

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

INFORME N° 24/2022

Santiago, ocho de abril de dos mil veintidós.

PROCEDIMIENTO: No contencioso

ROL: NC N° 487–21

CONSULTANTE: Empresa Portuaria Austral

OBJETO: Emisión de un informe que fije las condiciones de competencia que regulará la licitación bajo un esquema monooperador sobre el Terminal Arturo Prat y Muelle José de Todos los Santos Mardones, ambos de Punta Arenas, y el Terminal de Transbordadores de Puerto Natales.

CONTENIDO

A. PARTE EXPOSITIVA

- 1. INTERVINIENTES**
- 2. OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE**
- 3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES**

B. PARTE CONSIDERATIVA

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

C. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

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

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES

Solicitante:

- Empresa Portuaria Austral (en adelante, “EPAustral” o la “Solicitante”);

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 N° 1 del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”), y dentro del plazo establecido en la resolución de folio 7, prorrogado a folio 82, aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de informe de autos (en adelante, también, la “Solicitud”) las siguientes entidades:

- Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones
- Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G.
- Fiscalía Nacional Económica
- Agencias Universales S.A.
- Federación Nacional de Trabajadores Portuarios de Chile
- Sistema de Empresas - SEP

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

2.1. A folio 6, el 22 de enero de 2021, EPAustral solicitó dar inicio a un procedimiento no contencioso (la “Solicitud”), a fin de que este Tribunal emita el informe exigido por los artículos 4 y 23 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en lo sucesivo e indistintamente, la “Ley de Puertos” o “Ley N° 19.542”), fijando las condiciones de competencia que regularán la licitación pública de la concesión portuaria bajo un esquema monooperador de tres recintos: el Terminal Arturo Prat (“Terminal Prat”), el Terminal José de los Santos Mardones (“Muelle Mardones”) y el Terminal de Transbordadores Puerto Natales (“Terminal Natales”), todos los que se encuentran actualmente bajo la administración de la Solicitante, en adelante, los “Recintos Portuarios”. Para ello, acompaña el borrador de las Bases de Licitación y sus anexos, objeto de esta Solicitud y que constan a folio 3 y 4 (“borrador de las Bases”).

2.1. En cuanto a la exigibilidad del informe, la Solicitante indica que en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena no existe otro frente de atraque estatal,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mono o multioperado, capaz de atender la nave de diseño, concurriendo los supuestos del artículo 14 como del artículo 23 de la Ley de Puertos.

2.2. En relación con la infraestructura a licitar tal como se indicó en el párrafo 1, esta se compone por el Terminal Prat, el Muelle Mardones y el Terminal Natales. Respecto del Terminal Prat, la Solicitante señala que corresponde a un muelle de penetración, ubicado a pasos del centro de la ciudad de Punta Arenas, que cuenta actualmente con cuatro sitios de atraque y que está compuesto por un puente de acceso de 270 metros de largo por 16,8 metros de ancho y un cabezo de 100 metros con un ancho de 17,5 metros, con un total de 370 metros de largo. Sobre el Muelle Mardones, indica que éste se encuentra ubicado en el sector de Bahía Catalina al norte de la ciudad de Punta Arenas, a cinco kilómetros de su centro histórico, y cuenta con 23,5 hectáreas de respaldo. Por su parte, el Terminal Natales tiene un doble carácter, por un lado, es considerado terminal, y por el otro, puede ser advertido como continuador de la Carretera Longitudinal Sur Austral. Este se encuentra conformado por tres sitios de atraque; el primero, especializado en el servicio de naves del tipo *Ro-Ro* (el sitio sur); el segundo, especializado en cruceros internacionales de mediana dimensión (sitio oeste), y; el tercero, especializado en embarcaciones menores. Los dos primeros corresponden a muelles convencionales multipropósito, los que se definen como aquellos en los cuales se efectúan todas las faenas relacionadas con la atención de naves convencionales. En cambio, la infraestructura de atraque- del Terminal Natales- corresponde a rampas para la atención de naves del tipo *Roll-on-Roll-off*, que da origen a la denominación Carga Ro-Ro.

2.3. A continuación, EPAustral se refiere a las características de los puertos de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, así como de las cargas transferidas en los mismos, tipos de navíos y administración y uso de los respectivos terminales, tal como se observa en la siguiente tabla:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUADRO N°1: PRINCIPALES FRENTES DE ATRAQUE DE LA REGIÓN DE MAGALLANES y ANTÁRTICA CHILENA

N°	TERMINALES		CARGAS TRANSFERIDAS	TIPOS DE NAVES	ADMINISTRACIÓN Y USO	
1	Terminal Arturo Prat -estatal: EPAustral-	Recinto Portuario Punta Arenas	Sitio 1	Carga fraccionada y graneles sólidos; y pasajeros	Naves de diseño de turismo, naves de pesca y embarcaciones regionales	Público y de uso público
			Sitio 2			
			Sitio 3	Transporte marítimo de conectividad, de carga y pasajeros	Solo barcazas y transbordadores	
			Sitio 4			
2	Muelle Mardones -estatal: EPAustral-	Recinto Portuario Punta Arenas	Sitio 1	Carga fraccionada y graneles sólidos; y pasajeros	Sitio 1: atiende nave de diseño.	Público y de uso público
			Sitio 2		Sitio 2: atiende naves de cabotaje y naves regionales	
3	Terminal de Trasbordadores Puerto Natales -estatal: EPAustral-	Recinto Portuario Puerto Natales	Sitio 1	Transporte marítimo de conectividad, de carga y pasajeros	Sitio 1: naves tipo Ro-Ro	Público y de uso público
			Sitio 2		Sitio 2: cruceros	
			Sitio 3		Sitio 3: embarcaciones menores	
4	Muelle Kochifas, de propiedad de "Naviera y Transportes Marítimos Patagonia Sur Limitada"	Recinto Portuario Puerto Natales	Sitio 1	Permite el movimiento de naves de turismo, cabotaje y pesqueros	Naves de cabotaje, naves regionales, naves de pesca y embarcaciones regionales	Privado y de uso público
5	Terminal Patagonia Sur	Recinto Portuario Puerto Natales	Sitio 1	Carga fraccionada y carga menor	Embarcaciones menores	Privado y de uso público

FUENTE: Correa Squella: antecedentes aportados por: EPAustral, sitios webs de cada puerto y Arrau-2020-EPAustral.

Fuente: Solicitud (folio 6, p. 10).

2.4. Indica la Solicitante que la distancia geográfica existente entre los terminales ubicados en Punta Arenas (Terminal Prat y Muelle Mardones) y el Terminal Natales provoca que la competencia sea baja o prácticamente nula, ya que se requiere la utilización de otro modo de transporte, y en algunos casos, de servicios prestados por uno o más intermediarios, lo que incrementa los costos de transporte.

2.5. A juicio de la Solicitante, la competencia se produce entre el Terminal Natales y el Muelle Kochifas, puerto privado de uso público y del cual no se dispone más información respecto de las tarifas que cobra. Dicho muelle se encuentra ubicado a cuatro kilómetros de la ciudad de Puerto Natales, por lo que tienen cercanía geográfica con el Terminal Natales. En este punto, sostiene que el estudio solicitado por EPAustral, *Logsis-2020*, durante 2020, concluiría que el Muelle Kochifas tiene importantes ventajas comparativas respecto del Terminal Natales, las que se originan en que las empresas de alimentos para salmón enfrentan costos de hasta el 60% más bajos usando la naviera Transmarko S.A. ("Transmarko"), la que está

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

integrada verticalmente con el Muelle Kochifas, y se prefiere antes que la opción de la naviera Navimag Ferries S.A. (“Navimag”), relacionada con el Holding Nisa Navegación, o la Naviera Ultrana Limitada (“Transmares”), vinculada al Grupo Ultramar, pues estas deben utilizar para llegar a la puerta de destino uno o más modos de transporte adicionales, lo que aumenta sus costos frente a Transmarko. Con todo, y a pesar de estas ventajas competitivas del Muelle Kochifas, dicho estudio sostiene que como producto de su creciente demanda ha visto superada su capacidad y, por tanto, ha presentado una menor calidad de servicio, razón por la cual Empresas Kochifas transfiere cierto porcentaje de su carga a través de Navimag. Finalmente, señala que existe algún grado de competencia, pero potencial, con el proyecto que Empresas Marítimas Oxxean tiene planificado en la localidad de Puerto Natales, el cual, de concretarse, desafiaría a los incumbentes por las cargas del sector acuícola, transbordadores y turismo.

2.6. Luego, revisa en detalle el marco regulatorio de la licitación en cuestión, distinguiendo cinco fases de licitaciones conocidas por los órganos de competencia. La última se referiría a las licitaciones portuarias de los puertos ubicados en la macrozona sur de Chile, mientras que la quinta fase consideraría las relicitaciones de San Antonio, Valparaíso y Antofagasta.

2.7. En cuanto al mercado relevante del producto, señala que este debe considerar todos los puertos de uso público, con independencia de su régimen de propiedad, que puedan prestar servicios básicos a naves. Atendido a que la nave de diseño del Terminal Prat y el Muelle Mardones tiene una eslora máxima de 250 metros, y dado que las naves máximas promedio que recalán en estos puertos son del orden de 132 metros de eslora, el mercado relevante del producto debe considerar todos los puertos de uso público, independiente de su régimen de propiedad, que puedan prestar servicios básicos a naves con las características antes mencionadas. Mientras que, para el Terminal Natales, cuya nave de diseño es de 150 metros de eslora, el mercado relevante del producto indicado por EPAustral corresponde a *“los servicios portuarios prestados a naves del tipo ferris cuya nave de diseño luego que el concesionario ejecute el respectivo proyecto obligatorio de inversión”*.

2.8. Respecto a los servicios portuarios convencionales y de pasajeros de cruceros nacionales e internacionales en el Terminal Prat y en el Muelle Mardones, la Solicitante señala que, respecto del primero, los servicios que prestan incluyen a cruceros, nacionales e internacionales, así como a embarcaciones pesqueras y científicas. En el caso del Muelle Mardones, incluye portacontenedores, pesqueras

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y multipropósito, así como cruceros nacionales e internacionales. Por su parte, el Terminal Natales atiende naves tipo ferris.

2.9. En cuanto al mercado relevante geográfico, la Solicitante considera como área de influencia (*hinterland*), además de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, a la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo (“Región de Aysén”), en particular respecto a los terminales ubicados en Chacabuco. No obstante, agrega que la distancia geográfica y las dificultades existentes para el transporte terrestre que existe entre ambos puntos, lleva a que la sustitución con esos terminales sea muy imperfecta. Expone como ejemplo, el hecho que la distancia en línea recta entre Chacabuco y Puerto Natales es de 695 kilómetros, mientras que, entre Chacabuco y Punta Arenas, es de 863 kilómetros.

2.10. Sobre el factor de adjudicación, la Solicitud indica que la concesión de los Recintos Portuarios será adjudicada al oferente preseleccionado cuya oferta económica arroje las tarifas más beneficiosas. Esto es, la que tenga un menor índice ofertado. Lo anterior, siempre y cuando dicha oferta no supere el Índice Máximo reservado (“Imax”), el que es determinado por EPAustral y se mantiene en custodia hasta la apertura de las ofertas económicas.

2.11. Por otra parte, el índice tarifario se define como la suma ponderada de las tarifas de muelle a la nave (TMN) y la carga (TMC), y las de transferencia de carga contenedorizada (TTC), contenedorizada refrigerada (TTCR), fraccionada (TTF), granel sólido (TTGS) y granel líquido (TTGL). Sobre el procedimiento de desempate, la Solicitud propone que, en caso de que dos o más oferentes empaten, se pedirá que mejoren su oferta económica formulando una “oferta final”, que no podrá tener tarifas más altas que la inicialmente ofertada.

2.12. A continuación, la Solicitante detalla y profundiza su propuesta de régimen económico de la concesión, respecto a las tarifas a cobrar a los usuarios y los pagos que el futuro concesionario (“Concesionario”) deberá efectuar a EPAustral. En términos generales, señala que el canon debe ser calculado en base al valor económico de los activos de EPAustral y no en base a su valor libro.

2.13. Sobre los pagos que debe realizar el Concesionario a EPAustral, la Solicitante propone fijarlos en los siguientes montos: (a) pago estipulado (pago único) en \$5.873.000.000; (b) el Canon Anual, canon base de US \$722.000 dólares más una mitigación para trabajadores portuarios de \$3.500.000.000. Respecto a las tarifas básicas, cada una de ellas está regulada con valores máximos en el anexo II del borrador de las Bases de Licitación acompañadas a la Solicitud. Las tarifas especiales corresponden a las tarifas cobradas por los servicios especiales, esto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

es, aquellos para cuya provisión no es necesaria la infraestructura entregada en concesión pudiendo ser prestados por empresas distintas e independientes del Concesionario.

2.14. Respecto a los resguardos conductuales, EPAustral solicita una profundización de aquellos establecidos en el Dictamen N° 1.045 de 1998, de la Comisión Preventiva Central (“Dictamen 1.045”) y el Informe N° 18/2020 de este Tribunal (“Informe N° 18/2020”), en particular (i) acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios; (ii) tarifas objetivas, públicas y no discriminatorias; (iii) exigencias de eficacia en las velocidades de transferencia de carga que debe cumplir el Concesionario, mediante indicadores de calidad; (iv) el Concesionario deberá establecer en el Manual de los Servicios normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves; (v) deberes de transferencia e información en las bases de licitación; (vi) el borrador de las Bases contempla un régimen de multas, sobre todo en caso de que el Concesionario incurra en conductas discriminatorias y que atenten contra la libre competencia, diferenciado entre incumplimientos de carácter grave y aquellos menos graves; y (vii) se establecen mecanismos de adecuación del futuro contrato de concesión entre la Solicitante y el Concesionario (“Contrato de Concesión”).

2.15. En lo que dice relación con los resguardos estructurales, la Solicitante pide persistir en la vigencia de las reglas informadas y aprobadas en virtud del Dictamen N° 1.045 y del Informe N° 18/2020, pero con algunas excepciones. En particular, señala (i) el establecimiento de una regla absoluta de prohibición de integración horizontal, y (ii) la necesidad de ampliación de las restricciones estructurales a la integración vertical, de un 60% a un 80%.

2.16. Respecto al punto (i), solicita la prohibición absoluta respecto de los controladores o relacionados a “Transmarko Transportes Marítimos Kochifas S.A.” (“Transmarko Transportes Marítimos”), actual titular del Muelle Kochifas, y a dicha propiedad propiamente tal. Esto, ya que se si se aceptaba que un incumbente fuera el Concesionario, los precios de equilibrio de la transferencia de carga o personas serían mayores. Por otra parte, si no existen restricciones horizontales y un incumbente se adjudica los terminales objetos de esta Solicitud, no habrá garantía de que se produzca un beneficio o rentabilidad social que amerite autorizar su participación.

2.17. En relación con punto (ii), la Solicitante señala que la evidencia económica ha desmentido los términos que se tuvieron en su oportunidad sobre los efectos anticompetitivos de no tener una regla de restricción a la integración vertical. En lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que respecta a la definición de usuario relevante, hace referencia a lo dispuesto en el Dictamen N° 1.045 y en el Informe N° 18/2020. Razona que la restricción a la integración vertical fue pensada en un marco temporal dinámico, no como una prohibición absoluta, en especial, porque la Ley de Puertos no la contempló de forma expresa, sino que su origen fue una creación jurisprudencial-administrativa. En ese sentido, también indica que este Tribunal habría tenido una impresión en cuanto a que este tipo de restricción requería contar con informar detalladamente para detectar las discriminaciones de los concesionarios. Finalmente, indica que ese era un contexto distinto, en que la FNE contaba con menos atribuciones investigativas, a diferencia de hoy. Por lo tanto, las posibles carencias de facultades ya no son una excusa jurídica y procesal relevante como para interrumpir el gradual alzamiento de la restricción.

2.18. Indica además que habría existido un recelo de este Tribunal respecto a los resguardos conductuales. Sobre este punto, en el Informe N° 18 los mecanismos de fiscalización vuelven a expandirse en la sección “deberes de transparencia e información” los que, según la Solicitante, incorporará o profundizará en las correspondientes Bases de Licitación Definitivas o en el Contrato de Concesión. Agrega que la regla de restricción a la integración vertical es una medida de última ratio. Así, considera que si el Tribunal persevera en exigir a las empresas portuarias probar las mayores ganancias en eficiencia, estaría invirtiendo el proceso general sobre restricciones a las actividades económicas, e incluso, si correspondiera a las empresas estatales probar los beneficios o eficiencias, estas ya fueron satisfechas por la propia FNE, en el Informe N°9/2013 (resolución de archivo de la investigación FNE 2014-2017), donde no se encuentra ninguna violación a los deberes y prohibiciones que pesan sobre los concesionarios. Asimismo, la Solicitante indica que en el acuerdo conciliatorio de ATI del año 2017, se ratificó el criterio – de la CPC y la FNE- de que era factible salvaguardar la libre competencia por vía contractual, sin necesidad de imponer una restricción a la integración vertical.

2.19. Al folio 169, la Solicitante acompañó: (i) copia del informe económico de 15 de diciembre de 2020, elaborado por Patricio Arrau Pons y su correspondiente base de datos original, que rola a folio 164 (“Informe Arrau”); (ii) copia del informe económico complementario de 7 de enero de 2021, también elaborado por Patricio Arrau, y su correspondiente base de datos original, que rola a folio 166 (“Informe Complementario”) y (iii) copia de la resolución de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o la “Fiscalía”) en virtud de la cual archivó su investigación rol N° 2.315-2014.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

3.1. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT” o “Ministerio”)

A folio 92, aportó antecedentes el MTT solicitando que se haga un análisis del mercado relevante de cada uno de los tres frentes de atraque considerados por la Solicitante, bajo una visión macrozonal, considerando los servicios portuarios y de transporte de carga en las regiones que conforman la macrozona Sur Austral y en directa relación con los procesos en curso ante este Tribunal bajo los roles NC N° 469-20 y NC N° 468-20. Indica que se deben tener en cuenta los procesos de concesión impulsados por la Empresa Portuaria Puerto Montt (“Empormontt” y la Empresa Portuaria Chacabuco (“Emporcha”), para precaver los resguardos estructurales y conductuales necesarios.

Indica que esta óptica macrozonal es importante debido a (i) la importancia que representan los servicios de conectividad sobre la operación global de los puertos de la macrozona Sur Austral, y (ii) atendidas las relaciones origen- destino entre los puertos.

En opinión del MTT, existe una condición diferenciada entre ambas localidades en términos de la competencia que enfrentan sus terminales. De esta forma, los terminales de Punta Arenas tendrían una posición monopólica dentro de esta localidad, solo contestable de forma parcial para cargas de conectividad intrarregional y de escaso volumen, por la rampa de “Tres Puentes”, administrada por la propia empresa portuaria en virtud del convenio anual con el MOP y el MTT. Por su parte, Muelle Kochifas no está sujeto a las mismas condiciones de servicio que los frentes de atraque de la Solicitante, lo que configura una competencia asimétrica, similar a la existente en los puertos de Puerto Montt y Chacabuco. Por lo tanto, no considera óptimo convertir en norma las ventajas competitivas derivadas de la asimetría regulatoria.

Respecto al criterio factor de adjudicación, indica que la presentación de ofertas con un índice tarifario muy bajo, podrían desincentivar el desarrollo del mercado, tanto en las inversiones del propio terminal como de eventuales competidores, generando la llamada “maldición del ganador”. En ese sentido, estima conveniente un análisis más detallado del mecanismo de licitación, que tenga a la vista la información completa sobre el régimen económico de la concesión, de manera que se evite un encarecimiento de los servicios. Señala que el mecanismo de licitación propuesto por EPAustral no genera los suficientes incentivos para trasladar a los usuarios la competencia en el proceso, manteniendo tarifas similares a las actuales, que no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

necesariamente responden a una realidad perfectamente competitiva. En base a ello, propone que (i) tal como señaló la FNE en los procesos de consulta de Empormontt y Emporcha, el índice tarifario debe incorporar la totalidad de las tarifas de servicios básicos que sean homologables a toneladas de carga y, de manera independiente, los servicios de transferencia de pasajeros, y (ii) el índice tarifario recoja adecuadamente la operación de los Recintos Portuarios. Para ello, propone establecer una formulación del índice tarifario que pondere la importancia relativa de cada carga y la realidad local de cada frente de atraque y sus proyecciones de crecimiento en el horizonte de la concesión, mediante subíndices propios para la realidad de cada frente de atraque.

Respecto de los resguardos conductuales, afirma que sería necesario ahondar en la capacidad de control integral de la operación logístico-portuaria a fin de asegurar el cumplimiento del marco normativo en directa relación con la eficiencia de la cadena logística.

Con relación a los resguardos estructurales de carácter horizontal, el MTT considera adecuada la propuesta señalada por EPAustral, respecto de prohibir la integración horizontal. Pero, a diferencia de lo señalado por la Solicitante, dicha restricción no puede ser exclusiva para un operador específico, como el Muelle Kochifas en Puerto Natales, sino que debe ser extendida a cualquier operador portuario, actual o futuro, que desarrolle sus operaciones en el mercado relevante que se determine. Agrega que estima conveniente permitir, de forma condicionada, la participación de incumbentes actuales o potenciales en el proceso de licitación, comprometiendo un plazo máximo de 18 meses, contados desde la fecha de entrega, para enajenar la participación de los terminales adjudicados o de aquellos respecto de los que originalmente tenga participación y/o derechos.

En lo que respecta a los resguardos estructurales verticales, el MTT señala que las condiciones que establezca este Tribunal para los tres procesos de solicitud de informe en la macrozona sur austral deben ser tales que induzcan una clara competencia *ex ante* y *ex post* a lo largo de la cadena marítimo-portuaria de dicha macrozona en su conjunto. Agrega que, dadas las condiciones particulares de competencia existentes en el mercado logístico-portuario de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, el Ministerio estima que se trata de una situación más próxima a la que se dio en las primeras licitaciones portuarias del país y no a las que han servido de base para los procesos de licitación más recientes. En consecuencia, la adopción de un umbral de integración vertical como es el del 80%, propuesto por la Solicitante, no respondería a las necesidades específicas de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

este mercado y no promovería la competencia del proceso. Por su parte, el MTT indica que, en relación con la verificación de cumplimiento de los resguardos estructurales, tanto de integración vertical como horizontal, ésta debe ser efectuada en los plazos previstos en el Manual de Verificación de Indicadores, por parte de una firma de auditoría externa a la sociedad concesionaria, la cual deberá presentar a EPAustral tanto el certificado como la memoria de cálculo, suscritas por el directorio del Concesionario.

En cuanto a la aplicación del *ius variandi*, considera pertinente la Solicitud, que propone reducir el plazo para su ejercicio de diez a cinco años. Ahora bien, respecto del mecanismo de modificación del Contrato de Concesión, sostiene que se debería mantener lo señalado en el Informe N° 18/2020, respecto de esperar para su adecuación el pronunciamiento favorable de este Tribunal o la FNE.

Adicionalmente, el MTT solicita (i) mantener, en todo caso, la determinación de tarifas máximas para los servicios básicos; (ii) realizar, de manera complementaria a la especificación de los servicios especiales en los estados financieros del Concesionario, una auditoría anual por parte de la Empresa Portuaria que permita remitir a la FNE eventuales diferencias que sean detectadas en su prestación; (iii) recoger la definición de “concesionario” especificada en el Informe N° 4, de manera de incorporar a terceros que sean designados o autorizados por el Concesionario para la prestación de servicios, en términos tales que no pueda ser considerado un agente independiente de la voluntad del adjudicatario de la licitación; (iv) efectuar un análisis pormenorizado de los usuarios de los frentes de atraque objeto de la concesión y riesgos asociados a su integración vertical, atendiendo la naturaleza de sus actividades y fijando umbrales adecuados a tal efecto; (v) reforzar el cálculo y certificación de cumplimiento de los resguardos estructurales, con apoyo de firma auditora externa y suscripción de ambos documentos por parte del directorio de la sociedad concesionaria previo a su entrega a la Empresa Portuaria; (vi) reforzar la medición de los estándares de calidad entregados por el Concesionario en base a los mínimos establecidos en el “manual de verificación” de indicadores del Contrato de Concesión, en el sentido de incorporar la medición de los servicios de transferencia de carga rodada y los servicios en la interfaz terrestre de los terminales, actualizando periódicamente los valores considerados, en atención a la evolución de la industria; (vii) reforzar la transparencia en la prestación de los servicios, aplicando la “cláusula de nación más favorecida” para la opción a determinadas tarifas y condiciones; (viii) mantener informada a la FNE respecto de cambios en los criterios de prioridad de atención de naves, previo a su aplicación; (ix) apoyar la solicitud de EPAustral respecto al detalle

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de información requerida al Concesionario respecto a sus mallas societarias y operaciones, para la verificación de los resguardos estructurales; (x) exigir la aplicación del artículo 50 bis de la Ley N° 18.046, en caso de disponer de accionistas diferentes del controlador; (xi) detallar la información requerida para la verificación de los resguardos estructurales, estableciendo como causal de incumplimiento grave del Contrato de Concesión, la entrega de información inexacta, errónea o falsa; y (xii) fijar un plazo máximo para la enajenación del exceso de participación accionaria, constituyéndose como incumplimiento grave la superación del mismo.

