo señalado en los apartados anteriores, el mercado relevante para la licitación sobre la que recae la Solicitud de autos ha de ser el de provisión de servicios portuarios básicos, segmentado en carga general, carga sólida a granel, carga líquida a granel y cruceros, efectuados en los puertos de uso público de la Región de Los Lagos, sean éstos estatales o privados, que tengan capacidad de atender a una nave del tipo *panamax*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sin perjuicio de lo anterior, debe considerarse la posible influencia disciplinadora del puerto de Corral en la Región de Los Ríos para el caso del transporte de astillas, y de los otros puertos que no pueden atender a una nave de tipo *panamax* en la Región de Los Lagos pero que pueden proveer servicios portuarios a naves de menor tamaño.

En el Cuadro N° 1 se detallan los puertos de la Región de Los Lagos de uso público, tanto estatales como privados.

Cuadro N° 1:
Características de los puertos públicos y privados de uso público en la Región de Los Lagos

Puerto	Propiedad	Tipo de carga	Eslora máxima	Calado	Capacidad <i>panamax</i>
Puerto Montt	Público	Carga general, carga sólida y líquida a granel transbordadores y cruceros	230	9,3	No
Panitao*	Público	Carga general, carga sólida y líquida a granel y contenedores	300*	14*	Sí
Calbuco	Privado	Carga general, carga sólida y líquida a granel	230	12	Sí
Castro	Público	Carga general, carga sólida y líquida a granel	125	5,5	No
Quellón	Privado	Carga general, carga sólida y líquida a granel	40	S.I.	No
Bahía Chincui	Privado	Carga general, carga sólida y líquida a granel	132	18	No

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por la FNE a fojas 479

*Nota: La información respecto del Terminal Panitao es prospectiva, de acuerdo con el proyecto de Empormontt.

Del cuadro anterior se desprende que los únicos puertos que forman parte del mercado relevante definido son los de Puerto Montt/Panitao (el proyecto que se licitará) y el de Calbuco (de propiedad de Portuaria Cabo Froward).

7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE

Tal como ha indicado en reiteradas ocasiones este Tribunal, para analizar la posibilidad de ejercicio de poder de mercado es necesario analizar las condiciones de competencia existentes en el mercado relevante definido, lo que no sólo implica medir el nivel de concentración del mismo, sino también la posibilidad de sustitución de un proveedor de bienes o servicios por otro y la eventual entrada de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

nuevos competidores, o las barreras a la entrada que impedirían o disminuirían la eficacia disciplinadora de tal competencia potencial.

Por lo tanto, estando definidos los mercados relevantes en la sección precedente, a continuación se analizarán las participaciones de mercado de los actores que han ofertado tales servicios en los últimos años, por segmento.

7.1 Carga general

En términos de carga general, si se consideran los puertos de Puerto Montt y Calbuco, que son los capaces de atender a una nave de tipo *panamax*, las participaciones de mercado y el nivel de concentración del mismo son los que se presentan en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 2:

Evolución de las participaciones de mercado (medidas en toneladas transferidas) y del nivel de concentración en el transporte portuario de carga general

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Puerto Montt/Panitao	97%	98%	96%	84%	88%	88%	78%
Calbuco	3%	2%	4%	16%	12%	12%	22%
Total (miles de Tons.)	595	650	856	1.049	739	814	1.233
HHI	9.491	9.539	9.282	7.368	7.893	7.860	6.567

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por la FNE a fojas 479.

En este cuadro es posible observar que el puerto público ha cedido continuamente participación al puerto privado, lo que podría ser un indicador de que existe competencia entre ambos, aunque la mayor parte de la demanda continúa siendo servida por Empormontt. Esto ha permitido que el nivel del índice de concentración HH haya bajado desde aproximadamente 9.500 puntos en 2005 hasta cerca de 6.600 puntos en 2011, lo que de todas formas representa un mercado altamente concentrado.

Por otra parte, si se considerase la carga general transportada por los puertos de uso público de la Región de Los Lagos, sin distinguirlos por su capacidad de atender a una nave *panamax*, se obtendrían las participaciones de mercado y la concentración mostradas en el Cuadro N° 3 siguiente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 3:

Evolución de las participaciones de mercado (medidas en toneladas transferidas) y del nivel de concentración en el transporte portuario de carga general considerando todos los puertos de la Región de Los Lagos.

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Puerto Montt/ Panitao	74%	66%	69%	68%	64%	62%	54%
Calbuco	2%	2%	3%	13%	9%	9%	15%
Castro	16%	14%	10%	7%	9%	3%	3%
Quellón*	0%	0%	0%	0%	0%	0%	8%
Chincui	8%	19%	18%	12%	18%	26%	20%
Total (miles de Tons.)	781	964	1.188	1.295	1.015	1.152	1.780
HHI	5.835	4.874	5.238	5.026	4.591	4.614	3.625

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por la FNE a fojas 479 y por Oxxean a fojas 947.

*Nota: En el caso del puerto de Quellón sólo se cuenta con información para el año 2011.

En el cuadro anterior es posible observar una situación similar a la analizada anteriormente, dado que el puerto de Puerto Montt, en este escenario, habría tenido una alta participación de mercado al año 2005, concentrando, en conjunto con Castro (que también administra Empormontt), el 90% de la carga general transportada. A partir de ese año, y hasta la actualidad, estos puertos estatales han ido cediendo participación de mercado a los puertos privados de uso público, llegando en 2011 hasta un 57% del total. Puertos como Calbuco y Chincui (de propiedad de las empresas portuarias Cabo Froward y Oxxean, respectivamente), han aumentado su participación, llegando a tener un 35% de la carga general durante 2011 entre ambas, y un 43% si se suma la carga transferida por Quellón.

El nivel de concentración, por su parte, ha disminuido constantemente, pasando de cerca de 5.800 puntos de HHI a aproximadamente 3.600 entre 2005 y 2011, lo que representa un cambio relevante en la concentración del mismo por el surgimiento de nuevos competidores privados.

Se estaría en presencia, entonces, de un mercado en que existe una oferta creciente de servicios portuarios para el transporte de carga general por parte de puertos privados de uso público. De este modo, la adjudicación del puerto de Puerto Montt a un nuevo concesionario -no incumbente- permitiría reducir el nivel de concentración actual en la industria, al separar las actividades de dicho puerto de las de Castro, actualmente también administrado por Empormontt. En caso de adjudicarse a un incumbente, por otra parte, éste quedaría con una participación de mercado que, en presencia de alguna barrera a la entrada, podría entregarle

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una posición dominante en el mismo, especialmente si se trata de una empresa que participe también en el mercado relevante definido por este Tribunal, como se analizará más adelante en la sección de restricciones a la integración horizontal.

Por último, cabe señalar que en la actualidad la carga general transferida no incluye el transporte de carga en contenedores, dado que ésta no se realiza en la Región de Los Lagos. Sin embargo, el proyecto de Panitao considera la infraestructura necesaria para la transferencia de contenedores, por lo que el concesionario quedará en una posición de monopolio para este tipo de carga en el mercado relevante geográfico, al menos en el plazo que le tome a sus competidores actuales y potenciales la construcción de la infraestructura necesaria para prestar esta clase de servicios. El hecho que el puerto de Calbuco sería el que más fácilmente podría adaptar su infraestructura para la provisión de servicios para el transporte de contenedores -siendo parte del mercado relevante al tener capacidad suficiente para atender a una nave de tipo *panamax*- también se considerará al momento de evaluar posibles restricciones a la integración horizontal en la actual licitación.

7.2 Carga sólida a granel

En lo que respecta a la carga sólida a granel, la evolución de las participaciones de mercado -medidas en toneladas transferidas- y el índice de concentración son los mostrados en el Cuadro N° 4, a continuación.

Cuadro N° 4:

Evolución de las participaciones de mercado (medidas en toneladas transferidas) y del nivel de concentración en el transporte portuario de carga sólida a granel

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Puerto Montt/Panitao	45%	42%	50%	61%	50%	50%	52%
Calbuco	55%	58%	50%	39%	50%	50%	48%
Total (miles de Tons.)	604	690		943	937		1.209
HHI	5.058	5.119	5.000	5.224	5.000	5.000	5.006

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por la FNE a fojas 479.

En este caso, se puede observar que las participaciones de mercado de los puertos considerados varían poco en el tiempo, repartiéndose Puerto Montt y Calbuco casi igualmente la demanda por servicios de transporte de carga sólida a granel. Así, la concentración de mercado, medida por el índice HH, se ha

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mantenido prácticamente constante, alcanzando un nivel de 5.006 puntos en 2011, lo que permite calificar a este mercado como uno altamente concentrado, satisfecho principalmente por dos empresas, una pública y una privada. En caso de otorgarse la concesión a otro operador portuario no incumbente, el mercado de carga sólida a granel en la Región de Los Lagos quedaría prácticamente en un duopolio (Puerto Montt/Panitao, por una parte, y Calbuco, por otra), en el que las dos mayores participantes podrían tener incentivos para competir por los clientes. En cambio, de otorgarse la concesión a Cabo Froward, este mercado quedaría para todos los efectos prácticos monopolizado por una sola firma, lo que podría afectar la libre competencia y los incentivos a la inversión. Esto también será considerado más adelante, cuando se analicen las eventuales restricciones a la integración horizontal en la presente licitación.

Ahora bien, como se anticipó en la definición de mercado relevante, en el caso de la carga sólida a granel existe la competencia potencial del puerto de Corral ubicado en la Región de Los Ríos, que, aunque está ubicado a 236 Km aproximadamente de Puerto Montt², puede servir como disciplinador de las tarifas cobradas por los servicios básicos para la transferencia de este tipo de carga. Esto, atendido que Corral es un puerto especializado en la exportación de carga sólida a granel, principalmente astillas, y que durante el año 2011 exportó aproximadamente 750.000 toneladas, lo que representa casi un 60% del total de toneladas de carga sólida a granel transferida en la Región de Los Lagos y un tonelaje mayor al transportado tanto por Puerto Montt como por Calbuco, considerados separadamente. De esta forma, si bien estos dos puertos tienen una ventaja geográfica en el mercado relevante definido por este Tribunal, en el que competirían prácticamente como duopolio, puede existir un elemento atenuador de futuras alzas en las tarifas cobradas, por la presión competitiva que, al menos para ciertos clientes, ejercería el puerto de Corral -a pesar de su distancia respecto del mercado relevante geográfico definido precedentemente- considerando que tiene la infraestructura necesaria para atender a una nave de tipo *panamax*.

Asimismo, existe otra posible influencia competitiva en el puerto de Oxean ubicado en la Bahía Chincui, aunque éste no puede atender a una nave de tipo *panamax* y actualmente sólo transferiría cerca de un 5% del total de carga sólida a granel de la Región de Los Lagos.

² Según la información de la Dirección de Vialidad, disponible en <http://servicios.vialidad.cl/distancias>

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por todo lo anterior, si bien a primera vista el mercado de transferencia de carga sólida a granel se observa altamente concentrado en los dos puertos que forman parte del mercado relevante, ya que cada uno serviría aproximadamente la mitad del mismo, existen indicios de algún grado de influencia competitiva por parte del puerto de Corral y de Bahía Chincui (por la magnitud de sus transferencias y por su cercanía, respectivamente) los que podrían tener algún efecto disciplinador de eventuales prácticas restrictivas de la libre competencia por parte del puerto concesionado.

