

CPC. N° 1045

ANT: Solicitud de las Empresas Portuarias sobre aplicación de los Arts. 14 y 23 de la Ley N° 19.542.
Rol N° 102-98 CPC.

MAT: Dictamen de la Comisión.

SANTIAGO, 21 AGO 1998

I.- Las Empresas Portuarias de Valparaíso, de San Antonio y de Talcahuano-San Vicente, en adelante las Empresas Portuarias, solicitan a esta Comisión Preventiva Central que, en conformidad con lo dispuesto en los Arts. 14 y 23 de la Ley N° 19.542, sobre modernización del sector portuario estatal, emita un informe acerca de las condiciones de competencia que deberían regir con motivo de la licitación de las concesiones portuarias de los frentes de ataque en los puertos de Valparaíso, San Antonio y San Vicente.

Las licitaciones a que convocarán las Empresas Portuarias, simultáneamente, en agosto y septiembre de 1998, se harán respecto de los siguientes frentes de atraque: 1) Frente de Atraque que comprende los sitios 1 al 5 del Puerto de Valparaíso (contenedores, multipropósito); 2) Frente de Atraque que comprende los sitios 1, 2 y 3, "Molo Sur", del Puerto de San Antonio (contenedores, multipropósito); 3) Frente de Atraque que comprende el sitio 8, "Panul", del Puerto de San Antonio (graneles); y, 4) Frente de Atraque que comprende los sitios 1 al 3 del Puerto de San Vicente (multipropósito con fuerte inclinación para la transferencia de contenedores) y su área de desarrollo adjunta.

Las Empresas Portuarias hacen presente que efectúan una presentación conjunta porque la regulación legal y reglamentaria que las rige como empresas portuarias estatales es la misma, porque son coincidentes las razones por las cuales han optado por un esquema monooperador para los frentes de atraque licitados y porque entienden que deben ser análogos los procedimientos de licitación y los resguardos que deberán adoptarse para cautelar la libre competencia.

Agregan que el carácter simultáneo de la licitación requiere que esos resguardos se adopten por anticipado para todos los frentes involucrados, de manera que puedan ser conocidos y evaluados por los interesados en participar en las licitaciones.

Por estas razones, las Empresas Portuarias establecerán bases comunes que permitan la existencia de una competencia igualitaria entre los terminales que cada una de ellas explota.

En particular, solicitan que esta Comisión apruebe diversas proposiciones para cautelar la competencia en relación con esas licitaciones, las que se indicarán más adelante, y que deberán incluirse en las bases de dichas licitaciones.

Expresan, además, que los directores de las Empresas Portuarias, en ejercicio de la facultad que les confiere el artículo 23 de la Ley, han decidido convocar a licitación

pública de los cuatro frentes de atraque antes indicados bajo un esquema monooperador, que comprende tanto la infraestructura como los servicios portuarios.

II.- Los fundamentos generales de la solicitud invocados por dichas empresas son, en síntesis, los siguientes:

1.- Los objetivos principales de la ley 19.542 son promover la inversión privada en los puertos estatales, de modo de incrementar gradualmente sus niveles de competitividad, evitando subsidios cruzados e implementando una política tarifaria transparente, que garantice un desarrollo sustentable en el largo plazo.

La nueva ley del sector portuario estatal crea incentivos específicos a la inversión privada. La participación de los particulares requiere por parte del Estado la creación de incentivos de largo plazo, de modo de atraer capacidades técnicas y económicas que permitan un desarrollo eficiente de los servicios portuarios. En ese sentido, por primera vez la legislación permite a los particulares explotar la infraestructura portuaria (frentes de atraque), percibiendo directamente los beneficios por esa explotación y aumentando la eficiencia del terminal respectivo, con evidentes beneficios sociales y privados. Con esa finalidad la ley faculta a las empresas portuarias para (i) concesionar la infraestructura portuaria; y (ii) determinar el sistema de explotación de los servicios portuarios que, resultando ser el más eficiente para la actividad en general, otorgue al mismo tiempo los incentivos adecuados para la inversión privada (arts. 14 y 23).

2.- Los estudios efectuados demuestran que esas eficiencias se ven multiplicadas, a su vez, si el concesionario de la infraestructura es también responsable de la prestación de los servicios de movilización de carga (estiba/desestiba, transferencia y porteo) bajo el esquema monooperador. Este esquema de operación supone que existe un solo responsable de la operación de movilización de carga, incluidos el acopio y almacenamiento, lo que no excluye por principio que parte de esa tarea sea subcontratada con otras empresas estibadoras, siempre y cuando razones de eficiencias del concesionario así lo aconsejen.

Con el objetivo de preparar e implementar el otorgamiento de concesiones en los terminales portuarios estatales, la ley estableció la creación de empresas portuarias públicas descentralizadas. Las empresas portuarias creadas por la Ley están sometidas a las normas de la propia ley, a las generales del derecho privado y a las especiales sobre sociedades anónimas abiertas. A ellas corresponde la administración, explotación, desarrollo y mantención de los puertos estatales (art. 4º), pudiendo realizar ese objeto directamente o a través de terceros, sea por medio de concesiones portuarias, de contratos de arriendo o mediante la constitución de sociedades anónimas con terceros (art. 7º).

Con todo, la ley reserva preferentemente a los particulares la prestación de los servicios de movilización de carga y el desarrollo futuro de frentes de atraque, salvo casos excepcionales en que en atención a la falta de interés por participar de los privados o a compromisos derivados de tratados internacionales, se permite a las empresas portuarias desarrollarlos por sí mismas (arts. 5 y 19).

El propósito del proceso de licitación de concesiones es poner en marcha la modernización del sector portuario estatal impulsada por el Gobierno y sancionada por el legislador.

El proceso de modernización será implementado gradualmente, a fin de evitar trastornos e imprevistos en el sector portuario. La primera etapa comprende el otorgamiento de concesiones mediante la licitación pública de los referidos frentes de atraque.

3.- Funcionalmente, los puertos son eslabones o estaciones de transferencia en la cadena del transporte de carga, que ofrecen sitios de atraque para las naves, pero que también prestan servicios de movilización de la carga y de su acopio y almacenaje.

En ese sentido, los frentes de atraque constituyen la infraestructura básica de todo recinto portuario. La ley los define como la "infraestructura de un puerto que corresponde a un módulo operacionalmente independiente con uno o varios sitios y sus correspondientes aéreas de respaldo", cuya finalidad es "el atraque de buques, especialmente para operaciones de transferencia de carga o descarga de mercaderías u otras actividades de naturaleza portuaria" (art. 53). Un sitio por su parte, es definido como "aquella porción del frente de atraque destinada a la atención de una nave".

En términos generales, un frente de atraque comprende tres elementos fundamentales: una zona de atraque, una zona de transferencia y una zona de respaldo.

En Chile existen 10 puertos estatales y 22 puertos privados, que movilizan tres tipos de carga: carga a granel, carga general y carga en contenedores. Los puertos estatales tienen 18 frentes de atraque y 51 sitios. Por la evolución que ha tenido el sistema portuario, los frentes de atraque estatales cumplen un rol central en la transferencia de carga general y en contenedores.

Los servicios portuarios están fuertemente determinados por los puertos, así como por las relaciones de uso y propiedad que se configuran entre los diversos agentes que intervienen en la actividad.

4.- La operación de un puerto afecta considerablemente su entorno urbano. La creciente actividad portuaria recarga las redes de acceso, generándose externalidades negativas como congestión en los accesos al puerto y contaminación ambiental.

La operación de un concesionario de un frente de atraque también puede generar efectos negativos al interior del propio puerto, en tanto afecte la operación de otros frentes de atraque, en especial si no existe un uso racional de los espacios comunes. Lo más esencial, sin embargo, son las externalidades negativas que pueden generar la lentitud en la operación y la congestión provocada por una demanda que el puerto no puede satisfacer, pues el aumento en el tiempo de espera de los barcos significa incrementar los costos del transporte desde y hacia el país, y la posibilidad de incurrir en costos y responsabilidades conexos a los atrasos.

5.- Los servicios portuarios que ofrecen los frentes de atraques de los puertos estatales se caracterizan por ser prestados en condiciones de competencia, sea (i) entre puertos (tanto estatales como privados); y, (ii) al interior del puerto, entre sus frentes de atraque.

5.1. Competencia entre puertos estatales.

Si bien Emporchi estaba encargada, hasta la dictación de la Ley 19.542, de la administración de todos los puertos estatales, tal gestión se efectuaba a través de órganos independientes en cada puerto, que fijaban libremente sus políticas comerciales. Ello forzó a cada puerto estatal a competir por atraer carga. Así sucedió, por ejemplo, en la V Región, donde hasta 1995 el puerto de Valparaíso tuvo una participación de mercado, en carga de contenedores y carga general, mayor a la de San Antonio. Sin embargo, la situación se invirtió como consecuencia de una estrategia comercial agresiva de San Antonio y por la reconstrucción de los sitios para contenedores de Valparaíso. De esta manera, mientras en 1993 las participaciones de mercado para contenedores fueron de 73% (Valparaíso) y 27% pasaron a ser de 42% y 58%, respectivamente.

5.2. Competencia entre puertos privados y públicos. Además de competir entre sí, los puertos estatales también compiten con los puertos privados para atraer carga. Así sucede, a modo de ejemplo, en el mercado de la carga a granel, en que el sitio 8 del puerto estatal de San Antonio compite con el puerto privado de Ventanas, construido especialmente para mover ese tipo de cargas, y con otros sitios del propio puerto de San Antonio que no son objeto de licitación en esta oportunidad. A este respecto es también ilustrativa la situación de la VIII Región, en que el puerto estatal de San Vicente compite con los puertos privados de Coronel y Lirquén, en transferencia de productos forestales, y con los puertos privados de Puchoco/Jureles, en movilización de chips.

5.3. Competencia al interior del puerto.

Además de la competencia entre puertos privados y puertos públicos, existe también competencia al interior de un puerto. En efecto, los frentes de atraque constituyen unidades operacionalmente independientes que compiten entre sí por transferir carga. Así sucede, por ejemplo, con el frente de atraque constituido por los sitios 1 a 5, de Valparaíso (que será licitado), que compite en transferencia de carga general con el frente de atraque "Espigón" del mismo puerto.

Además de la competencia entre frentes de atraque, en la actualidad también existe competencia al interior de un mismo frente, pues con el régimen existente desde 1981 las empresas privadas de movilización de carga compiten entre sí en la aplicación del sistema multioperador.

Con todo, como se ha expresado, parte significativamente de esta operación se hace integrada verticalmente por operadores vinculados al comercio marítimo.

6.- La ley contempla dos sistemas para la explotación de un frente de atraque: sistema monooperador y sistema multioperador (art. 53).

6.1. El Sistema monooperador es el "sistema de operación portuaria en que la movilización de la carga en el frente de atraque es realizada por una única empresa de muellaje". Los puertos privados utilizan este sistema sin excepción.