3.2. Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. (“Camport”)

A folio 96, aportó antecedentes Camport. Se refiere primero al criterio de adjudicación propuesto por la Solicitante, quien habría incorporado aquellos servicios básicos que se prestarán en condiciones de monopolio, como es el caso del Terminal Prat y el Muelle Mardones, y que sean relevantes para los ingresos del Concesionario, de modo de minimizar las opciones de arbitraje entre las tarifas que componen el polinomio de adjudicación. Ello justificaría, por ejemplo, no incluir la tarifa del Terminal Natales, las que, en todo caso, habrían quedado sujetas a valores máximos predefinidos en el borrador de las Bases.

Sobre el régimen económico, Camport indica que no es procedente que el Concesionario deba comunicar a EPAustral las tarifas especiales para “su evaluación y registro”. Señala que, como ya ha indicado ante otros procesos seguidos ante este Tribunal, al no ser necesaria la infraestructura entregada en concesión para la provisión de los servicios especiales, corresponde que la Solicitante simplemente se limite a registrar las tarifas que le informe al Concesionario, sin ulteriores deberes o exigencias a este último. Indica, además, que éstas no deberían quedar sujetas a regulación ya que el monto a cobrar se determina en condiciones competitivas.

Respecto a los resguardos conductuales, sostiene que algunos deberes de información propuestos en la Solicitud serían excesivos e improcedentes, pudiendo afectar el debido resguardo de la confidencialidad de la información del Concesionario, sus accionistas y personas relacionadas frente a terceros. Considera que es inconducente e impropio que el Concesionario deba entregar a EPAustral no solo aquella información relativa a las cargas que moviliza, sino que además aquellas que movilizan sus accionistas y empresas relacionadas, tanto haciendo uso del frente de atraque concesionado como de cualquier otro en el país.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En cuanto a los resguardos estructurales horizontales, señala estar de acuerdo con la propuesta de EPAustral, pues la prohibición a la integración horizontal debe ser absoluta respecto a los controladores o relacionados a *Transmarko Transportes* actual titular del Muelle Kochifas, y a dicha sociedad propiamente tal.

3.3. Fiscalía Nacional Económica

A folio 135, aportó antecedentes la FNE, quien señala que la industria portuaria de la zona se caracteriza por la presencia de diversas infraestructuras distribuidas entre las cuatro provincias que componen la región. Esta multiplicidad de recintos se explica por las particularidades que presenta el territorio austral: una zona extrema y aislada territorialmente, donde no existe una conexión terrestre con el territorio nacional, e incluso, no existe conexión terrestre entre todos los puntos locales de la zona. En atención a lo anterior, el transporte marítimo es fundamental para el desarrollo y conectividad de la región.

Sobre su infraestructura portuaria, indica que ésta se compone de un gran número de terminales y rampas, presentes en las provincias de: (i) Edén y Puerto Natales; (ii) Magallanes y Tierra del Fuego (Punta Arenas); y (iii) la Antártica Chilena (Puerto Williams). Como se muestra más adelante, la mayoría de las instalaciones portuarias se concentran principalmente en (i) Puerto Natales y Punta Arenas; (ii). Última Esperanza (Puerto Edén y Puerto Natales); (iii) Magallanes y Tierra del Fuego (Punta Arenas); y (iv) la Antártica Chilena (Puerto Williams).

Respecto del mercado relevante, la Fiscalía lo define como el de provisión de servicios portuarios básicos dentro de las provincias de Última Esperanza y de Magallanes, segmentados en la atención de cuatro tipos de naves, así como también en cuanto a la transferencia de carga contenedorizada, rodada, fraccionada y a granel líquido

Conforme a lo descrito, la FNE estima que, al resolver la Solicitud, este Tribunal debe tener presentes las condiciones particulares existentes en la región, relacionadas con su condición de zona extrema y con las actividades económicas que ahí se desarrollan, que hacen que la provisión de servicios portuarios tenga particularidades que la diferencian de los servicios de otras zonas del país. Así, por ejemplo, en términos de ingresos, el principal servicio portuario ofrecido en la región corresponde al servicio de muellaje a la nave, a diferencia de otros terminales del país, cuyos principales ingresos corresponden a la transferencia de carga.

En relación con las naves de diseño, la FNE indica que difiere de lo planteado por la Solicitante, quien propone una nave de diseño común para el Terminal Prat y el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Muelle Mardones, y otra diferente para el Terminal Natales. En su entendimiento, el mercado relevante de producto en la dimensión de nave de diseño debiera segmentarse en cuatro categorías de nave, a saber: (i) naves portacontenedores; (ii) naves Roll-on/Roll-off; (iii) naves del orden entre 140 y 250 metros de eslora aproximadamente, incluyendo cruceros de gran tamaño y cargueros de tamaño medio; y (iv) naves con una eslora no superior a 140 metros aproximadamente (crucero de tamaño medio, cargueros de menor tamaño, naves pesqueras, científicas y otras embarcaciones menores). Lo anterior, por cuanto la distinción propuesta por la Solicitante, a juicio de la FNE, no permite identificar los distintos grados de sustitución que existen entre los terminales de uso público de la región.

Respecto del tipo de carga transferida, en opinión de la FNE, la baja o nula sustitución de la demanda entre algunas de las modalidades de transporte de carga implica que el mercado relevante también debiera segmentarse por carga. Para el caso presente, aquella segmentación debiera ser conforme a los siguientes tipos de carga: (i) contenedorizada; (ii) rodada; (iii) fraccionada y (iv) a granel líquido.

En relación con el mercado relevante geográfico, la FNE considera que quedaría delimitado a las provincias de Última Esperanza y Magallanes, incluyendo a los cuatro terminales de uso público dentro de estas, que corresponden al Terminal Natales y al Muelle Kochifas, y el Terminal Prat y el Muelle Mardones. Por ello, en opinión de la FNE, debido a que el segmento de transporte terrestre vía Argentina sería imprescindible para que un puerto de la Región de Aysén sustituya los servicios portuarios de la zona, estos no podrían considerarse por sí solos como sustitutos viables.

Expone la FNE que se observa un grado de sustitución considerable, por un lado, entre el Terminal Natales y el Muelle Kochifas; y por otro, entre el Terminal Prat y el Muelle Mardones. Sin embargo, aquella sustitución no ha sido inversamente simétrica, pues la cantidad de naves que hicieron uso del Muelle Kochifas y encontraron al Terminal Natales como un sustituto factible, resulta mayor a la cantidad de naves que consideraron viable sustituir el Terminal Natales por el Muelle Kochifas. La misma conclusión sería aplicable para el Terminal Prat y el Muelle Mardones.

Respecto al factor de adjudicación, la FNE sostiene que las tarifas propuestas por la Solicitante no generarían la mayor cantidad de ingresos al Concesionario, y por ello, no permitirían a los oferentes competir por dichos ingresos. En cuanto a la oferta económica que contempla el borrador de las Bases, en su opinión, debiese ser revisada la construcción del índice ofertado con el objetivo de promover la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia *ex ante*, especialmente en cuanto a la consideración de incluir todas las tarifas de los servicios básicos para su cálculo o, al menos, y de no ser ello posible, de aquellos servicios básicos más relevantes en términos de ingresos, sean actuales o proyectados. En relación con la determinación de la oferta final, la FNE considera que su restricción en caso de empate podría limitar la competencia, además de ser inconsistente con las facultades del Concesionario una vez adjudicada la concesión. De esta forma, recomienda que las tarifas de la oferta final no superen en más de un 30% a aquellas contenidas en la oferta económica.

En lo que respecta al régimen económico, la FNE considera que se deben revisar las justificaciones del canon anual determinado por la Solicitante y el llamado “pago por operación eficiente”. Al respecto, sostiene que los mayores costos del Concesionario en esta materia que se traduce en pagos a EPAustral- pueden afectar las propuestas tarifarias de la licitación.

Sobre las tarifas máximas de los servicios básicos, la FNE indica que se observa una serie de imprecisiones en las tarifas máximas establecidas en el borrador de las Bases las que debiesen ser aclaradas por la Solicitante previo a que se adjudique la concesión. Por ejemplo, no es clara la libertad que tendrá el Concesionario para fijar tarifas con valores distintos entre cada uno de los Recintos Portuarios.

En cuanto a las condiciones de competencia en la licitación, la FNE estima que resulta deseable revisar la decisión de concesionar los Recintos Portuarios a un mismo Concesionario, debido a que no es claro que las posibles eficiencias y beneficios asociados a una licitación conjunta superen los riesgos de restringir la libre competencia en cada uno de ellos por separado u otros subconjuntos posibles, según el interés que tengan estas alternativas para los diversos operadores portuarios.

En ese orden de ideas, la FNE analiza los riesgos que implicaría (i) licitar conjuntamente los Recintos Portuarios, y (ii) los riesgos en la prestación de servicios con un solo adjudicatario-administrador. Respecto al punto (i), señala que una licitación conjunta podría reducir el número de potenciales oferentes en la licitación, debido a que podrían existir empresas interesadas en adjudicarse solo alguno(s) de los Recintos Portuarios, y no los tres conjuntamente; y podría resultar en una asignación ineficiente de los activos a licitar, en caso de que un potencial interesado pudiera ofrecer tarifas más competitivas para algunos de estos tres terminales por separado de los que se ofrecerían por el conjunto. Así, la FNE propone evaluar la implementación de otro mecanismo en la licitación de los Recintos Portuarios, que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

permita asegurar la oferta más competitiva sin restringir de forma absoluta la posibilidad de que estos sean adjudicados separadamente. Sobre el punto (ii), indica que la prestación de servicios por un solo adjudicatario-administrador impediría la competencia *ex post* entre los Recintos Portuarios.

Sobre los resguardos conductuales de la licitación, considera necesario que se fijen condiciones públicas y objetivas, que se encuentren disponibles respecto de todo usuario que cumpla con los requisitos para acceder a descuentos o tarifas especiales.

Sobre los resguardos estructurales horizontales, la FNE recomienda decretar una restricción absoluta horizontal en esta licitación, de manera innominada y genérica, ampliando los términos propuestos por la Solicitante, esto es, que incluya a la totalidad de puertos de uso público que compiten actualmente o que podrán competir en el futuro, durante el desarrollo del Contrato de Concesión. Así se ha hecho de forma similar por este Tribunal respecto de otras concesiones portuarias incluso en las que existían mejores condiciones de competencia. En cuanto a los resguardos estructurales verticales, la FNE plantea fijar el umbral de integración vertical para usuarios relevantes en un 40%, o en un porcentaje en ningún caso superior al 60% si se estimase por este Tribunal la existencia de eficiencias inherentes a la integración vertical. La FNE considera que un umbral del 80% -o, en cualquier caso, superior al 66%- no resulta eficaz en este caso para mitigar los riesgos para la libre competencia derivados de la integración vertical, toda vez que los accionistas minoritarios carecerán de herramientas de contrapeso en la administración. En su análisis, estima que los riesgos de exclusión más relevantes estarían relacionados con conductas de discriminación, sabotaje y obtención de información sensible de competidores. Agrega que EPAustral en su Solicitud no hace referencia a las posibles eficiencias asociadas a la integración vertical total entre los Recintos Portuarios y algún usuario relevante, ni cómo esas eficiencias superarían los riesgos intrínsecos de la integración vertical.

A folio 194, atendido lo dispuesto en el artículo 31 número 5 del D.L. N° 211, el Tribunal ordenó a la FNE acompañar las siguientes piezas del expediente Rol FNE 135-2018: (i) informe de aprobación “Adquisición de las acciones de Grupo Empresas Navieras, SAAM Puertos y Ransa Comercial en Terminal Puerto de Arica por Inversiones Neltume e Inversiones y Construcciones Belfi S.A.”; y (ii) el informe económico elaborado por Ronald Fischer, acompañado a fojas 1639 en dicho proceso. A folio 197, la FNE aportó la información solicitada, por lo que a folio 202 se tuvo por cumplido lo ordenado a este respecto.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.4. Agencias Universales S.A. (Agunsa)

A folio 137, aportó antecedentes Agunsa refiriéndose a los resguardos estructurales. Sostiene que los riesgos a la libre competencia de la fijación de un umbral de restricción a la integración vertical en un 80%, son los mismos riesgos que si no existiera restricción alguna, esto es, que existan negativas de acceso a los recintos portuarios, discriminación arbitraria entre los usuarios, subsidios cruzados, prácticas el sabotaje, entre otros. Indica, además, que EPAustral no acompañó antecedentes que permitan constatar las eficiencias que generaría de establecer un umbral más alto para contrastar los riesgos a la libre competencia señalados.

Sobre los resguardos conductuales en la licitación, señala que, a diferencia de lo indicado por EPAustral, este tipo de resguardos no son lo suficientemente eficaces para evitar o mitigar los riesgos que traería fijar un umbral tan permisivo como el propuesto por la Solicitante. Considera que por mucho que ésta justifique la regla propuesta en base a la existencia de resguardos conductuales como mecanismos de control de eventuales riesgos a la libre competencia, en los hechos, no existe evidencia de que éstos sean lo suficientemente capaces para evitar la clase de riesgos que conllevaría el establecimiento de un umbral tan permisivo.

En definitiva, sobre los resguardos estructurales verticales, y a diferencia de lo señalado por la Solicitante, Agunsa considera que es necesario que se fije un umbral de la restricción a la integración vertical en un 40%, o bien que se mantenga el criterio que se ha fijado por el Tribunal en los últimos informes emitidos y que el umbral no sea superior a un 60%. Agrega que no habría justificación para establecer un umbral uno de un 80%, que en los hechos generaría los mismos riesgos a la libre competencia que si no existiese restricción alguna a la integración vertical. Asimismo, Agunsa señala que EPAustral no acompañó ningún antecedente que permita constatar eventuales eficiencias que justifiquen establecer el umbral más alto que propone y que, en definitiva, puedan contrastar los riesgos a la libre competencia que este Tribunal habría analizado y confirmado.

Respecto a los resguardos estructurales horizontales, Agunsa señala estar de acuerdo con la propuesta de EPAustral. Agrega que si el incumbente se adjudica la licitación podría controlar una parte relevante de la carga total que se transfiere en la región, lo que indudablemente repercutirá reduciendo la intensidad competitiva, presentando todos los riesgos para la competencia *ex post* que aquello conlleva.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**3.5. Federación Nacional de Trabajadores Portuarios de Chile
(Fenatraporchi)**

A folio 138, aportó antecedentes Fenatraporchi, organización sindical de segundo grado que afilia a los sindicatos de las empresas portuarias estatales del país, entre ellos, al sindicato en la EPAustral.

Respecto a las materias tratadas en la Solicitud, Fenatraporchi indica que es innegable la importancia que tienen los Recintos Portuarios para el abastecimiento de los habitantes de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, así como para el desarrollo de las actividades económicas del sector. En efecto, agrega que desde el 2011 a la fecha de su presentación, los Recintos Portuarios contrataban el 80% de la carga vinculada a bienes de consumo dirigidos a abastecer a la población magallánica.

Además, considera inconsecuente, desde el espíritu de la Ley de Puertos, licitar en un mismo proceso simultáneo los tres terminales portuarios más importantes de la región, siendo una actuación riesgosa e imprudente que podría acarrear grandes perjuicios económicos a los trabajadores y pobladores de la región, demostrando el olvido que la Solicitante tiene de las condiciones y limitaciones geográficas y económicas de Magallanes, que eventualmente podría ahogar en poco tiempo la economía de la región.

Fenatraporchi señala que desde la comprensión política de la presentación y contenido del borrador de las Bases sometidas a evaluación, observa que existe una clara e intensa declaración discursiva por parte del directorio de la empresa estatal, en orden a disminuir la injerencia del Estado en el manejo de los recursos portuarios a su mínima expresión, relegándolo a un rol subsidiario entendido desde un punto de vista negativo, esto es, promoviendo la intervención e invisibilizando las necesidades públicas-económicas de abastecimiento y crecimiento sustentable de la región, de los cuales los primeros no se encuentran en posición de satisfacción, y que quedarían a la deriva si el Estado fuera eliminado de la administración de estos tres terminales.

Fenatraporchi indica que difiere de EPAustral respecto del nivel de riesgo que podría proceder de una integración vertical, ya que, sin los resguardos necesarios, el futuro incumbente podría favorecer libremente a sus empresas relacionadas con participación en segmentos específicos del transporte marítimo relevante para este mercado, mediante el ejercicio de conductas discriminatorias, de sabotaje y uso de información comercial sensible de sus competidores aguas abajo. Lo anterior, con

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

graves consecuencias para los habitantes de la región, cuyo sustento material llega en gran medida a través de las rutas marítimas.

Respecto a las posibles conductas de sabotaje, indica solo a modo ejemplar, que estas existirían si el grupo Ultramar -teniendo participación en el Concesionario- adquiriera la habilidad para que éste se negase a atender naves que compitan con él aguas abajo o empeorara las condiciones de acceso a la infraestructura portuaria de aquéllas, lo que, a su vez, generaría una presión al alza en sus precios. Afirma que lo anterior es un escenario posible, toda vez que una empresa verticalmente integrada tendría los incentivos de evitar el acceso a la infraestructura portuaria a cualquier empresa que le compita directamente en el mercado aguas abajo para incrementar el margen de su ganancia y construir en lo mediato una posición dominante que deje a su merced el mercado de transporte marítimo de la región.

En relación con el conocimiento y uso de información comercial sensible, Fenatraporchi señala que la información a la que se podría acceder podría estar vinculada, por ejemplo, con intenciones de entrada en rutas determinadas, cambios en frecuencias de viajes, capacidad de transporte de las naves, costos efectivos de uso de puerto, cartera de clientes, etc. Dicha información podría ser utilizada para afectar el plan de desarrollo comercial del usuario relevante y truncar su crecimiento o expansión en el sector, mediante la anticipación de dichas acciones y su correlativa frustración u obstaculización por el incumbente, apreciándose potenciales riesgos de incremento de los precios cobrados en otros segmentos de la cadena de transporte marítimo por las empresas relacionadas a la Concesionaria, en la medida que la administración del puerto les permita impedir la entrada o restringir la expansión de sus competidores.

En suma, la licitación de los tres terminales más importantes de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena con bajas restricciones a la integración vertical implicaría una inversión que sería difícil rentabilizar sin alterar el delicado equilibrio económico de los pobladores de Magallanes, lo que atraería a un escenario de importante peligro de pérdida del bienestar económico en la región al limitar grandemente la libertad económica y la libre competencia de estos.

En caso de que se desestimen sus argumentos, Fenatraporchi solicita fijar una restricción a la integración vertical total para el conjunto de usuarios relevantes, tal como la Solicitante lo pide respecto de la integración horizontal.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.6. Comité Sistema de Empresas -SEP (“SEP”)

A folio 144, aportó antecedentes SEP refiriéndose al criterio de adjudicación. En esta materia, el SEP concuerda con la Solicitante en cuanto a que el método de adjudicación a utilizar sea el de mínima tarifa de adjudicación y el modo de solucionar eventual empate.

Respecto a los resguardos estructurales horizontales, señala estar de acuerdo con la propuesta de EPAustral. En efecto, el SEP indica que la competencia por la cancha genera beneficios futuros a los usuarios, dado que obliga a los participantes de la licitación a considerar en sus evaluaciones de negocios, la presentación de ofertas que puedan desafiar a las de los actores en el mercado relevante. Luego, en la cancha, las tarifas que aplique el Concesionario tenderán a nivelar los precios a la baja, potenciando un círculo virtuoso que promueve la competencia.

En relación con los resguardos estructurales verticales, el SEP indica que la propuesta de la Solicitante de elevar el umbral de restricción a la integración vertical en un 80% es beneficiosa y respetuosa de la libre competencia. En ese orden de ideas, señala que a Transportes Marítimos Kochifas S.A. y Oxxean, al ser empresas privadas, no les resulta aplicable ninguna restricción para su integración. Para ello, estima que un nuevo competidor- el eventual Concesionario- también debiera poder operar con el mismo grado de libertad para la prestación de sus servicios, de forma que pueda competir en condiciones similares.

II) PARTE CONSIDERATIVA

4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME

1. La Solicitud de EPAustral tiene por objeto que este Tribunal emita un informe de conformidad a lo exigido en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, en relación con los artículos 18 N° 7 y 31 del D.L. N° 211, respecto de los términos y condiciones bajo los cuales debe realizarse la licitación de la concesión (“Licitación”), bajo un esquema monooperador de los Recintos Portuarios.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley N° 19.542, las empresas portuarias estatales (en este caso EPAustral) deben contar con un informe de este Tribunal -en su calidad de sucesor legal de la H. Comisión Preventiva Central- para otorgar en concesión portuaria los frentes de atraque que administran u operan, cuando en los puertos o terminales estatales de la misma región no exista, aparte del frente por licitar, otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la concesión portuaria. Agrega la referida

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

disposición, que el Concesionario deberá constituirse como sociedad anónima y su objeto será el desarrollo, mantención y explotación del frente de atraque respectivo.

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

4. Asimismo, la citada Ley N° 19.542 establece, en el inciso segundo de su artículo 7°, que las concesiones portuarias deben otorgarse mediante licitación pública. Por lo tanto, la concesión portuaria de los Recintos Portuarios debe otorgarse mediante un proceso de licitación pública, en el que podrán participar quienes cumplan con los requisitos establecidos en dicha ley, en el Decreto N° 104, de 24 de abril de 1998, de la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones, que establece normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 19.542 (en adelante, el “Reglamento de Licitaciones Portuarias” o simplemente el “Reglamento”) y en las correspondientes Bases de Licitación Definitivas.

5. En el caso de autos, atendido que en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena no existe otro frente de atraque estatal mono o multioperado capaz de atender la nave de diseño objeto de la concesión portuaria, se cumplen los supuestos de las citadas normas para que este Tribunal emita el informe correspondiente.

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME

6. La Solicitante manifiesta que se entregará en concesión la totalidad de la infraestructura y terrenos de los Recintos Portuarios que se singularizan en los puntos 3.1, 3.2 y 3.3 de su Solicitud (folio 6, pp. 5, 6 y 7), con excepción de “*ocho hectáreas de las veinticuatro que conforma el Muelle Mardones (supra subacápite 3.2)] y las actuales rampas de conectividad individualizadas en el subacápite 3.4) precedente*”. Agrega que, además de la concesión conjunta de los Recintos Portuarios, se incorporan “*tres proyectos obligatorios de inversión (“POIs”) focalizados a infraestructura específica y acotados en su cuantía en comparación con los POIs exigidos en los procesos de licitación de los puertos estatales de las macrozonas centro norte, zona central y centro sur*” (folio 6, p. 8). En suma, la Licitación objeto del presente Informe, busca otorgar en concesión a un solo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adjudicatario la denominada área de concesión, que comprende la infraestructura antes referida, para que el Concesionario ejecute las obras que conforman los POI, preste los servicios portuarios y desarrolle, explote, construya, mantenga y repare la infraestructura entregada en concesión.

7. De los Recintos Portuarios a licitar dos se ubican en la ciudad de Punta Arenas, estos son el Terminal Prat y el Muelle Mardones. El Terminal Prat corresponde a un muelle de penetración que cuenta actualmente con cuatro sitios de atraque y que está compuesto por un puente de acceso de 270 metros de largo por 16,8 metros de ancho y un cabezo de 100 metros con un ancho de 17,5 metros, con un total de 370 metros de largo. Sobre el Muelle Mardones, éste cuenta con 23,5 hectáreas de respaldo (Solicitud, folio 6, p. 6). Tanto el Terminal Prat como el Muelle Mardones son muelles convencionales multipropósito, los que se definen como aquellos en los cuales se efectúan todas las faenas relacionadas con la atención de naves convencionales –graneleras, portacontenedores, cruceros y pesqueros industriales- (Solicitud, folio 6, p. 4).