7.3 Carga líquida a granel

Respecto de la transferencia de carga líquida a granel, las participaciones de mercado de los puertos que forman parte del mercado relevante se muestran en el cuadro N° 5.

Cuadro N° 5:

Evolución de las participaciones de mercado (medidas en toneladas transferidas) y del nivel de concentración en el transporte portuario de carga líquida a granel

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Puerto Montt /Panitao	90%	18%	31%	38%	1%	0%	1%
Calbuco	10%	82%	69%	62%	99%	100%	99%
Total (miles de Tons.)	444	54	71	56	14	34	601
HHI	8.211	7.055	5.727	5.296	9.843	9.932	9.765

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por la FNE a fojas 479.

Pese a que el puerto de Puerto Montt fue en el año 2005 el actor más relevante en cuanto a transporte de carga líquida a granel, actualmente es Portuaria Cabo Froward, en su puerto de Calbuco, quien concentra casi la totalidad del transporte de este tipo de carga. Cabe destacar que a partir del año 2011 el puerto de Calbuco, conjuntamente con Empresas Copec, comenzó a operar un sistema de descarga de hidrocarburos, lo que incrementó en un 1.600% la cantidad de carga líquida a granel transportada en dicho puerto entre los años 2010 y 2011.

Debido a lo anterior, y a que no existe información detallada sobre las cargas líquidas a granel transportadas por cada puerto, no es posible para este Tribunal determinar la participación de mercado de Empormontt y Cabo Froward en la transferencia de carga líquida a granel distinta de los hidrocarburos durante 2011.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7.4 Cruceros

Por último, en cuanto a la atención de cruceros, el puerto de Puerto Montt es el único en la zona geográfica relevante que en la actualidad realiza esta actividad, lo que genera una posición monopólica respecto de este tipo de servicios. Esto es lógico, por cuanto es difícil sustituir para los demandantes la cercanía que posee el puerto de Puerto Montt con la ciudad misma -que es el polo de la demanda de turismo de la región-, todo lo cual reduce el ámbito geográfico de sustitución para este tipo de servicios, también porque los otros puertos considerados dentro del mercado relevante no poseen -según la información entregada por la Solicitante a fojas 89, en el informe económico acompañado a fojas 551 y en el estudio de demanda de carga acompañado a fojas 790- la infraestructura necesaria para realizar este tipo de actividades, al menos en la actualidad.

7.5 Condiciones de entrada al mercado relevante

A lo largo de estos autos, y principalmente en su presentación de fojas 89 y en su intervención en la audiencia pública de rigor, Empormontt ha señalado que no existirían barreras de entrada al mercado portuario en la Región de Los Lagos, por cuanto habría abundancia de bahías abrigadas y grandes espacios de acopio y almacenaje que podrían servir para la instalación de nuevos puertos. Así, menciona que en su propio estudio para la ubicación del puerto de Panitao se identificaron seis posibles sectores, además del ya mencionado, en los que podría desarrollarse el proyecto portuario por licitarse, todos dentro de un radio de 50 kilómetros de Puerto Montt.

Además, señala que la existencia de un proyecto portuario en una ubicación geográfica similar a la del futuro puerto de Panitao (proyecto de Oxxean en Punta Cullahuapi, que atenderá principalmente carga sólida a granel) es una muestra del fácil acceso a terrenos aptos para la provisión de estos servicios.

En el mismo sentido entrega su opinión el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, al asegurar que existe competencia actualmente entre los puertos de la región y que no existen barreras a la entrada por existir múltiples sectores costeros que cumplen los requisitos para desarrollar un terminal portuario.

Por otra parte, en su escrito rolante a fojas 479 y siguientes, la FNE ha señalado que, una vez realizadas las obras de Panitao, el concesionario de este puerto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tendría la capacidad de captar gran parte de la demanda de la región, pudiendo existir exceso de capacidad en la Región de Los Lagos, lo que a su vez podría disuadir la entrada de competidores. Un argumento similar esgrime Oxxean en su presentación de fojas 261, al señalar que la licitación pone en riesgo la continuidad del mercado actual de puertos en la región, desincentivando la inversión de privados que querrían expandirse en la situación actual, como es su caso.

Agrega la FNE, en una nota al pie de su presentación, que no sólo ha de considerarse la existencia de bahías abrigadas, sino que también debe tomarse en cuenta el tiempo y suficiencia de la entrada. En este sentido, señala que -de acuerdo con lo indicado por diversos actores del mercado- la obtención de una concesión marítima demoraría cerca de cuatro años, a lo que debe adicionarse el período que demora la realización de las obras de inversión, y que dicha inversión sería significativa en orden a alcanzar el tamaño necesario para servir la nave de diseño de la licitación y poder competir efectivamente en este mercado.

En anteriores Informes, este Tribunal ha establecido que una de las barreras al ingreso de nuevos competidores a este mercado es la escasez o inexistencia de bahías abrigadas en una región. Así, por ejemplo, en sus Informes Nos 5/2009 y 6/2009 se estimó que *“(...) la Región de Valparaíso cuenta con escasas bahías naturales aptas para la instalación de nuevos puertos y que, si bien es técnicamente posible habilitar una bahía para estos efectos, ello implica costos de construcción muy significativos (por ejemplo, molo de abrigo, dragado) y con características de costos hundidos, por lo que resulta particularmente riesgoso para un potencial entrante replicar la infraestructura de los incumbentes.”* En este caso, este Tribunal concuerda con Empormontt en el sentido que no existirían en la actualidad dificultades para encontrar bahías abrigadas o sitios aptos para la creación de un nuevo puerto o para el almacenaje o acopio de la carga transportada.

Ahora bien, la existencia o no de bahías abrigadas no es el único elemento que debe ponderarse a efectos de evaluar la factibilidad de entrada oportuna y suficiente a este mercado. En este sentido, este Tribunal concuerda con la opinión de la Fiscalía en cuanto a que existen otras condiciones que dificultarían el ingreso oportuno de competidores o, derechamente, lo desincentivarían -como la existencia de capacidad ociosa en los puertos existentes-. Todo ello sin perjuicio de que, aun en ausencia de barreras, la demora en la entrada -a causa de los plazos involucrados en la solicitud de una concesión marítima, los estudios de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

impacto ambiental necesarios y la construcción misma del puerto- también es un elemento que debe ser considerado como un factor que favorece el eventual ejercicio de poder de mercado por parte de una empresa dominante.

El siguiente cuadro muestra la capacidad ociosa que tendría el Terminal Panitao una vez construido, la que, a juicio de este Tribunal, podría constituirse en una barrera a la entrada de nuevos competidores.

Cuadro N° 6:

Capacidad ociosa del puerto de Puerto Montt/Panitao respecto de su nivel óptimo de funcionamiento (congestión de 60%) y de su capacidad total de transferencia por año, entre 2011 y 2021.

Año	Carga transferida	Capacidad ociosa respecto de un nivel de congestión sobre un 60%	Capacidad ociosa respecto de la capacidad total del puerto
2011	647.000	47%	68%
2012	802.000	34%	60%
2013	855.000	29%	58%
2014	949.000	22%	53%
2015	1.037.000	14%	49%
2016	1.241.000	-3%	38%
2017	1.448.000	45%	67%
2018	1.652.000	37%	62%
2019	1.869.000	29%	57%
2020	2.098.000	20%	52%
2021	2.252.000	14%	49%

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información del Estudio de la Demanda de Cargas, acompañado por el SEP a fojas 646 y por Empormontt a fojas 790.

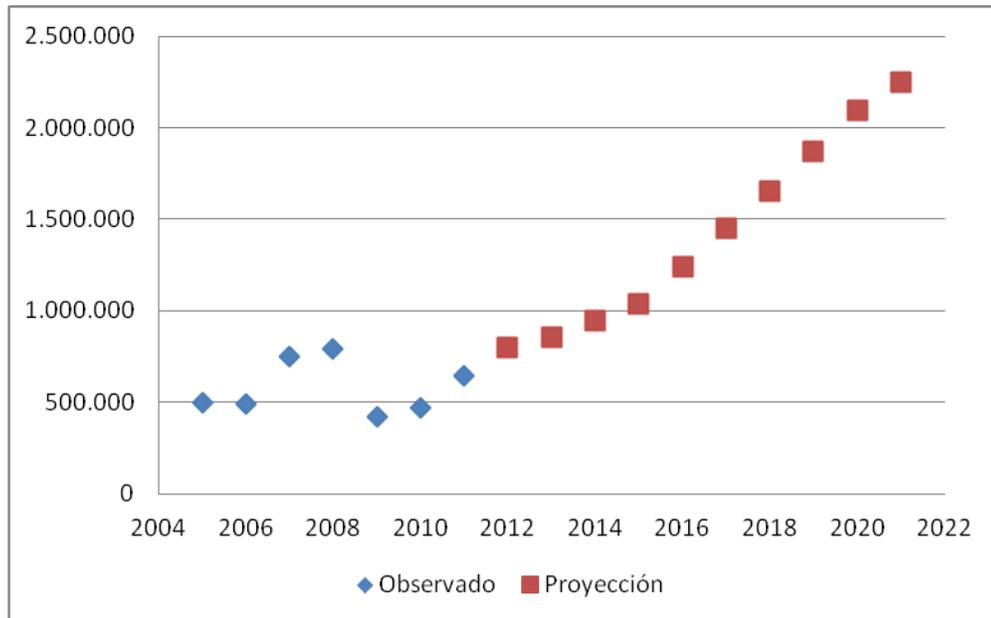
*Nota: El porcentaje de congestión máxima de 60% es el considerado por Empormontt para sus estimaciones y por el Estudio de Demanda de Cargas que rola a fojas 790.

Cabe señalar que la proyección de demanda utilizada, estimada en el Estudio de Demanda de Cargas, que rola a fojas 790, considera un crecimiento promedio anual de un 12,5% a partir de 2012, lo que contrasta con el crecimiento observado entre los años 2005 y 2011, aunque los años recientes representan un período atípico para el transporte de carga en la región, tanto por el surgimiento del virus ISA, que afecta la salmonicultura, como por las restricciones urbanísticas al transporte de cierto tipo de cargas y la crisis económica internacional, que puede haber afectado las exportaciones. La carga transportada y proyectada se muestra en el Gráfico N° 1 siguiente.

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

Gráfico N°1:

Evolución de las toneladas transportadas de carga entre los años 2005 y 2011 y de las proyecciones de transferencia entre los años 2012 y 2021 efectuadas en el “Estudio de la Demanda de Cargas” acompañado por Empormontt.



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información del Estudio de la Demanda de Cargas acompañada por Empormontt a fojas 790.

Si se tiene en consideración el crecimiento económico esperado del país y el crecimiento efectivo de otros puertos, esta estimación del crecimiento de la demanda portuaria, en opinión de este Tribunal, puede ser demasiado optimista, por lo que la capacidad ociosa en el Terminal Panitao y Muelle Comercial podría ser incluso mayor que la señalada en el Cuadro N° 6 anterior.