Existen poderosas razones económicas y probadas experiencias empíricas que justifican, desde un punto de vista de los intereses públicos comprometidos, establecer este sistema de operación monooperador en los frentes de atraque cuya concesión será licitada por las Empresas Portuarias.

Los principales argumentos económicos para establecer el sistema monooperador son (a) alcanzar eficiencias operativas derivadas de una mejor coordinación en las distintas actividades que se realizan al interior de un frente de atraque; (b) aumentar la eficiencia derivada de economías de especialización y de diversidad; y (c) otorgar incentivos para las inversiones privadas que permitan la creación y aprovechamiento de economías de escala y mejorar, consecuentemente, la eficiencia en la transferencia de carga.

En el esquema monooperador existe la posibilidad de crear fuertes economías de escala, porque una parte importante de sus costos son fijos. Los costos fijos corresponden a la construcción de la infraestructura, a la inversión en maquinaria y a las explanadas de acopio de la carga. En el caso del manejo de contenedores, alrededor del 80% del costo total anual de un frente de atraque es independiente de la cantidad de carga movilizada. Por ello, en la medida que aumenta el volumen de carga transferida disminuye el costo medio de provisión de infraestructura y se obtienen niveles óptimos de inversión.

En definitiva, es posible alcanzar importantes economías de escala tanto en la provisión de infraestructura como de servicios de transferencia de carga. Ello determina

que la concentración de esas actividades en una sola unidad, que realice toda la cadena de producción o de servicios obtendrá costos de operación menores.

6.2. El sistema multioperador, en que distintas empresas de muellaje pueden prestar sus servicios en un mismo frente de atraque, plantea actualmente serias restricciones a la eficiencia de los servicios portuarios estatales. Por otra parte, la competencia actual al interior de la actividad portuaria también presenta deficiencias desde la perspectiva de la libre competencia, pues los principales actores están integrados, sin que existan regulaciones precisas que sean eficaces para evitar discriminaciones.

7.- El sistema monooperador tiene riesgos en materia de competencia, en especial, por las discriminaciones en que podría incurrir el concesionario y las concentraciones de mercado a que pudiere dar lugar. Con todo, dichos riesgos son regulables, para lo cual las empresas recurrentes han diseñado un conjunto de normas destinadas a neutralizarlos.

Sin perjuicio de tener presentes los riesgos referidos, las Empresas Portuarias estiman que la introducción de un esquema monooperador establecerá en otro nivel, de mayores exigencias, la competencia en el sector portuario nacional.

Expresan que si bien, en principio, de acuerdo con la Ley 19.542 las labores de movilización de carga en los frentes de atraque están sometidos a un sistema multioperador (art. 23), tal regla, sin embargo, es subsidiaria de una decisión en contrario que adopten los directorios de las empresas portuarias. En efecto, la ley otorga a tales directorios la facultad para implementar un esquema monooperador, mediante un procedimiento de licitación pública. Esta facultad es consistente con los deberes que la ley asigna a sus directorios de "velar porque no se limiten las posibilidades de desarrollo y expansión de los puertos" y de "preservar y fortalecer los niveles de productividad, eficiencia y competitividad alcanzados en la operación portuaria". (art. 31, número 3 y 4).

Terminan expresando las Empresas Portuarias que han decidido llamar a licitación pública para otorgar la concesión de la explotación, bajo el sistema monooperador, de tres frentes de atraque en la V Región (puertos de Valparaíso y San Antonio) y de un frente de atraque en la VIII Región (puerto de San Vicente), bajo determinadas condiciones que someten al conocimiento y resolución de esta Comisión, y cuyo análisis se efectuará en el cuerpo de este informe.

III.- La Asociación Nacional de Agentes de Naves de Chile A.G., en adelante Asonave, solicita a esta Comisión que no autorice a las Empresas Portuarias para licitar los referidos frentes de atraque mediante el sistema monooperador, por las razones siguientes:

1.- Es un hecho que en Chile no existe estructura portuaria material que permita establecer el esquema monooperador, al no existir en las regiones portuarias otros frentes de atraque, operados bajo esquema multioperador, capaces de atender la nave de diseño, aparte de aquel frente objeto de la concesión bajo el esquema monooperador.

Ese solo hecho, constitutivo de monopolio, impide que esta Comisión se pronuncie en favor de la implementación de ese esquema, máxime cuando es una realidad que quienes lo detentarían y aplicarían, serán particulares, concesionarios de concesiones portuarias.

Conforme al art. 4º del D.L. 211, de 1973, está prohibido a la Comisión permitir monopolios en manos de particulares.

Es también un hecho que el esquema monooperador a que se refiere la ley, no existe ni se aplica en país alguno, ni aún en aquellos en que el capitalismo liberal regula

la actividad económica con mayor rigor. Sólo en aquellos en que el Estado es el único depositario del Derecho de Propiedad, existe un esquema como el que se pretende implantar.

2.- El Art. 19 N° 24 de la Constitución Política consagra el Derecho de Propiedad, cuyos atributos están señalados en el Art. 582 del Código Civil, garantía constitucional que será atropellada de establecerse en cualquier Puerto Público del país, o en alguna porción de ellos, el esquema monooperador, por los motivos siguientes:

2.1. Todo acto de comercio tiene por causa la acción libre y soberana de un comprador y un vendedor que negocian sobre bienes.

En el caso del Comercio Internacional, ese acto inicial originario, da lugar a una serie de contratos coligados, tales como el transporte, en sus diversos modos, el seguro y otros. Estos contratos coligados generados por la compraventa, transfieren el derecho de propiedad sobre el bien materia del contrato, del vendedor al comprador, quien desde ese momento tiene la facultad de conducirse como señor y dueño de lo adquirido.

2.2. Las reglas uniformes de aplicación universal a las compraventas que originan el Comercio Internacional, tiene por base una denominación común, denominada Incoterms, términos generados por la Cámara Internacional de Comercio de París, los cuales se han ido implementando desde 1933. La última formulación fue aprobada en 1990 y contiene 13 Incoterms, cuya denominación y significado están consignados en documento que acompañan.

2.3. Uno de los contratos coligados que entre otros genera la compraventa internacional, es el de fletamento, debidamente regulado por la legislación internacional, universalmente aceptada y aplicada. En el caso de Chile, ellas están contenidas en el Libro III del Código de Comercio, la Ley de Navegación, Tratados, otras normativas aduaneras, sanitarias, fitosanitarias, de policía, etc.

Acorde a los usos y costumbres internacionales existen diversas formas de contratos de fletamento marítimo, en virtud de las cuales el dueño de la carga, contrata con el transportista y le encarga a él y sólo a él o a sus Agentes, las labores de porteo en el recinto portuario hasta el costado de la nave, la carga y estiba a bordo, el transporte al puerto de destino, la desestiba y descarga, el porteo dentro del recinto portuario y hasta la bodega o fábrica del consignatario, sin perjuicio de otras modalidades específicas de contratos, que contemplan la legislación y la práctica mercantil.

Si la nave que transporta la carga por este modo de contrato, se ve forzada, por su calado, eslora o desplazamiento, a atenderse en un frente monooperado, al no existir en el puerto o región portuaria, otro frente multioperador capaz de darle atención, se estará violando el derecho de propiedad del dueño de la carga, para realizar por sí mismo o sus Agentes libremente elegidos, las diversas faenas descritas, las cuales, contra su voluntad, deberá entregarlas al concesionario monooperador.

Esa situación constituirá, por una parte, una práctica monopólica y por la otra una violación de la Garantía Constitucional del Art. 19 N° 24 de la Constitución, lo que sucedería también respecto de los demás contratos de fletamento que reconoce el Derecho Marítimo Internacional.

3.- Es también un hecho que todo el articulado de la Ley N° 19.542, que transforma la Empresa Portuaria de Chile, y de quien las 10 Empresas creadas en el Art. 1° son sus continuadoras, está orientado a la conservación, fomento y protección de la Libre Competencia, según se desprende de la lectura de los Arts. 3; 14; 20; 21; 22; 23; 31 N°s 1, 2 y 4; 36 inc. 1°, 50 letras a) y b); y, 51. Ello es congruente con el contenido del DFL 290 de

1960 y sus modificaciones, pues sus normas jamás autorizaron a la Empresa Portuaria de Chile, para desarrollar, ni siquiera por sí misma o como Empresa del Estado, actividades de tipo monopólico o atentatorias a la Libre Competencia, limitando su quehacer a la administración del sitio de atraque y el almacenamiento de mercancías en sus recintos, bienes nacionales de uso público, dejando que todas las otras actividades que se realizan al interior de un puerto, como lo son el porteo, la estiba y desestiba de la carga transportada o a transportarse en un navío, fueran realizadas por el dueño de la carga.

Por ello la implementación de algún esquema monooperador, en cualquiera de los Puertos Públicos de la República, o en una porción de ellos, sin posibilidad de elección de otro igual pero multioperador, debido a su carácter intrínsecamente monopólico, significará, además, el atropello y violación de otras Garantías Constitucionales, aparte de la que consagra el Derecho de Propiedad, como son las de Igualdad ante la ley (Art. 19 N° 2), la libertad económica (Art. 19 N° 21) y la no discriminación del Estado en las actividades económicas (Art. 19 N° 22).

IV.- La Asociación de Exportadores de Chile A.G. por su parte, expresa, en relación con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley N° 19.542, que tiene ciertas aprensiones en torno a sí la adopción del sistema monooperador garantiza, por una parte, un adecuado nivel de competencia entre los diferentes licitadores y por otra, si mantiene el concepto de la libre elección, como usuarios, de los agentes relacionados con las labores portuarias propias de la actividad exportadora.

Agrega que para que exista libre competencia, dentro de un mismo puerto, entre quienes se adjudiquen las licitaciones bajo un eventual sistema de monooperadores, cada frente de atraque debe poseer características de operación portuarias similares, relativas a factores como sus orientaciones, vientos, mareas, maniobras de atraque y desatraque, profundidad, largo, tamaño de las áreas de respaldo, etc. Todas condiciones técnicas que influyen en los costos de operación de las naves y en la posibilidad de libre elección de uno u otro frente o de quienes realizarán las labores necesarias para el carguío de las naves. En estos aspectos no existe absoluta claridad.

Menciona la preocupación de esa Asociación respecto de la elaboración de los reglamentos relativos a definir las condiciones en las cuales serán realizadas las próximas licitaciones públicas, destinadas a incorporar al sector privado en actividades portuarias definidas en la ley, que dicen relación con la necesidad de visualizar y adoptar las acciones que correspondan a objeto de garantizar que el movimiento de la carga sea eficiente, con igualdad de acceso como usuarios y al menor costo.