8. Por su parte, el Terminal Natales, está ubicado en Puerto Natales. Su infraestructura corresponde a rampas y se encuentra conformado por tres sitios de atraque, uno, especializado en el servicio de naves del tipo *Ro-Ro* (el sitio sur); otro, en cruceros internacionales de mediana dimensión (sitio oeste), y el tercero, en embarcaciones menores (Solicitud, folio 6, p. 7).

9. EPAustral indica que existen proyectos de inversión actualmente en ejecución en los Recintos Portuarios, financiados a cargo de su presupuesto. Esto son: (i) construcción *dolphin* y poste de amarre; (ii) mejoramiento terminal de pasajeros, ambos en Terminal Prat; y (iii) mejoramiento de la infraestructura portuaria en Terminal Natales (folio 6, p. 59). En cuanto a los POI considerados para la concesión, éstos contemplan una inversión total que asciende a \$ 19.600.000 de dólares, aproximadamente, y deben ser ejecutados dentro de los 18 meses siguientes a la “fecha de entrega”, esto es, el día en que la Solicitante entregue el área de concesión al Concesionario y que corresponderá al primer día hábil del segundo mes siguiente a la fecha de firma del Contrato de Concesión (punto 1 del borrador de las Bases). Lo anterior, no aplica al POI de Muelle Mardones, pues su plazo es 54 meses a partir de dicha fecha (Solicitud, folio 6, p. 59). De esta forma, el POI del Terminal Prat contempla la ampliación con la construcción de dos nuevos *dolphin* y de la losa de servicios que una los *dolphin* 2 y 3, más la habilitación de servicios básicos y obras complementarias a los proyectos antes indicados. El POI del Muelle Mardones, contempla la adquisición de una grúa de puerto que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posibilitará de aumentar la velocidad de transferencia y con ello mejorar la capacidad disponible de este terminal para la atención de otras naves, así también el mejoramiento de la capacidad estructural de la losa del muelle. Finalmente, el POI del Terminal Natales, considera inversiones de arrastre que alcanzaría a desarrollar el Concesionario.

10. La estructura de este Informe y que ordena los argumentos a resolver por la presente Solicitud es la siguiente: (i) en las Secciones 6 y 7 se identificará y caracterizará el mercado en el que participará el Concesionario de los Recintos Portuarios, así como sus condiciones de competencia e ingreso; (ii) en la Sección 8 se describe el marco regulatorio aplicable a la licitación de frentes de atraque estatales y se analizan los mecanismos de resguardos de la competencia en la Licitación; (iii) en la Sección 9 se abordarán los mecanismos de resguardo de la competencia en la provisión de servicios portuarios; y (iv) la Sección 10 se refiere a la conveniencia de incorporar restricciones a la integración horizontal o vertical al Concesionario. En la tercera y última parte (III), se establecen las condiciones que deberán cumplir las Bases de Licitación Definitivas, a modo de síntesis.

6. MERCADO RELEVANTE

11. Como se ha señalado en diversos informes anteriores (Informes N° 9/2013, N° 11/2014, N° 18/2020, N° 20/2021 y N° 22/2022), este Tribunal de manera consistente ha sostenido que, para determinar el mercado relevante en materia de licitaciones de frentes de atraque estatal, deben observarse los siguientes elementos: (i) las características de los puertos que serán licitados; (ii) el tipo de servicio que será prestado; (iii) la nave de diseño; (iv) el tipo de carga que se transfiere; y (v) la zona o área geográfica de influencia.

6.1. Mercado relevante del producto

(i) Características de los Recintos Portuarios a licitar

12. En primer lugar, en cuanto a la propiedad de los Recintos Portuarios, estos corresponden a puertos de uso público por disposición del artículo 3° de la Ley N° 19.542, es decir, son de propiedad estatal, y de uso público, ya que, por una parte, prestarán servicios indistintamente a cualquier usuario que lo requiera y, por otra, la prestación de dichos servicios constituye una actividad independiente y no accesoria al giro principal de su propietario. Los puertos públicos de uso público están sometidos a ciertas exigencias, tales como velocidades de transferencias, tiempos de espera, publicidad de tarifas, entre otras.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

13. En vista de que los frentes de atraque objeto de la concesión son de uso público, solo deben considerarse dentro del mercado relevante aquellos frentes de atraque que sean de acceso abierto (de propiedad pública o privada), es decir, aquellos que permitan la atención de terceros. En este sentido, tal como se ha señalado en informes anteriores sobre licitaciones de recintos portuarios (v.gr. Informes N° 9/2013, N° 11/2014, N° 18/2020 y N° 20/2021), la definición del mercado relevante debe considerar todos los frentes de atraque de uso público, sin distinguir entre frentes de atraque de propiedad pública o privada, que se encuentren localizados dentro del mercado relevante geográfico (cuya determinación se explicita más adelante), y que presten los servicios portuarios que deberá ofrecer el futuro Concesionario de la infraestructura licitada para la nave de diseño considerada. Los frentes de atraque privados de uso privado no constituyen una alternativa o un sustituto de los terminales de uso público, toda vez que solo prestan servicios a los usuarios que ellos mismos determinan, los que usualmente corresponden a empresas con las que están relacionadas.

14. Para poder determinar los frentes de atraque ubicados en puertos públicos o privados de uso público que deberán considerarse como eventuales competidores de la infraestructura concesionada por EPAustral, como ya se indicó en el párrafo 11, es necesario determinar: (i) los servicios básicos que se prestarán bajo la concesión; (ii) el tipo de carga transferida por el Concesionario; (iii) la nave de diseño capaz de atender los frentes de atraque que se entregan en concesión; y (iv) el alcance geográfico de dichos frentes de atraque y su eventual sustitución por otros de la región o de zonas aledañas, todo lo cual se analiza a continuación.

15. El número de puertos o frentes de atraque de uso público que conforman el o los mercados relevantes dependerá del área geográfica que se determine, análisis que se realiza más adelante. Sin perjuicio de ello y adelantándonos a dicha definición, para efectos de este análisis y por los motivos que se explican más adelante, se considerará como mercado geográfico relevante la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

16. Una vez realizada la prevención sobre los frentes de atraque que deben incluirse en la definición del mercado relevante, a continuación, se analizan las dos dimensiones de éste, vale decir, el producto y el área geográfica.

(ii) Servicios básicos que se prestarán por el Concesionario

17. Uno de los elementos que define el mercado relevante del producto se refiere a los servicios que serán provistos por el adjudicatario de la Licitación. Desde el punto de vista de la libre competencia, los frentes de atraque constituyen

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

infraestructuras destinadas a prestar servicios portuarios de dos tipos: básicos o especiales. Los primeros son todos aquellos que, por las particulares condiciones de las áreas e infraestructuras objeto de la concesión, no tienen la posibilidad de ser provistos de manera alternativa en dicho frente de atraque por parte de empresas distintas e independientes del Concesionario. En el presente caso estos consisten en los servicios básicos de: (i) muellaje a la nave; (ii) transferencia de carga; y (iii) transferencia de pasajeros. Los servicios especiales, por su parte, son aquellos que pueden ser prestados por empresas distintas e independientes del Concesionario y para cuya provisión no es necesaria la infraestructura que se entrega en concesión. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de reclasificar los servicios básicos y especiales, como se describe en la Sección 9.

18. A diferencia de los puertos sobre los que han tratado Informes anteriores, en el presente caso el servicio de muellaje a la nave reviste una especial importancia debido a que es la principal fuente de ingresos de los Recintos Portuarios a concesionar (representando cerca del 65% de los ingresos por servicios básicos percibidos por EPAustral durante los años 2018 y 2019) (folio 135, p. 28). Este servicio consiste en facilitar el uso de un sitio en los frentes de atraque de un recinto portuario, independiente de que durante la estadía de la nave se realice o no algún tipo de transferencia. En otras palabras, las embarcaciones que utilizan el servicio de muellaje no necesariamente hacen uso de los servicios de transferencia de carga y/o pasajeros.

19. Según explica la FNE, la relevancia del servicio de muellaje para EPAustral se explicaría porque en la zona austral existe un elevado número de naves que no efectúan servicios de línea. Estos últimos (servicios de línea) son los servicios regulares con salidas y recaladas en puertos específicos, conforme a un recorrido prefijado, lo que trae como consecuencia que en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena hay una gran cantidad de embarcaciones cuyas operaciones se producen dentro de la zona –de manera que no abandonan dicha región-. Conforme indica la Fiscalía, las particularidades existentes en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena ocasionan que actividades asociadas al turismo y la investigación científica demanden los servicios de muellaje, circunstancia que no ocurriría con la misma intensidad en otras regiones del país. Además, respecto de la actividad científica, se indica que la ciudad de Punta Arenas se ha convertido en la principal puerta de entrada a la Antártica desde Sudamérica, por lo que se ofrecen servicios de muellaje a naves con fines científicos y embarcaciones militares que prestan soporte operativo y logístico para todas las actividades realizadas en dicho continente (folio 135, pp. 25 – 31). Así las cosas, para efectos de este Informe, se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

considerará el servicio de muellaje a la nave a embarcaciones con fines científicos, de la armada u otras que no transfieran carga ni pasajeros como un mercado relevante en sí mismo. No se incluye dentro de dicho mercado (muellaje a la nave) a las embarcaciones que transfieren carga o pasajeros (turistas) porque estas serán consideradas en los mercados relevantes de transferencia de carga o pasajeros, según se verá más adelante.

20. En relación con la provisión de los servicios básicos de muellaje a la nave, transferencia de carga y transferencia de pasajeros, EPAustral se encuentra ejecutando obras que mejorarán la infraestructura del puerto, según se indicó en el párrafo 9 *supra*. Sin embargo, en la Solicitud no se menciona cuando se prevé que dichas obras estén finalizadas (folio 6, pp. 59 y 60). Asimismo, el Contrato de Concesión contempla la realización de obras obligatorias por parte del Concesionario que buscan mejorar la calidad de los servicios ofrecidos (POI), que también se encuentran descritas en el citado párrafo 9.

21. Como se mencionó en el párrafo 11 precedente, se deben considerar dos elementos adicionales al momento de determinar el mercado relevante del producto. El primero de ellos es el tipo de carga transportada, en tanto que el segundo se refiere a la nave de diseño que establece la Licitación para los frentes de atraque a ser concesionados. Como se verá, la eslora y calado que tiene cada frente de atraque, así como el tipo de carga que transferirá cada muelle y la zona de transbordadores es distinta, lo que obliga a distinguir diferentes mercados relevantes del producto.

(iii) Tipos de carga que se transferirán en los Recintos Portuarios

22. Otro aspecto para tener en cuenta al momento de definir el mercado relevante del producto es la carga que se transportará a través de los Recintos Portuarios objeto de la concesión, toda vez que, como se ha sostenido en los Informes N° 11/2014 y N° 14/2019, por lo general no existe sustituibilidad entre los servicios de transferencia de los distintos tipos de carga. Asimismo, la especialización requerida para la atención de cada uno de los tipos de carga se traduce en que el mercado relevante deba ser segmentado de acuerdo con cada uno de los tipos de carga que el Concesionario transferirá debido a que no todos los puertos tienen la capacidad para atender los mismos tipos de carga, lo que implica, como se explicó, que existan diversos mercados relevantes.

23. Tanto el Solicitante como la FNE coinciden en segmentar el mercado por tipo de carga transportada (folio 6, p. 56, y folio 135, p. 45, respectivamente) debido a la baja o nula sustitución de la demanda entre algunas de las modalidades de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transporte de carga, así como también por la especificidad de la infraestructura requerida para transferirla, lo que dificulta que exista sustitución por el lado de la oferta.

24. La Solicitante indica que los Recintos Portuarios están orientados a la transferencia de: (i) pasajeros; (ii) carga contenedorizada; (iii) carga fraccionada; (iv) carga a granel; y (v) carga rodada (folio 6, p. 9). En cuanto al tipo de carga transferida en cada terminal, la Fiscalía señala que el Muelle Mardones se especializa en contenedores –recibe prácticamente la totalidad de dicha carga en la región, salvo excepciones-, el Terminal Natales se especializa en carga rodada y el Terminal Prat se especializa en la transferencia de pasajeros que viajan en cruceros, aunque no es el único terminal de EPAustral que recibe este tipo de embarcaciones. Añade que los tres frentes de atraque transfieren carga fraccionada y a granel líquido (abastecimiento de combustible) (folio 135, p. 34).

25. En relación con las embarcaciones que transportan los diferentes tipos de carga y pasajeros, estas se pueden clasificar en cuatro tipos: (i) naves portacontenedores, para el caso de la carga en contenedores; (ii) naves multipropósito y embarcaciones de pesca, para el caso de la carga fraccionada y a granel; (iii) transbordadores, *ferries* o naves tipo Ro-Ro para la carga rodada; y (iv) cruceros y otras embarcaciones menores para el transporte de pasajeros con fines turísticos.

26. Teniendo en cuenta lo anterior, se considerarán los siguientes mercados relevantes del producto desde el punto de vista de la carga transportada: (i) contenedorizada; (ii) rodada; (iii) fraccionada; y (iv) a granel líquido. Adicionalmente, debido a las características turísticas de la región, la transferencia de pasajeros reviste una particular importancia por lo que será considerada como un mercado relevante del producto adicional. Este último mercado comprende a los pasajeros de cruceros nacionales e internacionales que recalán en los puertos y frentes de atraque emplazados en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

(iv) Nave de diseño

27. La última dimensión que se debe determinar para definir cada mercado relevante del producto es el tamaño de las naves que pueden recalán en los Recintos Portuarios, para cada uno de los tipos de carga definidos y para la atención de pasajeros de cruceros. Serán considerados como competidores de los frentes de atraque que se concesionan aquellos de uso público que sean capaces de atender la nave de diseño, o tengan la aptitud de ampliar su infraestructura para poder atenderla, en línea con el criterio que se ha adoptado en los últimos informes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

emitidos en materia portuaria (Informes N° 9/2013, N° 11/2014, N° 18/2020 y N° 22/2022). Respecto de este punto, como se verá a continuación, la mayoría de las naves que atiende EPAustral tienen una eslora inferior a la mayor nave de diseño de sus frentes de atraque. Esta circunstancia es importante porque refuerza la idea de que, dentro del mercado relevante del producto, deben ser incluidos no solo los frentes de atraque de uso público capaces de atender embarcaciones con la nave de diseño de EPAustral, sino que también los frentes de atraque de uso público capaces de atender las embarcaciones que efectivamente hacen uso de dicho puerto.

28. En este orden de ideas, la Solicitante señala que al momento de definir el mercado relevante del producto se debe considerar la nave de diseño que podrá atender el Concesionario a la luz de las inversiones en infraestructura actualmente en ejecución, y las que se consideren en las Bases de Licitación Definitivas, según los POI. La nave de diseño según la capacidad de los Recintos Portuarios se expone a continuación.

Tabla N° 1: Nave de diseño según la infraestructura a ser concesionada

Frente de atraque	Eslora máxima (metros)	Calado máximo (metros)
Terminal Prat	290	9
Muelle Mardones	250	14
Terminal Natales	150	5

Fuente: elaboración propia en base a información contenida a folio 6, pp. 55 – 58.

29. La Solicitante aduce que la nave de diseño debiera ser común para el Terminal Prat y el Muelle Mardones, y otra distinta para el Terminal Natales (folio 6, pp. 54 – 56). Para llegar a esta conclusión, realiza el ejercicio de revisar el tamaño promedio de las naves -eslora y calado- que actualmente recalán en los dos primeros terminales portuarios y no su máxima capacidad (eslora de 250 o 290 metros). Así, respecto del Terminal Prat y el Muelle Mardones, después de describir el tipo de naves que atiende cada uno, concluye que la nave de diseño es aquella que tiene 132 metros de eslora y seis metros de calado, en tanto que la del Terminal Natales es una de tipo *ferries* “cuya nave de diseño [sic] luego que el concesionario ejecute el respectivo POI” será de 150 metros de eslora (folio 6, p. 56).

30. La FNE, en cambio, tiene otra posición frente a la nave de diseño. En su aporte de antecedentes, manifiesta que la definición de la Solicitante es insuficiente al momento de “identificar los distintos grados de sustitución que existen entre los terminales de uso público de la Región” (folio 135, p. 39). Así, para efectos de analizar las naves de diseño atendidas por los terminales de uso público de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

región, señala que *“es importante tener presente la infraestructura específica con que cuentan dichos recintos, lo que da lugar a cierta especialización en relación con el tipo de nave que pueden atender, más allá de la longitud y profundidad de los sitios que conforman cada terminal (...), en la Región es posible identificar naves que pueden ser atendidas solo por alguno(s) de los frentes de atraque, mientras que existen otras que pueden ser atendidas por los cuatro terminales de uso público (esto es, sin que se requiera de una estructura particular para ofrecer los servicios portuarios)”* (folio 135, pp. 38 y 39).

31. De este modo, al analizar las características de todas las naves que fueron atendidas en los Recintos Portuarios entre los años 2018 y 2020, la Fiscalía arriba a la conclusión de que existirían cuatro naves de diseño o, en otras palabras, que la dimensión de ellas debiera *categorizarse* en: (i) naves portacontenedores Clase A hasta un máximo de 140 metros de eslora, con las características de la nave de diseño del Muelle Mardones; (ii) naves Roll-on/Roll-off hasta un máximo de 135 metros de eslora, con las características de la nave de diseño del Terminal Natales; (iii) cruceros de gran tamaño y cargueros de tamaño medio, según las características de la nave de diseño del Terminal Prat y el Muelle Mardones; y (iv) cruceros de tamaño medio, cargueros de menor tamaño, naves pesqueras, científicas y otras embarcaciones menores según las características de la nave de diseño del Terminal Natales (folio 135, pp. 39 – 44).

32. Teniendo presente lo expuesto, se puede apreciar que, como afirma la FNE, la extensión -longitud, delantal, eslora máxima y calado máximo- y demás características de cada uno de los Recintos Portuarios es disímil, pues atienden naves diferentes y movilizan distintos tipos de carga, por lo que no es posible establecer una única nave de diseño, ni siquiera una común para el Terminal Prat y Muelle Mardones. En efecto, como se observa en la Tabla N° 2 elaborada en base a información acompañada por la FNE, los Recintos Portuarios atienden una variedad de naves, las cuales tienen distintas esloras y necesitan calados diferentes. Además, algunas de las naves atendidas por estos recintos requieren de infraestructura específica por parte de estos para movilizar la carga que transportan. Como se señaló, los frentes de atraque y terminales que forman parte de la presente Solicitud atienden portacontenedores del tipo “primeras naves” (aquellas que miden hasta 200 metros de eslora), cargueros multipropósito, cruceros -nacionales e internacionales- de gran tamaño y de tamaño medio, transbordadores, *ferries* y naves tipo Ro-Ro, entre otras.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 2: Eslora por tipo de nave que hicieron uso de los Recintos Portuarios, años 2018 a 2020

Tipo de nave	Terminal Natales		Terminal Prat		Muelle Mardones	
	Eslora promedio	Eslora máx.	Eslora promedio	Eslora máx.	Eslora promedio	Eslora máx.
Portacontenedores	-	-	-	-	136	140
Cargueros multipropósito	34	79	60	181	98	192
Cruceros	115	141	158	240	180	246
Ro-Ro	111	136	-	-	-	-
Científicas, armada y otras	23	58	48	144	67	168

Fuente: elaboración propia en base a FNE, folio 135, p. 40.

33. Teniendo en cuenta la información expuesta en la tabla anterior, la definición de mercado relevante considerará las dimensiones de las embarcaciones que efectivamente hacen y han hecho uso de los frentes de atraque de EPAustral. En efecto, como se puede observar, el promedio de las naves que atiende EPAustral tienen una eslora inferior a la nave de diseño de los frentes de atraque de los Recintos Portuarios. Esta circunstancia es importante porque implica que, dentro del mercado relevante del producto, deben ser incluidos, no solo los frentes de atraque de uso público capaces de atender embarcaciones con la nave de diseño de los Recintos Portuarios de EPAustral y aquellos que en el futuro tengan la capacidad de hacerlo, sino que también deben ser incluidos los frentes de atraque de uso público capaces de atender las embarcaciones que efectivamente hacen uso de la infraestructura de dicha empresa, por cuanto estas últimas pueden ejercer presión competitiva sobre el futuro Concesionario. Ello es concordante con lo resuelto en Informes anteriores (v.gr. Informe N° 22/2022 y N° 23/2022) Cabe agregar que no se cuenta con antecedentes en autos que permitan proyectar que el promedio del tamaño de las naves que atracan en los Recintos Portuarios cambie de manera significativa en el futuro, lo que será tenido en cuenta cuando se determine el mercado relevante del producto.

34. Sin perjuicio de lo anterior, en los casos en que no se requiere una infraestructura específica para atender esos segmentos -como podría ser, por ejemplo, las rampas que se requieren para las naves Ro-Ro- no es necesario distinguir los frentes de atraque según sus grados de especialización porque, si bien los frentes de atraque actualmente pueden especializarse en atender determinados tipos de embarcaciones, ello no permite descartar que dos frentes de atraque que cuenten con la infraestructura para atender embarcaciones de similares características puedan ser utilizados en el futuro de manera sustituta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

35. En vista de lo descrito precedentemente, y en particular a la información contenida en la Tabla N° 2, el mercado relevante del producto desde el punto de vista de la nave de diseño corresponderá a los servicios portuarios básicos provistos por frentes de atraque de uso público capaces de atender, al menos: (i) naves portacontenedores de 136 metros de eslora; (ii) cargueros multipropósito de 34 metros de eslora; (iii) *ferries*, transbordadores o naves tipo Ro-Ro de 111 metros de eslora; (iv) cruceros de 115 metros de eslora; y (v) embarcaciones científicas, de la armada u otras que no transfieran carga ni pasajeros, de 23 metros de eslora. Lo anterior por cuanto naves de dichos tamaños representan el promedio de las naves que demandaron servicios de muellaje y transfirieron carga o pasajeros en los Recintos Portuarios durante los últimos años.

6.2. Mercado geográfico

36. Sobre esta materia, se ha señalado que la Ley de Puertos no es vinculante para la determinación de la extensión geográfica de la sustituibilidad entre puertos, siendo necesario establecer lo que en esta industria se conoce como “*hinterland*”, esto es, el área de influencia geográfica que tiene un determinado puerto (v.gr. Informe N° 11/2014). Por consiguiente, para efectos de determinar la influencia geográfica es importante revisar las distancias que existen entre los puertos y los respectivos centros de consumo, más que las distancias existentes entre los distintos puertos.

37. En esta materia existe divergencia entre lo sostenido por la Solicitante y aquellos interesados legítimos que aportaron antecedentes en autos, incluida, por cierto, la FNE.

38. En efecto, EPAustral afirma que para efectos de evaluar el alcance geográfico del mercado se debe ampliar el análisis más allá de las fronteras de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, pues coincide con lo indicado por el Tribunal en Informes anteriores (Informes N° 9/2013 y N° 18/2020) en cuanto a que si se restringe el alcance de éste a la región, “*podría caerse en el absurdo de no analizar como potencial competidor a un puerto que se encuentra dentro del área de influencia geográfica relevante, (...), pero separado por una mera línea administrativa que distingue entre dos regiones, lo que podría ser especialmente incorrecto*” (folio 6, p. 57). Por este motivo, EPAustral considera como área de influencia, además de la región donde se emplazan los Recintos Portuarios, a la Región de Aysén (terminales ubicados en Bahía Chacabuco). Sin embargo, luego agrega que las dificultades existentes para el transporte terrestre entre esa región y las ciudades donde se emplazan los frentes de atraque que serán licitados en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, redonda en que la sustituibilidad entre los puertos de ambas regiones sea muy imperfecta. A mayor abundamiento, la Solicitante agrega que los puertos ubicados en la Región de Aysén no son un sustituto real y efectivo de los Recintos Portuarios de EPAustral porque la distancia en línea recta entre Puerto Chacabuco (Región de Aysén) y Puerto Natales es de 695 kilómetros, mientras que la distancia entre Puerto Chacabuco y Punta Arenas es de 863 kilómetros (folio 6, p. 58). En vista de lo anterior, se infiere que para la Solicitante el mercado relevante geográfico se limita a la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

39. La FNE señala que el alcance del mercado relevante se acota a la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena por la distancia y tiempo de viaje que reviste el transporte terrestre desde los frentes de atraque ubicados en la región más cercana (Región de Aysén). La Fiscalía agrega que, si un usuario quisiera sustituir los frentes de atraque ubicados en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, por uno ubicado fuera de dicha región, necesariamente deberá hacer uso del transporte terrestre vía Argentina, de modo que no es posible para los puertos de la Región de Aysén competir de manera efectiva con los frentes de atraque de EPAustral (folio 135, p. 46).