Por otra parte, es público y notorio que las inversiones comprometidas en la creación de un nuevo puerto son de gran magnitud y específicas a la actividad portuaria y al lugar donde se planea su construcción. De este modo, una vez efectuada tal inversión, ésta representa un costo hundido, es decir, una barrera a la salida que puede desincentivar el ingreso de nuevos competidores si es que dicho costo hundido es muy alto en relación con el tamaño del mercado.

Así, frente a un eventual abuso de posición dominante por un incumbente, un competidor potencial no sería capaz -pese a la existencia de bahías abrigadas- de ingresar de manera oportuna y suficiente a este mercado, si se considera la especificidad de la inversión realizada y el tamaño mínimo eficiente para poder competir, en relación con la demanda del sector.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

De este modo, se concluye que si bien no existen barreras absolutas a la entrada de nuevos competidores, este Tribunal reconoce que existen dificultades a la entrada que pueden constituirse en barreras, desincentivando o retrasando el ingreso de nuevos competidores, al menos en el mediano plazo. Tales dificultades serán consideradas por este Tribunal en el análisis de la pertinencia de imponer o no límites a la integración vertical u horizontal en esta licitación.

8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN

8.1 Introducción

Tal como ha señalado este Tribunal con anterioridad, cuando se trata de asignar derechos exclusivos para construir y operar un frente de atraque de uso público en carácter de monooperador sin que exista en la región otro frente de atraque capaz de atender a su nave de diseño, es preciso resguardar dos aspectos: (i) las condiciones de competencia en la licitación, o competencia *ex ante*; y, (ii) las condiciones de competencia en la provisión de los servicios a los usuarios, o competencia *ex post*.

Esta sección abordará las condiciones de competencia *ex ante*, ya que la concesión asignará a una única empresa el derecho exclusivo y excluyente de operar los frentes de atraque objeto de la misma, además de construir el nuevo terminal en Panitao. 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. Por otra parte, para que, *ex post*, la provisión monopólica de los servicios básicos definidos se pueda efectuar en condiciones que emulen la competencia, es preciso que se den los incentivos adecuados para que los precios, cantidades y calidad de los servicios básicos sean ofrecidos en condiciones competitivas.

Cabe señalar que, a diferencia de otros casos -como fue, por ejemplo, el de la licitación de la Empresa Portuaria de Coquimbo-, el concesionario no será el único oferente en el mercado relevante definido en este informe. No obstante, la presencia de otros operadores portuarios no asegura completamente las condiciones de competencia *ex post*. Por este motivo, en la sección siguiente este Tribunal analiza las condiciones que permitan resguardarla.

Para lograr el objetivo propuesto, a continuación se analizará el marco regulatorio aplicable a la asignación en concesión de frentes de atraque estatales, las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propuestas de Empormontt y 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 Empormontt

Por razones de orden, este Tribunal ha agrupado por materias los principales resguardos para la competencia en la asignación de la concesión de los frentes de atraque estatales señalados. Los subtítulos son: (i) modelo o esquema de licitación propuesto; (ii) subsidiariedad y mecanismo de asignación de uso de frentes de atraque; (iii) criterios de adjudicación; (iv) canon anual; (v) otros pagos del concesionario a Empormontt; y (vi) contenidos mínimos, plazos y garantías.

En cada una de estas materias se señalará, primero, el marco regulatorio aplicable de acuerdo con la Ley y el Reglamento, cuyas normas deben entenderse incorporadas en las bases de la Licitación por el sólo ministerio de la Ley; segundo, la propuesta de Empormontt 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) Modelo o esquema de licitación propuesto

El objeto de la concesión consiste en el corto plazo en la operación del Muelle Comercial del actual puerto de Puerto Montt mediante un sistema monooperador que permita la movilización de carga general, de carga sólida y líquida a granel, y el negocio de cruceros de turismo y las demás actividades complementarias. Además, el concesionario deberá realizar las inversiones en las obras de mantención necesarias para mejorar la calidad de los servicios portuarios asociados y las inversiones necesarias para la mejoría, conservación y mantención de las operaciones en los Sitios 1 y 2 del Muelle Comercial del puerto de Puerto Montt. Finalmente, las Bases de Licitación señalan que el concesionario deberá asumir la obligación de respetar y cumplir los cinco contratos de acopio actualmente vigentes y tendrá derecho a recibir las contraprestaciones respectivas.

Además, la concesión tiene como objeto la construcción y posterior explotación del Terminal Panitao, que comprenderá dos frentes de atraque nuevos, ubicados a 20

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

km. del actual puerto de Puerto Montt; una explanada de 50.000 m², con superficie pavimentada, y la construcción del camino de acceso al Terminal Panitao que conecta con una ruta secundaria que empalma con la Ruta 5 sur. Este nuevo Terminal podrá movilizar tanto carga líquida y sólida a granel, como carga general y contenedores.

Según lo establecen las Bases de Licitación, los frentes de atraque del futuro Terminal Panitao tendrán las siguientes características: el primer sitio deberá ser apto para atender una nave de diseño de 300 metros de eslora, 14 metros de calado a nivel de reducción de sonda y 40 metros de manga (nave tipo post panamax). El segundo sitio de atraque deberá ser apto para atender una nave de diseño de 250 metros de eslora, 12 metros de calado máximo a nivel de reducción de sonda y 40 metros de manga (nave tipo panamax).

En consecuencia, y tal como explica la Solicitante, la Licitación distingue dos etapas: la primera incluye la entrega del Muelle Comercial, compuesto por los sitios 1 y 2 para su operación por el concesionario y la construcción del nuevo Terminal Panitao, etapa que tiene un plazo máximo de 4 años. Esta etapa comprende el período entre la Fecha de Entrega de la concesión y la Fecha de Inicio de Operaciones del Terminal Panitao. Transcurrido el período máximo de construcción del nuevo Terminal Panitao, de 4 años, el concesionario deberá restituir a Empormontt el terreno correspondiente al área denominada en las bases como "Borde Costero", de 16.000 m² de superficie, con lo cual disminuirá proporcionalmente el Canon Fijo Anual que paga el concesionario.

La segunda etapa comienza con el inicio de operaciones en el Terminal Panitao, o bien con el vencimiento del plazo máximo señalado (de 4 años para la construcción del nuevo terminal), lo que ocurra primero. En esta segunda etapa, el concesionario podría optar por: (i) devolver en cualquier momento la explotación de los Sitios 1 y 2 conjuntamente con el Área de Respaldo, previo aviso a Empormontt; y, (ii) continuar la explotación de los sitios 1 y 2 por el tiempo que desee, dentro del plazo de concesión, en cuyo caso deberá devolver el Área de Respaldo transcurridos 5 años desde la Fecha de Inicio de Operaciones del Terminal Panitao. En caso de optar por la alternativa (ii), precedente, el concesionario podrá solicitar fundadamente una prórroga de hasta 5 años, pudiendo completar de esta forma hasta un total de 10 años de explotación conjunta de los Sitios 1 y 2 del actual puerto de Puerto Montt, más su Área de Respaldo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Al respecto, este Tribunal es de la opinión que los argumentos entregados por la Solicitante para justificar la licitación en paquete o integrada de la operación de los Sitios 1 y 2 del actual puerto de Puerto Montt y la operación de los cruceros, junto con la construcción y operación del nuevo Terminal Panitao, no son suficientemente consistentes. En efecto, el estudio presentado por Empormontt a fojas 551 señala que, en la medida que ambos terminales se especialicen en transferencias de distinto tipo -Puerto Montt en cruceros, transbordadores y cabotaje, y Panitao en carga general, a granel y en contenedores-, no serán sustitutos por lo que, en consecuencia, no se comprometerá la competencia de ninguna manera, dado que ésta no es posible.

Este Tribunal considera que igualmente podría existir transferencia de carga general en ambos terminales, mientras no se devuelva el Área de Respaldo de los sitios 1 y 2 del Muelle Comercial, lo que podría afectar la libre competencia por el mantenimiento de un mayor poder de mercado del concesionario por un prolongado período de tiempo. Así, el periodo de transición establecido en las Bases de Licitación -durante el cual el concesionario podrá otorgar los servicios de transporte de carga general y de carga sólida y líquida a granel en ambos puertos sin devolver el Área de Respaldo especificada- podría ser muy largo.

Por tales motivos, este Tribunal, en concordancia con lo señalado en autos por la FNE, es de la opinión de disminuir el tiempo de operación conjunta de los sitios 1 y 2 del Muelle Comercial con su Área de Respaldo a un período máximo de 5 años desde la Fecha de Inicio de Operaciones del Terminal Panitao, sin perjuicio de mantener la posibilidad de solicitar una prórroga por otros cinco años previa consulta a este Tribunal.

Por otra parte, el estudio citado señala que la licitación conjunta o integrada de ambos terminales es el incentivo para que se adjudique la construcción y operación del Terminal Panitao, por cuanto las utilidades o beneficios que podrá obtener el licitante de la operación del puerto existente le permitirán cubrir parte del costo que implica la construcción del Terminal Panitao. A juicio de este Tribunal, dicha circunstancia representa un subsidio cruzado que permitirá al concesionario tener incentivos para desarrollar el nuevo terminal. No obstante, en términos de libre competencia, la existencia de dicho subsidio puede rentabilizar inversiones con exceso de capacidad ociosa lo que, si bien podría desincentivar la entrada de nuevos operadores a este mercado, también podría llevar a una baja en las tarifas cobradas *expost*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por lo anterior, y para evitar que las tarifas que se cobren por los servicios provistos en el Muelle Comercial durante los 4 años de construcción del Terminal Panitao sean incrementadas arbitrariamente con el fin de financiar en parte las inversiones futuras en Panitao, este Tribunal aceptará en el presente Informe la propuesta de que las mismas no sean incorporadas al índice de tarifas máximas y, en cambio, se sujeten a un incremento máximo de un 10% sobre las tarifas que cobra actualmente Empormontt.

Respecto del plazo de concesión, las Bases de Licitación establecen un plazo de 25 años para la concesión del Muelle Comercial y para el Terminal Panitao, contados ambos desde la Fecha de Entrega.

Tal como se especifica en las Bases de Licitación, el Muelle Comercial comprende la explotación y operación de los Sitios 1 y 2 del Puerto de Puerto Montt, la operación de los cruceros de turismo, la actividad ligada al manejo de cargas y las demás actividades complementarias. En consecuencia, este Tribunal entiende que la concesión de la operación de cruceros se otorga por un plazo máximo de 25 años, pero que ésta termina en el momento en que se devuelva a Empormontt la operación y explotación de los Sitios 1 y 2 del Muelle Comercial.

(ii) Subsidiariedad y mecanismo de asignación de uso de frentes de atraque:

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.

Asimismo, 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.

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.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por su parte, el artículo 7º de la Ley establece que las concesiones portuarias se otorgarán mediante licitación pública, en las condiciones que establece el Reglamento.

Respecto de este punto, la gran diferencia de esta licitación con respecto a las otras licitaciones de frentes de atraque sobre las cuales ha informado este Tribunal, radica en que el nuevo frente de atraque cuya construcción se entrega en concesión, se ubica a 20 km del actual recinto portuario de Empormontt.