V.- Por Oficio N° 1091, de 29 de julio de 1998, el Sr. Ministro de Transporte y Telecomunicaciones informa lo siguiente respecto de los procesos de licitación antes mencionados.

1.- La Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal, ha procurado, desde la formulación de su mensaje, el necesario equilibrio entre la promoción de la competencia y la preservación y fortalecimiento de los niveles de productividad y eficiencia en la operación portuaria, tanto al interior de los recintos portuarios como de éstos con otros terminales portuarios, así como el fomento de la participación privada en la explotación de los frentes de atraque.

En tal sentido, en ese cuerpo legal se establecen un conjunto de disposiciones que buscan cumplir con tales principios como son los contenidos en los Arts. 7, 14, 23, entre otros, al igual que en el Reglamento de Licitaciones aprobado por el Decreto Supremo N° 104, de 1998, de esa Secretaría de Estado.

2.- Los sistemas de movilización de carga denominados multioperador y monooperador y los mecanismos previstos por la ley para implementar esta última modalidad, otorgando a los directorios de las empresas la facultad expresa para entregar en concesión los frentes de atraque que administren a un solo operador, fueron materia de una amplia discusión en la tramitación de la ley. Finalmente se optó por permitir, bajo ciertas condiciones, el establecimiento del esquema monooperador, lo que significó recoger un criterio de equidad en el ámbito de las operaciones portuarias, puesto que esta modalidad es de aplicación generalizada en los puertos privados. Además, la opción de aplicar el sistema monooperador a los puertos estatales se estima útil y necesaria, dado que este esquema de manejo de la carga resulta más eficiente desde el punto de vista económico en la mayoría de los casos.

En el proyecto de ley original no se contemplaba la posibilidad de que el directorio estableciera un sistema monooperador en el frente de atraque existentes. Sin embargo, en la Comisión de Transportes de la Cámara de Diputados se incorporó esta alternativa, expresándose que esto se hiciera "... siempre que ello involucre una mejora en los niveles de rendimiento". En la discusión del caso se señaló que se requería "... un informe previo de la Comisión Preventiva Central... en el que se autorice la implementación del esquema monooperador" y se agregó que la licitación debía realizarse "... conforme a los términos establecidos en el respectivo informe".

Por otro lado, en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados se eliminó la frase ".... "siempre que involucre una mejora en los niveles de rendimiento".

Posteriormente, en la tramitación en el Senado se eliminó la facultad con que se dotaba a la Comisión Preventiva para pronunciarse con relación a la autorización del esquema adoptado por el directorio, circunscribiendo el referido informe sólo a las condiciones y elementos que deben incorporarse en la licitación.

En definitiva el artículo 23 entregó una facultad al directorio para que éste pueda decidir sobre la aplicación del esquema de operación portuaria entre el sistema monooperador y el multioperador.

Agrega el Sr. Ministro que para una adecuada aplicación de la disposición citada es necesario tener presente lo siguiente:

2.1. Que el sistema de monooperador es una modalidad de operación que el directorio de cada empresa está expresamente facultado a implementar, y que en el caso de nuevos frentes de atraque construidos por particulares no se requiere de ninguna otra condición adicional para adoptar dicha medida, además de aquellas que están establecidas en la ley y en el reglamento respectivo, no siendo necesaria la consulta a otras instancias.

2.2. Que para la adopción de un esquema monooperador en los frentes de atraque existentes, sus extensiones o mejoramientos, así como en los nuevos frentes de atraque que sean construidos por las empresas directamente, resulta necesario que en los puertos o terminales estatales de la región exista otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la licitación, operado bajo un esquema multioperador. De lo contrario, el directorio deberá contar con un informe de la Comisión Preventiva Central y la licitación deberá realizarse conforme a los términos señalados en el respectivo informe (inciso segundo del artículo 23).

2.3. Que el rol que la ley N° 19.542, asigna a la Comisión Preventiva consiste en la emisión de un informe para la aplicación del esquema monooperador en el frente de atraque objeto de la consulta, que fije las condiciones de competencia en esa actividad.

3.- A continuación el Sr. Ministro se refiere a los resguardos a la libre competencia contenidos en el Reglamento de Licitaciones aprobado mediante el D.S. N° 104/98, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que regula los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7° de la ley N° 19.542, tales como las normas tendientes a garantizar la transparencia y competencia en los procedimientos de licitación; las disposiciones tendientes a impedir la discriminación arbitraria en el trato en materia económica a que tienen derecho los usuarios de los servicios portuarios; las disposiciones que tienden a impedir la ocurrencia de hechos, actos o convenciones, por parte de los concesionarios o de las propias empresas, que afecten la libre competencia.

4.- El grado de competencia que representa un puerto privado para un puerto estatal depende de varios factores, tales como: características y capacidad de las instalaciones, tipo de carga y naves atendidas, grado de especialización, prestación de servicio público o sólo atención de cargas propias, etc. Así, por ejemplo se puede sostener que el puerto privado de Ventanas representa una efectiva competencia respecto de cargas de granel para el puerto de San Antonio y, en particular, para el sitio de dicho puerto denominado Panul. Esta misma consideración podría extenderse para la carga general incorporada, en este caso, al puerto de Valparaíso.

Por otra parte, al facultarse al directorio de las empresas portuarias para decidir el esquema de operación para los frentes de atraque que se concionen, se configuró un escenario en el cual el esquema monooperador está siempre disponible y su aplicación depende de los beneficios económicos y operativos que ello reporte, en contraposición a los requisitos regulatorios específicos que son necesarios para implementarlo sin afectar la competencia.

En este contexto, las condiciones de la licitación y contrato de concesión juegan roles primordiales, debiendo cautelarse la posibilidad de una amplia competencia entre los proponentes y de que no se produzcan concentraciones monopólicas por la vía de la integración horizontal. Para estos efectos, debe tenerse presente que los puertos estatales y privados en conjunto conforman la oferta y que, por lo tanto, la integración entre concesionarios de unos y propietarios de otros ameritan regulaciones ad hoc; que las inversiones y en consecuencia la capacidad y las tarifas deben quedar establecidas con criterios que propendan a la eficiencia y racionalidad económica y a generar condiciones estables para la explotación durante el plazo de concesión.

De lo señalado anteriormente se desprende una preocupación que ha estado presente en todo el análisis legal y económico de la modernización portuaria, cual es, la forma en que se dará la competencia entre una empresa portuaria estatal y un concesionario cuando ambos estén prestando servicios portuarios en una mismo puerto o incluso en una misma región. La solución más atendible apuntaría a que la empresa portuaria estatal establezca un procedimiento de fijación de las tarifas por los servicios que preste directamente. El procedimiento debiera ser estable en el tiempo y permitir la predicción de comportamientos futuros frente a cambios de escenario debidamente tipificados (cambios de las variables o parámetros de cálculo).

En el caso de la empresa portuaria estatal, además debe consignarse que las tarifas que ella fije podrían generar condiciones de competencia que difieren del óptimo social de largo plazo. Es por ello que es pertinente determinar la existencia de una estructura tarifaria que contemple tarifas mínimas por los servicios que preste la empresa portuaria estatal y que de este modo se permita la evolución adaptativa de la capacidad instalada, con criterios de costo marginal que incorporen variables tanto de corto como de largo plazo (por ej. requerimientos de inversión para aumentar el número de sitios). No obstante, estas tarifas deberían definirse en los planes anuales de gestión de cada empresa, debido a que las condiciones económicas, los volúmenes de carga y el costo de la misma, entre otras variables son eminentemente contingentes y esto aconseja contar con una

instancia al menos de una revisión anual. Sin perjuicio de lo anterior, un criterio rector razonable es que las tarifas sean establecidas sobre la base de alcanzar una rentabilidad mínima sobre el capital, que en ningún caso debiera ser inferior a la tasa libre de riesgo.

VI.- La Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. formula las siguientes observaciones principales en relación con la propuesta de las Empresas Portuarias.

1.- La concesión es una autorización que la Administración otorga a un particular para usar, en forma privativa y temporal, de un bien nacional, confiriéndole ciertos derechos sobre el bien concedido, tanto en beneficio de la colectividad como del concesionario.

2.- Según la doctrina administrativa moderna, el derecho del concesionario sobre su concesión es un derecho real de naturaleza administrativa.

3.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 60 N° 10 de la Constitución Política, las normas sobre concesiones de bienes del Estado constituyen una materia propia de ley.

4.- Las concesiones portuarias se encuentran establecidas y normadas en la ley N° 19.542.

5.- Las empresas portuarias para otorgar una de estas concesiones deben hacerlo por el mecanismo de la licitación pública y ceñiéndose estrictamente a los requisitos, procedimientos y condiciones que establece la ley que las autoriza.

6.- La licitación pública es un proceso de selección, cuya principal virtud es la transparencia y que permite elegir la mejor opción disponible.

7.- No existe una ley que regule de manera general las licitaciones que llevan a cabo el Estado y sus órganos.

8.- Pero, existen dos principios de orden público a los que deben ceñirse estos procesos. El respeto a las bases y la igualdad de los oferentes.

9.- La facultad que tienen los órganos de la Administración para elaborar las bases administrativas del llamado a licitación, se debe ejercer con sujeción a la Constitución y a la ley y, especialmente, debe respetar las garantías constitucionales consagradas en la Carta Fundamental.

Las licitaciones a que deben llamar las empresas portuarias para otorgar concesiones, se deben ceñir, en especial, a las normas que sobre la materia contiene la ley N° 19.542, y a sus reglamentos, cuyos principales rectores de toda licitación y sus bases deben ajustarse a la Constitución y a la ley.

Los derechos reconocidos a las personas por la Ley N° 19.542, de participar en una actividad económica lícita, sobre la base de condiciones ciertas dispuestas en la misma ley y de adquirir y conservar derechos concretos y tangibles, gozan de amparo constitucional y, en caso alguno, pueden ser limitados, condicionados o restringidos, ni por el Poder Administrador al dictar los Reglamentos o Resoluciones que correspondan, ni por las Empresas Portuarias de Chile al llamar a licitación, ni por la Comisión Preventiva Central del Decreto Ley N° 211, de 1973, al emitir los informes de su competencia.

10.- Las condiciones propuestas por las Empresas Portuarias, materia de la consulta a esta Comisión Preventiva Central, referidas a las tarifas, normas de calidad, asignación de capacidad, transferencias, acceso y publicidad de información, mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros, e integración vertical y horizontal, así como los fundamentos en que se basan dichas condiciones, transgreden los Arts. 6,7 y 19, N°s 2,4,5, 21, 22 y 24 de la Constitución Política y exceden la propia Ley 19.542, por las razones que se explican latamente en el escrito de la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G..

11.- Finalmente, en cuanto a la proposición de las Empresas Portuarias de establecer un esquema monooperador en los frentes de atraque que se licitarán de los puertos de Valparaíso, San Antonio y San Vicente, la Cámara Marítima y Portuaria hace presente que considera que ese esquema es altamente conveniente para la eficiencia del trabajo portuario y para el desarrollo de los Puertos, por las mismas razones que señalan las Empresas Portuarias, a condición de que no se establezcan las limitaciones de dichas empresas cuya aprobación solicitan.