40. Por su parte, el MTT considera que se debe ahondar en el alcance geográfico del mercado relevante, toda vez que, en su concepto, existen razones que llevarían a argumentar la necesidad de una mirada macrozonal, no limitada únicamente a la prestación sustitutiva de los servicios entre terminales competidores sino a las relaciones origen-destino que pueden darse en este territorio. Ello debido a la importancia que representan los servicios de conectividad sobre la operación global de los puertos de la macrozona sur austral (folio 92, p. 19).

41. Al respecto, se coincide con lo planteado por EPAustral en cuanto a que la definición del mercado relevante geográfico no puede responder a un asunto de división territorial meramente administrativo, sino que debe considerarse el grado de sustitución entre los diferentes frentes de atraque cercanos a los principales centros de consumo. Sin embargo, en el presente caso, la distancia geográfica que separa los puertos de la región adyacente (Región de Aysén) de los principales centros poblados de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena (v.gr. ciudades de Puerto Natales y Punta Arenas) es significativa, tal como da cuenta la FNE. Asimismo, la infraestructura vial de la región es deficitaria, por lo que los puertos emplazados en la Región de Aysén difícilmente pueden ejercer presión competitiva sobre los frentes de atraque de EPAustral. Por estos motivos, se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

desestimaré lo planteado por el MTT en relación con que, en el presente caso, el mercado relevante geográfico sea más amplio que regional.

42. En consecuencia, el alcance del mercado relevante geográfico será regional, por lo que considerará exclusivamente a los puertos de uso público ubicados en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

6.3. Definición del mercado relevante

43. De acuerdo con lo señalado precedentemente, los mercados relevantes para efectos de este Informe corresponden a los terminales y frentes de atraque de uso público ubicados en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena capaces de proveer servicios básicos de muellaje a la nave y de transferencia de carga y/o transferencia de pasajeros. En específico, se considerarán los siguientes mercados relevantes: (i) transferencia de carga contenedorizada en naves portacontenedores de, al menos, 136 metros de eslora; (ii) transferencia de carga fraccionada en cargueros multipropósito de, al menos, 34 metros de eslora; (iii) transferencia de graneles líquidos (carga de combustible); (iv) transferencia de rodados en *ferries*, transbordadores o naves tipo Ro-Ro de, al menos, 111 metros de eslora; (v) transferencia de pasajeros en cruceros de, al menos, 115 metros de eslora; y (vi) muellaje a la nave a embarcaciones con fines científicos, de la armada u otras que no transfieran carga ni pasajeros, que sean de un tamaño superior a los 23 metros de eslora.

7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE

44. Habiéndose determinado los mercados relevantes en los que incide la Licitación, a continuación, se evaluarán las condiciones de competencia en estos, de manera de dilucidar si el Concesionario de los Recintos Portuarios puede ejercer poder de mercado. Ello comprende el examen de los niveles de concentración y las condiciones de ingreso a los mercados relevantes.

45. De la revisión de la información que obra en autos, el único puerto de uso público ubicado en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena que participaría en algunos de estos mercados relevantes es, además de EPAustral, el Muelle Kochifas ubicado en Puerto Natales. Sin perjuicio de lo anterior, y tal como se desarrolla a continuación, el Muelle Kochifas es capaz de ejercer presión competitiva sobre EPAustral solo en algunos de los mercados relevantes definidos y respecto de ciertos tipos de naves.

46. Al respecto, el escaso nivel de competencia existente en la zona es reconocido por la propio Solicitante quien, en base al Informe Logsis-2020, señaló que “la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distancia geográfica entre los terminales Prat-Mardones con Puerto Natales provoca que la competencia sea baja o nula, ya que la conexión de personas y cargas entre ambas localizaciones requiere la utilización de otro modo de transporte, (...). Por lo tanto, se puede concluir que la principal competencia que enfrenta EPAustral es con el Muelle Kochifas en la localidad de Puerto Natales, pues ofrecen servicios similares y están localizados en la misma zona geográfica” (folio 6, pp. 14 y 16).

47. Lo indicado en el párrafo anterior es relevante porque muestra que, si bien los Recintos Portuarios de EPAustral y Kochifas pertenecen al mismo mercado relevante, la presión competitiva que puede ejercer el Muelle Kochifas sobre los frentes de atraque emplazados en Punta Arenas, principal centro urbano de la región (Terminal Prat y Muelle Mardones), se encuentra limitada por la distancia existente entre ellos. En efecto, un viaje por tierra entre Puerto Natales y Punta Arenas demora alrededor de tres horas (véase: <https://goo.gl/maps/5vkycupAyvxdL6ef9>), por lo que el costo de transporte puede ser mayor a los ahorros que se pueden lograr por acceder a un terminal con tarifas más bajas o con mejores condiciones de servicio.

48. En base a lo antes expuesto, los frentes de atraque de uso público que forman parte de los mercados relevantes así definidos son aquellos que se muestran en la siguiente Tabla N° 3, en que también se detallan sus características, el tipo de naves que atienden y la carga que transfirieron al año 2020.

Tabla N° 3: Características de los frentes de atraque pertenecientes al mercado relevante del producto ubicados en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena

Frente de atraque	Propiedad y uso	Tipo de embarcaciones que atiende	Tipo de Carga transferida	Eslora máxima (metros)	Calado máximo (metros)
Terminal Prat (Punta Arenas)	EPAustral (estatal) de uso público	Portacontenedores; cargueros multipropósito, cruceros, científicas, armada y otras	Pasajeros; fraccionada; granel líquido; contenedorizada	290	9
Muelle Mardones (Punta Arenas)	EPAustral (estatal) de uso público	Portacontenedores; cargueros multipropósito, cruceros, científicas, armada y otras	Pasajeros; fraccionada; granel líquido; contenedorizada	250	14
Terminal Natales (Puerto Natales)	EPAustral (estatal) de uso público	Cargueros multipropósito; cruceros; transbordadores; ferries y Ro-Ro	Pasajeros; fraccionada; granel líquido; rodada	150	5
Muelle Kochifas (Puerto Natales)	Privado de uso público	Cargueros multipropósito, cruceros y otras	Pasajeros; fraccionada; granel líquido	144	6

Fuente: elaboración propia en base a información contenida en las presentaciones a folio 6 y folio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

49. Como se adelantó, según se desprende de la Tabla N° 3, en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena existe sólo un frente de atraque de uso público (Muelle Kochifas) que podría ser sustituto de algunos de los servicios que provee EPAustral. En efecto, se debe tener presente que dicho frente de atraque: (i) solo transfiere pasajeros, carga fraccionada y a granel líquido; (ii) se encuentra, aproximadamente, a tres horas de viaje por tierra de la ciudad de Punta Arenas, principal centro urbano de la Región; y (iii) cuenta con una infraestructura que permite atender una nave de diseño inferior a los frentes de atraque que serán concesionados en la ciudad de Punta Arenas (Terminal Prat y Muelle Mardones). Atendido lo anterior, ejercería presión competitiva sobre EPAustral exclusivamente en los servicios de muellaje a la nave y de transferencia de: (i) pasajeros en cruceros de hasta 144 metros de eslora y 6 metros de calado; (ii) transferencia de carga fraccionada en cargueros multipropósito de hasta 144 metros de eslora y 6 metros de calado; y (iii) transferencia de graneles líquidos (carga de combustible) a embarcaciones de hasta 144 metros de eslora y 6 metros de calado. Así, en lo que respecta a la carga contenedorizada y rodada, las embarcaciones dependerán exclusivamente del servicio ofrecido por los frentes de atraque de EPAustral. En consecuencia, en estos últimos mercados relevantes el Concesionario actuará como monopolista.

50. En definitiva, la información contenida en la Tabla N° 3 muestra los mercados relevantes en los cuales EPAustral enfrentaría presión competitiva por parte del Muelle Kochifas. Estos mercados son: (i) muellaje a naves que no transfieren carga ni pasajeros; (ii) servicios de transferencia de pasajeros (cruceros); (iii) servicios de transferencia de carga fraccionada; y (iv) servicios de transferencia de graneles líquidos.

51. Establecido lo anterior, se analizarán las condiciones de competencia presentes en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena en la provisión de los servicios señalados en el párrafo precedente, así como también las condiciones de entrada a dichos mercados.

7.1. Condiciones de competencia en los mercados relevantes donde EPAustral enfrenta competencia

52. La Tabla N° 4 muestra las participaciones de mercado en la provisión de servicios en que existe más de un oferente atendido que, como se señaló, en los otros mercados EPAustral no enfrenta competencia actual.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 4: Participaciones de mercado en muellaje a la nave, transferencia de pasajeros (cruceros) y transferencia de carga, puertos Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, año 2019.

Operador	Frente de atraque	Transferencia de Pasajeros (cruceros)	Carga Fraccionada	Carga Granel líquido	Muellaje a la nave (*)
EPAustral	Terminal Prat	[60 - 70]%	[10 - 20]%	[0 - 100]%	[70 – 80]%
	Muelle Mardones	[30 - 40]%	[10 - 20]%	[0 - 100]%	[20 – 30]%
	Terminal Natales	[0 - 10]%	[20 - 30]%	[0 - 100]%	[0 – 10]%
Grupo Skorprios	Muelle Kochifas	[0 - 10]%	[40 - 50]%	sin info.	[0 – 10]%
Total	-	100%	100%	100%	100%
Unidad de medida	-	[50.000 – 100.000] (pax)	[250 – 500] (ton)	> [50 – 70] (m3)	[500 – 1.500] MM CLP
Índice HHI	-	[9.000 - 10.000]	[5.000 - 6.000]	indeterminado	[8.000 - 9.000]

Fuente: elaboración propia en base a documento “1. Anexo_Confidencial_Presentación_FNE.pdf”, acompañado por la FNE a folio 135. (*) Nota: Los ingresos por muellaje a la nave del Muelle Kochifas no pudieron ser desagregados excluyendo a las naves que transportan carga o turistas, por lo que su participación podría estar sobreestimada, circunstancia que en ningún caso cambia las conclusiones de este Informe.

53. Como se indicó previamente, se puede apreciar que, en la provisión de servicios de muellaje a la nave, transferencia de pasajeros, transferencia de carga fraccionada y transferencia de carga a granel líquido sólo existe una alternativa además de los frentes de atraque de EPAustral. En términos de participación de mercado, el Muelle Kochifas, único competidor de EPAustral en la región, tiene una participación equivalente a la de EPAustral en la transferencia de carga fraccionada, mientras que presenta una escasa participación -menor al 10% del mercado- en los mercados de muellaje a la nave y transferencia de pasajeros. Respecto del mercado de provisión de servicios básicos para la transferencia de carga de graneles líquidos (carga de combustible), si bien no se cuenta con información para el Muelle Kochifas, es posible asumir que su participación de mercado no debiera ser superior a la que tiene EPAustral toda vez que esta solo corresponde al abastecimiento de combustible dentro de la atención de las naves recibidas (folio 135, p. 34), por lo que la participación de cada frente de atraque en este mercado está directamente relacionada con el número de naves atendidas en ellos.

54. En línea con lo expuesto en el párrafo anterior, y a modo de resumen, la Tabla N° 5, a continuación, expone las participaciones de mercado e índices de concentración en todos los mercados relevantes en que participa EPAustral en la provisión de servicios básicos, en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena. Estos niveles de concentración, calculados para el año 2019, se expresan en términos del Índice Herfindahl Hirschmann (“HHI”), que es habitualmente empleado en el ámbito de libre competencia;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 5: Participaciones y nivel de concentración en los mercados, año 2019

Mercados relevantes		EPAustral	Kochifas	Concentración HHI
Transferencia de carga	Contenedorizada	100%	-	10.000
	Rodada	100%	-	10.000
	Fraccionada	[50 - 60]%	[40 - 50]%	[5.000 - 6.000]
	Granel líquido	[0 - 100]%	sin información	indeterminado
Transferencia de pasajeros (cruceros)		[90 - 100]%	[0 - 10]%	[9.000 - 10.000]
Muellaje a naves que no transfieren carga ni pasajeros		[90 - 100]%	[0 - 10]%	[8.000 - 9.000]

Fuente: elaboración propia en base a documento "1. Anexo_Confidencial_Presentación_FNE.pdf", acompañado por la FNE a folio 135.

55. Se observa que todos los mercados relevantes donde participa EPAustral presentan un elevado nivel de concentración de mercado. En efecto, en todos los casos analizados el índice de concentración HHI es superior a 2.500, lo que da cuenta de mercados altamente concentrados según indica la "Guía para el análisis de operaciones de concentración" de la FNE (2012). Según la información contenida en la Tabla N° 5, el futuro Concesionario no enfrentará competencia en la provisión de servicios básicos de: (i) transferencia de carga contenedorizada; y (ii) transferencia de carga rodada. Asimismo, producto de la infraestructura que tiene el Muelle Kochifas, el Concesionario tampoco enfrentará competencia en la provisión de servicios básicos de transferencia de carga fraccionada, transferencia de graneles líquidos y transferencia de pasajeros en embarcaciones de más de 144 metros de eslora y 6 metros de calado (nave de diseño del Muelle Kochifas). Además, se debe tener presente que la FNE indica que el Muelle Kochifas prioriza la atención de sus propias naves, circunstancia que ejemplifica señalando que dicho muelle atiende exclusivamente a cruceros de sus empresas relacionadas (folio 135, pp. 44 y 98), por lo que, en principio, no sería una alternativa real para las empresas de cruceros no relacionadas.

56. Por lo tanto, la alta concentración en los mercados relevantes definidos, así como la escasa, y en algunos casos nula competencia que enfrentará EPAustral en la provisión de servicios básicos, es un antecedente relevante que será tenido en consideración cuando se evalúe la necesidad de establecer medidas en las Bases de Licitación Definitivas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7.2. Condiciones de ingreso a los mercados relevantes

57. En lo relativo a las condiciones de entrada al mercado, es público y notorio que las inversiones comprometidas en la creación de un nuevo puerto son de gran magnitud y específicas a la actividad portuaria y al lugar donde se planea su emplazamiento, que supone la existencia de condiciones geográficas especiales (bahías abrigadas). De este modo, una vez efectuada tal inversión, ésta representa un costo hundido, es decir, una barrera a la entrada que puede desincentivar el ingreso de nuevos competidores si es que dicho costo hundido es muy alto en relación con el tamaño del mercado.

58. Sin perjuicio de lo anterior, el Solicitante y la FNE señalan que, a comienzos del año 2021, el Ministerio de Obras Públicas comenzó la construcción de un muelle multipropósito en la ciudad de Puerto Williams; no obstante, no se dispone de información en el expediente que dé cuenta de la fecha de inicio de su operación. Conforme indica la Fiscalía, se proyecta que este frente de atraque, denominado Terminal de Cruceros de Cabo de Hornos, permita la atención de embarcaciones de turismo (cruceros) y científicas. Su diseño contempla atender naves de hasta 230 metros de eslora, dos naves de 120 metros cada una, y naves de hasta 70 metros en sitio interior (folio 6, p. 12 y folio 135, p. 24). Cabe señalar que no es posible acceder a este frente de atraque por tierra desde la ciudad de Punta Arenas porque, como se indicó, estará ubicado en Puerto Williams (en la Isla Navarino), por lo que es improbable que este pueda ejercer presión competitiva sobre EPAustral en la provisión de servicios básicos a embarcaciones científicas, de la armada y cruceros que requieran acceder a Punta Arenas, es decir, este frente de atraque difícilmente podría ser una alternativa viable para quienes demandan servicios por parte de los terminales de EPAustral.

59. La FNE también menciona que, si bien durante 2019 Empresas Marítimas Oxcean evaluó el inicio de un proyecto para construir un terminal portuario en la zona de Punta Cuervos (comuna de Natales), esta decidió suspenderlo el último trimestre de 2019, encontrándose actualmente en una etapa preliminar de estudio para evaluar la factibilidad técnica y económica de su implementación (folio 135, p. 18).

60. En relación con el exceso de capacidad que pudiera desincentivar el ingreso de nuevos competidores a la zona por la eventual respuesta del Concesionario para hacer frente a dicha entrada, el Informe Arrau indica que, según las estimaciones de demanda empleadas proyectadas por Logsis (2020), existiría exceso de capacidad en los Recintos Portuarios. No obstante, agrega que, hacia el final de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesión, la demanda alcanzaría el 75% de la capacidad instalada, lo que representaría signos de una congestión creciente considerando que las métricas sugieren que, a partir de una utilización por sobre el rango de 60% - 65% se comienza a generar congestión (folio 164, p. 40). En cuanto a la capacidad ociosa que pudiera presentar el Muelle Kochifas, que desincentive aún más la entrada de nuevo actores al mercado, no se cuenta con antecedentes al respecto.

61. Adicionalmente, no se cuenta con otros antecedentes en autos que permitan emitir un pronunciamiento sobre las condiciones de ingreso a este mercado. En efecto, no se cuenta con información relacionada con disponibilidad de sitios o bahías para la instalación de otros frentes de atraque o con antecedentes para determinar, por ejemplo, el tiempo que demora la construcción de un frente de atraque o si es rentable la entrada de nuevos frentes de atraque de uso público que sean capaces de ejercer presión competitiva sobre los recintos portuarios de EPAustral.

62. En suma, se concluye que, si bien no existen antecedentes en autos que demuestren la existencia de barreras infranqueables a la entrada de nuevos competidores, sí existen dificultades a la misma que pueden desincentivar o retrasar el ingreso de nuevos competidores, al menos en el mediano plazo. Tales dificultades serán consideradas por este Tribunal particularmente en el análisis de la necesidad de imponer o no límites a la integración vertical u horizontal en esta Licitación.

8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN

8.1. Introducción

63. Tal como se señaló en los Informes N° 11/2014, N° 18/2020 y N° 22/2022, cuando se trata de asignar derechos exclusivos para la explotación de infraestructuras escasas a través de una licitación, es preciso resguardar dos ámbitos: (i) las condiciones de competencia en la licitación, o competencia *ex ante*, cuya finalidad es asegurar la participación de la mayor cantidad de oferentes, y la asignación óptima del recurso escaso en términos de eficiencia; y (ii) las condiciones de provisión de los servicios portuarios a los usuarios por parte del futuro Concesionario, o competencia *ex post*. Esta sección aborda las primeras, en conjunto con el marco regulatorio aplicable a la asignación en concesión de frentes de atraque estatales, la propuesta de EPAustral y, finalmente, los resguardos adicionales que este Tribunal estima necesario incorporar.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

65. Los principales resguardos legales y reglamentarios para la competencia en la Licitación serán analizados por materias, en el siguiente orden: (i) subsidiariedad y mecanismo de asignación de frentes de atraque estatales; (ii) modalidad de Licitación y criterios de evaluación; (iii) criterios de adjudicación; (iv) pagos del Concesionario a EPAustral (incluido el Canon Anual) y (v) infraestructura a concesionar y plazos, exigencias de experiencia y patrimonio mínimos, garantías, sanciones y multas, imponderables y fuerza mayor.

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decisión de adjudicar los Recintos Portuarios a un mismo Concesionario

69. Previo a analizar los resguardos de la competencia que deben regir en la Licitación y durante la concesión, es necesario referirse a la propuesta que plantea la FNE consistente en evaluar la conveniencia de licitar y adjudicar los Recintos Portuarios a un mismo Concesionario, tal como propone EPAustral en su Solicitud, toda vez que esta definición repercute directamente en el diseño de las Bases de Licitación Definitivas.

70. La Fiscalía señala que esto debe ser analizado por sus efectos en la competencia en la Licitación y en la prestación de servicios portuarios por el Concesionario luego de la adjudicación. Desde ya, adelantamos que no se acogerá lo propuesto por la FNE porque los antecedentes que presenta son insuficientes para concluir que es necesario adoptar una medida como esta.

Opinión de los intervinientes

71. La Fiscalía estima necesario evaluar si los beneficios económicos, producto de las eficiencias aparejadas a licitar conjuntamente los Recintos Portuarios, superan los riesgos a la competencia derivados de la adjudicación a un solo concesionario. Junto a ello, propone evaluar un mecanismo de licitación “combinatorial” que permita asegurar la oferta más competitiva para el Terminal Natales y los frentes de atraque ubicados en Punta Arenas (folio 135, pp. 54 – 59).

72. En cuanto a los riesgos en la Licitación, la FNE señala que licitar conjuntamente los Recintos Portuarios de forma conjunta podría: (i) reducir el número de potenciales oferentes en la Licitación, al haber empresas que podrían estar interesadas solo en algunos de los Recintos Portuarios; y (ii) asignar de manera ineficiente los activos en caso que un potencial interesado pueda ofrecer tarifas más competitivas para alguno(s) de los terminales de manera individual, en comparación con las que ofrecería por el paquete de activos licitados. Respecto a los riesgos en la prestación de servicios durante la concesión, indica que la adjudicación conjunta podría impedir la competencia entre los tres frentes de atraque de EPAustral, principalmente, en la atención de naves cargueras y de otras embarcaciones menores. Agrega que, en el caso particular del Terminal Prat y Muelle Mardones, ambos frentes de atraque ubicados en Punta Arenas, la adjudicación conjunta de estos impediría que compitan en los servicios prestados a naves científicas, pesqueras, cruceros y en la transferencia de carga fraccionada, por las características y capacidad técnica que comparten estos terminales (folio 135, pp. 54 – 56).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

73. En relación con los beneficios y eficiencias asociados a la adjudicación conjunta, la Fiscalía califica como atendibles los siguientes: (i) eventual aumento del interés de posibles oferentes, fomentando la competencia ex ante, especialmente respecto al Terminal Natales; (ii) la complementariedad del Muelle Mardones respecto al Terminal Prat en la atención de cruceros en la temporada estival; y (iii) posibles eficiencias asociadas a la administración conjunta de los Recintos Portuarios (folio 135, p. 57).

74. Fenatraporchi comparte la propuesta planteada por la FNE y señala que, entre otros aspectos, el modelo de concesión propuesto por EPAustral tendría efectos nocivos en la libre competencia porque, en su concepto, si se adjudican los tres frentes de atraque de manera conjunta, el futuro Concesionario tendrá incentivos para aumentar las tarifas de los servicios portuarios al tener que rentabilizar las inversiones exigidas en las Bases, lo que finalmente es perjudicial para los habitantes de la Región (folio 138, pp. 10 - 15).

75. En respuesta a los cuestionamientos de la Fiscalía y Fenatraporchi sobre la Licitación conjunta de los Recintos Portuarios, EPAustral sostuvo que dicha licitación obedece a razones de eficiencia. En efecto, en el documento acompañado a folio 178, la Solicitante señaló que el Directorio de EPAustral optó por licitar en forma simultánea los frentes de atraque porque el Terminal Prat y el Muelle Mardones constituyen un único sistema portuario, por lo que la labor conjunta de ambos frentes de atraque permite optimizar la disponibilidad de sitios de atraque y disminuir los tiempos de espera que pueden causar administraciones separadas. En ese entendido, EPAustral considera que la operación independiente de ambos frentes de atraque podría tener consecuencias económicas nefastas si, a causa de ello, aumentan los tiempos de espera de las naves (folio 178, pp. 9 y 10). Adicionalmente, en su aporte de antecedentes, la FNE señaló que, en respuesta a su Oficio Ord. N° 222-21, de fecha 12 de marzo de 2021, EPAustral manifestó a dicha Fiscalía que la decisión de “empaquetar” el Terminal Natales con los frentes de atraque de Punta Arenas se debió a que ello aumentaría el número de interesados en adjudicarse dicho terminal, atendido que este representa menos del 9% de los ingresos de EPAustral, conforme se expone en la Tabla N° 6. En consecuencia, según informó la Fiscalía, EPAustral estimó que licitar los Recintos Portuarios de manera conjunta vuelve más atractiva la Licitación y se evita que esta resulte desierta (folio 135, p. 57).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 6: Ingresos por servicios básicos EPAustral, año 2019.