(iii) Criterios de adjudicación;

a. Servicios básicos tarifados

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

En su solicitud, y de acuerdo con las Bases de Licitación, Empormontt propone adjudicar la concesión al oferente que ofrezca el menor Índice de Tarifas Máximas por aquellas cargas y servicios que actualmente se transfieren y movilizan en el puerto de Puerto Montt, en los sitios 1 y 2, excluidas las asociadas a la industria acuícola³. Estas tarifas comenzarán a regir desde la fecha de inicio de las operaciones del frente de atraque del Terminal Panitao y regirán hasta la fecha de término de la concesión, siendo aplicables a todos aquellos servicios y cargas que en la actualidad se prestan en el puerto de Puerto Montt, con exclusión de los señalados precedentemente, ya sea que se transfieran en los Sitios 1 y 2 o en el nuevo Terminal Panitao.

Al respecto, este Tribunal, tal como lo ha señalado en sus Informes N° 3, 4 y 5, 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, en cambio, que el factor determinante de la adjudicación sea el menor índice tarifario de los servicios básicos ofrecidos a los usuarios.

Sin embargo, el caso que nos ocupa es diferente ya que se está adjudicando la construcción y operación del Terminal Panitao, que aún no existe, a quien ofrezca

³ Entendiéndose por actividades asociadas a la industria acuícola aquellas que se relacionan con la atención de naves que realizan cabotaje regional y que transfieren todo tipo de cargas que requieren los centros de cultivo, tales como *smolts*, cosecha de diversas especies, alimento para peces, *bins* con hielo, redes, pertrechos, balsas jaulas, entre otras.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el menor índice tarifario por los servicios que se ofrecen actualmente en los sitios 1 y 2 del terminal de Puerto Montt. Es decir, se dejan fuera del índice tarifario los servicios básicos que se prestarán en el nuevo Terminal Panitao, pero que no se proveen actualmente en el Muelle Comercial, como son los servicios de transferencia de contenedores y de carga sólida a granel (e.g. astillas).

Respecto de las tarifas de los servicios básicos ofrecidos en los sitios 1 y 2 del actual Terminal de Puerto Montt, la Solicitante establece un límite máximo para el incremento de dichas tarifas durante el período de construcción del Terminal Panitao; período que comprende el tiempo transcurrido entre la Fecha de Entrega y la Fecha de Inicio de las Operaciones del Terminal Panitao, siendo dicho límite de hasta un 10% respecto de los valores actuales, reajustados por el US PIAFF. A juicio de este Tribunal, autorizar un incremento real de hasta un 10% parece discrecional, pues no hay información que permita identificar qué variables se consideraron para definirlo. No obstante, por las razones esgrimidas precedentemente y considerando además que este Tribunal no dispone de la información necesaria para determinar el porcentaje de aumento real en las tarifas que se justifica por las inversiones adicionales exigidas al concesionario en el Muelle Comercial, aceptará dicho límite como el porcentaje máximo de aumento de tarifas que podrá aplicarse en el total del periodo de 4 años ya señalado.

Adicionalmente, no queda claro en las Bases de Licitación qué sucederá con otros servicios, como carga de astillas y de contenedores, que pueden ser considerados como básicos y se prestarán en el nuevo terminal, pero que no se están prestando en la actualidad en los sitios 1 y 2 del Muelle Comercial, por las características físicas diferentes de ambos. Sólo se señala que respecto de servicios -sin especificar si son básicos o no- que no se presten en el puerto de Puerto Montt, no habrá aplicación de máximos, debiendo las tarifas ser públicas y no discriminatorias. A juicio de este Tribunal, la licitación debiera adjudicarse al concesionario que ofrezca cobrar el menor índice tarifario por la totalidad de los servicios básicos que se prestarán en cada uno de los terminales que se licitan.

La Solicitante propone en las Bases de Licitación que el Índice de Tarifas se calcule considerando la Tarifa de Transferencia de Carga Granel Sólido (TTGS), la Tarifa de Carga por Uso de Muelle (TMC), ambas ofertadas por el Concesionario y expresadas en US\$/Tonelada, y la Tarifa a la Nave por Uso del Muelle (TMN), también ofertada por el Concesionario pero expresada en US\$/metro-eslora-hora. Adicionalmente quedan reguladas fuera del Polinomio la Tarifa de Transferencia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Carga Fraccionada, la que se señala podrá ser hasta un 25% mayor a la TTGS y la Tarifa de Transferencia de Carga Granel Líquido, la que se señala deberá ser menor o igual a la TTGS.

Al respecto, este Tribunal no aceptará dicha propuesta y ordenará a Empormontt incorporar en el índice tarifario conforme con el cual se adjudicará la concesión, además de la Tarifa a la Carga por Uso de Muelle (TMC) y la tarifa a la Nave por Uso de Muelle (TMN), en los términos propuestos, los cobros o tarifas ofertadas por el Concesionario por concepto de: Transferencia de Carga Granel Sólido, Transferencia de Carga Fraccionada, Transferencia de Carga Granel Líquido, Transferencia de Carga en Contenedores, tanto refrigerados como no refrigerados, todos ellos expresados en dólares por tonelada, incluyendo la transferencia de los productos acuícolas que se indican en la sección siguiente, así como todos los otros servicios que sean considerados como básicos de acuerdo a la definición precedente. Para el caso de las tarifas por Transferencia de Carga en Contenedores, si ellas quedan expresadas en US\$/TEU, deberán transformarse a US\$/tonelada, diferenciando entre contenedores refrigerados y no refrigerados, a efectos de ser incorporadas en el Índice Tarifario. Finalmente, dichas tarifas serán consideradas para todos los efectos como máximas y podrán reajustarse anualmente por la variación del US PPI desde la fecha del llamado a licitación.

Como ponderadores de las tarifas de servicios de transferencia de cada tipo de carga, Empormontt deberá considerar un criterio objetivo de ponderación, como puede ser la participación proyectada de cada tipo de carga respecto del total de carga proyectada durante el período completo de la concesión, expresado en toneladas, o bien la participación proyectada de cada tipo de carga respecto del total de ingresos proyectados durante el período completo de concesión. Todo lo anterior, de acuerdo a proyecciones independientes y objetivas realizadas por terceros, como por ejemplo el informe acompañado por la Solicitante a fojas 790.

De este modo, la composición del índice tarifario máximo considerada en el presente Informe permite observar cuánto será el precio que pagará una tonelada promedio de carga por los servicios básicos que deberá ofrecer el concesionario, al sumar la transferencia de carga, el muellaje de carga y el muellaje de la nave (que a su vez tiene incluye un ponderador correspondiente a cuántos metros de eslora-hora son necesarios para transportar una tonelada).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, Empormontt deberá incluir en las Bases de Licitación la existencia de un Índice Tarifario de Adjudicación Máximo de Reserva secreto, en virtud del cual puedan ser rechazadas aquellas ofertas que lo excedan. Ello evitará que una eventual falta de competencia por la cancha se traduzca en la adjudicación de la concesión a una oferta con un Índice Tarifario Máximo excesivamente alto. De este modo, en caso que todas las ofertas se encuentren en esta situación, la Licitación será declarada desierta.

Respecto de las tarifas por el servicio de operación de cruceros de turismo, las Bases de Licitación establecen que durante los 4 años de construcción del Terminal Panitao, éstas corresponderán a aquellas que se cobren en el puerto de Puerto Montt a la fecha del llamado a licitación, con la facultad de un incremento de hasta un 10%, reajustadas anualmente por la variación del US PPI -esto es, el índice de precios de productores en Estados Unidos- desde la fecha señalada. Para el período comprendido entre la Fecha de Inicio de Operaciones del Terminal Panitao y hasta que finalice el contrato de concesión, las Bases establecen que la tarifa por este servicio no podrá ser superior a US\$ 12 por pasajero, monto que también será reajustado anualmente por la variación del US PPI desde la fecha del llamado a la presente licitación.

Al respecto, este Tribunal es de la opinión que idealmente los participantes en la licitación debieran competir en la oferta de tarifas y demás condiciones de este servicio, por lo que debería incluirse en el Índice Tarifario Máximo. Sin embargo, teniendo en cuenta las dificultades para calcular el ponderador de este servicio respecto al de transporte de carga en un mismo índice tarifario -puesto que tiene características esencialmente diferentes- y dado que no existe información histórica respecto a la relevancia de este servicio en los ingresos de Empormontt, este Tribunal aceptará, prudencialmente, como incremento máximo y total para el período de los 4 años que dure la construcción, el 10% propuesto por Empormontt, así como la tarifa máxima de US\$ 12 por pasajero -reajustada anualmente según la variación del US PPI- para el período comprendido entre la Fecha de Inicio de Operaciones del Terminal Panitao y hasta que finalice el contrato de concesión.

b. Servicios de carga para la industria acuícola

Empormontt sugiere en su solicitud de informe que los servicios básicos para el transporte de ciertos productos relacionados con la acuicultura no sean incluidos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en el índice tarifario máximo, dado que, según señala, “(...) *las tarifas relacionadas a éstos se dan en un ambiente de alta competencia con los demás puertos ubicados en el sector de Puerto Montt (...)*”. En este mismo sentido, menciona al Puerto Oxxean (Bahía Chincui), Puerto Detroit y Puerto Kochifas como principales competidores.

No existe en autos información desagregada de la oferta portuaria que sirve al segmento de acuicultura que permita a este Tribunal formarse convicción sobre el verdadero grado de competencia que existe en el mismo, sin embargo parte de la carga que Empormontt considera dentro de esta clasificación -como, por ejemplo, la harina vegetal y de pescado y el aceite de pescado- no parece diferenciarse del resto de la carga general, por lo que habrán de estar sujetos al índice tarifario máximo. Del mismo modo, como la carga de productos acuícolas a través de contenedores es asimilable al resto de la carga contenerizada, ésta también deberá quedar limitada por la correspondiente tarifa máxima. El resto de la carga relacionada con la acuicultura, si bien no está acreditado en autos que requiera algún tipo de tratamiento especial, podría enfrentar un mayor grado de competencia por parte de otros puertos, por lo que se accederá a la petición de Empormontt de dejarlos fuera del índice tarifario máximo. De no existir competencia en dichos servicios, siempre puede consultarse a este Tribunal si es que se considera justificada su incorporación en el índice tarifario.

(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 anual 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.

El borrador de las Bases de Licitación no establece cuál es el monto del Canon Fijo Anual a pagar por parte del concesionario. Tampoco las Bases de Licitación presentadas en marzo 2013 especifican el monto total a pagar. Sin embargo, sí se indica en estas últimas que el Canon Fijo Anual cubrirá el valor libro de los activos entregados en concesión del Puerto de Puerto Montt y el precio de compraventa de los inmuebles adyacentes al terreno donde se construirá el Terminal Panitao (lotes A, B, C y D) que se entregarán en concesión. Adicionalmente, se señala que el Canon Fijo Anual considerará el pago del impuesto territorial que grave los inmuebles entregados en concesión y los seguros asociados a las áreas antes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mencionadas. Se reajustará anualmente, para los años siguientes, en función de la variación del US PPI.