Que, por el contrario, tratándose de un esquema monooperador, con las limitaciones para su administración y funcionamiento, que proponen esas Empresas, la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. manifiesta su desacuerdo y rechazo.

VII.- En relación con los planteamientos de inconstitucionalidad e ilegalidad formulados por la Cámara Marítima y Portuaria de Chile, las Empresas Portuarias hacen las siguientes apreciaciones:

1.- Sin perjuicio de la competencia general que posee la Comisión Preventiva en virtud del Decreto Ley N° 211, de 1973, la Ley N° 19.542 le otorgó una competencia especial y privativa para pronunciarse sobre la materia objeto de la presentación de las Empresas Portuarias.

Las Empresas Portuarias tienen la facultad de decir qué frentes de atraque estatales que administran sean concesionados bajo un esquema de monooperador.

En circunstancias que la operación como monooperador supone concentrar en un concesionario la responsabilidad por la operación del terminal, sin perjuicio de su facultad de subcontratar servicios con otras empresas, resulta comprensible que el legislador haya exigido que se adopten en la licitación resguardos que impidan que esa forma de licitación derive en posiciones dominantes en otros segmentos del comercio exterior o que limite la competencia entre puertos. Por eso el legislador ha exigido expresamente que la licitación bajo un esquema de monooperador deberá realizarse conforme a los términos señalados en el informe de la Comisión Preventiva Central (art. 23, inciso segundo).

A su vez, aún sin esa norma legal expresa, resulta evidente que los términos y condiciones de licitación de los terminales estatales habrían debido ser objeto de consulta a la Comisión Preventiva Central, bajo el solo imperio de las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973.

Los puertos estatales que serán objeto de concesión presentan ventajas naturales que los hacen críticos para el fluido desarrollo del comercio exterior del país. Chile no dispone de recursos portuarios naturales, ni de recursos económicos, que hagan posible un sistema en que cada operador naviero o exportador controle un frente de atraque. Los puertos públicos deben estar abiertos a todo el que requiera sus servicios, como lo exige expresamente la ley. Y eso supone, a la inversa, que se adopten resguardos como los propuestos.

2.- En lo que corresponde a las facultades de la Comisión Preventiva para establecer en su informe los términos en que habrán de sujetarse las licitaciones, hace presente que las observaciones de la Cámara, de tener el sustento constitucional alegado, llevarían al absurdo de considerar que todo el Decreto Ley N° 211, de 1973 sería inconstitucional.

Tal argumentación conduciría a que las libertades constitucionales no podrían ser objeto de ordenamiento alguno que limite y prevenga los abusos en el ejercicio de esas libertades. En definitiva, sería inviable un orden que haga posible que la libertad de emprender de unos sea compatible con la libertad de emprender de los demás, según establece el más elemental principio de orden público económico que subyace a la Constitución Política.

Los planteamientos de inconstitucionalidad e ilegalidad que hace la Cámara han sido rechazados sistemáticamente por la Comisión Resolutiva y por los Tribunales Superiores de Justicia.

2.1. Mediante Resolución N° 368 de 7 de abril de 1992, la Comisión Resolutiva ordenó a Telefónica de España enajenar, dentro de un plazo de 18 meses, toda la participación accionaria que a esa fecha poseía simultáneamente en CTC o Entel, a su elección.

La citada Resolución se fundó, entre otras consideraciones, en las siguientes:

"Octavo: Que siendo múltiples las formas como se puede llegar a infringir y burlar esta finalidad, el legislador del Decreto Ley N° 211 debió contemplar disposiciones muy amplias para comprender todas las situaciones que puedan darse y conferir, a la vez vastas atribuciones a los organismos antimonopolios que establece, destinados a prevenir, corregir e incluso sancionar los hechos o actos que tiendan a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia";

"Duodécimo: Que es por estas consideraciones que la garantía constitucional del artículo 19 N° 21 de la Carta, adquiere especial relevancia en cuanto prescribe que toda actividad económica, cualquiera que sea su origen y sea que derive o no de otra garantía constitucional, debe someterse necesariamente a su mandato y, en consecuencia, a las leyes que la regulan, en este caso, los preceptos del decreto ley N° 211".

En contra de esta Resolución se interpusieron recursos de queja y protección, todos rechazados por la Excma. Corte Suprema por sentencias de fecha 19 de abril de 1993.

2.2. En los autos rol N° 392-91, seguidos ante la H. Comisión Resolutiva, la Compañía Sudamericana de Vapores S.A., la Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A., la Agencia de Naves A.J. Broom y Cía. S.A.C. y la Compañía Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. (empresas que son actores relevantes en la Cámara) plantearon excepciones de incompetencia respecto de las comisiones antimonopolios para pronunciarse sobre la actividad del transporte marítimo.

Mediante Resolución N° 354 de fecha 22 de enero de 1991, la H. Comisión Resolutiva rechazó categóricamente estas excepciones de incompetencia.

Esta Resolución concuerda con variados otros precedentes sobre la materia.

En efecto, mediante Resoluciones N°s 225 de fecha 12 de mayo de 1996 y 251 de fecha 20 de enero de 1987, se sancionó a la "Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A.", y a "Compañía Transmares Naviera Chilena Limitada" por conductas atentatorias a la libre competencia en el mercado del transporte marítimo, aplicándose asimismo a sus ejecutivos sanciones de multas e inhabilidades para ocupar cargos directivos en organizaciones gremiales.

En los autos respectivos también se opusieron excepciones de incompetencia, todas rechazadas por la H. Comisión Resolutiva y la Excma. Corte Suprema.

En suma, la Comisión Resolutiva, en resoluciones confirmadas por la Excma. Corte Suprema, ha rechazado toda forma de fundamentalismo constitucional en estas materias: los principios de no discriminación y de libre acceso al desarrollo de actividades económicas lícitas son perfectamente conciliables con el establecimiento de un ordenamiento razonable para una actividad, cuya finalidad sea precisamente que no haya discriminación ni posiciones dominantes que limiten la competencia. Tal es el inequívoco sentido del Decreto Ley N° 211 y de la atribución especial que entrega a la Comisión Preventiva Central el artículo 23 de la ley N° 19.592 sobre modernización de los puertos estatales.

2.3. La Cámara sostiene, además, que las proposiciones efectuadas a esta Comisión excederían el mandato legal contenido en la Ley N° 19.542, que supone hipótesis específicas que determinarían la amplitud de su pronunciamiento.

Este tipo de argumentaciones también ha sido sostenido y rechazado con anterioridad.

En efecto, la Resolución N° 306, de fecha 17 de enero de 1989, pronunciándose sobre el ingreso de CTC al mercado de la telefonía celular, dejó establecido que en toda actividad económica:

"deben respetarse y dársele cumplimiento a todas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a otros ámbitos del quehacer jurídico, tales como las relativas a impuestos, a sociedades, las sanitarias, aduaneras, de seguridad interior y exterior, las contenidas en Convenios Internacionales, etc. y, muy especialmente, en lo que interesa al caso sublite, a las normas que regulan el orden público económico, contenidas en la Constitución Política de la República y en el Decreto Ley N° 211, de 1973, sin que pueda sostenerse, con algún fundamento, que la remisión que haga alguna ley a este Decreto Ley o a alguno de sus Organos para encomendar a estos últimos un cometido especial, pueda tener la virtud de limitar las atribuciones exclusivas que tienen tales organismos para la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica" (Considerando 10°, párrafo 2°).

Por tal razón, aún cuando la Ley N° 19.542 no hubiera exigido informes previos de la Comisión Preventiva Central, ésta habría mantenido su amplia competencia para pronunciarse sobre el proceso de licitación de concesiones portuarias, estableciendo las condiciones para que tal proceso se efectúe con pleno resguardo de las normas y principios que la ley le encomienda cautelar.

Tal facultad ha sido ejercida por los organismos de la libre competencia mediante el establecimiento de reglas para el desarrollo y explotación de servicios que tradicionalmente eran prestados por el Estado y que la autoridad pública ha decidido que lo sean por particulares.

Estas limitaciones se han establecido ex ante (como en el caso del gas natural) o ex post (como en el caso del mercado eléctrico), y buscan, por regla general, tres objetivos principales: i) garantizar que el acceso al desarrollo de tales servicios esté abierto al mayor número de empresas, sobre la base de condiciones públicas, generales y objetivas; ii) alcanzar altos grados de transparencia en cuanto a las empresas que prestan dichos servicios; y iii) evitar, en lo posible, los efectos negativos que se pueden seguir de la integración vertical entre proveedores y usuarios de tales servicios o la integración

horizontal entre proveedores, cuando de esas formas de integración se deriven efectos adversos a la libre competencia en los respectivos mercados.

2.4. Los organismos antimonopolios han establecido en sus dictámenes y decisiones reglas relativas a la propiedad de las respectivas empresas, pues se asume que la participación relevante de terceros en las sociedades concesionarias asegura que los intereses de una y otra empresa no serán coincidentes entre sí y que esa circunstancia contribuye decisivamente a impedir actuaciones contrarias a la libre competencia.

Asimismo, por Dictámenes N°s 1.004, de fecha 25 de abril de 1997 y 1.014, de fecha 11 de julio de 1997, la Comisión Preventiva Central estableció las condiciones que debían contemplar las bases del procedimiento de concesión de aeropuertos para evitar que el concesionario de la obra pública, como administrador del terminal respectivo y de los servicios aeroportuarios asociados al mismo, pueda eventualmente favorecer a un usuario determinado (línea aéreas, principalmente) en perjuicio de otros usuarios equivalentes.

Estas medidas en definitiva tuvieron como finalidad permitir la participación restringida de empresas de aeronavegación, en los siguientes términos propuestos por el MOP:

"No podrán tener influencia decisiva en la administración o gestión de la sociedad concesionaria, individualmente o formando parte de un grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, las personas o grupos de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, tengan influencia decisiva en la administración de empresas cuyo giro sea la prestación de servicios de transporte aéreo, sean de cabotaje o internacionales, o cualquier otra clase de servicios de aeronavegación comercial, todo esto conforme a lo señalado en la Ley N° 18.045 de 1981, de Mercado de Valores".

"Sin perjuicio de lo anterior, la suma de los porcentajes de participación en el capital con derecho a voto de la sociedad concesionaria de empresas cuyo giro sea la prestación de servicios de transporte aéreo, sean de cabotaje o internacionales, o cualquier otra clase de servicios de aeronavegación comercial, no podrá exceder del 20%".

Por las consideraciones expuestas, las Empresas Portuarias solicitan a esta Comisión que desestime los reparos de orden constitucional y legal planteados por la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. y apruebe las condiciones propuestas por dichas Empresas para resguardar la competencia en los frentes de atraque que se licitarán.