Terminal	Ingresos por servicios básicos
Natales	[0 - 10]%
Prat	[40 - 50]%
Mardones	[40 - 50]%
Total	100%
Ingresos totales (\$ MM)	[5.000 - 10.000]

Fuente: elaboración propia en base a documento en formato Excel acompañado por la FNE junto a su presentación a folio 135, denominado "17. Punto 17 - Ingresos Anuales Totales por Terminal - versión 010421".

Opinión del Tribunal

76. Para resolver este punto, se debe tener presente que, por las instalaciones existentes y la infraestructura que se requiere para ello, los frentes de atraque de EPAustral se han especializado en la atención de cierto tipo de naves. Además, la solicitante proyecta que dicha especialización se mantenga en el futuro, atendidos los POI señalados en el párrafo 9 que se encuentran orientados a profundizar la complementariedad de los Recintos Portuarios.

77. En efecto, al analizarse la infraestructura existente y los proyectos por ejecutar (POI), así como también la participación que tienen los frentes de atraque en cada uno de los mercados relevantes definidos, en la Tabla N° 7, que se inserta a continuación, se observa que: (i) dado que el Muelle Mardones es el único que cuenta con grúas para transferir la carga de las naves portacontenedores, dicho terminal de EPAustral transfiere, salvo excepciones, la totalidad de la carga contenedorizada; (ii) dado que el Terminal Natales es el único frente de atraque que tiene la infraestructura necesaria (rampas) para atender transbordadores, *ferries* y naves Ro-Ro, en él se transfiere el 100% de la carga rodada; (iii) todos los frentes de atraque transfieren carga fraccionada, aunque esta tiene mayor relevancia en los frentes de atraque ubicados en Puerto Natales; (iv) la transferencia de graneles líquidos se realiza en todos los frentes de atraque, aunque esta corresponde exclusivamente al abastecimiento de combustible dentro de la atención de las naves recibidas; (v) los tres frentes de atraque transfieren pasajeros que viajan en cruceros, aunque el Terminal Prat es el que recibe a la mayoría de estos por su cercanía con el centro de la ciudad de Punta Arenas, empleándose el Muelle Mardones como complemento de dicho terminal cuando la capacidad de este se ve sobrepasada; y (vi) todos los frentes de atraque brindan servicios de muellaje a naves que no transfieren carga ni pasajeros, aunque la mayor proporción de este servicio se da en el Terminal Prat (folio 135, pp. 24 y siguientes).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 7: Participaciones por frente de atraque, año 2019

Servicios básicos		EPAustral			Kochifas (privado)	Total
		Prat	Mardones	Natales		
Transferencia de carga	Contenedorizada	[0 - 10]%	[90 - 100]%	[0 - 10]%	-	100%
	Rodada	-	-	100%	-	100%
	Fraccionada	[10 - 20]%	[10 - 20]%	[20 - 30]%	[40 - 50]%	100%
	Granel líquido	[0 - 100]%	[0 - 100]%	[0 - 100]%	Sin info	100%
Transferencia de pasajeros (años 2015 a 2019)		[50 - 60]%	[30 - 40]%	[0 - 10]%	[0 - 10]%	100%
Muelle a naves que no transfieren carga o pasajeros		[80 - 90]%	[10 - 20]%	[0 - 5]%	[0 - 5]%	100%

Fuente: elaboración propia en base a "Anexo_Confidencial_Presentación_FNE.pdf".

78. Atendido lo señalado en el párrafo anterior, salvo en la provisión de algunos servicios en los cuales los frentes de atraque de EPAustral se traslapan, es clara la especialización que la empresa estatal ha pretendido dar a sus puertos, la que continuará y se profundizará a futuro. A mayor abundamiento, la misma FNE reconoce la especialización de los terminales cuando informó que *“la capacidad de atención de los recintos portuarios a licitar –tanto para el tipo de carga transferida como para la nave de diseño– se encuentra segmentada por cada terminal (...). Lo anterior da cuenta de la especialización técnica que posee cada terminal a partir de su infraestructura. En efecto, el Muelle Natales es el único capaz de atender a naves del tipo Roll-on/Roll-off, al contar con un sitio de atraque especializado para ello. El Terminal Mardones, por su parte, cuenta con grúas y espacio de respaldo para la transferencia de contenedores, mientras que el Terminal Prat, cuenta con condiciones que favorecen la transferencia de pasajeros (v.gr. sala de pasajeros y cercanía a Punta Arenas)”* (folio 135, p. 38).

79. En consecuencia, los Recintos Portuarios objeto de la Licitación son complementarios y la especialización en la infraestructura con la que cuentan los frentes de atraque, así como los POI que se exigen en el borrador de las Bases de Licitación (véase el párrafo 9), se traduce en que, aun cuando se adjudicasen los frentes de atraque a distintos concesionarios, estos no contarán con las condiciones –ni con los incentivos- para disputarse los segmentos en los que EPAustral no los ha especializado. Por ejemplo, parece poco probable que un hipotético concesionario del Terminal Prat tenga los incentivos para invertir en adaptar la infraestructura de dicho terminal para competir en la transferencia de contenedores con un hipotético concesionario del Muelle Mardones. En relación con los mercados en los que sí existe espacio para que se produzca competencia *ex post*, en particular en la transferencia de carga fraccionada entre los frentes de atraque ubicados en Punta Arenas, no se acompañaron antecedentes que permitan sostener que dicha competencia, si ocurre, sea más beneficiosa que las eficiencias derivadas por la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

administración conjunta de los frentes de atraque, de manera que estos sean utilizados como un único sistema portuario, tal como planteó EPAustral a folio 178.

80. Finalmente, en relación con el “empaquetamiento” del Terminal Natales con los frentes de atraque ubicados en Punta Arenas, como dicho frente de atraque compite principalmente con el Muelle Kochifas, es razonable lo señalado por EPAustral en cuanto a que la Licitación podría resultar desierta si el Terminal Natales se licita por separado, atendida su limitada importancia, en términos de ingresos, en relación con los otros terminales de la empresa estatal. Además, como no se cuenta con información para un análisis más detallado, podría ser que los POI hayan sido diseñados de manera tal que las inversiones que deben ser realizadas en el Terminal Natales se financien con los ingresos provenientes de los frentes de atraque ubicados en Punta Arenas. Así, las inversiones que debe realizar el Concesionario en dicho terminal podrían no ser rentables si se consideran, exclusivamente, los ingresos obtenidos mediante la operación de dicho frente de atraque, por lo que parece prudente mantener su Licitación y adjudicación conjunta, tal como solicita EPAustral.

81. En conclusión, se desestimaré lo propuesto por la Fiscalía y se permitirá que EPAustral diseñe las Bases de Licitación Definitivas de modo tal que la Licitación por los tres frentes de atraque sea adjudicada a un mismo Concesionario, no siendo necesario, por consiguiente, pronunciarse respecto del mecanismo de licitación “combinatorial” propuesto por la FNE.

(ii) Modalidad de Licitación y criterios de evaluación

82. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Reglamento, corresponde al Directorio de EPAustral determinar las distintas modalidades del proceso de licitación (sobre cerrado, a mano alzada, de primer o segundo precio, etc.) y si contemplará una o más etapas, señalando los aspectos mínimos que debería abordar una primera etapa.

83. En la propuesta del borrador de las Bases se contempla un proceso con una preselección de los oferentes, los que deben cumplir con las exigencias que deben acompañar en la denominada “Oferta de Antecedentes Generales”, para luego adjudicar la Licitación a aquel oferente que presente la mejor Oferta Económica. Ambas ofertas se entregan al mismo tiempo, pero, según lo indicado en el punto 2.9.5 del borrador de las Bases, transcurrida una determinada cantidad de días corridos luego de la apertura de los sobres con la “Oferta de Antecedentes Generales”, procederán a abrirse las “Ofertas Económicas”, pero solo respecto de quienes no se hubiere rechazado la “Oferta de Antecedentes Generales”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

84. La Oferta Antecedentes Generales se compone de un conjunto de documentos relacionados con la siguiente información: (a) la identificación del oferente y antecedentes generales; (b) una opinión legal; (c) el comprobante original de compra de las Bases y un Acuerdo de Confidencialidad; (d) la entrega de una boleta de garantía de seriedad de la oferta; (e) la acreditación de la experiencia y patrimonio del oferente; (f) en el caso de tratarse de un consorcio, los documentos que acrediten su constitución; (g) una promesa de irrevocable de constitución de la sociedad concesionaria; (h) la designación de apoderados judiciales; (i) la cláusula compromisoria; (j) una declaración jurada irrevocable de aceptación de las Bases; y (k) un contrato preliminar.

85. El detalle de la información que debe presentarse junto a cada uno de estos antecedentes se encuentra singularizado en el punto 2.8.1. del borrador de las Bases. En lo que interesa a este Informe se analizarán con más detalle las exigencias establecidas en las letras (d) y (e) del párrafo anterior, pues ellas podrían limitar la participación de interesados en la Licitación.

86. La recepción, apertura y análisis de las ofertas se encuentra normado en el punto 2.9 del borrador de las Bases. En lo que respecta a la Oferta Antecedentes Generales, una Comisión Revisora conjuntamente con un ministro de fe, hará un primer examen de los antecedentes, debiendo rechazarse ofertas que (i) no acompañen la boleta de garantía de seriedad, (ii) no acompañen oferta económica, o (iii) incumplan la prohibición señalada en el penúltimo párrafo de la letra a) del punto 2.8.1, esto es, cuando un miembro de un consorcio o su relacionada participe en otro consorcio o una relacionada de éste, o que un oferente sea una relacionada de otro oferente o miembro de un consorcio. Posteriormente una Comisión Evaluadora revisará el contenido de este tipo de ofertas, pudiendo ordenar que se acompañen documentos faltantes o que se subsanen omisiones o errores, salvo aquellos que gatillan el rechazo y que fueron señalados precedentemente. Después de realizada dicha revisión se preseleccionan las Ofertas Antecedentes Generales que las Bases denominan “válidas”.

87. En cuanto a la “Oferta Económica”, el borrador de las Bases establece que la concesión se adjudicará a quien presente el menor índice Ofertado (“Índice de Adjudicación”) por los servicios básicos, siempre que este no supere el Índice Máximo (“Imax”) para dichos servicios, el cual será reservado y determinado por el Directorio de EPAustral. La Licitación se declarará desierta si las Ofertas Económicas presentadas superan dicho Índice (punto 2.9.5).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

88. En caso de empate en la Oferta Económica, el borrador de las Bases establece un procedimiento de desempate (punto 2.9.6) consistente en que EPAustral solicitará a cada uno de los oferentes que hayan empatado mejorar su oferta económica, formulando una oferta final, la que no podrá contener tarifas más altas que las inicialmente ofertadas, mecanismo que se repetirá hasta resolver el empate o hasta que EPAustral decida desestimar todas las ofertas, declarando la Licitación desierta. Sobre este mecanismo de desempate, se considera necesario acotar la discrecionalidad de EPAustral, razón por la cual se le solicitará incorporar en las Bases de Licitación Definitivas que de persistir el empate luego de dos rondas, deberá adjudicarse la Licitación a quien ofrezca el menor índice por los servicios básicos que se presten en el Muelle Mardones.

89. Respecto de este mecanismo, cabe señalar que la FNE advierte que, si no están todas las tarifas de los servicios básicos que se ofrecen en los Recintos Portuarios, incorporados en el Índice de Adjudicación, se distorsiona dicho mecanismo, dado que una de las condiciones del borrador de Bases es que no se pueden ofertar tarifas de desempate superiores a aquellas propuestas previamente en la oferta final. No obstante lo señalado por la FNE, este eventual problema se resuelve con lo que se ordena en los párrafos 69 y siguientes, referente a que exista solo un índice de adjudicación que incluya tres subíndices, uno por terminal, y que se incorporen la mayor cantidad de servicios básicos en ellos.

90. Respecto de los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, es esencial que en las Bases de Licitación Definitivas se establezcan con claridad y objetividad las razones por las cuales una oferta puede ser desestimada, y los motivos por los cuales la Licitación o cualquiera de sus etapas puede ser declarada desierta, a excepción de ciertas materias como el I_{max}, el que, por razones de competencia, debe mantenerse en reserva.

91. Sobre esta materia, el borrador de las Bases establece con claridad las causales de rechazo de las ofertas, descritas en los puntos 2.4.3, 2.8.1., 2.9.2, 2.9.3, 2.9.5 del borrador de las Bases, las que parecen razonables, tal como se concluyó en el Informe N° 18/2020, el Informe N° 22/2022 y el Informe N° 23/2022.

92. En cuanto a las causales por las cuales se puede declarar desierta la Licitación, el borrador de las Bases señala que ello se produciría en los siguientes casos: (i) si no se presentan ofertas (punto 2.9.1); (ii) si las ofertas económicas de los oferentes superan el I_{max} consignado según el punto 2.9.4 (punto 2.9.5); y (iii) si existe un empate entre las ofertas económicas y EPAustral decida desestimar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

todas las Ofertas, dándose por concluida la Licitación y declarándola desierta (punto 2.9.6).

93. A pesar de la claridad de las causales en virtud de las cuales se puede declarar desierta la Licitación, la tercera de éstas no parece razonable porque entrega excesiva discrecionalidad a la empresa portuaria y porque existe un mecanismo de desempate que se ordena ajustar en los términos del párrafo 88 *supra*.

(iii) Criterios de adjudicación

94. En relación con la adjudicación, el artículo 9º del Reglamento enuncia criterios de adjudicación de la concesión que EPAustral puede emplear, siendo decisión de dicha empresa usar uno o varios de ellos, o un criterio de adjudicación distinto.

95. Como se indicó, y ha sido planteado en otras licitaciones portuarias, EPAustral propone considerar como factor de adjudicación un Índice de Adjudicación para los servicios básicos que se proveerán en los Recintos Portuarios. Asimismo, como se ha indicado, plantea un mecanismo de desempate mediante la presentación de una oferta final, sujeto a lo ordenado en el párrafo 88, y contempla un I_{max} de carácter reservado.

96. El borrador de Bases establece que el índice de Adjudicación se calculará con la siguiente fórmula:

$$I = \alpha * TTC + \beta * TTCR + \gamma * TTF + \delta * TTGS + \epsilon * TTGL + TMC + \lambda * TMN$$

Donde:

I: Índice de Tarifas por los Servicios Básicos (US\$/ton).

α : Ponderador que refleja la importancia relativa de este tipo de carga multiplicado por el factor de conversión de TEUs a toneladas.

TTC: Tarifa de Transferencia de Contenedores de 20 pies, llenos o vacíos (US\$/TEU).

β : Ponderador que refleja la importancia relativa de este tipo de carga multiplicado por el factor de conversión de TEUs a toneladas.

TTCR: Tarifa de Transferencia de Contenedores refrigerados de 20 pies, llenos o vacíos (US\$/TEU).

γ : Ponderador de la importancia relativa de la carga fraccionada.

TTF: Tarifa de Transferencia de Carga Fraccionada (US\$/Ton).

δ : Ponderador de la importancia relativa de la carga a granel sólida.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TTGS: Tarifa de Transferencia de Graneles Sólidos (US\$/Ton).

ϵ : Ponderador de la importancia relativa de la carga a granel sólida.

TTGL: Tarifa de Transferencia de Graneles Líquidos (US\$/Ton).

TMC: Tarifa por uso de infraestructura de cargas (US\$/Ton).

TMN: Tarifa por uso de infraestructura de naves (US\$/MEH).

λ : Factor de conversión de la tarifa cobrada en US\$/MEH a US\$/Ton, de acuerdo con la siguiente ecuación:

$$\lambda = \frac{\sum_{i=1}^N esl_i * ti}{AT}$$

Donde:

$esli$: eslora de la nave i-ésima, atendida en el Año de Referencia en los Frentes de Atraque.

ti : Tiempo de Ocupación Depurado por la nave i-ésima atendida en el Año de Referencia en los Frentes de Atraque.

AT : Tonelaje Anual en el Año de Referencia en los Frentes de Atraque.

97. Según se indica en el Anexo II del borrador de las Bases de Licitación, la fórmula asociada al Índice de Adjudicación antes señalada considera algunos servicios básicos que se proveerán en los Terminal Prat y Muelle Mardones, excluyendo todos los servicios básicos que se proveerán en el Terminal Natales.

98. Las tarifas excluidas del Índice de Adjudicación son las siguientes para el Terminal Prat y el Muelle Mardones, según se observa del Anexo II punto 2) del borrador de las Bases:

- a. TMNC: Tarifa a la Nave por Uso Muelle Cruceros
- b. TMNR: Tarifa a la Nave por Uso de Muelle Ro Ro
- c. TMNCF: Tarifa a la Nave por Uso de Muelle Científicas
- d. TMNPI: Tarifa a la Nave por Uso de Muelle Pesqueros Industriales
- e. TMNA: Tarifa a la Nave por Uso de Muelle Armada
- f. TMCC: Tarifa pasajeros por Uso de Muelle Cruceros
- g. TMCR: Tarifa a la Carga por Uso de Muelle Ro Ro
- h. TMCCF: Tarifa a la Carga por Uso de Muelle Científicas
- i. TMCPI: Tarifa a la Carga por Uso de Muelle Pesqueros Industriales

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- j. TMCA: Tarifa a la Carga por Uso de Muelle Armada
- k. TTR: Transferencia de Carga Ro Ro
- l. TTCF: Transferencia de Carga Científica
- m. TTPI: Transferencia de Carga Pesqueros Industriales
- n. TTA: Transferencia de Carga Armada

99. Igualmente, para el Terminal Natales, en el citado anexo se fijan las siguientes tarifas máximas para servicios básicos, las que serán determinadas por EPAustral, tal como se indica en el Anexo II punto 3):

- a. TMNC: Tarifa a la Nave por Uso Muelle Cruceros
- b. TMNR: Tarifa a la Nave por Uso de Muelle Ro Ro
- c. TMNAR: Tarifa a la Nave por Uso de Muelle Artesanales
- d. TMNY: Tarifa a la Nave por Uso de Muelle Yates
- e. TMCC: Tarifa pasajeros por Uso de Muelle Cruceros
- f. TMCPR: Tarifa pasajeros por Uso de Muelle Ro Ro
- g. TMCR: Tarifa a la Carga por Uso de Muelle Ro Ro
- h. TMCG: Tarifa a la Carga por Uso de Muelle General
- i. TMCGR: Tarifa a la Carga por Uso de Muelle Graneles
- j. TMCAR: Tarifa a la Carga por Uso de Muelle Artesanales
- k. TTR: Transferencia de Carga Ro Ro
- l. TTCCG: Transferencia de Carga General
- m. TTPGR: Transferencia de Carga Graneles
- n. TTAR: Transferencia de Carga Artesanales.

100. Respecto del Índice de Adjudicación propuesto por EPAustral, se recibieron comentarios referentes a: (i) la exclusión de las tarifas de ciertos servicios básicos y los ponderadores a utilizar en el Índice de Adjudicación, y (ii) el mecanismo de adjudicación definido por EPAustral.

Sobre servicios básicos incluidos en el Índice de Adjudicación y los ponderadores

101. En la Solicitud no se justifica por qué hay tarifas de servicios básicos que fueron excluidas del índice de Adjudicación. En este sentido, la FNE indica que *“la fórmula del Índice Ofertado debiese considerar la totalidad de las tarifas de los*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicios básicos determinados por la Solicitante, siempre y cuando, aquellas sean homologables a la unidad de medida del Índice” (folio 135, p. 65).

102. Según cálculos de la FNE, el Índice de Adjudicación que está presente en el borrador de Bases representa *“menos del 37% de los potenciales ingresos de la futura concesión, quedando el 63% de los ingresos restantes regulados por medio de un valor máximo y fijo, determinado a discreción de la Solicitante”* (folio 135, p. 67).

103. Durante la audiencia pública del 24 de agosto de 2021, se consultó a la Solicitante sobre el fundamento de establecer tarifas sujetas a valores máximos que no se incluían en el Índice de Adjudicación.

104. Al respecto, EPAustral señaló que respecto de las tarifas de muellaje (Tarifa a la carga por uso de muelle, “TMC” y la Tarifa a la Nave por Uso de Muelle, “TMN”), éstas sí forman parte del Índice de Adjudicación y que, en particular, la TMN incluiría todos los ingresos asociados a servicios de muellaje de los diferentes tipos de usuario (folio 191, p. 2). Mientras que, respecto de las tarifas de transferencia y muellaje a la carga rodada, afirma que no se incluyeron en el Índice de Adjudicación atendida *“la dificultad para homologar cada metro lineal de carga a tonelada y porque se trata de una actividad que se efectúa completamente en el Terminal Natales”* (folio 191, p. 2), destacando que dichas actividades representan solo el 5% de los ingresos totales de EPAustral (folio 191, p. 2). EPAustral agrega que las tarifas que no se incluyen en el Índice quedarán sujetas a los valores máximos que se detallan en el Anexo II del borrador de las Bases, y que serán reajustadas anualmente según se indique en dicho borrador.

105. A pesar de lo indicado por EPAustral, no es clara la justificación de no incluir las tarifas señaladas en las tablas incorporadas en el Anexo II del borrador de las Bases. En efecto, se observa una discrepancia entre lo que señala EPAustral a folio 191, con lo indicado en el borrador de las Bases. Así, por ejemplo, la Solicitante sostiene que dentro del Índice de Adjudicación se encuentran las tarifas por muellaje. Sin embargo, en las tablas señaladas en dicho anexo, se excluyen también del Índice de Adjudicación las tarifas de muellaje relacionadas con cruceros, Ro Ro, y científicas, entre otras. Atendido lo anterior, el pronunciamiento de este Tribunal se referirá a la información contenida en el Anexo II del borrador de las Bases.

106. Al respecto, este Tribunal coincide con la FNE en cuanto a que el Índice de Adjudicación debiera incorporar la mayor cantidad de tarifas por los servicios básicos, puesto que solo en la medida que el Índice de Adjudicación represente un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

porcentaje relevante de los ingresos que recibirá el futuro Concesionario cuando opere como monopolista dicha infraestructura, se asegura que la competencia por la cancha genera los incentivos correctos para la determinación de las tarifas de los servicios básicos que otorgará en carácter monopólico “en la cancha” o *ex post*.

107. Sin perjuicio de lo expuesto, en informes previos (Informe N° 22/2022 y N° 23/2022) se ha considerado necesario mantener al margen las tarifas relativas a servicios de conectividad, tal como la tarifa de Transferencia de Pasajeros de Conectividad (“TPC”) y Traslado de Pasajeros de Turismo (“TPT”), por razones de política pública. En este caso, se mantendrá dicho criterio.

108. En consecuencia, respecto de aquellas tarifas relacionadas con conectividad como, en este caso, la Tarifa Pasajeros por Uso De Muelle Cruceros (“TMCC”) que se considera para los Recintos Portuarios, así como la Tarifa Pasajeros por Uso De Muelle Ro Ro (“TM CPR”) del Terminal Natales, este Tribunal reconoce que pueden producir distorsiones en el Índice de Adjudicación por lo que en estos casos EPAustral podrá establecer un valor máximo para dichas tarifas y no incluirlas en los subíndices que se ordenará elaborar, tal como se indica en el párrafo 114 *infra*. En todo caso, dichas tarifas deberán quedar establecidas en las Bases de Licitación Definitivas y ser conocidas por todos los interesados en forma previa a la Licitación.

109. Por lo anterior, se ordenará a EPAustral incluir el resto de los servicios básicos al Índice de Adjudicación, detallados en el Anexo II del borrador de Bases.

110. Respecto de los ponderadores de cada variable dentro de cada subíndice, lo esencial es que los ponderadores reflejen la importancia relativa que tiene cada uno de los servicios básicos en los Recintos Portuarios, en término de los ingresos actuales o esperados que representan cada tipo de carga, sin que sea necesario que todos los servicios sean homologables a toneladas. Con todo, dichos ponderadores deben estar definidos en las Bases de Licitación Definitivas de modo que, como lo plantea la FNE, no se distorsionen las ofertas, las que podrían presentar tarifas disociadas con la incidencia que representan en los ingresos de la provisión de los servicios básicos por Terminal.