Adicionalmente, se especifica que este canon tendrá las siguientes variaciones: (i) disminuirá una vez que el concesionario excluya del Contrato de Concesión el área denominada Borde Costero; (ii) disminuirá una vez que el concesionario excluya del Contrato de Concesión el área denominada Área de Respaldo; (iii) disminuirá una vez que el concesionario devuelva a Empormontt los terrenos y activos de los Sitios 1 y 2, si es que ejerce dicha opción. En todos estos casos, el canon disminuirá como resultado de la disminución del valor libro de los activos entregados en concesión del Puerto de Puerto Montt.

Al respecto, tal como este Tribunal lo ha señalado precedentemente, lo relevante desde el punto de vista de la libre competencia es que el canon anual no sólo tenga un mínimo, sino también que el monto de dicho canon diga relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión. En consecuencia, para que el canon anual que Empormontt cobre por la infraestructura esencial que entrega en concesión sea compatible con las normas de libre competencia, el valor de los activos no debiera considerar su valor económico total, pues el valor económico total de los activos podría incluir la posibilidad de generar con ellos una renta monopólica. Por otra parte, el artículo 6º del Reglamento establece que, tratándose de la primera licitación -como es el caso-, Empormontt 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 concesión a los valores libro vigentes para los mismos, a menos que Empormontt estime que su valor económico difiere significativamente de aquél. En este último caso, Empormontt debe fundamentar el valor económico de los activos en un estudio técnico.

En este caso, las Bases de Licitación establecen que, en cualquiera de sus etapas, el canon anual no podrá ser inferior al Pago Anual Equivalente Mínimo (PAMi).

Como lo señalara este Tribunal en su Informe N°4, el canon anual no necesariamente debe calcularse asimilando el valor económico total de los activos objeto de concesión a los valores libro vigentes, pudiendo utilizarse como criterio de valorización el costo de reposición de tales activos, si éste valor fuere mayor que los valores libro.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Este Tribunal estima que para, efectos de calcular el canon anual, la Solicitante deberá asimilar el valor económico de los activos objeto de la concesión ya sea a los valores libro vigentes para los mismos, o al costo de reposición de las instalaciones existentes en su estado actual, identificando claramente el valor de las áreas denominadas: “Borde Costero”, “Área de Respaldo” y los Sitios 1 y 2 del Muelle Comercial.

Respecto del valor económico del futuro Terminal Panitao, en la Memoria Explicativa de la Licitación, acompañada a fojas 89 del cuaderno principal, se indica que éste será fijado por Empormontt “(...) con anterioridad a la presentación de las ofertas por los participantes de la licitación”. Este Tribunal considera que dicho valor debe quedar definido en las Bases de Licitación y que debe considerarse para su determinación el valor de los activos que se otorgarán en concesión.

Por otra parte, el Borrador de las bases de licitación presentado a este Tribunal inicialmente, consideraba que el concesionario efectuara un pago por una sola vez (*up front*) que cubra el valor de los activos del Terminal Panitao. No obstante, el art. 6º del Reglamento que regula los procesos licitatorios señala: “[d]e conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 7º de la Ley N° 19.542, las bases de licitación deberán establecer un monto mínimo para las rentas o canon por el uso de los activos objeto de arrendamiento o concesión portuaria, teniendo como referencia para tal efecto el valor económico de los mismos. Con todo, cuando se trate del primer llamado a licitación para el otorgamiento de cada concesión portuaria o arrendamiento, deberá considerarse, por concepto de renta o canon, un pago anual equivalente mínimo, durante el plazo de vigencia del contrato correspondiente”. En consecuencia, se establece como requisito que las empresas concesionarias paguen un canon anual a Empormontt por este concepto. Este Tribunal entiende que este punto fue corregido por Empormontt, dado que las Bases de Licitación presentadas en marzo de 2013 incorporan dentro del Canon Fijo Anual el precio de compraventa de los inmuebles adyacentes al terreno donde se construirá el Terminal Panitao (lotes A, B, C y D) que se entregarán en concesión. Por lo tanto, este Tribunal asumirá que Empormontt transformó el pago *up front* contemplado en el Borrador de Bases de Licitación, equivalente al valor de los activos entregados en concesión en el Terminal Panitao (lotes A, B, C y D), en un elemento más a ser considerado en el Canon Anual Fijo, lo que es correcto dada la normativa vigente. Adicionalmente, y tal como se establece en el Borrador de Contrato de Concesión, en el evento que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el Concesionario desee ampliar el área de concesión, deberá solicitar a la Empresa Portuaria que ejerza la opción preferente de compra de los lotes E y F del Terminal Panitao. Si resultare lo anterior, se deberá cobrar el valor equivalente a estos activos.

(v) Otros pagos del concesionario a Empormontt;

Además del canon anual, el Borrador de las Bases de la Licitación contempla otros pagos o provisiones del concesionario a Empormontt:

- a) una provisión correspondiente al monto de la Mitigación de Trabajadores Portuarios; y,
- b) un Canon Variable desde la Fecha de Inicio de las Operaciones del frente de atraque del Terminal Panitao, por tonelada de carga transferida en el frente de atraque compuesto por los sitios 1 y 2 del Puerto de Puerto Montt y en el frente de atraque del Terminal Panitao.

Por otra parte, se señala que el monto máximo de los fondos destinados a financiar programas de Mitigación de los Trabajadores Portuarios se provisionará en una institución financiera. No obstante, las Bases no señalan a cuánto ascenderá dicho monto máximo, sólo se especifica que el Concesionario conocerá dicho monto en forma previa a la fecha de entrega definida en las Bases de Licitación.

Respecto del Canon Variable, las Bases de Licitación presentadas a este Tribunal en marzo de 2013 especifican que el monto de dicho Canon será equivalente a US\$ 0,5 por tonelada de carga transferida en los Sitios 1 y 2 del Puerto de Puerto Montt y en el Terminal Panitao, ajustado por el factor de ajuste del US PPI del mes anterior a la Fecha de Entrega y así sucesivamente en forma mensual.

Respecto del Canon Variable, se debiera especificar que se trata de un cobro por tonelada de registro grueso (TRG) u otra unidad de medición que permita hacer equivalentes las cargas transferidas.

Tal como se señala en las Bases, el Canon Variable debe tener relación con los costos de administración y fiscalización del Contrato de Concesión por Empormontt, los que aumentan proporcionalmente con el aumento del volumen de la carga. Como lo ha señalado este Tribunal en los Informes Nos 4, 5 y 6, es fundamental que los pagos señalados estén bien especificados en las Bases de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Licitación y razonablemente asociados a los costos en los que incurrirá la empresa portuaria.

(vi) Contenidos mínimos, plazos y garantías

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 Empormontt y las materias mínimas que debe contener, y que el artículo 4º establece los contenidos mínimos de las Bases de la Licitación que Empormontt debe elaborar en concordancia con su Memoria Explicativa.

Las Bases de Licitación señalan que el concesionario deberá realizar en los sitios 1 y 2 del actual Muelle Comercial del puerto de Puerto Montt las Obras de Mantenimiento necesarias que permitan mejorar la calidad de los servicios (su descripción se detalla en el Anexo VIII de las Bases) y las inversiones que sean necesarias para la mejoría, conservación y mantención de las operaciones en los Sitios 1 y 2 del Puerto de Puerto Montt, según lo establecido en el anexo X de las Bases.

Adicionalmente, el concesionario deberá construir, desarrollar, mantener y explotar la nueva infraestructura del Terminal Panitao que se describe en el Anexo IV de las Bases, más el camino de acceso al nuevo Terminal que conecte con la ruta secundaria que empalma con la Ruta 5 Sur, según se establece en el anexo VIII de las Bases.

Tal como señalan las Bases, el primer sitio de atraque que deberá construir en el Terminal Panitao deberá ser apto para atender una nave de diseño de 300 metros de eslora, 14 metros de calado a nivel de reducción de sonda y 40 metros de manga. El segundo sitio de atraque en el Terminal Panitao deberá ser apto para atender una nave de diseño de 250 metros de eslora, 12 metros de calado máximo a nivel de reducción de sonda y 40 metros de manga. Además, las Bases especifican que el concesionario deberá construir una explanada de, al menos, 50.000 m², con superficie pavimentada, que soporte las exigencias de las cargas,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tanto de graneles, cargas generales y contenedores, que conecte directamente con los nuevos sitios de atraque señalados.

Este Tribunal estima que, además de lo anterior, es indispensable que Empormontt especifique en las Bases de Licitación la capacidad de la infraestructura que deberá resultar de las obras obligatorias que deberá ejecutar el concesionario, medida en velocidad de transferencia -como se indica en el Anexo III del borrador de bases que se ha tenido a la vista- u otro índice objetivo que lo permita, en ambos terminales, todo ello para asegurar un nivel óptimo de inversión.

Como ya señaló este Tribunal en sus Informes Nos 4, 5 y 6, es indispensable que la capacidad de la infraestructura y los estándares de calidad de servicio que deban comprometer los postulantes sean identificados con claridad en las Bases. Lo anterior incrementará la información disponible y su simetría entre los postulantes, favoreciendo con ello mejores condiciones de competencia en la Licitación.

Adicionalmente, son obligaciones del Concesionario, de su exclusiva responsabilidad y costo, la obtención de toda Autorización Gubernamental necesaria para completar la construcción y comenzar la explotación del nuevo Terminal Panitao. Lo anterior incluye, entre otros, los permisos ambientales y de construcción, modificaciones al Plan Regulador de la comuna de Puerto Montt y demás instrumentos territoriales o sectoriales que sean aplicables, incluidos aquellos que sean necesarios para la construcción del camino o vía de acceso al nuevo Terminal. A juicio de este Tribunal es positivo que todos estos trámites y costos sean de cargo del concesionario, ya que de esta manera se evita que existan subsidios cruzados y competencia desleal por parte de Empormontt al concesionario en desmedro de otros inversionistas privados que quisieran desarrollar proyectos portuarios en la zona.

Las Bases de Licitación establecen el cronograma de la Licitación, identificando claramente la fecha del llamado a Licitación; el período de venta de las Bases; el período para formular consultas; el período de *due diligence* y visitas a terreno; la fecha de presentación de ofertas; la fecha de apertura de los sobres con la Oferta Antecedentes Generales; la fecha de apertura de los sobres con la Oferta Económica (30 días después de la apertura de los sobres con las Ofertas Antecedentes Generales); la fecha de presentación de la oferta de desempate, si

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

es que lo hubiera; la fecha de adjudicación y la fecha de notificación de la adjudicación.

Es importante que se especifiquen los plazos mínimos y las fechas señaladas en las Bases, ya que con ello se favorece la competencia en la licitación, al asegurar información que es esencial para participar de dicho concurso. Asimismo, la existencia de requisitos generales para participar y el deber de publicar el llamado a licitación en diarios de circulación nacional, tal como lo establecen los artículos 7º y 8º del Reglamento, contribuyen a incrementar el número de interesados en participar en el concurso.