VIII.- La Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, por oficio DGTM. YMM. Ord. N° 12.600/1447 CPC de 31 de julio de 1998, informa lo siguiente:

Cada Capitán de Puerto mediante Resolución de Habilitación, establece anualmente las condiciones operacionales de los puertos de su jurisdicción, de acuerdo con las condiciones oceanográficas, meteorológicas, batimétricas, etc., las que pueden estar sujetas a variación en el tiempo.

En relación con los puertos que serán licitados próximamente, expresa lo que sigue:

1.- Puerto de Valparaíso:

Los sitios 1, 2 y 3 que serán licitados no tienen restricciones en cuanto a eslora (largo) de las naves que los utilicen. Los sitios 4 y 5 tienen permitida una eslora máxima de 210 y 107,5 metros respectivamente. En cuanto a calado máximo, los sitios 1, 2 y 3 una vez terminados los trabajos de ampliación, alcanzarán 12 metros de profundidad con un calado máximo de operación de 11,4 metros.

Los sitios 6, 7 y 8 (Espigón) y 9 y 10 (Barón) tienen importantes limitaciones en eslora y calado con respecto a los sitios que serán licitados. En consecuencia la nave de diseño que operaría en el frente de atraque 1 no podría operar en los frentes de atraque 2 y Barón.

2.- Puerto de San Antonio:

Las naves de diseño que pueden operar en el frente de atraque 1 y Muelle Panul, que se licitan, superan en calado a las que podrían operar en los sitios 5, 6 y 7, que no se licitan. En sitio 9 que tampoco se licita, podrían operar naves similares a las que operarían en el sitio 3 del frente de atraque 1.

En relación a las esloras máximas permitidas, se puede apreciar que existen sólo condiciones equivalentes de operación en los sitios N°s 1, 2, 5 y 8, manteniéndose limitaciones de eslora máximas diferentes para los demás sitios. El sitio 5 no se licita.

3.- Puerto de San Vicente:

Los tres sitios del puerto de San Vicente que se licitan tienen restricciones de calado (11,3 a 12,2 m) y de eslora (190 a 222 m). En el puerto de San Vicente no existen otros sitios. Naves de diseño similar a las que operarían en dicho puerto podrían ser atendidas en los puertos privados vecinos de la VIII Región, a saber Lirquén, Puchoco y Coronel. Los otros puertos Talcahuano, Molo 500, etc. no pueden operar naves de diseño semejante a las que se atenderían en los puertos que se han indicado mas arriba.

En consecuencia la competencia entre puertos, especialmente para carga general y contenedores para naves de diseño similar, se daría entre los frentes licitados en Valparaíso y San Antonio y en la VIII Región entre San Vicente y los puertos privados de Lirquén, Puchoco y Coronel.

IX.- La Comisión concedió audiencia a los representantes de las Empresas Portuarias y de la Asociación Nacional de Agentes de Naves de Chile A.G.. el 31 de julio de 1998 y de la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G.. el 7 de agosto de 1998.

X.- El Sr. Fiscal Nacional Económico informó a esta Comisión sobre los antecedentes relacionados con la consulta de las Empresas Portuarias en la audiencia del 7 de agosto de 1998.

XI.- En relación con los antecedentes a que ha dado lugar la solicitud de informe formulada por las Empresas Portuarias, con motivo de la aplicación de los Arts. 14 y 23 de la Ley 19.542, esta Comisión Preventiva Central estima necesario, en primer término, efectuar las siguientes precisiones.

1.- La ley 19.542 otorga a las Empresas Portuarias diversas atribuciones relacionadas con el proceso de licitación de los frentes de atraque y de supervisión de la actividad portuaria y planificación de las inversiones en este sector.

Así se desprende, entre otros, de los Arts. 4,6,7,8,14 y 23 de esa Ley.

En particular, el Art. 23 de la Ley concede a las Empresas Portuarias la atribución exclusiva de decidir sobre la implementación de un sistema monooperador, en los términos y formas que establece esta disposición.

Consta de estos antecedentes que esas empresas ejercieron la atribución que les concede la ley y han optado por un sistema monooperador para ser implementado en los frentes concesionados, a que se refiere su consulta.

Por otra parte, de acuerdo con la historia fidedigna del establecimiento de la citada Ley, según se desprende de lo informado por el Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, consta que el proyecto original de esta ley contemplaba otorgar amplias facultades a esta Comisión para pronunciarse sobre la procedencia misma de autorizar la implementación del mencionado sistema monooperador.

Esta atribución fue suprimida del texto definitivo de la ley, siendo sustituida por otra que sólo autoriza a esta Comisión para informar específicamente sobre las condiciones de competencia que deben regir en estas licitaciones.

Ha sido entonces, la propia ley la que expresamente ha previsto la aplicación de un sistema monooperador al interior de los frentes de atraque, radicando en los directorios de las Empresas Portuarias la facultad privativa de resolver si optan por dicha modalidad de operación o por un sistema multioperador.

En estas circunstancias, no corresponde que esta Comisión se pronuncie acerca de las objeciones que plantea la Asociación Nacional de Agentes de Naves de Chile A.G. en relación con el sistema monooperador, ni que califique la conveniencia o inconveniencia de su implementación.

Con todo, debe recordar esta Comisión que el propósito de la ley, claramente manifestado en sus normas, es que la competencia entre los servicios portuarios tenga lugar entre los distintos puertos estatales y privados, y al interior de los puertos, entre sus diversos frentes de atraque.

2.- En lo que dice relación, ahora, con los reparos de orden constitucional y legal que hace la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G., respecto de las propuestas de las Empresas Portuarias, esta Comisión cumple con formular las siguientes observaciones de carácter general:

2.1. Los Arts. 14 y 23 de la Ley 19.542 señalan que esta Comisión debe informar sobre las condiciones de competencia que deben regir las licitaciones a que convoquen las Empresas Portuarias, en las situaciones siguientes:

a) Si deciden otorgar la concesión de cualesquiera frentes de atraque, no existiendo en la región respectiva otro frente de atraque estatal capaz de atender la nave de diseño que puede atender el frente que será objeto de la concesión (art. 14 inciso segundo); la nave de diseño es "la nave de mayor eslora total, calado máximo y desplazamiento a plena carga que puede operar en un frente de atraque" (art. 53);

b) Si deciden otorgar concesiones bajo un esquema monooperador y no existiere en la región otro frente de atraque, operado bajo un esquema de multioperador, capaz de atender la nave de diseño (art. 23, inciso segundo);

c) Si los concesionarios están relacionados, en los términos que define el Título XV de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, con i) concesionarios que desarrollen, conserven o exploten otros frentes de atraque dentro del mismo puerto o terminal; o; ii) concesionarios de la misma región que desarrollen, conserven o exploten un frente de atraque en que pueda operar la máxima nave de diseño en los otros puertos estatales de la misma región (art. 14, inciso tercero, número 2).

De estas disposiciones se desprende que el mandato que la ley otorga a esta Comisión para determinar las condiciones de competencia que deben concurrir en las situaciones antes descritas, es amplio y no está sujeto a restricciones y limitaciones en el texto de la citada ley.

2.2. Los Arts. 8 y 11 del Decreto Ley N° 211, de 1973, establecen las atribuciones preventivas generales que ejerce esta Comisión, respecto de las consultas o denuncias que se le planteen sobre prácticas restrictivas de la competencia o abuso de posición monopólica o dominante, sin perjuicio de las actuaciones de oficio de la Comisión.

Las funciones de esta Comisión no tienen por objeto sancionar ni corregir en forma imperativa aquellas situaciones que afecten a la libre competencia en las actividades económicas, sino que la de informar, evacuar consultas y señalar medios a los particulares y a los organismos del Estado para corregir situaciones contrarias a la libre competencia, o para prevenir dichas conductas o situaciones.

Para llevar a cabo su función preventiva, las Comisiones disponen, entre otras, de las siguientes facultades:

- a) Absolver consultas sobre contratos, existentes o en proyecto, que puedan alterar la libre competencia;
- b) Velar dentro de su jurisdicción para que se mantenga la libre competencia y no se cometan abusos de posición dominante, proponiendo los medios para corregir las prácticas o abusos de que tenga conocimiento;
- c) Requerir de la Fiscalía Nacional Económica que investigue tales prácticas o abusos;
- d) Resolver, a solicitud de la Fiscalía, la adopción de medidas preventivas destinadas a suspender los efectos lesivos de la competencia producidos por determinados actos o contratos.

Como se observa, la ley concede a esta Comisión extensas atribuciones, de general aplicación, no sólo para cumplir con su cometido de prevenir los actos o conductas propiamente tales contrarias a la competencia, sino que también, para pronunciarse sobre la estructura e integración de los mercados, única forma de dar cumplimiento a los objetivos de velar por una sana y libre concurrencia en las actividades económicas, evitar la concentración del poder económico y las distorsiones en los mercados, que le asigna expresamente el Decreto Ley N° 211, de 1973, tal como se menciona textualmente en los considerandos de este cuerpo legal.

2.3. En el ejercicio de las referidas atribuciones esta Comisión se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las materias a que se refiere la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G., cuyos pronunciamientos en esta oportunidad cuestiona por estimar que son inconstitucionales y legales.

Sobre el particular, esta Comisión debe expresar que comparte íntegramente los planteamientos jurídicos que formulan las Empresas Portuarias, aludidos en el N° VII de este dictamen, debiendo agregar que, además de los diversos casos que citan en su escrito, la jurisprudencia reiterada de esta Comisión, confirmada por la H. Comisión Resolutiva, y en algunos casos por la Excma. Corte Suprema, ha ratificado plenamente la legitimidad de las facultades que tienen los Organismos de Defensa de la Competencia, para conocer y resolver, por ejemplo, sobre integración vertical y horizontal de los mercados, fusión de empresas, fijación de tarifas, transparencia de la información, etc., y demás materias a que alude la mencionada Cámara, como consta, entre muchos otros, del Dictamen N° 933/198, de 1995, de esta Comisión Preventiva Central y de las Resoluciones N°s 448, de 1995, 488 y 494, de 1977, de la H. Comisión Resolutiva.

2.4. Finalmente, esta Comisión debe hacer presente que no le compete emitir juicios sobre los contenidos de fondo que fundamentan las alegaciones sobre inconstitucionalidad e ilegalidad que plantea la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G., por tratarse de materias que, atendida su naturaleza, deben resolverse en otras instancias, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

Por las consideraciones precedentes, y en los términos expuestos, esta Comisión desestima la solicitud presentada por la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G., mencionada en el N° VI de este oficio.