111. En informes previos, este Tribunal ha señalado que los ponderadores de cada servicio básico deben calcularse considerando la proyección de transferencia por tipo de carga respecto del total de carga transferida o ingresos por tipo de carga respecto del total de ingresos, para todo el periodo que dure la concesión (v. gr. Informe N° 18/2020, p. 96; Informe N° 10/2014, p. 46; Informe N° 9/2013, p. 51). En este caso, se ordenará a EPAustral que los calcule de la misma manera.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mecanismo de adjudicación propuesto por la Solicitante

112. Por las razones expuestas en los párrafos 69 y siguientes *supra* se permitirá a EPAustral licitar conjuntamente los Recintos Portuarios, pero se le ordenará que modifique el Índice de Adjudicación como se indica a continuación y que el Índice de adjudicación contemple tres subíndices de Tarifas de Servicios Básicos, uno por terminal, que servirá para determinar las tarifas máximas por los servicios básicos que se otorgaran en cada terminal.

113. De esta manera, cada uno de los subíndices del Índice de Adjudicación de la oferta ganadora pasará a ser el índice máximo a cobrar en el Terminal Prat, el Muelle Mardones y el Terminal Natales. En consecuencia, se permitirá que existan variaciones de precios al interior de cada uno de ellos, manteniéndolos como límite máximo a cobrar, como se revisará en la Sección 9, por cuanto la introducción de subíndices dentro del Índice de Adjudicación tiene sentido cuando se permiten variaciones de precios al interior de cada subíndice. El beneficio de contar con subíndices, cada uno referido a productos estrechamente vinculados, evita una estructura de precios que finalmente implique subsidios cruzados entre servicios diferentes, como los que en este caso se otorgan en el Terminal Prat, el Muelle Mardones y el Terminal Natales (v.gr., desde transporte de pasajeros a transferencia de contenedores).

114. En conclusión, EPAustral deberá separar las tarifas de servicios básicos incluidas en el Índice de Adjudicación en subíndices por unidad de negocio. Es decir, un Subíndice Máximo de Tarifas por los Servicios Básicos a cobrar en el Muelle Mardones, otro en el Terminal Prat y otro en el Terminal Natales. Ello permitirá que los servicios que se otorgan en los Recintos Portuarios se ofrezcan a distintos precios, lo cual puede reflejar mejor la realidad y otorga mayor flexibilidad.

115. Para ello, la Solicitante deberá incorporar en las Bases de Licitación Definitivas un factor de modulación (“A”, “B” y “C”) para cada subíndice de tarifas, los que deberán reflejar la importancia relativa de cada uno de los Recintos Portuarios en los ingresos actuales de EPAustral o esperados por el Concesionario, respectivamente. Por este motivo, se solicitará que los subíndices reflejen el aporte a los ingresos que cada Terminal ha hecho a EPAustral, considerando para ello lo que históricamente cada uno ha aportado (véase cuadro 3.12 del Informe Arrau, p. 41).

116. Así, los factores de modulación deberán sumar 100% entre los tres, y dichos factores, no pueden omitir el hecho de que el Concesionario podría obtener ingresos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

considerablemente mayores por la explotación del Terminal Prat y el Muelle Mardones en contraste con los ingresos que obtiene por el Terminal Natales.

117. De esta manera EPAustral deberá diseñar un Índice de Adjudicación, en las Bases de Licitación Definitivas, considerando como base la siguiente fórmula:

$$I = A * I_m + B * I_p + C * I_n$$

Donde: $[A + B + C = 100\%]$, y

I : Índice de Adjudicación de Tarifas por los Servicios Básicos (US\$/ton).

I_m: Subíndice Máximo de Tarifas por los Servicios Básicos a cobrar en Muelle Mardones.

I_p : Subíndice Máximo de Tarifas por los Servicios Básicos a cobrar en Terminal Prat.

I_n : Subíndice Máximo de Tarifas por los Servicios Básicos a cobrar en Terminal Natales.

A : factor de modulación que representa el porcentaje de los ingresos totales de EPAustral que representan los ingresos del Muelle Mardones.

B : factor de modulación que representa el porcentaje de los ingresos totales de EPAustral que representan los ingresos del Terminal Prat.

C : factor de modulación que representa el porcentaje de los ingresos totales de EPAustral que representan los ingresos del Terminal Natales.

(iv) Pagos del Concesionario a EPAustral (incluido el Canon Anual)

118. En el borrador de Bases de Licitación (punto 3.12.1) se contemplan pagos a EPAustral, los cuales se dividen entre aquellos que se pagan al momento de suscribir el Contrato de Concesión, y otros que se pagan de manera anual durante todo el periodo que dura la concesión.

119. Así, al momento de la celebración del contrato, se debe realizar: (i) un Pago Estipulado a EPAustral, correspondiente a un monto único y total de \$5.873 millones de pesos más el Impuesto al Valor Agregado (“IVA”); y, (ii) un Pago por Provisión de Fondos en una institución financiera, ascendente a la suma de \$3.500 millones de pesos. Este monto está destinado a financiar programas de mitigación para trabajadores portuarios.

120. Respecto de estos pagos, EPAustral ha justificado el Pago Estipulado indicando que su monto correspondería a (i) la valorización de las obras de infraestructuras realizadas en los Recintos Portuarios, pendientes de amortización;(ii) las obras de infraestructura en curso y que serán entregadas al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Concesionario para su explotación, como es el caso de la expansión y remodelación del salón de pasajeros del Terminal Prat; y (iii) los gastos asociados al proceso de concesión.

121. Tal como lo ha señalado previamente este Tribunal (Informe N° 18/2020 e Informe N° 11/2014) y como bien lo hace ver la FNE (folio 135, p. 74), el Pago Estipulado debiera asociarse solo a los costos asociados al proceso de licitación. Todo lo referente al valor de la infraestructura entregada en concesión debiera ser cubierto por el Canon Anual, tal como se especifica a continuación. Por este motivo, se solicitará a EPAustral ajustar el valor del Pago Estipulado en las Bases de Licitación Definitivas y justificar sus montos.

122. Respecto del Pago por Provisión de Fondos a una entidad financiera, de conformidad a lo señalado por la FNE, EPAustral afirma que dicho monto se ha determinado considerando las variables relacionadas al listado actualizado de trabajadores portuarios de la empresa, los turnos realizados en los últimos años y el último proceso exitoso de concesión realizado en el país (folio 135, p. 74). Respecto de este pago, también se solicitará a EPAustral que justifique dichos montos en las Bases de Licitación Definitivas.

123. Por otra parte, durante la concesión, se contemplan pagos anuales a EPAustral por concepto de (i) Canon Anual, el cual se compone de un canon base por \$ 722.000 dólares, más IVA y un canon adicional ascendente a \$ 2.800.000 dólares anuales, más IVA; y por (ii) operación eficiente de EPAustral, donde se deberá pagar la suma de \$ 1.600.000 dólares, más IVA.

124. Sobre esta materia, el inciso tercero del artículo 7° de la Ley de Puertos señala que, para el establecimiento del monto mínimo de la renta o canon de la concesión portuaria servirá de referencia el valor económico del o los activos objeto de esta. Lo mismo se señala en el inciso primero del artículo 6° del Reglamento de Licitaciones Portuarias, en donde se establece que el pago anual equivalente mínimo por concepto de renta o canon para el período de un año, se rige por la siguiente fórmula:

$$PAm_i = SVA_i \times r_i$$

Donde:

PAm_i = monto del pago anual equivalente mínimo del año i expresado en US\$.

SVA_i = monto correspondiente a la suma del valor económico para el año i de los activos de EPAustral correspondientes a los Frentes de Atraque (a que se refiere el Anexo XII de las Bases) expresado en US\$.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

r_i = tasa de cálculo. Corresponde al promedio ponderado de las tasas internas de retorno medias de los pagarés reajustables del Banco Central de Chile (PCR) transados en el mercado secundario durante los 12 meses anteriores al mes de cálculo. Actualmente el Banco Central no emite PCR y en su reemplazo se emiten Bonos Bullet en UF (BCU).

125. Según el Reglamento, para efectos de determinar el primer pago anual equivalente por concepto de renta o canon por el uso de los activos, deberá considerarse la fecha en que se haga el llamado a licitación como mes de cálculo del pago. El Reglamento también señala que, para efectos del cálculo, la suma de los valores económicos de los activos objeto de arrendamiento o concesión se considerará igual a la suma de los valores libro vigentes para los mismos, y que en caso de que la empresa portuaria estime que su valor económico difiere significativamente de aquél, debe fundamentarlo en un estudio técnico para establecer la nueva base de cálculo.

126. Como lo ha señalado el Tribunal en los Informes N° 4/2009, 5/2009, 6/2009, 22/2022 y 23/2023, estos pagos deben especificarse en las Bases de Licitación Definitivas y estar razonablemente asociados a los costos en los que incurrirá la empresa portuaria.

127. En todo caso, lo relevante desde el punto de vista de la libre competencia es que el Canon Anual diga exclusiva relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión, a menos que exista una limitación física que haga que una licitación competitiva en base a tarifas conlleve a una congestión del puerto, congestión que no se prevé. De no ser este último caso, el monto del Canon Anual debe contribuir a facilitar que las ganancias en eficiencia del Concesionario se puedan traducir en mejores condiciones de precio, cantidad y calidad para todos los usuarios, y no en un eventual traspaso de rentas monopólicas desde el Concesionario a la empresa portuaria.

128. Al respecto, en el borrador de las Bases se explica que este canon tendría como referencia el valor de reposición de los activos objeto de la concesión y, en consecuencia, cumpliría con lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento. Adicionalmente, en el borrador de las Bases, su Anexo XII contiene el procedimiento, los datos y parámetros asociados al cumplimiento al referido artículo 6°.

129. EPAustral justifica los pagos señalados por concepto de Canon Base y Canon Adicional con el Informe Arrau y el Informe Complementario. Dicho estudio indica que el valor de los activos de EPAustral resulta ser significativamente menor

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con concesión que sin concesión, por cuanto los activos fijos o infraestructura que se entregarían en concesión se remunerarían considerando un Canon Anual calculado en base al valor libro de los activos y las tasas de los instrumentos del Banco Central. Adicionalmente, argumenta que dicho valor es el mínimo (y no máximo) que permite la legislación actual.

130. Así, según se indica en dicho informe, por concepto de Canon Anual, en base al valor mínimo que establece el artículo 6° del Reglamento, el Concesionario debiera pagar un valor máximo de \$722.000 USD por la infraestructura y los activos entregados en concesión. Dicho monto, sumado al pago anual por operación eficiente, a juicio del informe, no permitiría remunerar adecuadamente dichos activos. En otras palabras, en su concepto, el valor de los activos a concesionar no será mayor que el valor de dichos activos sin concesión y EPAustral, como empresa, incurrirá en una pérdida de valor. Justifica lo anterior señalando que no se estarían valorando adecuadamente los activos que se entregan en concesión, lo cual afectaría el valor del Canon Anual a pagar a EPAustral. Según sus estimaciones, el valor económico de los activos que se entregan en concesión asciende a 28,75 millones de dólares de 2019. En consecuencia, estima que EPAustral debiera recaudar ingresos anuales con la concesión, de alrededor de 6,35 millones de dólares (de 2019), de tal manera de igualar el valor presente de concesionar con el de las proyecciones de flujos de caja bajo el escenario de no concesionar. Ello implica que se requieren alrededor de 4 millones de dólares anuales adicionales ($6,35 - 0,722 - 1,6 = 4,028$) a pagar a la empresa. Los cálculos anteriores se basan en las tarifas que cobraba EPAustral al 2019. El informe concluye, a partir de un análisis de *benchmark* de indicadores de márgenes de EBITDA y ROE, que dichas tarifas están cercanas al nivel eficiente, y por lo tanto la rentabilidad de la empresa a ese año no era el resultado de la extracción de rentas a los usuarios.

131. Por este motivo, se propone en el borrador de Bases de Licitación un Canon Adicional anual de \$2,8 millones de dólares más IVA, lo que correspondería al pago requerido para que la Solicitante rentabilice el valor económico de sus activos, haciendo indiferente la decisión de concesionar o no hacerlo. El resto (aproximadamente US\$ 1 millón) propone recaudarlo mediante el cobro de la Tasa de Uso de Puerto (“TUP”) a la que nos referiremos más adelante.

132. En definitiva, el Informe Arrau y su informe complementario propone que el Tribunal cambie los criterios tenidos a la vista hasta el momento e incorpore un Canon Adicional anual a pagar que refleje el valor de los activos intangibles de EPAustral, como son el ser un “*centro logístico, que incluye políticas públicas*”

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relacionadas a centro logístico, que incluye, políticas públicas la integración con el resto del país, su ubicación privilegiada respecto a actividades económicas como el turismo de intereses especiales, misiones científicas al Continente Antártico, conexión de rutas este-oeste, abastecimiento para la pesca industrial de alta mar, entre otras”; además del valor de los activos asociados a infraestructura física. El valor de los activos intangibles explicaría la diferencia entre el valor libro y el valor accionario o económico de empresas abiertas en bolsa. “El problema de pérdida de valor se produce porque en el caso de EPAUSTRAL en particular, y en general de todos los terminales de la macrozona sur austral, en que su infraestructura física tiene un bajo valor libro, se remunera según las tasas de los instrumentos del Banco Central, inferior a la tasa WACC de las compañías, y las inversiones que deberán realizar los concesionarios son de monto menor.” (Informe Arrau, p. 81).

133. Este problema no se ha planteado en las otras concesiones portuarias debido a que el resto de los puertos contaría con la TUP, las inversiones del concesionario eran significativamente mayores y el volumen de carga creció significativamente (Informe Arrau, p. 81).

134. La FNE afirma que lo señalado en el Informe Arrau no sería correcto, pues *“en su más reciente jurisprudencia el H. TDLC ha indicado que, en caso de que la empresa portuaria estime que su valor económico difiere significativamente del valor económico de los activos objeto de la concesión a los valores libro vigente para los mismos, debe fundamentar el valor de los activos en un estudio técnico”* (folio 135, p. 78) Asimismo, afirma que este Tribunal ha señalado que *“para una asignación eficiente de la infraestructura y su compatibilidad con las normas de defensa de la libre competencia es imprescindible que los distintos pagos a EPAustral estén debidamente justificados y asociados a los respectivos costos que deben cubrir.”* (folio 135, p. 78)

135. En relación al Canon Anual, la FNE afirma que *“las justificaciones presentadas por EPAustral no permiten verificar que efectivamente el canon anual se justifica en su valor, especialmente en relación con las consideraciones de los activos intangibles a los que hace referencia el Informe Arrau”* (folio 135, p. 78) y que cualquier alza en los costos a pagar por el Concesionario a EPAustral *“podría afectar las propuestas tarifarias de la licitación puesto que los participantes deberían internalizar dichos costos en sus ofertas”* (folio 135, p. 78).

136. En relación con el Canon Anual propuesto en el borrador de las Bases, este Tribunal reconoce que el Canon Anual es un valor mínimo y que este debe permitir

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la adecuada remuneración de los activos que se dan en concesión y la posibilidad de que la empresa obtenga una rentabilidad eficiente.

137. Respecto del Canon Adicional anual (de \$2,8 millones de dólares) contemplado en el borrador de Bases, a juicio de este Tribunal el Informe Arrau y su informe complementario, en su calidad de estudio técnico, justifica el alza en el valor del Canon Anual, que refleja el Canon Adicional, ya que permite remunerar adecuadamente la infraestructura que se da en concesión. En consecuencia, se solicitará a EPAustral que recalcule el valor del Canon Anual considerando el mayor valor que refleja el Canon Adicional, en base al estudio técnico que lo justifique según se establece en el artículo 6° inciso quinto del Reglamento. De esta manera, ya no será necesario considerar el pago de un Canon Adicional en las Bases de Licitación Definitivas, dado que el nuevo Canon Anual considerará dicho monto.

138. Por otra parte, el borrador de las Bases no contempla expresamente un Canon Variable. Sin embargo, en el mismo punto 3.12.1 del borrador de las Bases, se establece que el Concesionario debe pagar a EPAustral un pago anual para la *operación eficiente* de la empresa portuaria correspondiente a US\$1,6 millones de dólares más IVA, reajustado anualmente según el factor de ajuste del PPI, el cual debe realizarse en cuatro cuotas al inicio de cada trimestre del año contractual. El objetivo de este pago sería cubrir costos fijos y gastos de administración fijos relacionados con la estructura de operación de EPAustral (gastos fijos de personal, obligaciones de la empresa y cargos básicos para la operación anual).

139. La FNE señala que *“este debe ser suficiente para cubrir los costos de administración del contrato de concesión y fiscalización del cumplimiento de las condiciones del mismo por parte de la Empresa Portuaria, considerando que sea lo más bajo posible para incentivar la presentación de menores tarifas a público en las ofertas de los participantes”* (folio 135, p. 79).

140. Pese a que este pago se especifica en el borrador de las Bases, EPAustral no entregó antecedentes que justifiquen su monto, el que debe estar asociado a los costos que tiene por objeto cubrir. Por esta razón, se ordenará a la Solicitante justificar los mismos en las Bases de Licitación Definitivas.

141. Por su parte, el SEP propone modificar la tasa de rentabilidad considerada para calcular el pago anual equivalente mínimo anteriormente visto. En efecto, sostiene que una inadecuada determinación de dicho canon puede: (i) capturar valor por parte de los concesionarios de los frentes de atraque; (ii) desincentivar la realización de procesos licitatorios puesto que el valor de la empresa portuaria respectiva puede caer producto de la concesión; y (iii) generar asimetría competitiva

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en procesos licitatorios paralelos (proyectos con o sin inversiones) (folio 144, pp. 9 y ss.).

142. Específicamente, el SEP afirma que es conveniente que el valor de los activos utilizados para el cálculo del canon sea el costo de reposición de los mismos, pero que la tasa de rentabilidad que ellos generarían pueda aproximarse al valor de una tasa WACC (por las siglas en inglés de “costo promedio ponderado de capital”), y que ella sea especialmente calculada para empresas portuarias estatales. A juicio del SEP, dicha tasa mediría de mejor forma el costo de oportunidad de los recursos invertidos, cumpliéndose así el objetivo del canon portuario. Asimismo, señala que este cambio no tiene efectos en contratos de concesión vigentes, fortalece la argumentación sobre la adecuada fijación del canon y se alinea con los objetivos de la Ley de Puertos y con Informes del Tribunal (folio 144 pp. 9 y ss.). De igual manera, el Informe Complementario propone cambiar las tasas de los instrumentos del Banco Central para determinar el Pago Equivalente Mínimo (PAm_i), dado que ellas serían inferiores a la tasa WACC de 9%, que sería a su juicio la tasa de descuento a utilizar adecuada para valorizar los activos a entregar en concesión. Cabe señalar que la tasa WACC es el coste promedio ponderado del capital que se usa para evaluar los proyectos de inversión de las empresas.

143. Al respecto, el inciso 5° del artículo 6° del Reglamento, señala que “[p]or defecto, la suma de los valores económicos de los activos objeto de arrendamiento o concesión se considerará igual a la suma de los valores libro vigentes para los mismos. En caso que se estime que el monto inicial de la suma de los valores libro de los activos difiere significativamente del valor económico de éstos, el directorio de la empresa podrá utilizar un valor para SVA1, basado en un estudio técnico que sirva de fundamento para establecer la nueva base de cálculo para el PAm1.”

144. Como se observa, la autorización contemplada en dicho inciso corresponde al valor dado para la suma de los activos (“SVAi”) y que, para llegar a un canon de arrendamiento concordante con un valor económico, ellos deben necesariamente calcularse en base a la tasa de rentabilidad que generarían desde un punto de vista económico, esto es, reflejando su costo de oportunidad. De esta manera, aunque no existe una referencia a esta tasa de rentabilidad (“ri”) y en principio no podría modificarse dicha parte de la fórmula, el Informe Complementario ha dado cuenta de un problema que se observa respecto de “ri” ya que, los pagarés reajustables del Banco Central de Chile dejaron de emitirse y se siguen transando con tasas que no darían cuenta del costo de oportunidad de los recursos invertidos en la infraestructura que se traspasa al Concesionario (folio 144, p. 9). Naturalmente, no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

es posible aceptar un canon negativo, pues no es concebible que los activos realmente tengan un costo de oportunidad negativo (v.gr., que su mejor alternativa es desvalorizarse), lo que podría redundar en distorsiones en el valor económico de los activos que el canon anual pretende reflejar. Esto último justificaría una interpretación armónica de dicha norma por cuanto, tal como ésta declara, el canon anual es el monto de las rentas por el uso de los activos objeto de la concesión y debe tener “(...) *como referencia para tal efecto el valor económico de los mismos*”. De este modo, se puede inferir que la autoridad buscó evitar que la valorización de los activos que se entregan en concesión quedara desactualizada. Lo mismo ocurriría si se aplicara de forma literal la definición de “ri”, por lo que, para evitar una interpretación al absurdo de la norma, se debería aplicar respecto de esa parte de la fórmula la misma facultad contemplada para “SVAi”, permitiéndose que la empresa portuaria utilice un valor distinto justificado en un estudio técnico.

145. Atendido lo anterior, se ordenará a la Solicitante considerar para el pago anual equivalente mínimo el valor de los activos sobre la base de una tasa de rentabilidad que considere todas sus fuentes de financiamiento pertinentes y que reflejen el costo de oportunidad del financiamiento (v.gr., usando la tasa WACC).

146. Finalmente, respecto del cobro de la TUP a las navieras y naves que atracan en los Recintos Portuarios, esto es a las naves de cruceros internacionales (incluidas las que quedan a la gira) y regionales, portacontenedores y de graneles sólidos para Clinker, de US\$ 0,4/TRG, es efectivo que dicha tasa se ha asociado a la remuneración de molos de abrigo artificiales (salvo en el caso de Coquimbo donde se cobra la TUP y el molo de abrigo es natural). Dado que, como señaló en el párrafo 137, se permitirá que el Canon Anual refleje el valor económico de todos los activos que se darán en concesión (tangibles e intangibles), EPAustral no podrá cobrar una TUP en esta concesión.

(v) Infraestructura a concesionar y plazos, exigencias de experiencia y patrimonio mínimos, garantías, sanciones y multas, imponderables y fuerza mayor

147. El artículo 3° del Reglamento exige la elaboración de una Memoria Explicativa por parte de EPAustral y señala las materias mínimas que ésta debe contener, en tanto que su artículo 4° establece los contenidos mínimos de las Bases de la Licitación que EPAustral debe elaborar en concordancia con su Memoria Explicativa.

148. Al respecto, y tal como ya se ha señalado en informes anteriores (v.gr. Informe N° 22/2022; Informe N° 18/2020; Informe N° 11/2014; Informe N° 22/2022;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Informe N° 23/2022), es indispensable que tanto la capacidad de la infraestructura a concesionar como los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes se encuentren predefinidos con claridad y precisión en dicha Memoria Explicativa. De esta manera, la competencia por tarifas que se propone en este informe se producirá entre servicios de calidad y características de infraestructura equivalentes, y con ello los postulantes estarán en mejores condiciones de evaluar los costos y riesgos de la provisión de los servicios. Ello incrementará la información disponible y su simetría entre los postulantes, favoreciendo con ello mejores condiciones de competencia en la Licitación.

Capacidad de la infraestructura a concesionar

149. Como se ha señalado anteriormente, EPAustral entregará en concesión las áreas que están destinadas a la atención de naves de diversos segmentos y sus cargas en los Recintos Portuarios, excluyendo las áreas reservadas por EPAustral para su uso durante la concesión. Asimismo, estas áreas se encuentran circunscritas dentro de los límites de los Recintos Portuarios de la empresa y se singularizan en el párrafo siguiente.

150. En el anexo IV del borrador de las Bases se establecen (i) los deslindes de los Recintos Portuarios; (ii) el lugar en el que se encuentra el área base con su superficie y deslindes; (iii) la ubicación, superficie y deslindes del área de desarrollo marítimo; y (iv) los lotes involucrados en la concesión; y (v) las áreas reservadas por EPAustral para su uso durante la concesión. Estas últimas comprenden el actual edificio de administración del Terminal Prat, un terreno sin edificar de ocho hectáreas desafectado del área del Muelle Mardones, de un total de 24 hectáreas, y el actual edificio de administración del Terminal Natales.

151. Respecto de la infraestructura que se contempla construir según los POI, que fueron descritos en el párrafo 9 *supra* y se contemplan en el Anexo VII del borrador de las Bases.

152. A juicio de este Tribunal, la capacidad e infraestructura a concesionar se encuentran debidamente descritas en el borrador de las Bases.