Respecto de los requisitos generales para participar en el concurso, las Bases de Licitación establecen requisitos copulativos en materia de experiencia y de patrimonio. Respecto de lo primero, se señala que los oferentes deberán dejar constancia en una declaración jurada que dispone o dispondrá al tiempo de celebrarse el Contrato de Concesión del personal ejecutivo y técnico idóneo y necesario para el íntegro y adecuado cumplimiento del Contrato de Concesión.

Respecto de los requisitos de patrimonio, las Bases establecen que el Oferente deberá acreditar un patrimonio mínimo de US\$ 18.000.000 (dieciocho millones de dólares), en atención a los compromisos y obligaciones que implica el desarrollo de la Concesión.

Conforme lo dispone el artículo 13º del Reglamento de Licitaciones, las Bases de Licitación establecen también Garantías de Seriedad de la Oferta y de Fiel Cumplimiento del Deber. En este caso, se señala en las Bases que el monto de la Garantía de Seriedad de la Oferta ascenderá a US\$ 1.200.000 (un millón doscientos mil dólares). Tal como lo señala el artículo 13 del Reglamento la garantía de seriedad de la oferta no puede ser inferior al costo de desarrollo del proceso de licitación. A su vez, el artículo 14º del Reglamento establece que la garantía de fiel cumplimiento no puede tener un monto inferior al 100% del ingreso anual que perciba Empormontt por concepto de canon.

Las garantías de Fiel Cumplimiento del Deber incluidas en las Bases de Licitación son: (i) una boleta de garantía de fiel cumplimiento de la construcción de las obras obligatorias por US\$ 2.400.000 (dos mil cuatrocientos millones de dólares); (ii) una boleta de garantía de fiel, íntegro y oportuno cumplimiento del Contrato de Concesión por un monto equivalente al Canon Fijo Anual descrito en la sección 1.2 letra B de las Bases, la que deberá renovarse año a año por el monto del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Canon Fijo Anual del año siguiente; y, (iii) una boleta de garantía de provisión de fondos que serán destinados a programas de Mitigación de Trabajadores Portuarios. El monto de esta última boleta no está definido en las Bases de Licitación presentadas a este Tribunal.

Respecto de los requisitos generales para participar en la Licitación, y de las garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento del contrato, este Tribunal ha señalado en sus Informes previos que es deseable que no sean excesivas, para que no disuadan innecesariamente la participación de los interesados.

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. En efecto, se especifica que ello procederá cuando el Oferente o uno de sus Miembros haya incurrido en conductas tales como: hacer, en cualquiera de los documentos contenidos en la oferta, una declaración falsa respecto de un hecho relevante o incurrir en una conducta que contradiga cualquier declaración contenida en los documentos de la oferta; no constituir la Sociedad Concesionaria dentro del plazo máximo establecido en las Bases de Licitación; no concurrir a la suscripción del Contrato de Concesión dentro del plazo establecido en las Bases de Licitación; no renovar las boletas bancarias de garantía en los plazos y en la forma requerida en estas Bases e incurrir en cualquier otro incumplimiento de sus obligaciones establecidas en las presentes Bases de Licitación.

Finalmente, las Bases también señalan bajo qué circunstancias Empormontt podrá poner término anticipado a la Concesión portuaria. Ello se producirá cuando el Concesionario incumpla gravemente sus obligaciones. Se entiende que existe incumplimiento grave, cuando: el concesionario incumpla la obligación de pago del Canon Fijo Anual o del Canon Variable; transgreda los términos del contrato al transferir o constituir prenda u otro gravamen sobre la Concesión, otros derechos emanados del Contrato de Concesión y los ingresos recibidos por la operación y explotación de los Sitios 1 y 2 del Puerto de Puerto Montt y del Terminal Panitao; incumpla la obligación de mantener el capital mínimo establecido en el Contrato de Concesión; se declare en quiebra el Concesionario o presente ante el Tribunal que corresponda, una proposición de convenio judicial preventivo; incumpla las condiciones establecidas por este Tribunal en este Informe; incumpla la obligación de reemplazar o aumentar cualquiera de las Garantías que se indican en las Bases de Licitación; incumpla totalmente la obligación de prestar la integridad de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los Servicios Portuarios a los usuarios por un período superior a 48 horas seguidas sin justificación; entre otros.

A juicio de este Tribunal, quedan bien especificadas en las Bases las causales de incumplimiento grave de parte del Concesionario. No obstante, las Bases no incorporan multas u otras sanciones distintas al término anticipado del Contrato de Concesión. Como lo señala el artículo 4 del Reglamento, las bases deben contemplar un régimen de sanciones y multas en estos casos. En opinión de este Tribunal ellas deben disuadir eficazmente el incumplimiento de las obligaciones del concesionario. En este caso, si bien las medidas contempladas son disuasorias, ellas no contemplan gradualidad, lo que dificulta su aplicación, por lo que este Tribunal solicitará que se incorporen sanciones intermedias -como multas- por incumplimientos del contrato que no puedan calificarse como “graves”, puesto que, por una parte, sanciones muy elevadas pueden desincentivar la participación en la licitación y la competencia *ex ante*, y, por otra, 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.

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

9.1 Introducción

Tal como ha establecido este Tribunal en Informes anteriores, la competencia en la licitación por medio de la cual se asigna el frente de atraque no es la única relevante para el buen funcionamiento del mercado de servicios portuarios, sino que también se debe resguardar la competencia en la provisión de dichos servicios, esto es, la competencia *ex post*.

Así, puede ser necesario imponer algunas medidas para evitar eventuales abusos por parte del concesionario durante la operación de la concesión, cuyo marco regulatorio se expone a continuación.

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

El uso por parte del concesionario de los bienes otorgados por la licitación está regulado por la Ley y por el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque (RUFA), que establecen obligaciones para los proveedores de servicios portuarios en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

frentes estatales, y que deben entenderse como parte integrante de las Bases de Licitación.

Este conjunto de normas, la Ley y el RUFA de Empormontt⁴, constituyen un marco regulatorio aplicable a la prestación de servicios portuarios que es obligatorio para el concesionario por mandato legal, el que se analizará detalladamente dividiéndolo por grupos en: (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; y, (vii) comité de directores para el control de la discriminación.

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

Como se señaló al definirse el mercado relevante para esta licitación, el Puerto de Puerto Montt, incluido el futuro Terminal Panitao, es un puerto de uso público, por lo que el concesionario debe prestar servicios en forma continua, permanente y no discriminatoria.

Así, según lo estipulado en el artículo 14° inciso final de la Ley, en el artículo 19° letra d) del Reglamento, y siguiendo los criterios establecidos en el Dictamen N° 1.045, el concesionario debe prestar sus servicios a todo aquel que lo requiera, de manera continua y permanente, en términos y condiciones no discriminatorias.

Además, al igual como se determinó en los informes N°5 y N°6 de este Tribunal, se establecerá que las condiciones para la prestación de los servicios por parte del concesionario deberán estar contenidas en documentos públicos que estarán a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el concesionario de este puerto mantenga en Puerto Montt, 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

Al igual que lo resuelto en el Informe N° 6/2009, este Tribunal considera que la posibilidad de que Empormontt actúe de oficio ante situaciones de discriminación, puede contribuir a la eficacia y eficiencia de la fiscalización de conductas

⁴ Resolución Exenta N° 1.076 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 19 de julio de 1999.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contrarias a la libre competencia. Así, las Bases de 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, tal como se establece en el contrato, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse por la aplicación de sanciones por parte de Empormontt.

(iii) Obligaciones respecto de 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.

Así, 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, el concesionario no podrá cobrar tarifas o índices máximos de tarifas que superen aquellos a los que se obligó en el proceso de licitación, por los servicios definidos como básicos en este Informe, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de tarifas que Empormontt determine.

Será opción de Empormontt 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 Empormontt 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 del 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.

Por su parte, el art. 28 del RUFA de Empormontt, señala que el Reglamento de los Servicios y de los Manuales 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. 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

discriminatorio de la facultad de la concesionaria de determinar libremente la modificación de 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 Empormontt con al menos 30 días de anticipación a su entrada en vigencia, teniendo un plazo mínimo de duración de 60 días.

(iv) Normas de calidad

Sin perjuicio de que la Ley no establece estándares mínimos de calidad aplicables a los concesionarios, y de que el RUFA de Empormontt tampoco contempla la fijación de éstos, es necesario establecer en las Bases de Licitación o en el Contrato de Concesión algún estándar de calidad mínimo que deba cumplir el concesionario, al menos en cuanto a 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 Empormontt.

Asimismo, y siguiendo lo señalado por el Dictamen N° 1.045 a este respecto, Empormontt deberá establecer sanciones 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 Empormontt no establece un orden específico para la asignación de la capacidad del puerto, sino que delega esta función en los respectivos Reglamentos y Manuales cuando corresponda. Sin embargo, sí señala que la programación del atraque de las naves deberá hacerse sobre la base de reglas de prioridad técnicas objetivas, orientadas a un uso técnico-económico eficiente de los sitios y a asegurar un trato no discriminatorio de los usuarios.

Así, 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 se establece que el Reglamento y el Manual del concesionario deberán contemplar, al menos, la asignación de prioridad por estricto orden de llegada de las naves al puerto.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, el RUFA señala que el Reglamento o el respectivo Manual establecerán en 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 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, y estableciéndose multas por el mal uso o por la demora para los diversos usuarios del puerto, las que también deberán responder a criterios claros y objetivos.

(vi) Deberes de transparencia e información

El concesionario deberá constituirse como sociedad anónima de giro exclusivo y se registrará 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.

De acuerdo con lo establecido por este Tribunal en sus Informes N° 4, 5 y 6, todos de 2009, Empormontt 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.

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. Además, se estima que la información que el concesionario deberá proporcionar al Directorio de Empormontt deberá ser toda aquella que ésta última 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 Empormontt amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. De ser información que corresponda a una de estas categorías, la empresa portuaria de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Puerto Montt deberá adoptar los resguardos correspondientes para asegurar su mantención en dicha calidad.

(vii) Control de no discriminación – Comité de Directores

Tal como se estableció en el Informe N°6/2009 de este Tribunal, Empormontt 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. Empormontt podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores que se constituya en conformidad a dicho artículo.

10.RESGUARDOS ESTRUCTURALES PROPUESTOS POR LA SOLICITANTE

10.1 Integración Vertical

Respecto de la necesidad de establecer resguardos a la integración vertical, el parecer de Empormontt es que tal medida sólo generaría una disminución en la cantidad de oferentes y en la competencia en la Licitación, con el consecuente aumento en las tarifas ofertadas. Señala que el principal riesgo asociado a la integración vertical -esto es, el posible uso discriminatorio del puerto concesionado por el operador portuario- estaría suficientemente resguardado por la legislación portuaria, y que este mismo Tribunal en su Resolución N°11/2006 estimó que tanto la Ley como el Reglamento contienen disposiciones que tienden a impedir conductas discriminatorias por parte de los concesionarios. Todo lo anterior, sumado a las condiciones de competencia y libre entrada existentes en el mercado relevante, minimizaría la posibilidad de discriminar entre los usuarios de los puertos.

La FNE, por su parte, señala que, pese a que existen estándares mínimos de eficiencia y tarifas máximas, el concesionario de todas formas podría discriminar en términos de calidad de servicio para asegurarse rentas sobrenormales en el mercado aguas abajo, por lo que estima necesaria la imposición de restricciones verticales en la Licitación.