XII.- Antes de emitir un pronunciamiento sobre las proposiciones específicas que formulan las Empresas Portuarias, esta Comisión estima pertinente referirse, en términos generales, a las principales garantías y restricciones a la competencia que establecen la Ley N° 19.542 y el Decreto Supremo N° 104 de 1998, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Ley N° 19.542: Art.5. Establece que las faenas de estiba, desestiba, transferencia de la carga desde el puerto a la nave y viceversa, y el porteo en los recintos portuarios, comprendidos dentro del objeto de las empresas, deberán ser realizados por particulares debidamente habilitados. En el inciso 2° se señala que las labores de almacenamiento y acopio que se realicen en los puertos que administren las empresas, podrán ser realizadas con la participación de éstas o por particulares. La condición de almacenista se adquirirá de conformidad a las normas que regulan esta actividad. De acuerdo con lo anterior, las faenas en el interior de los puertos, empresas filiales de EMPORCHI, se efectuarán a través de empresas privadas compitiendo entre ellas.

Los incisos 3° y 4° de este artículo se refiere a las excepciones. (Falta de interés de los privados por participar o cuando el Estado lo solicite en cumplimiento de convenios o tratados internacionales.

Art. 7: Este artículo fija la forma en que las empresas portuarias podrán realizar su objeto tanto directamente, como a través de terceros. Establece que estas sociedades no podrán tener por objeto la administración o explotación de frentes de atraque. Establece que en las sociedades que formen las empresas, la celebración de contratos de arrendamiento y las concesiones portuarias se harán mediante licitación pública en las condiciones que establece el artículo 50 de la ley.

Art. 8: En su número 4 establece que las empresas elaborarán y supervisarán el cumplimiento de la reglamentación para el funcionamiento de los puertos y terminales que administren, incluido el reglamento de uso de frentes de atraque que establece el artículo 22° de la Ley.

Art. 14: Este artículo se refiere a concesiones que por periodos de 30 años para actividades portuarias pueden otorgar las empresas. Estas concesiones son obligatorias tratándose de frentes de atraque. Para que puedan ser otorgadas, en los puertos o terminales estatales de la Región, deben existir frentes de atraque capaces de atender la nave de diseño "de aquel frente objeto de la concesión portuaria". En caso contrario se necesita el informe de la Comisión Preventiva Central, en cuyo caso las concesiones deberán realizarse en los términos que establezca el citado informe.

Esta es la primera referencia que hace la Ley a la Comisión Preventiva. Para emitir su informe deberá conocer las características de los puertos estatales ubicados en la V Región y en la VIII. Ello deberá ser informado por la Dirección del Territorio Marítimo y de Marina Mercante.

Este artículo establece la forma en que deberán constituirse las sociedades concesionarias. Sociedades anónimas abiertas de giro exclusivo. Sólo podrán relacionarse en los términos que señala el Título XV de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores con otros concesionarios que exploten frentes de atraque en el mismo puerto o con otros que exploten frentes de atraque en otros puertos de la Región en que pueda operar la máxima nave de diseño en los puertos estatales de esa Región. La Ley dispone que todo lo anterior debe hacerse con "estricta sujeción a las condiciones que para dicho efecto hayan sido

previamente fijadas por la Comisión Preventiva Central". Por último, en el inciso final dice que el concesionario debe dar servicio y establecer tarifas públicas en condiciones no discriminatorias.

Art. 21: Las empresas portuarias que presten directamente servicios o exploten frentes de atraque no podrán celebrar o ejecutar hechos, actos o contratos que afecten la libre competencia.

Art. 22: Este artículo, que se menciona en el artículo 8º, se refiere al reglamento interno de uso de frentes de atraque, el que será propuesto por cada empresa al Ministerio de Transportes y TT.CC. para su aprobación, rechazo o modificación. Se publicará en el Diario Oficial y deberá conformarse a criterios técnicos, objetivos y no discriminatorios. Este reglamento formará parte integrante de las bases de toda licitación de los frentes de atraque.

Art. 23: Este artículo establece como norma general el sistema de multioperador. Sin embargo, por decisión del directorio de la empresa, ésta puede optar por el sistema monooperador, exigiendo para ello, que en los puertos o terminales estatales de la región deba existir otro frente de atraque capaz de atender naves de diseño de aquel frente objeto de la licitación, operado bajo un sistema multioperador. De lo contrario se deberá contar con un informe de la Comisión Preventiva Central y la licitación debe realizarse en conformidad con dicho informe.

Art. 27: Establece las siguientes inhabilidades para ser director de una empresa portuaria: "Las personas que por sí, "sus cónyuges, sus parientes hasta el tercer grado de "consanguinidad y segundo de afinidad, ambos inclusive, o por "personas que estén ligadas a ellas por vínculos de adopción, o a "través de personas jurídicas en que tengan control de su "administración, o en las que posean o adquieran a cualquier "título intereses superiores al 10% del capital en empresas "navieras o portuarias, agencias de naves, sociedades "concesionarias, o en empresas que se encuentren ubicadas dentro "de los recintos portuarios".

Art. 31: Entre las funciones del directorio de las empresas portuarias expresa la ley taxativamente que entre sus funciones están las de: promover la competencia al interior de los puertos (Nº 1). Procurar un trato no discriminatorio a los usuarios de los puertos y terminales (Nº 2). Preservar y fortalecer los niveles de productividad, eficiencia y competitividad alcanzados en la operación portuaria (Nº 4).

Art. 50: Establece que el Presidente de la República dictará el decreto sobre las licitaciones a que se refiere el artículo 7º de la Ley y al referirse a las tareas que le corresponden al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en su letra d) expresa: "Proponer planes estratégicos del sistema portuario estatal, velando por el mejoramiento de sus niveles de eficiencia y competitividad.

Art. 51: Se refiere al reglamento de licitaciones que debe dictar el Presidente de la República de acuerdo con el artículo 50º de la Ley. Textualmente expresa: "propenderá (el Reglamento), a fijar condiciones estables para los procesos de licitación que propicien la libre competencia y que otorguen garantías de equidad para los concesionarios de los puertos estatales entre sí y entre estos y los puertos privados, para cuyos efectos este reglamento contendrá determinados requisitos.

Decreto Reglamentario Nº 104 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones), publicado en el Diario Oficial el 3 de julio del presente año.

Art. 3: Este artículo explica la forma en que previa a la elaboración de las respectivas bases de licitación, las empresas portuarias aprobará una memoria explicativa la

que abarcará diferentes materias, siendo la letra h) la que se refiere los casos y condiciones en que puede afectarse o limitarse el ejercicio de los derechos del concesionario.

Art. 4: Se refiere a que en concordancia con la memoria explicativa, se elaborarán las respectivas bases de licitación que, aprobadas por los respectivos directorios deberán contener diversos elementos. Igualmente en este artículo la letra h) se refiere a las condiciones en que puede afectarse o limitarse el ejercicio de los derechos del arrendatario, concesionario o de la sociedad en su caso, incluidas entre otras, las situaciones que den origen a consultas a la Comisión Preventiva o Resolutiva, de conformidad a la Ley N° 19.542.

Art. 46: Se refiere a que en el caso de concesiones portuarios de frente de atraque, previo al llamado a licitación, corresponderá al directorio de la empresa verificar la existencia de otro frente de atraque capaz de atender la misma nave de diseño, o una mayor, de aquel frente objeto de la concesión en los puertos o terminales estatales de la región.

El mismo artículo en su inciso 2°, expresa que, si no se cumple la condición antes señalada, el directorio deberá recabar un informe de la Comisión Preventiva Central, que fije las condiciones de las licitaciones.

XIII.- Las Propuestas de las empresas portuarias sometidas a la aprobación de esta Comisión Preventiva Central son las que se indicarán a continuación.

Las citadas empresas, considerando que la licitación de los frentes de atraque se producirá simultáneamente, han propuesto a esta Comisión Preventiva Central, la incorporación de reglas comunes para los postulantes en las bases de licitación, sin perjuicio de ciertas disposiciones específicas aplicables a sólo uno o más frentes, en razón de sus características particulares.

El conjunto de reglas propuestas surge de la preocupación por los efectos que el otorgamiento de concesiones portuarias tiene desde el punto de vista de la legislación antimonopolio, en las actividades portuarias y de otras actividades conexas. Las disposiciones propuestas tienen distintas fuentes legales y administrativas.

Las empresas portuarias han agrupado las mencionadas propuestas, según los temas que abordan, y son las siguientes:

1.- Normas relativas a la Organización Corporativa. Objeto y Financiamiento de los Concesionarios, cuyo objetivo es alcanzar altos grados de transparencia en la provisión de los servicios portuarios y evitar subsidios cruzados, para lo cual los concesionarios de frentes de atraque y sus sucesores deberán cumplir los requisitos de:

1.1. Estar organizados como sociedades anónimas abiertas o cerradas, pero, en todo caso, sujetas a las normas que rigen para las sociedades anónimas abiertas (Ley N° 19.542, art. 14 inciso tercero N° 1); y

1.2. Tener como objeto exclusivo el desarrollo, mantención y explotación del frente de atraque respectivo (Ley N° 19.542, art. 14, inciso tercero N° 1).

2.- Normas relativas a las Condiciones para la Prestación de los Servicios Portuarios; cuyo propósito es evitar discriminaciones arbitrarias o abusos de posición dominante en que pudiere incurrir el concesionario de un frente de atraque en la prestación de los servicios portuarios bajo el esquema monooperador.

2.1. Acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios: Los concesionarios estarán obligados a prestar sus servicios a todo aquel que lo requiera, en términos y condiciones generales y no discriminatorias. Estas deberán estar contenidas en documentos públicos que estarán a disposición de los interesados en las oficinas principales de los concesionarios en el terminal respectivo.

2.2. Tarifas:

2.2.1. Los concesionarios no podrán cobrar por sus servicios tarifas diferentes a las que se obligaron en el proceso de licitación, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de las mismas previstas en las bases de licitación y/o en los contratos de concesión. Esta limitación no regirá respecto de los servicios opcionales, vale decir, aquellos que no son indispensables para el atraque de las naves y la movilización y acopio de carga (por ejemplo, arriendo de equipos u oficinas al interior de la concesión, reparación y aseo de contenedores, provisión de energía eléctrica para carga refrigerada), cuyas tarifas serán determinadas libremente por el concesionario de acuerdo a las condiciones del mercado. En todo caso, toda tarifa, sea regulada o no regulada, será pública y no discriminatoria.

2.2.2. El Fisco, las municipalidades y los demás organismos de la Administración del Estado pagarán las tarifas vigentes y estarán sujetos a las mismas condiciones generales para la prestación de los servicios portuarios.

2.2.3. Los concesionarios sólo podrán establecer sistemas de descuentos públicos, objetivos y no discriminatorios.

2.3. Normas de calidad: Los concesionarios prestarán sus servicios dando cumplimiento a las normas mínimas de calidad fijadas en las bases de licitación y documentos conexos. Cobros adicionales basados en el principio de eficiencia dinámica han sido previstos si el frente de atraque supera el umbral de ocupación definido en las bases.