153. En el punto 3.6.5 del borrador de las Bases, se establece expresamente que no contempla el pago del valor residual de los POI al Concesionario al finalizar dicho plazo, salvo los demás proyectos de inversión que ejecute en el área de la concesión, ya sea voluntariamente o por concepto de reparación que no puedan separarse sin detrimento y que hayan sido previamente autorizados por EPAustral.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

154. Al respecto, el SEP no se pronuncia en contra de ello y afirma que *“programa de inversiones obligatorias no considera pago de valor residual. Los proyectos obligatorios de inversión deberán ser ejecutados dentro de los dieciocho meses siguientes a la fecha de entrega de las áreas de concesión, salvo para el caso del Muelle Mardones en que dicho plazo es de cincuenta y cuatro meses a partir de igual fecha. En opinión del SEP, la magnitud de estas inversiones obligatorias resulta coherentes con el modelo de negocio, tamaño y resultados que ha mostrado la EPA en últimos años; registrando una relación Inversión / Patrimonio igual al 54%; Inversión / Activo Fijo igual al 63% y Relación Inversión-Ingresos 2020 del orden de 2,02 veces. Por último, el SEP considera que el futuro concesionario deberá tomar todas las medidas necesarias para asumir íntegramente la explotación y operación de los frentes de atraque en la fecha de entrega, sin que se produzcan interrupciones importantes en las operaciones.”* (folio 144, p. 12).

155. Con todo, el no pago del valor residual de las inversiones obligatorias que realice el Concesionario, puede constituir un desincentivo a la participación en el concurso. Por este motivo se solicitará a EPAustral que elimine esta frase en el punto 3.6.5 del borrador de las Bases o establezca un límite a pagar por este concepto en las Bases de Licitación Definitivas.

Exigencias en materia de plazos

156. Por otra parte, el establecimiento de plazos mínimos para la presentación de las propuestas a que se refiere el artículo 7º del Reglamento, favorecen la competencia en la Licitación ya que aseguran a los postulantes el acceso a información que es esencial para participar. En el mismo sentido, la FNE ha señalado que recomienda establecer un cronograma claro respecto del llamado a licitación, la publicación de éstos, la venta de las Base de Licitación Definitivas, periodos de consultas, el plazo para la presentación de ofertas, entre otros (folio 135, p. 73).

157. A este respecto, el borrador de las Bases establece en el punto 2.1, que el llamado a licitación se realizará conforme al citado artículo 7º del Reglamento, esto es, se contempla un plazo de 90 días entre el llamado a licitación y la presentación de las ofertas. Se indica también que dicho artículo establece que el período de venta de bases debe extenderse al menos por 15 días después de la publicación del último aviso en el diario de circulación nacional.

158. No obstante lo anteriormente expuesto, en el citado borrador no se especifica la fecha del llamado a Licitación; el período para formular consultas, la fecha de presentación de ofertas ni apertura de la “Oferta Antecedentes Generales”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tampoco se indica el plazo para la revisión del cumplimiento de los requisitos de la Oferta Antecedentes Generales, la fecha de apertura de las Ofertas Económicas, el período de posibles visitas a terreno, si es que fuera necesario, ni la fecha de firma del contrato. Todas estas omisiones deben ser consideradas en las Bases de Licitación Definitivas, por lo que se ordenará a la Solicitante que las incorpore en ellas.

159. En relación con el plazo de vigencia del Contrato de Concesión, la propuesta de EPAustral contempla otorgar la concesión por el plazo de 20 años, lo que parece razonable teniendo en consideración la experiencia del sector y los montos de las inversiones a realizar, particularmente los POI.

Exigencias en materia de experiencia y patrimonio mínimo

160. El punto 2.7.1 del borrador de las Bases indica la experiencia mínima que deberá tener el Oferente o alguno de sus miembros, en caso de un consorcio, como operador portuario. Se le exige haber transferido al menos 100.000 toneladas de carga general para cada uno de los últimos tres años. Asimismo, en la operación y explotación de servicios turísticos, se le exige haber transferido un mínimo de 2.000 pasajeros o haber facturado \$ 2.000.0000 de dólares por este concepto durante cada uno de los últimos tres años. A continuación, se detallan las formas de cumplir y acreditar la experiencia en el borrador de Bases consultado.

161. El patrimonio mínimo que deberá acreditar el oferente, según el borrador de Bases, es de \$10.000.000 de dólares, dados los compromisos y obligaciones que implica la ejecución de los POI y el desarrollo y explotación de las Concesiones (punto 2.7.2).

162. Además, el borrador de Bases indica que, si el oferente está integrado por varios miembros, cada uno de ellos deberá acreditar un patrimonio mínimo equivalente al producto entre \$10.000.000 de dólares y su participación accionaria en el Concesionario. Asimismo, en estos casos se exige que cada entidad que acredita patrimonio tenga una razón entre el total pasivos/total patrimonio (incluyendo intereses minoritarios) igual o inferior a tres.

163. Adicionalmente se prohíbe que un miembro de un consorcio oferente también lo sea de otro y tampoco podrá ser persona relacionada de otro. A su vez, también se prohíbe que un oferente que no sea consorcio sea persona relacionada o miembro de otro (punto 2.8.1 letra a)).

164. Tal como se ha sostenido en otras oportunidades (v.gr. Informes N° 10/2014, N° 11/2014, N° 18/2020 y N° 22/2022), las exigencias en materia de experiencia y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de patrimonio no deben ser desmedidas pues, de serlo, podrían constituir un desincentivo a la participación de interesados en la concesión. Sin perjuicio de lo anterior, parece razonable la exigencia de un nivel mínimo de experiencia y patrimonio, con el fin de evitar ofertas que puedan generar problemas con posterioridad.

165. Respecto de los requisitos de experiencia mínimos como operador portuario, la FNE en su aporte de antecedentes señaló, que *“la transferencia de carga en los Terminales a Licitación fue de alrededor de 687 mil toneladas anuales promedio entre los años 2018 y 2019. En ese sentido, la Solicitante estima necesario cumplir con menos de un 15% de la carga anual observada”* (folio 135, p. 71). Asimismo, indicó que *“los Terminales a Licitación poseen una transferencia promedio de cerca de 72.000 pasajeros anuales entre 2018 y 2019, cuya facturación anual fue de \$900.000 USD aproximadamente. En este caso, la Solicitante exigiría como experiencia menos del 30% de los pasajeros transportados, y menos del 0,3%, considerando la facturación por dicho concepto”* (folio 135, p. 71). Finalmente, respecto del patrimonio mínimo, la FNE sostiene que *“los requisitos no parecieran ser desmedidos, dado que tanto el patrimonio como el nivel de endeudamiento se encuentran acorde con lo observado dentro de la mayoría de las sociedades concesionarias a lo largo del país”* (folio 135, p. 71).

166. Debido a lo anterior, parecen razonables las exigencias incorporadas en el borrador de Bases respecto del nivel mínimo de experiencia y patrimonio para operar el Recinto Portuario, con el fin de evitar ofertas que puedan generar problemas con posterioridad.

167. Al igual que en otros informes (v.gr. Informe N° 18/2020, Informe N° 22/2022 e Informe N° 23/2022), se considera razonable, en este caso, que el borrador de las Bases no permita sumar las experiencias de los miembros de un eventual consorcio, ya que ello no debiera afectar la participación de potenciales oferentes.

Garantías

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

169. El borrador de las Bases establece cuatro tipos de garantías: (i) garantía de seriedad de la oferta, (ii) garantía por fiel cumplimiento del Contrato de Concesión, (iii) garantía de fiel cumplimiento del POI; y (iv) garantía para la provisión de fondos de la concesión.

170. En efecto, el borrador de Bases de Licitación se indica que el oferente deberá entregar una boleta de garantía por un monto mínimo de 500.000 Unidades de Fomento (“UF”), tomada en beneficio de EPAustral, para asegurar el mantenimiento y la seriedad de la oferta efectuada en relación con la Licitación de los Recintos Portuarios, en especial, pero no excluyente, para caucionar las obligaciones del futuro adjudicatario. En la sección correspondiente (punto 2.8.1 letra d)) se regulan una serie de materias vinculadas a esta garantía, tales como el mecanismo para hacerla efectiva; el plazo y condición para devolver aquellas garantías a los oferentes que no resultaron adjudicatarios; las causales para exigir su pago sin necesidad de autorización previa del árbitro designado; y la posibilidad de reclamar perjuicios, aunque se haya hecho efectiva la garantía, en caso de producirse estos.

171. A su vez, el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato es de 722.000 dólares (sección 3.13.1) pagadera a la vista y en dinero en efectivo a favor de EPAustral. Además, se establece que el valor de dicha garantía se incrementará de manera de cubrir cualquier aumento en el Canon Anual y Pago Anual.

172. Adicionalmente, el borrador de las Bases establece una garantía de Fiel Cumplimiento del POI y también la obligación de garantizar la provisión de fondos para cubrir programas de mitigación de trabajadores portuarios.

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

Régimen de sanciones y multas

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

175. Al respecto, en primer lugar, cabe señalar que el borrador de Bases de Licitación señala bajo qué circunstancias EPAustral podrá poner término anticipado a la concesión. Ello se producirá por vencimiento del plazo de la concesión, por el mutuo acuerdo de las partes o bien cuando el Concesionario incurra en un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incumplimiento grave de sus obligaciones, según se define en el borrador de Bases de Licitación (punto 3.25).

176. En relación con el incumplimiento grave de las obligaciones, el punto sección 3.25.1 letra d) del borrador de Bases de Licitación, especifica detalladamente cuáles son las obligaciones cuyo incumplimiento se considera grave. Adicionalmente se establece una causal de caducidad cuando no se presten los servicios básicos durante 48 horas sin causa justificada.

177. A juicio de este Tribunal, quedan razonablemente especificadas en el Borrador de las Bases las causales de incumplimiento grave de parte del Concesionario. Sin embargo, la causal contemplada en el número x), letra d) del punto 3.25.1 d) de las Bases es muy general e incierta, en cuanto señala que se considerará incumplimiento grave “las demás señaladas en el Contrato de Concesión”. Esto podría desincentivar la competencia por la Licitación por cuanto no se indica a que otras causas se refiere. En consecuencia, se solicitará a EPAustral que elimine dicho numeral.

178. Por otra parte, el borrador de Bases establece que los incumplimientos de obligaciones no calificados como graves y que dan lugar a la terminación del Contrato de Concesión, serán sancionados con las multas que se establecerán en el punto 3.20. Dichos incumplimientos están detallados en las letras a) a j) y en ellos se dejó en blanco el monto de la multa aplicable en cada caso.

179. Las causales de incumplimiento merecedoras de multas están suficientemente descritas en las bases, por lo que se cumple con los criterios de transparencia e información que deben tener los potenciales interesados en participar en esta Licitación. Sin embargo, se deben especificar los montos de las multas en las Bases de Licitación Definitivas.

180. El mencionado punto 3.20 de las Bases también regula el procedimiento de reclamo de las multas y la forma en que éstas deben ser pagadas. En cuanto a lo primero, el reclamo se somete al conocimiento de un “experto independiente” considerado en las bases, lo que parece razonable pues se deja a un tercero la decisión final del mismo (punto 3.29).

Imponderables y fuerza mayor

181. En el punto 3.16 de las Bases, sobre “*Destrucción de los frentes de ataque y reconstrucción*”, se plantean distintas situaciones frente a eventos de fuerza mayor que destruyan total o parcialmente los Recintos Portuarios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

182. En el caso de destrucción total, esto es, si la capacidad de operación de los frentes de ataque se reduce en un 66% o más, se establece que, si el Concesionario deseara perseverar en el Contrato de Concesión, debe comunicarlo a EPAustral para quien será facultativo aceptar o rechazar dicha petición. Por su parte, en los casos de destrucción parcial se plantean dos escenarios. El primero, cuando la capacidad de operación de los frentes de ataque se haya reducido en un 33% o menos, consigna que las obligaciones de ambas partes permanecerán inalteradas. El segundo, cuando la capacidad de operación de los frentes de ataque se haya reducido en más de un 33% y menos de un 66%, establece la facultad del Concesionario de terminar el contrato o de continuar con él, en cuyo caso sus obligaciones permanecen inalteradas, salvo el pago de Canon Anual inmediatamente siguiente al evento, el que será reducido en el mismo porcentaje en que se reduzca la capacidad de operación de los Recintos Portuarios.

183. Las diferencias que surjan con ocasión de los porcentajes de la capacidad operativa de los frentes de ataque serán resueltas por el experto independiente a que se refiere la sección 3.29.1 del borrador de las Bases.

184. En caso de que el contrato no persevere, los pagos por concepto de indemnizaciones de las compañías de seguros con quienes se hayan celebrado los respectivos contratos se realizarán a EPAustral, sin que el Concesionario tenga derecho a reembolso por este concepto, sin perjuicio de lo que se indica en el párrafo siguiente sobre la reparación o reconstrucción de los frentes de ataque.

185. En el evento que el Concesionario opte por perseverar en el contrato o deba continuar con su ejecución, deberá restaurar o reconstituir los frentes de ataque dañados, para lo cual deberá presentar a EPAustral un proyecto de inversión que deberá ser aceptado por ésta. En este caso, EPAustral deberá entregar al Concesionario los recursos necesarios para la ejecución de las obras hasta por el monto que reciba por concepto de indemnizaciones por los seguros comprometidos.

186. En términos generales, las disposiciones del borrador de las Bases relativas a la reconstrucción y reparación de los frentes de ataque por fuerza mayor están en línea con el artículo 15 del Reglamento que establece que “[s]erán de cargo del arrendatario, concesionario o de la sociedad, en su caso, las reparaciones por siniestros o daños materiales causados en los bienes que se encuentren bajo su responsabilidad, salvo caso fortuito o fuerza mayor, debidamente acreditado”. En efecto, en el borrador de Bases se establece que en los casos de destrucción total y aquellos que reduzcan entre un 33% y un 66% de la capacidad operativa de los frentes de ataque, se le otorga la facultad al Concesionario de perseverar en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contrato y solo se le obliga a esto último en el caso que la pérdida de dicha capacidad operativa sea de un 33% o menos. Por consiguiente, las dos hipótesis recién expuestas dan cumplimiento a lo dispuesto por el Reglamento toda vez que no obligan al Concesionario a reparar el frente de ataque por eventos de fuerza mayor o caso fortuito, dándole la oportunidad de perseverar en el contrato si lo deseara. Sin embargo, cuando la disminución en la capacidad operativa del frente de ataque corresponde a menos de un 33%, el borrador de las Bases establece que se mantienen las obligaciones inalteradas del Concesionario, incluso si la causal es caso fortuito o fuerza mayor, lo que contravendría la citada norma, razón por la cual se ordenará a la Solicitante modificar esta disposición en las Bases de Licitación Definitivas.

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

187. Un buen diseño de bases de licitación debe promover condiciones de provisión de los servicios portuarios básicos lo más cercanas posible a las que prevalecerían en un mercado competitivo en términos de precio, cantidad y calidad.

9.1. Introducción

188. Tal como se ha establecido en anteriores Informes (v.gr. Informes N° 11/2014 y N° 18/2020), la competencia en la licitación que asigna los frentes de ataque objeto de este informe no es la única relevante para el buen funcionamiento del mercado de servicios portuarios. El hecho que se asigne una concesión usando como variable de adjudicación el menor precio o, como en este caso, un polinomio de los menores precios a cobrar por los servicios básicos es porque se concibe que lo que se está licitando es un monopolio o una instalación que puede dar lugar a un grado de poder monopólico significativo. Esta es la contribución principal de la visión de Demsetz a un problema que, hasta entonces, solo parecía abordable con una detallada regulación *ex post* (véase, Demsetz, H. (1968): *Why regulate utilities*, Journal of Law and Economics, vol. 11, pp. 55-65).

189. Lo anterior no obsta a que, una vez que la concesión sea asignada competitivamente también se debe resguardar en la misma licitación el desempeño posterior del adjudicatario en la provisión de dichos servicios, de modo que lo que se pudo controlar con la licitación por precio, no se descontrola con acciones diferentes a la imposición del precio y que redundan en un abuso de la posición monopólica. A esta segunda aproximación, el Tribunal se ha referido como el ámbito de la competencia *ex post* y sobre las cuales se aboca ésta y la próxima sección sobre resguardos estructurales.

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

190. Como se ha señalado, la administración y operación de la Infraestructura Portuaria que se licitará está regulada por la Ley de Puertos, su Reglamento y por el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque (en adelante, "RUFA") de EPAustral (aprobado por Resolución Exenta N° 169 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de fecha 19 de enero de 2010), además de las Bases de Licitación y las normas generales, como el D.L. N° 211.

191. Este conjunto de normas, que constituyen el marco regulatorio aplicable a la prestación de servicios portuarios, se analiza a continuación agrupándolo en las siguientes materias: (i) acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios; (ii) mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros; (iii) obligaciones en relación a las tarifas; (iv) registro y publicidad de las tarifas especiales; (v) normas de calidad; (vi) reglas de asignación de capacidad y atención eficiente de las naves y carga; (vii) deberes de transparencia e información; (viii) control de no discriminación y Comité de Directores; y, (ix) modificaciones del Contrato de Concesión.

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

192. Los frentes de atraque de EPAustral que serán licitados son de uso público, por lo que el futuro Concesionario de los Recintos Portuarios deberá prestar servicios en forma continua, permanente y no discriminatoria. Estas obligaciones están establecidas en el inciso final del artículo 14 de la Ley de Puertos y en el artículo 19 letra d) del Reglamento.

193. Por su parte, el RUFA de EPAustral que se transcribió en el Anexo V del borrador de las Bases, establece en sus artículos 16 y siguientes que el Concesionario deberá contar con un Manual de Servicios, el que será de conocimiento público y establecerá las normas y procedimientos conforme a los cuales los particulares, concesionarios y usuarios podrán acceder a los servicios que se presten en los frentes de atraque de dicho puerto.

194. En el punto 3.9.4 del borrador de las Bases se establece que las normas y procedimientos que se establezcan en el Manual de Servicios se deben orientar a otorgar un trato no discriminatorio a los usuarios de los frentes, un uso eficiente de la infraestructura, y un desarrollo armónico y sustentable en el largo plazo de la actividad portuaria (artículo 20 del RUFA).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

195. Tal como se ha determinado en informes anteriores (Informes N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 18/2020), se establecerá que las condiciones para la prestación de los servicios por parte del Concesionario, deberán ser generales y no discriminatorias y estar contenidas en documentos públicos (como puede ser el mencionado Manual de Servicios), a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el Concesionario mantenga en Punta Arenas y en Puerto Natales, como en los medios que utilice en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio *web* u otro).

(ii) Mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros

196. El RUFA de EPAustral establece en su artículo 56 que los usuarios de los frentes de atraque podrán someter al conocimiento o resolución del gerente general de EPAustral las controversias que se susciten con los concesionarios respecto de la prestación de los servicios contratados con éstos. Producto de lo anterior, la empresa portuaria podrá sancionar con multas a aquellos concesionarios que infrinjan las normas o procedimientos establecidos en el respectivo Manual de Servicios.

197. Sin perjuicio de lo señalado y considerando lo que se ha resuelto en informes anteriores (Informe N° 6/2009 y N° 18/2020, entre otros), el borrador de Bases de Licitación contempla la posibilidad de que EPAustral actúe de oficio ante situaciones de discriminación, lo que es útil ya que puede contribuir a la eficacia y eficiencia de la fiscalización de conductas contrarias a la libre competencia. Así, en el punto 3.20.2 del citado borrador, faculta a la Solicitante para aplicar multas y sanciones de oficio y una de las hipótesis se relaciona con actos de discriminación en el acceso, servicios o tarifas, sin perjuicio del derecho del Concesionario de acudir al árbitro o al experto independiente, según la naturaleza de la cuestión en disputa, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse por la aplicación de sanciones por parte de EPAustral, tal como se establece en el punto 3.29.1 y 3.29.2 del borrador de Bases.

198. Este Tribunal considera adecuado el mecanismo propuesto por la Solicitante, destacando la incorporación de la facultad de oficio de la empresa portuaria para fiscalizar eventuales conductas discriminatorias por parte del futuro Concesionario, sin perjuicio del derecho del Concesionario de acudir al árbitro o al experto independiente.

(iii) Obligaciones en relación con las tarifas

199. Según lo dispuesto en el inciso final del artículo 14 de la Ley N° 19.542, el Concesionario deberá establecer tarifas públicas y no discriminatorias por sus

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicios básicos, las que no podrán ser superiores a las tarifas máximas acordadas en el Contrato de Concesión.

200. El borrador de Bases de Licitación establece que EPAustral podrá negar el registro de tarifas que no se adecúen a su oferta y a lo estipulado en las Bases de Licitación Definitivas y en el Contrato de Concesión o que den como resultado un Índice Tarifario Mayor al índice de Adjudicación.

201. El borrador de Bases de Licitación dispone además que el Concesionario podrá cobrar por los servicios que preste, tomando en consideración el Índice de Adjudicación y las tarifas máximas según las instrucciones impartidas en la Sección 8 anterior.

202. En vista de lo señalado en la Sección 8 de este Informe, EPAustral, a efectos de identificar las tarifas máximas a cobrar por los servicios básicos, deberá separar el Índice de Adjudicación durante la operación de la concesión, en tres: un subíndice Máximo de Tarifas a aplicar al Muelle Mardones, otro subíndice máximo a aplicar al Terminal Prat y otro subíndice Máximo a aplicar al Terminal Natales.

203. Los subíndices ordenados incorporar en la Sección 8, resultantes de la adjudicación de la concesión determinarán la combinación de tarifas máximas a cobrar anualmente en cada unidad de negocio, de modo que el Concesionario tendrá la posibilidad de fijar libremente las tarifas por los servicios básicos que provee en cada unidad de negocio siempre que ellas no den como resultado un subíndice superior al de adjudicación debidamente reajustado.

204. Adicionalmente, en el borrador de Bases de Licitación (punto 3.11.2 c)) se indica que el Concesionario deberá cumplir con las siguientes condiciones para la identificación y fijación de las tarifas de los servicios básicos: i) no se podrán realizar cobros adicionales por actividades y/o recursos implícitos y necesarios para prestar alguno de los servicios básicos, pues todas las actividades propias de un servicio básico deben quedar comprendidas bajo el mismo sin poder desglosarse de manera de crear otro servicio básico independiente; ii) la tarifa de cualquier servicio que incluya alguna actividad propia de un servicio básico no podrá exceder de la tarifa más alta fijada por el Concesionario para el servicio básico que incluye esa actividad; iii) la suma de las tarifas de servicios que incluyan una o más actividades comprendidas en un servicio básico no podrá exceder a la tarifa más alta fijada por el Concesionario para ese servicio básico; iv) podrá ofrecer grupos de servicios, pero el usuario siempre podrá contratar un servicio registrado en forma individual pagando la tarifa registrada por el Concesionario; v) queda prohibida la venta atada de servicios básicos y servicios especiales; vi) Las tarifas serán públicas, objetivas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y no discriminatorias; y vii) la identificación de los servicios se hará en base a las actividades que lo componen.

205. Respecto de dichas condiciones, se considera que ellas son necesarias ya que evitan el cobro de tarifas discriminatorias. En este mismo orden de consideraciones, el borrador de las Bases de Licitación señala que el Concesionario tendrá libertad para fijar las tarifas que cobre por los servicios que preste, siempre que, en el caso de los servicios básicos, éstas sean menores a las tarifas ofertadas, y que podrá establecer tarifas diferenciadas para cada servicio (punto 3.11.1) cuando ellas se fijen en base a criterios objetivos y no discriminatorios.

206. A su vez, los criterios de diferenciación asociados a cada tarifa deberán ser puestos en conocimiento de todos los usuarios y de EPAustral. Por este motivo, deberán establecerse en las Bases de Licitación Definitivas o en el Contrato de Concesión, normas de registro de tarifas que prevengan un uso estratégico o discriminatorio producto de la facultad de la concesionaria de establecer tarifas diferenciadas o de modificar libremente las tarifas. Uno de esos mecanismos es el sugerido en anteriores informes (Informes N° 6/2009, N° 9/2013, N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 18/2020), en los que se ordenó que las tarifas que el Concesionario determine deberán ser registradas ante la empresa Portuaria respectiva con al menos 30 días de anticipación a su entrada en vigencia, teniendo un plazo mínimo de duración de 60 días. Este mecanismo se contempla en el punto 3.11.4 del borrador de las Bases.