Por las mismas razones señaladas en casos anteriores vistos por este Tribunal (Informe N°6/2009 e Informe N°8/2012) y dadas las condiciones de competencia y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 la definición de usuarios relevantes a los agentes de muellaje, atendido que en el esquema monooperador el concesionario se desempeña como agente de muellaje, de manera que no existen razones para que éstos últimos vean limitada su participación en la propiedad de la concesión.

De este modo, la restricción a la integración vertical para este caso quedará como sigue: *“El conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer 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 y en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga por vía marítima, sea como empresas navieras, exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, transportistas multimodales, agentes, corredores, *forwarders*, o a cualquier título o modalidad, con exclusión de los agentes de muellaje, i) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva, o ii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada por medio del 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, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a Empormontt dentro de los 30 días siguientes;

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;

10.2 Integración Horizontal

En cuanto a una eventual limitación a la integración horizontal, Empormontt señala que tal restricción *“no resulta necesaria por la evidente competencia que*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

representan los otros puertos de la región, de las regiones adyacentes y del área de influencia de la VIII región". Agrega que la limitación de las tarifas que puede cobrar el concesionario en los sitios 1 y 2 del puerto de Puerto Montt, la competencia *ex ante* por la adjudicación de la licitación y la existencia de múltiples sectores costeros aptos para la construcción de puertos competidores servirían como disciplinadores para un concesionario que eventualmente estuviera integrado con otro oferente de la Región.

Al respecto, la FNE menciona en su informe rolante a fojas 479 y siguientes que, en el caso de que un incumbente como Portuaria Cabo Froward se adjudicase esta licitación, poseería prácticamente el control monopólico de la oferta portuaria en la Región de Los Lagos, no existiendo actores relevantes que puedan ejercer una presión competitiva. Esto, sumado a que el futuro puerto de Panitao –por su capacidad- podría absorber toda la demanda regional de servicios portuarios, lo que disuadiría la entrada de nuevos competidores, y haría necesaria la imposición de restricciones a la integración horizontal, con el fin de incentivar la competencia entre los incumbentes y el futuro adjudicatario de la Licitación.

Atendido que los principales problemas de competencia se producirán principalmente en materia de transporte de contenedores, ya que ese servicio será provisto por el Concesionario en carácter monopólico, este Tribunal coincide con la FNE en cuanto a que un elemento que incentiva la competencia en la cancha o competencia *ex post* es la existencia de distintos actores relevantes que puedan ejercer una presión competitiva en el mercado. Desde esta perspectiva sería conveniente que existiera al menos otro puerto capaz de ofrecer el servicio de transporte de contenedores, además del futuro Terminal Panitao.

Sin embargo, este Tribunal también debe considerar la mayor competencia por la cancha, que se logra con el mayor número posible de participantes en la Licitación. Sumado a lo anterior, la existencia de capacidad ociosa en el futuro Terminal Panitao, cuya construcción y operación se licita, evidenciada en el Cuadro N° 6 del presente Informe, que podría ser aún mayor si no se da el crecimiento esperado de la demanda, es un elemento que desincentiva la competencia por la cancha y pospone la entrada de nuevos operadores portuarios en el área geográfica relevante. No establecer una restricción a la integración horizontal o establecer una restricción limitada, permitiría disminuir este problema al permitir 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

Por otra parte, tal como este Tribunal lo ha explicitado en su Informe N° 8/2012, la existencia de capacidad ociosa una vez operando un frente de atraque 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 aun menores a las máximas ofertadas.

Ambos argumentos llevan a este Tribunal a establecer una restricción limitada, pero no total, a la integración horizontal entre oferentes que forman parte del mercado relevante de producto y geográfico definido. Ahora bien, la restricción a la integración horizontal establecida en el Dictamen 1.045, parece excesiva, dado el mayor nivel de competencia que existe entre los puertos de uso público en comparación a la situación, por ejemplo, del Puerto de Coquimbo; caso en el cual este Tribunal mantuvo la regla de restricción horizontal establecida en el Dictamen 1.045.

De este modo, la restricción horizontal que se establecerá en este caso será la siguiente: *“La sociedad que se adjudique la concesión del Muelle Comercial y del Terminal Panitao, y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, no podrán participar directa o indirectamente con más de un 30% en la propiedad u operación de otros puertos privados de uso público que operen en la Región de Los Lagos y que puedan atender a una nave de tipo panamax a la fecha de la licitación.*

Asimismo, las sociedades que participen por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, con más de un 30% en la propiedad u operación de puertos privados de uso público que sean parte del mercado relevante de producto y geográfico definido y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, no podrán participar directa o indirectamente en más de un 30% de la sociedad concesionaria que se adjudique la concesión del Muelle Comercial y del Terminal Panitao.

No obstante, ningún interesado estará impedido de participar en la licitación, pero en caso de adjudicársela deberá atenerse a la condición previamente establecida, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se ejerza tal opción”.

10.3 Reglas Comunes

Según se ha señalado, Empormontt ha sostenido en su propuesta que no existe la necesidad ni la conveniencia de imponer restricciones a la competencia y, por lo mismo, no efectuó referencia a las reglas comunes a dichas restricciones establecidas en virtud de lo dispuesto por el Dictamen 1.045 de la Comisión Preventiva Central.

Tal como se ha analizado en los párrafos precedentes, este Tribunal ha determinado, conforme los razonamientos ya expuestos, la necesidad de imponer restricciones a la integración vertical y horizontal por lo que resulta necesario establecer las reglas comunes a tales restricciones, referidas a los siguientes aspectos: (i) cálculo de porcentajes máximos; (ii) transferencia forzosa del exceso; y, (iii) vigencia.

(i) Cálculo de porcentajes máximos

El Dictamen 1045 señala en sus numerales 3.4 y 7.5 que: *“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”*.

A su vez, el numeral 3.6 del mismo dictamen, dispone: *“Los concesionarios proporcionarán a las Empresas Portuarias información, a lo menos trimestralmente, respecto de las relaciones de sus accionistas con sus personas relacionadas que resulten pertinentes”*.

Atendido que se han incorporado las restricciones en comento al contrato de concesión, se aplicarán las mismas restricciones establecidas en el Dictamen 1.045, en la forma prevista por éste.

No obstante, se precisa que la información mínima que el concesionario deberá proporcionar a la FNE respecto de sus controladores, accionistas y personas relacionadas, serán 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 de Los Lagos, reduciéndose prudencialmente la periodicidad de esta información, exigiéndose que se proporcione una vez al año, en la forma y fecha que se establezca en las bases de licitación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(ii) Transferencia forzosa del exceso

En los numerales 7.3 y 7.4 del Dictamen 1045, se establece que:

“7.3.- Los estatutos de las sociedades concesionarias incorporarán la regla de que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que haya superado los umbrales de participación referidos en la regla anterior (exceso de participación), deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación, 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”.

“7.4.- Las bases y el contrato de concesión establecerán que si transcurridos los plazos señalados anteriormente, no se ha procedido a enajenar el referido exceso a un tercero no sujeto a inhabilidad, se entenderá por ese sólo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, y la Empresa Portuaria respectiva tendría derecho a poner término a la concesión según dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19.542”.

Los numerales 3.5 y 3.7, contenían reglas muy similares, estableciendo en tres meses el plazo para enajenar el exceso de participación, tratándose de la integración vertical.

Este Tribunal estima que no hay razones para distinguir en este caso, por lo que las reglas transcritas serán consideradas normas comunes a las reglas de integración horizontal y vertical.

Atendido lo anterior, y que se incorporarán las referidas restricciones al contrato de concesión, se determina por este Tribunal unificar los plazos para la enajenación del exceso de participación para ambas reglas.

(iii) Vigencia de las restricciones

A ella se refieren los numerales 3.8 y 9 del Dictamen 1.045, conforme a los cuales estas reglas sobre integración vertical y horizontal *“tendrán vigencia durante el plazo de concesión. Con todo, luego de cinco años de celebrado el contrato de concesión, los concesionarios podrán requerir su modificación a la Empresa Portuaria respectiva, la que sólo podrá proceder previo informe favorable de la Comisión Preventiva Central”.*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tal como en otros informes de este Tribunal, se modificará la norma de vigencia de las reglas a la integración vertical y horizontal, en los siguientes términos: *“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”*.

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 89 por la Empresa Portuaria de Puerto Montt, fijando las siguientes condiciones a que deberá sujetarse la licitación del Muelle Comercial del puerto de Puerto Montt y del Terminal Panitao, las que deberán incorporarse a las respectivas bases y al contrato de concesión:

I. Resguardos para la competencia en la licitación

- 1) El plazo máximo de operación conjunta por parte del Concesionario del actual Muelle Comercial y del futuro Terminal Panitao no podrá exceder un período de 5 años contado desde la Fecha de Inicio de Operaciones del Terminal Panitao, o de cuatro años contado desde la fecha de adjudicación, lo que ocurra primero, no pudiendo extender dicho plazo sin autorización previa de este Tribunal.
- 2) La concesión de la operación de cruceros se otorgará por un plazo máximo de 25 años, o terminará anticipadamente en el momento en que se restituya a Empormontt la operación y explotación de los Sitios 1 y 2 del Muelle Comercial.
- 3) La licitación deberá adjudicarse al concesionario que ofrezca cobrar el menor índice tarifario por la totalidad de los servicios básicos que se prestarán en cada uno de los terminales que se licitan.
- 4) Empormontt deberá incorporar en el índice tarifario conforme al cual se adjudicará la concesión, además de la Tarifa a la Carga por Uso de Muelle (TMC)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y la Tarifa a la Nave por Uso de Muelle (TMN), en los términos propuestos, los cobros o tarifas ofertadas por el Concesionario por concepto de: Transferencia de Carga Granel Sólido, Transferencia de Carga Fraccionada, Transferencia de Carga Granel Líquido y Transferencia de Carga en Contenedores, tanto refrigerados como no refrigerados, todos ellos expresados en dólares por tonelada; así como todos los otros servicios que sean considerados como básicos de acuerdo con lo dispuesto en el presente informe. Dichos servicios deberán incluir la transferencia de los productos acuícolas que se indican en la sección 8.2 (iii) b. Para el caso de las tarifas por Transferencia de Carga en Contenedores, si ellas quedan expresadas en US\$/TEU, deberán transformarse a US\$/tonelada, diferenciando entre contenedores refrigerados y no refrigerados, a efectos de ser incorporadas en el Índice Tarifario. Finalmente, dichas tarifas serán consideradas para todos los efectos como máximas y podrán reajustarse anualmente por la variación del US PPI, u otro factor de reajuste que Empormontt estime adecuado desde la fecha del llamado a licitación.

Como ponderadores de las tarifas de servicios de transferencia de cada tipo de carga, Empormontt deberá considerar un criterio objetivo de ponderación, como puede ser la participación proyectada de cada tipo de carga respecto del total de carga proyectada durante el período completo de la concesión, expresado en toneladas, o bien la participación proyectada de cada tipo de carga respecto del total de ingresos proyectados durante el período completo de concesión. Todo lo anterior, de acuerdo con proyecciones independientes y objetivas realizadas por terceros.