2.4. Asignación de capacidad: La asignación y reserva de capacidad disponible de infraestructura y de los servicios portuarios se realizarán por los concesionarios de conformidad con el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque vigente para el respectivo puerto o terminal (aprobado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones) y a las reglas que de conformidad con ese reglamento esté facultado para dictar el concesionario. El directorio de cada uno de las empresas portuarias podrá acceder a la solicitud de los concesionarios en cuanto al establecimiento de un criterio diverso a los contenidos en dicho Reglamento, con consulta al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En todo caso, la asignación y reserva de capacidad deberán conformarse según criterios técnicos, objetivos y no discriminatorios que formarán parte de las condiciones generales de prestación de servicios portuarios.

2.5. Transferencias: Las concesiones o acciones de sociedades concesionarias sólo podrán ser transferidas a quienes cumplan con los requisitos y limitaciones establecidas por la Ley (art. N° 17), las bases de licitación y el informe de la Comisión Preventiva Central.

2.6. Acceso y publicidad de información:

2.6.1. Los concesionarios deberán otorgar a cualquier interesado el acceso libre y expedito a la información que figure en formatos que serán elaborados por la Empresa Portuaria respectiva, quien determinará asimismo los medios técnicos para dicho acceso. El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones podrá regular la información mínima que deberán exigir las Empresas Portuarias a efectos de promover, desarrollar y materializar el sistema de información estadística relacionada con el sector portuario (Ley 19.542, art. N° 50, inciso 2).

2.6.2. Del mismo modo, los concesionarios de frentes de atraque estarán obligados a proporcionar al directorio de la Empresa Portuaria respectiva, cualquier información legal y/o económica que éste requiera con objeto de supervisar el cumplimiento de los requisitos y limitaciones de propiedad establecidos en las bases de licitación y/o en los contratos de concesión aprobados por la Comisión Preventiva Central. También deberán proporcionar la información necesaria para que la transferencia de las

concesiones se haga a quien cumpla con los requisitos para ser concesionario establecidos en la Ley y en Informe que emita la Comisión Preventiva Central.

2.6.3. Las bases establecerán que los estatutos de las sociedades concesionarias incluirán la obligación de sus accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información acerca de las empresas relacionadas relevantes a efectos de los límites de participación que establecerán las propias bases y los contratos de concesión.

2.6.4. Los concesionarios deberán entregar trimestralmente a la Empresa Portuaria respectiva copia de la Ficha Estadística Codificada Uniforme (FECU) que hayan presentado a la Superintendencia de Valores y Seguros en conformidad a la Ley, incluyendo un anexo que haga referencia a la estructura de propiedad relevante a efectos de las reglas sobre límites de concentración.

2.7. Mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros: Los concesionarios estarán obligados por las bases y por el contrato de concesión a observar las instrucciones que le imparta la respectiva Empresa Portuaria y que tengan por fin evitar o poner término a actos de discriminación. La Empresa Portuaria actuará a solicitud de cualquier interesado que alegue actos de discriminación del concesionario. Nada obstará al derecho del interesado a ejercer las otras acciones y derechos que le confiere la ley.

3.- Normas relativas a las Limitaciones a las Empresas que presenten un grado de Integración Vertical relevante con la Actividad Portuaria, cuyo propósito es asegurar la transparencia y evitar subsidios cruzados, promoviendo la existencia de intereses independientes suficientemente fuertes al interior de las sociedades concesionarias, de modo de propender al manejo de la concesión como un negocio independiente, que maximice su propio beneficio económico.

3.1. El conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de un 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% de las utilidades de la sociedad concesionaria.

3.2. Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga por vía marítima, sea como empresas navieras, exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, transportistas multimodales, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier título o modalidad, (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 movilizado 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 cualesquiera 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 la Empresa Portuaria dentro de los 30 días siguientes.

3.3. Para los efectos de los porcentajes máximos referidos en los números precedentes, 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.

3.4. 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.

3.5. Los estatutos de las sociedades concesionarias incorporarán la regla de que si uno o un conjunto de accionistas de la sociedad concesionaria (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) supera los límites de participación referidos en el número 1) precedente (el exceso de participación), tales accionistas deberán proceder a la enajenación dentro de 3 meses del 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 la enajenación del exceso de participación a prorrata de sus respectivas participaciones por medio de una bolsa de valores si transcurridos 45 días desde que se produjo el exceso de participación, éste no hubiere sido enajenado.

3.6. 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.

3.7. Las bases y el contrato de concesión establecerán que si pasados tres meses desde que se produce un exceso de participación o no se ha procedido a enajenar el referido exceso de participación a un tercero no sujeto a inhabilidad, se entenderá por ese sólo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario y la Empresa Portuaria respectiva tendrá derecho a poner término a la concesión según dispone el artículo 51 inciso segundo letra c) de la Ley.

3.8. Estas reglas tendrán vigencia durante todo 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 a la Comisión Preventiva Central.

4.- Normas relativas a las Limitaciones a las empresas que presenten algún grado de Integración Horizontal relevante con la actividad portuaria, cuyo propósito es propiciar la competitividad de los puertos permitiendo la participación minoritaria de un concesionario o del dueño un puerto privado en la sociedad concesionaria de un frente de atraque ubicado en la misma región en tanto la sociedad concesionaria tenga un controlador independiente.

4.1. La sociedad concesionaria, sus controladores y sus accionistas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas participen, directa o indirectamente, en más del 25% del capital o del capital con derecho a voto o de las utilidades de la sociedad concesionaria no podrán participar, directa o indirectamente, en más del 16,7% del capital, del capital con derecho a voto o de las utilidades en otra sociedad concesionaria o en la sociedad propietaria u operadora de un puerto privado, de la misma región.

4.2. El propietario o el operador bajo cualquier título de un puerto privado, sus respectivos controladores y accionistas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas participen directa o indirectamente, en más del 25% del capital o del capital con derecho a voto de las utilidades de tal puerto privado no podrán participar en más de un 16,7% del capital, del capital con derecho a voto o de las utilidades en una sociedad concesionaria de un frente de atraque estatal de la misma región.

4.3. A efectos de las reglas precedentes se aplicarán las definiciones de controladores y de relacionadas contenidas en 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.

4.4. Los estatutos de las sociedades concesionarias incorporarán la regla de que cualquier accionista o conjunto de accionista (incluyendo sus respectivas personas

relacionadas) que supere los límites de participación referidos en las reglas anteriores (exceso de participación) deberá enajenar dentro de tres meses de 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 se produjo el exceso de participación éste no fuera enajenado.

4.5. Las bases y el contrato de concesión establecerán que si pasados tres meses desde que se produce el exceso de participación 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 tendrá derecho a poner término a la concesión según dispone el artículo 51 inciso segundo letra c) de la Ley.

4.6. Estas reglas tendrán vigencia durante todo el plazo de la 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 hacerla previo informe de la Comisión Preventiva Central.

XIV.- A continuación esta Comisión, antes de referirse a las propuestas específicas formuladas por las Empresas Portuarias, estima necesario dejar constancia de los siguientes criterios generales en relación con la competencia en las operaciones portuarias:

A.- Criterios que tienden a generar competencia entre operadores.

1.- El modelo monooperador elegido por parte de las empresas portuarias para la licitación de los puertos indicados permite, a juicio de dichas empresas, generar eficiencias de coordinación al interior de los puertos y los incentivos de largo plazo requeridos para estimular la inversión privada en infraestructura y en tecnología. Según sus informes la mejora en gestión que el modelo monooperador permite, hace posible que con inversiones relativamente menores (es decir sin construir nuevos frentes de atraque) se multiplique la capacidad de movimiento de carga de los puertos cuyos frentes de atraque se quiere licitar.

2.- La aplicación del modelo monooperador permitiría asegurar a los usuarios del sistema portuario que las tarifas sean competitivas, sólo en la medida que exista un número amplio de empresas independientes que operen en los diferentes puertos. En estas condiciones, resulta indispensable establecer medidas que aseguren la existencia de operadores independientes en los principales puertos del país.

3.- Se espera que a futuro las tarifas sean determinadas por la competencia y por ello el presente informe busca crear las condiciones para asegurar que exista el mayor número de operadores independientes.

No obstante lo anterior, no es conveniente correr el riesgo de que se consoliden situaciones de abuso de posición dominante sobre mercados monopólicos en un sector relevante para el crecimiento económico del país.

4.- Esta Comisión considera que el sistema portuario en Chile presenta serias restricciones para la competencia entre las que cabe subrayar las siguientes: (a) escasez de bahías naturales; (b) restricciones para la expansión de las áreas portuarias de apoyo; (c) por último, la alternativa de incrementar la capacidad portuaria por medio del mejoramiento de la gestión, a su vez, reduce los incentivos para el establecimiento de nuevos puertos.

5.- En este contexto de restricciones a la competencia, el modelo monooperador ofrece riesgos, razón por la cual es necesario que los contratos de concesión establezcan condiciones que la promuevan.

6.- El análisis económico moderno de los problemas de la competencia deja en evidencia que la alta concentración no excluye la posibilidad de que los mercados puedan arrojar un resultado compatible con el equilibrio de competencia perfecta en el largo plazo, si es que estos mercados son contestables (desafiables). La teoría económica ha definido dos condiciones para que exista un mercado contestable. (a) que los competidores potenciales puedan trabajar en condiciones de costo o calidad del producto idénticas a las empresas establecidas, es decir que no existan barreras de entrada y; (b) que las nuevas empresas deben ser capaces de entrar y salir de la industria a un costo neto nulo.

7.- Ninguna de estas dos condiciones se dan en el caso del sistema de puertos que serán licitados por las empresas portuarias. En efecto, las ventajas naturales que presentan los frentes de atraque que serán licitados en Valparaíso, San Antonio y San Vicente son de tal magnitud que hace improbable que se desarrollen otros puertos que permitan funciones de costos competitivos.

8.- Por las consideraciones expuestas, esta Comisión es de opinión que es indispensable que exista una tarifa máxima determinada por la competencia de los participantes en el mismo proceso de licitación. Mas aún siendo la estructura tarifaria ofrecida por el postulante una de las variables determinantes para la asignación de la concesión.

9.- Asimismo, con el fin de crear una sana competencia entre los monooperadores de los puertos estatales y los puertos privados, y no afectar el derecho de propiedad de los dueños de estos últimos, es necesario que el pago que los operadores deban hacer a las empresas portuarias reflejen el valor económico de la infraestructura que se entrega en concesión.

10.- Finalmente, la licitación debe estar abierta a todos los interesados, incluyendo a los actuales operadores, sujeto sólo a las restricciones que más adelante se indican y que se refieren al resguardo de la competencia.

B.- Criterios que tienden a impedir la discriminación entre los usuarios.

1.- Existe acuerdo entre los economistas que la integración vertical puede contribuir a reducir los costos de transacción de las empresas y en tal sentido no ser necesariamente inconveniente. No obstante, la integración vertical de empresas dominantes en fases sucesivas de procesos productivos, puede colocar a participantes minoritarios en el mercado relevante en situaciones de desventaja estratégica. Es así como Oliver Williamson, crítico de las teorías que sostienen el carácter anticompetitivo per-se de la integración vertical, ha expresado en su obra "Las Instituciones del Capitalismo", que en el caso de la integración vertical de empresas dominantes "pueden surgir impedimentos de entrada de dos tipos cuando se integran (hacia atrás o hacia delante) las empresas líderes en la etapa I para realizar lo que de otro modo podría ser una actividad de la etapa II organizada competitivamente. Por una parte, el sector residual (no integrado) del mercado puede ser tan reducido que sólo una cuantas empresas de tamaño eficiente sirvan al mercado de la etapa II. Las empresas que de otro modo estarían dispuestas a entrar en la etapa I pueden desalentarse ante la perspectiva de tener que realizar una negociación de pocos con las escasas empresas no integradas de la etapa II, con todos los peligros que eso involucra. Además, si quienes podrían entrar a la etapa I carecen de experiencia en la actividad relacionada en la etapa II -de modo que incurrirían en elevados costos de capital si entraran en ambas etapas-, la entrada integrada puede resultar poco atractiva. La integración de las

etapas I y II por las empresas líderes es entonces anticompetitiva, por lo menos en lo relativo a la entrada, si la destrucción de las conexiones verticales permitiera el desarrollo de una actividad competitiva (de gran número) en la etapa II, sin pérdidas de economías de escala”.

2.- Dada la vinculación natural que existe entre el negocio marítimo y el portuario, quienes manejan un puerto tienen incentivos para utilizar ese control para alcanzar ventajas en los mercados relacionados. Los negocios portuario y marítimo en general presentan dificultades en materia de transparencia, debido a las condiciones de tiempo y espacio en que se prestan los servicios y la imposibilidad práctica de recurrir a prestadores alternativos. Ello ocurre incluso bajo la modalidad de multioperador. Al optarse por el esquema monooperador al asumir el concesionario funciones que antes cumplía Emporchi, aumentan los riesgos de discriminación por parte del operador portuario.

3.- La experiencia de manejo del negocio portuario deja en evidencia que un operador dispone de múltiples mecanismos para ejercer comportamientos discriminatorios en función de intereses en otras áreas del negocio marítimo. Entre ellas cabe destacar (a) manejo de precios de servicios no regulados; (b) ineficiencia operativa en la nave o la carga (velocidades bajas y retraso en el trámite de la documentación); (c) manejo de áreas de acopio y de otros recursos escasos en los puertos en beneficio de empresas relacionadas; (d) deficiencias en la calidad de servicio a navieras no relacionadas (horarios, contenedores en mal estado) (e) establecimiento de requerimientos administrativos discriminatorios; (f) acceso previo a información privilegiada, ya que si bien la información debe hacerse pública, es posible anticipar discriminatoriamente su entrega lo que constituye una clara ventaja para navieras relacionadas y (g) establecimiento de exigencias adicionales a naves de terceros (remolcadores).

4.- Los problemas señalados anteriormente se agravan al considerar que los frentes de atraque en licitación son los principales lugares de ingreso y salida de contenedores del país, y que existe una alta concentración en el transporte marítimo.

XV.- Teniendo presente las consideraciones anteriores, esta Comisión expresa lo siguiente en relación con las propuestas específicas planteadas por las Empresas Portuarias, que se reproducen en el N° XIII de este informe, en el orden establecido en este numeral:

1.- En lo que dice relación con las propuestas contenidas en los N°s 1.1, 1.2, 2.1, 2.2.2 y 2.4, estima esta Comisión que no le corresponde emitir pronunciamiento, en consideración a que las materias a que se refieren dichas propuestas están establecidas expresamente en la Ley y en el Reglamento respectivo, por lo que deben entenderse incorporadas a las bases de las licitaciones por el sólo ministerio de la ley.

2.- Tarifas: Esta Comisión aprueba la propuesta consignada en el N° 2.2.1, sólo en los términos siguientes:

2.2.1. Los concesionarios no podrán cobrar por sus servicios tarifas superiores a las que se obligaron en el proceso de la licitación, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de las mismas previstas en las bases de licitación y/o en los contratos de concesión. Esta limitación no regirá respecto de los servicios opcionales, vale decir, aquellos que no son indispensables para el atraque de las naves y la movilización y acopio de carga (por ejemplo, arriendo de equipos u oficinas al interior de la concesión, reparación y aseo de contenedores, provisión de energía eléctrica para carga refrigerada), cuyas tarifas serán determinadas libremente por el concesionario de acuerdo a las condiciones del mercado. En todo caso, toda tarifa, sea regulada o no regulada, será pública y no discriminatoria.

3.- Normas de calidad: Esta Comisión aprueba las normas de calidad señaladas en el N° 2.3. en esos mismos términos, las cuales deben quedar establecidas expresamente en las bases y no en otros documentos conexos.

4.- Transferencias: Esta Comisión aprueba la propuesta indicada en el N° 2.5. en el sentido de que las transferencias deben efectuarse conforme lo dispone el Art. 17 de la Ley 19.542, y a lo establecido en las respectivas bases.

5.- Acceso y publicidad de información: Esta Comisión aprueba la propuesta del N° 2.6., con las siguientes salvedades:

La información a que se refiere el N° 2.6.1. debe ser toda aquella que resulte relevante para la prestación del servicio concesionado y respecto de las FECUS, ellas deben ser solicitadas por las Empresas Portuarias directamente a la Superintendencia de Valores y Seguros.

6.- Solución de conflictos: Se aprueba el mecanismo de solución de conflictos que menciona el N° 2.7. de la propuesta.

7.- Integración Horizontal: En esta materia esta Comisión estima que, para asegurar debidamente la competencia entre operadores independientes, deben existir restricciones más rigurosas que las propuestas por las Empresas Portuarias a la integración horizontal, por lo que aprueba las siguientes reglas:

7.1. La sociedad que se adjudique la concesión de un frente de atraque estatal, sus controladores y sus accionistas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas tengan, directa o indirectamente, más del 15% del capital accionario, no podrán participar con más del 15%, directa o indirectamente, en una sociedad concesionaria de otro frente de atraque estatal en la misma región.

Las sociedades que participen con más de un 15% en la propiedad u operación de puertos privados, sus controladores y sus accionistas por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, no podrán participar, directa o indirectamente, en más de un 15% en la sociedad concesionaria de un frente de atraque estatal de la misma región.

7.2. No obstante, ningún interesado estará impedido de participar en la licitación de más de un terminal estatal en una misma región, pero en caso de que se le adjudique más de una licitación deberá atenerse a las condiciones establecidas en el punto 7.1.

Los propietarios de puertos privados, también podrán participar en las licitaciones, y en caso de adjudicárselas, no podrán acceder a más de un 15% de las acciones de la sociedad concesionaria en la misma región. Sin embargo, es posible que las empresas adjudicatarias por razones de preferencia opten por alcanzar una mayor participación en el frente de atraque estatal en la misma región, para lo cual deberán reducir su participación en el puerto privado hasta alcanzar el 15% del capital accionario, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se ejerza tal opción.

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, éste 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 tendrá derecho a poner término a la concesión según dispone el artículo 51 inciso segundo letra c) de la Ley.

7.5. Para los efectos de las reglas precedentes se aplicarán las definiciones de controladores y de relacionadas contenidas en 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.

8.- Integración Vertical: En esta materia esta Comisión aprueba las reglas restrictivas mencionadas en el N° 3 del N° XIII.

9.- Estas reglas sobre integración vertical y horizontal tendrán vigencia durante todo el plazo de la 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 de la Comisión Preventiva Central. De esta forma se reconoce que durante el período inmediatamente siguiente a las licitaciones probablemente se definirá si será posible que los puertos compitan entre sí en igualdad de condiciones y que sean concebidos y operados como negocios independientes de otros negocios vinculados al comercio exterior. De suceder todo aquello, se estaría en situación de analizar la conveniencia de disminuir algunas de las restricciones señaladas.

El presente dictamen ha sido acordado con el voto en contra del miembro de la Comisión Sr. Rodemil Morales Avendaño, quién estuvo por no aprobar las propuestas de las Empresas Portuarias relativas a tarifas, integración horizontal e integración vertical, por los motivos siguientes, respectivamente:

1.- Tarifas.

En relación a las tarifas de los servicios portuarios, tiene presente que la Ley N° 19.542 sólo exige que ellas sean públicas y no discriminatorias; y nada más.

Asimismo, tiene especial relevancia, cree, una institución tan importante en el derecho, como es la libertad para convenir las condiciones de estos contratos; y naturalmente, la libertad para establecer los precios respecto de la comercialización de servicios y bienes.

De manera, entonces, que es y resulta evidente que, para fijar precios se necesita ley; más aún, teniendo especialmente presente, en cuanto a que el proceso de comercialización afecta, indudablemente, el derecho de propiedad.

2.- Integración horizontal:

No puede aprobar la propuesta sobre esta materia, ya que restringe y limita la propiedad de los concesionarios, sus controladores y accionistas en el capital; necesitándose a este efecto una norma legal que establezca esta regulación.

Piensa que sería ilegal la limitación respecto del propietario u operador de un puerto privado para participar en el capital, capital con derecho a voto y en las utilidades de una entidad concesionaria de un frente de atraque de la misma región.

Tampoco puede restringirse la propiedad respecto del propietario u operador de un puerto privado; ya que los derechos de tales personas sobre puerto privado no está comprendida en la Ley N° 19.542 y no puede, entonces, ser afectado por decisiones de autoridad.

3.- Integración vertical:

Cree que la Ley N° 19.542, no contiene limitaciones sobre el particular.

La Comisión puede sugerir condiciones que permitan garantizar la libre competencia en los mercados, pero no establecer prohibiciones ni limitaciones.

Piensa que no se puede establecer prohibiciones a través de decisiones administrativas, limitando los derechos de propiedad y afectando a terceros ajenos a los contratos, como por ejemplo, los usuarios.

Notifíquese a las empresas portuarias solicitantes y al Sr. Fiscal Nacional Económico. Transcribese a la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G., a la Asociación Nacional de Agentes de Naves de Chile A.G. y al Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones

El presente dictamen fue acordado en sesión de 14 de Agosto de 1998, de esta Comisión Preventiva Central, por los señores Eugenio Rivera Urrutia, Presidente; Pablo Serra Banfi, Lucía Pardo Vásquez, Rodemil Morales Avendaño y Carlos Castro Zoloaga.

Lucía Pardo V.


PAOLA HERRERA FUENZALIDA
Secretaria - Abogado
Comisión Preventiva Central