5) Las Bases de Licitación deberán establecer claramente qué sucede en caso de empate entre las ofertas de la Licitación, pudiendo los participantes presentar un segundo sobre con su oferta de desempate al momento de entregar la propuesta u oferta inicial, o bien presentarla en el plazo que Empormontt les informe, a efectos de que formulen a Empormontt una “oferta final” de índice tarifario máximo que, en caso alguno, podrá ser más alto que el primitivo;

6) Empormontt deberá establecer un Índice de Adjudicación Máximo de Reserva, secreto, en virtud del cual puedan ser rechazadas la o las ofertas que lo excedan, debiendo ser declarada desierta la Licitación en caso de que todas las ofertas se encuentren en esta situación;

7) 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 objetivas,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estar establecidas con claridad en las bases y ser conocidas por los postulantes, a excepción del índice de adjudicación máximo de reserva;

8) Para efectos de calcular el canon fijo anual, Empormontt deberá asimilar el valor económico de los activos objeto de la concesión, ya sea a los valores libro vigentes para los mismos, o al costo de reposición de las instalaciones existentes en su estado actual, identificando claramente el valor de las áreas denominadas: “Borde Costero”, “Área de Respaldo” y los Sitios 1 y 2 del Muelle Comercial.

9) Respecto del valor económico del futuro Terminal Panitao a ser considerado en el Canon Fijo Anual, éste deberá quedar establecido en las Bases de Licitación en forma previa a su adjudicación, y se deberá considerar el valor de los activos que se otorgarán en concesión para su determinación, considerando el precio de compraventa de los inmuebles adyacentes al terreno donde se construirá el Terminal Panitao (lotes A, B, C y D) que se entregarán en concesión. En el evento que el Concesionario quiera ampliar el área de concesión, deberá solicitar a la Empresa Portuaria que ejerza la opción preferente de compra de los lotes E y F del Terminal Panitao.

10) Los demás pagos que el concesionario deba efectuar a Empormontt deberán estar razonablemente asociados a costos, tales como aquellos que produzca la Licitación o los necesarios para financiar la operación eficiente de la Solicitante. Empormontt deberá especificar en las Bases de Licitación que el Canon Variable se trata de un cobro por tonelada de registro grueso (TRG) o por otra unidad de medición que permita hacer equivalentes las cargas transferidas.

11) Empormontt deberá especificar en las Bases de Licitación la capacidad de la infraestructura resultante de las obras obligatorias que deberá ejecutar el Concesionario en ambos terminales, todo ello para asegurar un nivel óptimo de inversión.

12) El monto de las garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento de contrato que contemplen las Bases de la Licitación, no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una de dichas garantías;

13) Empormontt deberá incorporar en las Bases de Licitación la aplicación de multas u otras sanciones, distintas del término anticipado del Contrato de Concesión, por incumplimientos de las obligaciones del contrato por parte del concesionario que no puedan calificarse como “graves”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

II. Resguardos para la provisión de servicios portuarios

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

15) El Concesionario estará obligado por las bases y por el Contrato de Concesión a observar las instrucciones que le imparta Empormontt y que tengan por fin evitar o poner término a actos de discriminación. Empormontt actuará a solicitud de cualquier interesado que alegue actos de discriminación del Concesionario. Lo anterior, 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 Empormontt; y sin perjuicio también de su derecho a ejercer otras acciones y derechos que le confiera la ley;

16) Empormontt 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 dicha adecuación, sea en la calificación de servicios como básicos u opcionales, sea en las tarifas o índices tarifarios máximos, o sea en otros aspectos establecidos por las Bases de la Licitación o por el Contrato de Concesión.

En todo caso, la modificación de aspectos establecidos por las Bases de la Licitación o por el Contrato de Concesión sólo podrá efectuarse: una vez transcurridos a lo menos diez años de vigencia del contrato de concesión, y siempre que este Tribunal constate la variación de las condiciones de competencia en el mercado 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 dos requisitos anteriores, la modificación correspondiente se efectuará de común acuerdo o mediante el procedimiento de resolución de controversias que se establezca en el Contrato de Concesión.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

17) 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, el concesionario no podrá cobrar tarifas o índices máximos de tarifas que superen aquellos a los que se obligó en el proceso de licitación, por los servicios definidos como básicos en la Sección 8.2 (iii) a. de este Informe, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de tarifas que Empormontt determine.

Será opción de Empormontt 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 Empormontt 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 del 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;

18) El incremento de las tarifas de los servicios básicos que se ofrezcan en el Muelle Comercial durante el período de construcción del Terminal Panitao -el que comprende el tiempo transcurrido entre la Fecha de Entrega y la Fecha de Inicio de las Operaciones del Terminal Panitao- no podrá ser superior en más de un 10% respecto de los valores actuales, reajustados por el factor de ajuste del US PPI. Este límite será el porcentaje máximo de aumento de tarifas que podrá aplicarse en el total del periodo de 4 años ya señalado, circunstancia esta última que deberá quedar claramente especificada en las bases de licitación.

19) 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;

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

21) El concesionario prestará sus servicios dando cumplimiento a los estándares de calidad y umbrales de ocupación definidos por Empormontt 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), con los tiempos de ocupación máxima anuales (TOMA) y con los tiempos máximos de espera por nave;

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

22) 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, las que formarán parte de las condiciones generales de prestación de los servicios portuarios, en conformidad a los criterios generales y requisitos mínimos que Empormontt fije en su Reglamento de Uso de Frentes de Atraque. Tratándose de reservas, se deberá contemplar, además de requisitos de general aplicación para acceder a las mismas, sus plazos máximos de duración y las multas que deberán aplicarse a los usuarios que, por causa que les fuere imputable, incumplan con la fecha y hora de recalada comprometida. Empormontt 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;

23) El concesionario deberá otorgar a cualquier interesado acceso libre y expedito a toda aquella información que resulte relevante para la prestación del servicio concesionado, con la periodicidad y en los formatos que Empormontt establezca, quien determinará asimismo los medios técnicos para dicho acceso;

24) El concesionario y sus accionistas deberán proporcionar al Directorio de Empormontt, 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 necesarios para ser Concesionario. Estas obligaciones deberán ser extendidas por contrato a los accionistas de la empresa concesionaria. Los estatutos de la sociedad concesionaria deberán incluir la obligación de los accionistas de proporcionar a la misma información acerca de sus empresas relacionadas, en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

N° 18.045 sobre Mercado de Valores. El concesionario o sus accionistas no podrán excusarse de proporcionar a Empormontt 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 Empormontt la información que se encuentre en la situación anterior, debiendo la empresa portuaria adoptar los resguardos correspondientes;

25) La sociedad concesionaria deberá constituir el comité de directores a que se refiere el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, cualquiera sea su patrimonio, pero sólo en la medida que tenga accionistas independientes del controlador que puedan integrarlo. La Empresa Portuaria podrá requerir los informes que evacúe dicho comité, de acuerdo con lo dispuesto en el N° 3 del mencionado artículo;

III. Resguardos estructurales

26) Integración Vertical

26.1.- El conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer 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.

26.2.- Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí y en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga por vía marítima, sea como empresas navieras, exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, transportistas multimodales, agentes, corredores, *forwarders*, o a cualquier título o modalidad, con exclusión de los agentes de muellaje, i) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva, o ii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada por medio del 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, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se informarán por la sociedad concesionaria a Empormontt dentro de los 30 días siguientes;

26.3.- 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;

27) Integración Horizontal

27.1.- La sociedad que se adjudique la concesión del Muelle Comercial y del Terminal Panitao, y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, no podrán participar directa o indirectamente con más de un 30% en la propiedad u operación de otros puertos privados de uso público que operen en la Región de Los Lagos y que puedan atender a una nave de tipo *panamax* a la fecha de la licitación.

27.2.- Asimismo, las sociedades que participen por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, con más de un 30% en la propiedad u operación de puertos privados de uso público que sean parte del mercado relevante de producto y geográfico definido y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, no podrán participar directa o indirectamente en más de un 30% de la sociedad concesionaria que se adjudique la concesión del Muelle Comercial y del Terminal Panitao.

27.3.- No obstante, ningún interesado estará impedido de participar en la licitación, pero en caso de adjudicársela deberá atenerse a la condición previamente establecida, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se ejerza tal opción;

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

28.1.- En la aplicación 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;

28.2.- El concesionario proporcionará a Empormontt información, a lo menos una vez al año, respecto de sus controladores, accionistas y personas relacionadas que intervengan a cualquier título en cualquiera de las etapas asociadas al transporte marítimo de carga en la Región de Los Lagos, precisando los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

volúmenes de carga que movilizan en cada una de las etapas en que participan, y respecto de cada uno de los segmentos de carga identificados en este Informe, distinguiendo entre los distintos frentes de atraque de uso público de la región;

28.3.- Los estatutos de la sociedad concesionaria incorporarán la regla de que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que haya superado los umbrales de participación referidos en la regla anterior (exceso de participación), deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación, 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;

28.4.- Las bases y el contrato de concesión establecerán que, si pasados seis meses desde que se produce el exceso de participación no se ha enajenado 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 Empormontt tendrá derecho a poner término a la concesión, según lo dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19542;

28.5.- Las reglas de integración vertical y horizontal tendrán vigencia durante todo el plazo de la Concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años desde la celebración del 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.

El presente informe ha sido acordado con el **voto en contra** de los ministros Sra. Butelmann y Sr. Depolo, sólo en cuanto estuvieron por prohibir en términos absolutos la integración horizontal entre concesionarios de frentes de atraque, prohibiendo a la sociedad concesionaria de los frentes de atraque cuya licitación motiva el Informe (Muelle Comercial y Terminal Panitao), y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, participar directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público en la misma región. Lo anterior, en la convicción de que lo que se ganaría con dicha integración horizontal en términos de competencia exante no es suficiente para compensar lo que se perderá -de permitirse la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

integración horizontal- en la competencia expost. Los efectos anticompetitivos expost se verificarían tanto por el elevado riesgo de conductas unilaterales asociado a la existencia de vínculos de propiedad entre el concesionario y sus competidores en el mercado relevante, como por la facilitación de conductas coordinadas que dicha circunstancia produce. En efecto, un competidor que tiene participación en las utilidades de su único competidor competirá menos agresivamente y contará con incentivos para postergar inversiones que, de otra forma, habrían sido rentables. Adicionalmente, en un escenario de integración horizontal existirán mayores facilidades para coludirse explícitamente o para actuar paralelamente; esto último, atendida la información entre competidores que dicha integración permite intercambiar. Por último, la obligación de la Empresa Portuaria de establecer un índice de adjudicación máximo de reserva reducirá la probabilidad de que la leve reducción de competencia exante -producida por la prohibición de integrarse horizontalmente- lleve a adjudicar la concesión a precios excesivos.

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

Rol NC N° 408-2012

Pronunciado por los Ministros Señores Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. No firma la Sra. Butelmann, no obstante haber estado presente en la vista de la causa y haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente. Autoriza Srta. Constanza Bollmann Schele, Secretaria Abogado (S).