207. Respecto de lo señalado en la letra c) del punto 3.11.2 del borrador de las Bases, el cual establece que el Concesionario *“Podrá ofrecer grupos de servicios”*, esto queda sujeto a la prohibición señalada en el numeral v) siguiente, el cual indica *“v) queda prohibida la venta atada de Servicios Básicos y Servicios Especiales”*. Esta prohibición desincentivará el uso de estrategias como la venta en paquete o la venta atada con fines exclusorios y discriminatorios.

208. Por otra parte, para evitar cualquier discriminación arbitraria entre clientes, se exigirá que las tarifas que cobre el Concesionario por sus servicios básicos, especiales u opcionales, sean objetivas, públicas y no discriminatorias, tal como se propone en el borrador de las Bases en la letra d) vi) del punto 3.11.2. Asimismo, cualquier acuerdo particular entre el Concesionario y un determinado usuario que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas, deberá ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas, tal como se propone en el punto 3.11.1. Finalmente, respecto de la posibilidad que el Concesionario establezca el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pago de premios por servicios expeditos u otorgue descuentos, se contempla en el borrador de las Bases que *“no podrán otorgarse premios por servicios expeditos o descuentos por fidelidad que involucren exclusividad de servicio ni que hagan referencia a la carga transferida o a las metas cumplidas en relación con lo realizado en otros terminales.”* (punto 3.11.1). Con todo, EPAustral deberá incluir en dicha prohibición que esos premios no pueden hacer referencia o asociarse a carga transferida o a metas cumplidas en otros periodos. De esta forma, la Bases de Licitación Definitivas deberán indicar que *“no podrán otorgarse premios por servicios expeditos o descuentos por fidelidad que involucren exclusividad de servicio ni que hagan referencia a la carga transferida o a las metas cumplidas en relación con otros terminales o en otros periodos.”*

209. Respecto de las tarifas de servicios especiales, ellas no quedan sujetas a regulación dado que el monto a cobrar se determina en condiciones competitivas. Ahora bien, con el objeto de transparentar los aportes que los servicios especiales representan en los ingresos del Concesionario, se solicitará que el Concesionario indique en sus estados financieros qué servicios se clasifican como básicos y cuáles se clasifican como especiales. Asimismo, se le solicitará que en una nota de los estados financieros exprese el aporte total de los servicios especiales. Lo anterior, permitirá tener un mejor control respecto de la correcta clasificación entre servicios especiales y básicos, la que podrá ser revisada conforme a lo señalado en la Sección 9.

(iv) Del registro y publicidad de las tarifas

210. Respecto de las tarifas especiales, se señala en el borrador de Bases de Licitación (punto 3.11.3) que, con el objeto de transparentar los aportes que los Servicios Especiales representan en los ingresos del Concesionario, este deberá indicar en sus estados financieros qué Servicios se clasifican como Básicos y cuáles como Especiales y expresar en una nota de esos estados financieros el aporte total por concepto de Servicios Especiales.

211. En cuanto al registro de las tarifas y su publicidad (sección 3.11.4), Tarifas Especiales que fije el Concesionario deberán ser públicas, para lo cual deberá comunicarlas a EPAustral para su evaluación y registro. Este registro deberá contener todas las Tarifas aplicables a los servicios prestados por el Concesionario, incluido los premios por pronto despacho y descuentos. Las tarifas entrarán en vigencia al momento en que el Concesionario lo indique, pero no antes de 30 días corridos contados desde el referido registro ni antes de 30 días corridos contados desde la fecha de publicación del anuncio de la citada modificación. Además, las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tarifas registradas por el Concesionario tendrán un plazo mínimo de vigencia de 60 días.

212. El registro que lleve EPAustral deberá ser público y podrá ser consultado por todos los interesados, debiendo el Concesionario realizar las acciones que correspondan para que los usuarios tengan conocimiento oportuno de las Tarifas vigentes.

(v) Normas de calidad

213. Tal como se propone en el borrador de Bases de Licitación, es necesario establecer en éstas o en el Contrato de Concesión algún estándar de calidad mínimo que deba cumplir el Concesionario, al menos en cuanto a los tiempos de ocupación máxima por nave -TOM- (esto es, el tiempo que demora el Concesionario en la transferencia de carga de una nave promedio), tiempos de ocupación máxima anuales -TOMA- y tiempos máximos de espera por nave, cuyo cumplimiento deberá ser supervisado por EPAustral. Lo anterior está regulada en el acápite 3.9 de las Bases.

214. Asimismo, y como se ha solicitado en informes previos (Informes N° 6/2009, N° 9/2013, N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 18/2020), EPAustral deberá establecer multas o sanciones eficaces para prevenir el incumplimiento de dichos estándares de calidad de servicio o los umbrales de ocupación que sean definidos.

(vi) Reglas de asignación de capacidad y atención eficiente de las naves y carga

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

216. De este modo, se mencionan algunos criterios que deberán cumplir las reglas de prioridad, identificando los sitios a los cuales son aplicables, la forma y contenido de la solicitud de atraque, la antelación con que debe presentarse y los procedimientos de programación, entre otros. Sin perjuicio de esto, en el RUFA de EPAustral se establece que el Reglamento y el Manual de Servicios deberán contemplar, al menos, las normas y procedimientos que se utilizarán para programar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el atraque de naves, estableciendo las reglas de prioridad para el atraque de naves al puerto. Además, indica que se contemple más de una regla de prioridad para un mismo sitio, el Reglamento y el Manual señalarán el orden en que se aplicará cada regla de prioridad.

217. Asimismo, el RUFA de EPAustral señala que el Reglamento o el respectivo Manual de Servicios deberán establecer las normas que el Concesionario utilizará para asignar, al menos, las vías de circulación y las áreas del frente de atraque que se destinen a la realización de funciones de embarque y desembarque, así como las que se destinen a almacenamiento, acopio y depósito comercial.

218. En línea con lo resuelto en informes anteriores (v.gr. Informe N° 11/2014 y N° 18/2020), se deberá establecer clara y objetivamente en los respectivos Reglamentos o Manuales de Servicios, las condiciones de prioridad y asignación de los espacios, uso de infraestructura y capacidad en el puerto, debiendo realizarse en términos objetivos y no discriminatorios.

219. El borrador de Bases de Licitación contempla lo anterior, al señalar que se exigirá al Concesionario la elaboración de un Manual de Servicios (punto 3.9.4) que deberá contener normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves, todo ello de conformidad con los criterios generales y requisitos mínimos establecidos en el RUFA.

220. Por su parte, en el mismo ítem de las Bases se establecen multas a ser aplicadas a los usuarios que, por cause que les fuere imputable, incumplan la fecha y hora de atraque comprometida.

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

(vii) Deberes de transparencia e información

222. El Concesionario deberá constituirse como sociedad anónima de giro exclusivo y se registrará por las normas de las sociedades anónimas abiertas, según lo establece el número 1 del inciso tercero del artículo 14 de la Ley N° 19.542, lo que se contempla en el punto 3.1 del borrador de las Bases.

223. En concordancia con lo establecido en informes anteriores (v. gr. Informe N° 11/2014 y N° 18/2020), EPAustral deberá, además, establecer la periodicidad con la que el Concesionario deberá entregarle la información que resulte relevante para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la contratación de los servicios portuarios, tales como precios y cumplimiento de estándares de calidad. Asimismo, dicha información deberá ponerse a disposición de cualquier interesado, tanto en las oficinas que el Concesionario mantenga en Puerto Natales y Punta Arenas, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro).

224. Junto con lo anterior, las Bases de Licitación deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información respecto de sus empresas relacionadas, en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores (en adelante, "Ley N° 18.045").

225. Por otra parte, el Concesionario deberá proporcionar al Directorio de EPAustral la información que éste le requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la Ley, de las Bases de Licitación, del Contrato de Concesión y de las condiciones establecidas en este Informe, información que el Concesionario o sus accionistas no le podrán negar amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. De ser información que corresponda a una de estas categorías, EPAustral deberá adoptar los resguardos correspondientes para asegurar su mantención en dicha calidad.

226. Adicionalmente, se considera necesario incorporar la recomendación formulada en el Informe N° 18/2020, relativa a la obligación de la concesionaria de entregar información sobre mallas societarias y toneladas movilizadas. De esta manera, las Bases de Licitación deben incluir la obligación anual del Concesionario de entregar información relativa a las mallas societarias de los accionistas de las concesionarias y sus empresas relacionadas, como asimismo las toneladas movilizadas en los respectivos frentes de atraque y por región, en los 12 meses anteriores a cada fiscalización, desagregada por tipos de carga y también por modalidades o categorías de usuarios, tanto a la Solicitante como a la Fiscalía Nacional Económica.

(viii) Control de no discriminación – Directores independientes y Comité de Directores

227. En el evento que uno o más usuarios relevantes se integren verticalmente con el Concesionario, de conformidad a lo dispuesto en la Sección 10, EPAustral, en sus Bases de Licitación Definitivas, deberá exigir a dicho Concesionario dar cumplimiento a las obligaciones que establece el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046, esto es contar con directores independientes y un Comité de Directores. Asimismo,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores que se constituya de conformidad con dicho artículo.

(ix) Modificaciones del Contrato de Concesión

228. El punto 3.28 del borrador de las Bases propone que las partes puedan modificar el Contrato de Concesión de común acuerdo en la medida que concurren las condiciones que permiten la modificación de contratos precedidos de una licitación pública y se cumplan las condiciones que requiera, eventualmente este Tribunal.

229. Al respecto, EPAustral da cuenta de los criterios sobre modificación del Contrato de Concesión que ha considerado el Tribunal en otros informes, y sostiene que el mecanismo de adecuación del contrato que se incorporó en el Informe N° 18/2020, y en particular, la enumeración de materias que conoce el Tribunal habría incorporado una inflexibilidad modificatoria, que va más allá de aspectos relacionados con la defensa de libre competencia (folio 6, p. 91). Afirma que la flexibilidad para adecuar los contratos es necesaria para el desarrollo de un mercado dinámico, por lo tanto, solicita que la ejemplificación incorporada en el Informe N° 18/2020 se restrinja a los casos relativos al factor de adjudicación “estructura tarifaria”. Asimismo, propone rebajar a cinco años el plazo para revisar las modificaciones y que sea este Tribunal quien defina las modificaciones (folio 6, pp. 93-95). Por su parte, Camport considera razonable la solicitud de EPAustral respecto de que es ineficiente que la competencia de este Tribunal se restrinja a constatar las variaciones de competencia relevantes y que luego, si existe desacuerdo, las partes deban iniciar un procedimiento arbitral, debiendo a su juicio ser este mismo Tribunal quien autorice tales modificaciones de forma directa (folio 96, p. 18).

230. Por su parte, la FNE sostiene que las variables señaladas en el Informe N° 18/2020, *“tanto en lo que se refieren a tarifas como al índice tarifario, así como a ciertas materias relacionadas directamente con las variables de adjudicación, tales como el plazo de la concesión, las precisiones sobre aspectos técnicos contenidas en las BALI y las modificaciones que afecten al concesionario, cuando afecten los criterios de adjudicación, deben ser revisadas por el H. TDLC en un proceso de consulta, pues, por su relevancia, podrían afectar las condiciones de competencia y el nivel de servicios que existirá en los Terminales a Licitar. Sin dicho resguardo, sería posible que el concesionario y EPAustral modificasen el contrato de concesión contraviniendo lo establecido por el H. Tribunal”* (folio 135, p. 95). Respecto a quien debería pronunciarse sobre la modificación propuesta, la Fiscalía señala que este

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tribunal “*podría determinar, al momento de resolver la consulta que presenten las partes, si atendidas las variaciones a las condiciones de competencia, corresponde adecuar las cláusulas contractuales de acuerdo a lo que en el caso concreto sea solicitado por el concesionario y/o EPAustral*” (folio 135, p. 95). Por último, respecto a la disminución del período para modificar el Contrato de Concesión, señala no tener objeciones respecto de admitir un plazo menor, siempre que las modificaciones estén justificadas en cambios de circunstancias objetivas y verificables (folio 135, p. 95).

231. Al respecto, este Tribunal comparte la opinión de la empresa portuaria y de Campport, en el sentido que considera adecuado un mecanismo de modificación de contrato que permita un cierto grado de flexibilidad. Así, pareciera que no es adecuado, en este caso, ampliar el universo de materias que deben ser modificadas por este Tribunal.

232. De esta forma, las modificaciones del Contrato de Concesión estarán sujetas a las siguientes reglas.

233. EPAustral deberá establecer un mecanismo de adecuación del Contrato de Concesión distinguiendo entre materias que serán modificadas previa consulta al Tribunal y aquellas cuya modificación se efectuará de común acuerdo o mediante el procedimiento de resolución de controversias que se establezca en el contrato, según se establece en el acápite (ii) de esta Sección.

234. Para modificar el Contrato de Concesión en aquellas materias relacionadas con la estructura tarifaria y pagos del Concesionario a EPAustral, será necesario que (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que haya entrado en operaciones los Recintos Portuarios de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, y (ii) este Tribunal las hubiere autorizado en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Tratándose de la reclasificación de los servicios especiales y básicos, dicha autorización podrá solicitarse cuando hubiere transcurrido a lo menos un año desde que haya entrado en operaciones los Recintos Portuarios de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión.

235. Para modificar otras materias del Contrato de Concesión será necesario que: (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que haya entrado en operaciones los Recintos Portuarios de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, y (ii) las modificaciones propuestas se hayan notificado previamente a la Fiscalía Nacional Económica con, al menos, 90 días de anticipación a su implementación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

10.1. Introducción

236. En forma adicional a los resguardos señalados en las Secciones 8 y 9 anteriores, en esta Sección se analizarán los riesgos en materia de integración vertical y horizontal, así como la necesidad de establecer o no resguardos estructurales.

237. Como se ha señalado, EPAustral solicita: (i) que la restricción a la integración vertical se fije en un 80% respecto de la posesión que podrán tener el conjunto de los usuarios relevantes en el total del capital, derechos políticos y utilidades del futuro Concesionario; y (ii) que se decrete que la restricción a la integración horizontal sea absoluta respecto a los controladores y relacionados a “Transmarko Transporte Marítimo Kochifas S.A.”, titular y operador del Muelle Kochifas, y a dicha sociedad propiamente tal (Solicitud a folio 6, p. 96).

238. Respecto del resguardo estructural a la integración vertical, EPAustral sostiene que se justifica que esta restricción se fije en un 80% atendido que la restricción a la integración vertical puede ser sustituida por reglas menos invasivas, pero de igual eficacia, como son los resguardos conductuales (folio 6, p. 75).

239. En cuanto al resguardo estructural a la integración horizontal, funda su solicitud en que si no existen restricciones horizontales y un incumbente (Muelle Kochifas y su entorno societario) se adjudica los Recintos Portuarios objeto de la Solicitud, no habrá garantía de que se produzca un beneficio o rentabilidad social que amerite autorizar su participación. Lo anterior en vista de que, todo lo demás constante, mientras menos concentrado es un mercado, es decir, mientras más oferentes existan, menor debería ser el precio de equilibrio (folio 6, p. 62).

240. A este respecto, cabe señalar que, tal como se ha señalado en informes anteriores (Informes N° 6/2009, N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 18/2020), en el análisis de los resguardos estructurales se debe tener en consideración que éstos tienen por objeto asegurar la existencia de oferentes de servicios portuarios independientes y que carezcan de incentivos para incurrir en conductas contrarias a la libre competencia.

10.2. Integración Vertical

(i) Opinión de los intervinientes

241. Como se señaló, la Solicitante es de la opinión que la restricción a la integración vertical puede ser sustituida por reglas menos invasivas, pero de igual eficacia, como son las reglas conductuales de no discriminación, entre otras, por lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que propone que la restricción se fije en un 80% (folio 6, p. 75), posición que es plenamente compartida por el SEP (folio 144, p. 7). En el mismo sentido se pronuncia el Informe Arrau, donde se indica que la restricción a la integración vertical puede ser reemplazada por un control más estricto del Contrato de Concesión en lo que respecta a discriminación y calidad de servicio, motivo por el cual dicho informe recomienda una restricción vertical no menor al 80% (folio 164, p. 95).

242. Por su parte, Campport señala, sin proponer un umbral en particular, que el análisis de las restricciones a la integración vertical debe ser realizado caso a caso, ponderando sus ventajas o eficiencias con los riesgos a la competencia. En ese sentido, agrega que, si las primeras son superiores a los segundos, sería razonable no imponer restricciones, siempre y cuando los riesgos se encuentren debidamente mitigados mediante la imposición de otros remedios menos intrusivos que puedan desincentivar la participación de la mayor cantidad de oferentes en la respectiva licitación. En consecuencia, basándose en el Principio de la Normalidad, postula que debe ser quien pretende imponer una limitación tan intrusiva como una restricción a la integración vertical, quien debe justificarla (folio 96, pp. 12 y 13).

243. La FNE estuvo por establecer una restricción más estricta que la solicitada por EPAustral en atención a la ausencia de competidores portuarios en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, salvo por el Muelle Kochifas, y a que las conductas de sabotaje pueden ser difíciles de detectar y fiscalizar. Por estos motivos, sumado al hecho de no observar justificaciones de eficiencia asociadas a la estructura de integración vertical propuesta por EPAustral, a juicio de la Fiscalía, *“un umbral del 80% -o, en cualquier caso superior al 66%- no resulta eficaz en este caso para mitigar los riesgos para la libre competencia derivados de la integración vertical, toda vez que los accionistas minoritarios carecerán de las herramientas de contrapeso en la administración de los Terminales a Licitar”*, por lo que dicho servicio plantea fijar el umbral de integración vertical para usuarios relevantes en un 40%, o en un porcentaje en ningún caso superior al 60% (folio 135, pp. 96 - 100).

244. En la misma línea que la FNE, Agunsa señala que no hay justificación para establecer un umbral tan permisivo como lo sería fijarlo en un 80%, tal como propone EPAustral, porque, en su concepto, se generarían los mismos riesgos a la libre competencia que si no existiese restricción alguna a la integración vertical. Indica que, por los riesgos latamente descritos, resulta sumamente riesgoso que el Concesionario portuario se encuentre integrado casi en su totalidad con algún usuario relevante porque los resguardos conductuales no son lo suficientemente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

eficaces para evitar, o mitigar, los riesgos de discriminación y sabotaje, entre otros. Por estos motivos, Agunsa pide que se fije el umbral de la restricción a la integración vertical en un 40%, o bien, que se mantenga el criterio que se ha venido fijando en los últimos informes emitidos, esto es, que el umbral no sea superior a un 60% (folio 137, pp. 2 y 3).

245. Fenatraporchi comparte y hace suyos los argumentos planteados por la Fiscalía en los procedimientos iniciados por la Empresa Portuaria de Puerto Montt (Rol NC-469-20) y la Empresa Portuaria de Chacabuco (Rol NC-468-20) respecto de los riesgos de competencia asociados a la integración vertical. En particular, señalan que dichos riesgos dicen relación con las conductas de discriminación y de sabotaje, tanto en el acceso como en el uso de la infraestructura portuaria, junto con la obtención de información comercial sensible de competidores. Sin embargo, a diferencia de lo que propone la FNE, Fenatraporchi pide que la restricción a la integración vertical sea absoluta para el conjunto de usuarios relevantes, tal como la solicitante lo pide respecto de la integración horizontal (folio 138, p. 18).

246. Finalmente, el MTT pide que se efectúe un análisis pormenorizado de todos los usuarios de los frentes de atraque objeto de la concesión y riesgos asociados a su integración vertical, atendiendo la naturaleza de sus actividades y fijando umbrales adecuados a tal efecto (folio 92, p. 40).

247. En conclusión, se observa que entre los aportantes al proceso hay diversas posiciones respecto de la pertinencia de establecer resguardos a la integración vertical, variando las propuestas de fijación del umbral entre un 0% y un 80%. Por un lado, hay quienes proponen que la restricción sea absoluta (Fenatraporchi), o que esta se fije en un 40% (FNE, Agunsa) atendidos los riesgos detectados y por la insuficiencia de las medidas conductuales para mitigar los problemas de competencia que se pueden generar con motivo de dicha integración. En contraposición a esta postura, están quienes proponen que la restricción se fije en un 80% (EPAustral, SEP), lo que implica, en la práctica, que no exista limitación a la integración vertical, por estimar, en general, que los riesgos están debidamente mitigados por las medidas conductuales y las herramientas de fiscalización con que cuenta la autoridad.

(ii) Opinión del Tribunal

248. La doctrina en materia de integración vertical señala que esta puede tener efectos procompetitivos, por dos vías. La primera, eliminando costos de transacción, que surgen de la coexistencia de: (i) inversiones específicas; (ii) la imposibilidad de prever todas las contingencias futuras en un contrato; y (iii) la posibilidad de que se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

produzcan comportamientos oportunistas por parte de terceros, aprovechándose de que esas inversiones no tienen uso alternativo (véase, por ejemplo, Klein, B., R. Crawford y A. Alchian (1978): “*Vertical Integration, Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process*”, *The Journal of Law and Economics* V. 21. N 2). Así, por ejemplo, la posibilidad de que exista integración vertical por parte del Concesionario podría incentivar la inversión en activos específicos (como grúas u otros). El segundo efecto procompetitivo de una integración vertical es que se elimina el problema de doble marginalización o de monopolios sucesivos, que se produce cuando dos o más agentes relacionados verticalmente, cada uno de ellos con poder de mercado, hacen un uso explotativo de dicho poder. En este caso, la integración vertical no solo mejora la posición conjunta de las firmas que se integran, sino que, además, genera un cobro al consumidor final que es inferior al que se produce por monopolios sucesivos (véase, Hamilton, J. L, e I. Mqasqas (1996) “*Double Marginalization and Vertical Integration: New Lessons from Extensions of the Classic Case*” *Southern Economic Journal*, vol. 62, no. 3, Southern Economic Association, pp. 567–584).

249. Por otra parte, la literatura también reconoce que este tipo de operaciones puede generar riesgos para la competencia cuando la firma integrada verticalmente tiene la capacidad y los incentivos para excluir rivales, ya sea mediante el cierre total o parcial de insumos y/o clientes. Para que estas acciones tengan el carácter de anticompetitivas, ellas además deben tener el potencial de generar efectos nocivos para la competencia. En consecuencia, para evaluar posibles riesgos para la competencia asociados a la integración vertical, un elemento central que se debe dilucidar es si la entidad fusionada tendrá la capacidad e incentivos para desplegar conductas exclusorias en perjuicio de sus competidores aguas arriba (cierre de clientes) o aguas abajo (cierre de insumos), lo que, en último término, le permitirá afectar a los consumidores (véase Gore, D., Lewis, S., Lofaro, A., & Dethmers, F. (2013). “*The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*”. Cambridge: Cambridge University Press, c. 5).

250. En el caso de la industria naviera, los riesgos de la integración vertical han sido latamente descritos en informes anteriores. En suma, ellos dicen relación, fundamentalmente, con la posibilidad que el Concesionario integrado niegue el acceso al terminal portuario, discrimine entre sus usuarios o incurra en prácticas de sabotaje, es decir, riesgos relacionados principalmente con el cierre de insumos (v.gr. Informe N° 20/2021, p. 68).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

251. Para que un puerto integrado verticalmente tenga la capacidad de ejecutar prácticas anticompetitivas en contra de navieras competidoras (cierre de insumos), este debe tener un poder de mercado significativo en el mercado de provisión de servicios portuarios. En efecto, si en respuesta a un alza en el precio del servicio provisto por el puerto, o ante una disminución en la calidad del mismo, las navieras afectadas pudieran fácilmente cambiarse de proveedor de servicios portuarios, entonces el puerto no tendrá la capacidad de perjudicarlas ni de afectar su desenvolvimiento competitivo. Por lo tanto, en este caso, es necesario evaluar el grado de competencia existente entre el puerto que será concesionado y los otros proveedores de servicios portuarios en los mercados relevantes identificados. A este respecto, como se indicó en la sección sobre condiciones de competencia en los mercados relevantes, EPAustral es monopolista en la provisión de servicios para la transferencia de contenedores y rodados. Además, enfrenta un solo competidor en los mercados de transferencia de graneles líquidos, carga fraccionada, transferencia de pasajeros (cruceros) y en la provisión de servicios de muellaje a naves que no transfieren carga ni pasajeros.

252. Por su parte, los incentivos a excluir a los competidores de la firma integrada serán mayores si el puerto tiene la capacidad de cubrir la demanda que, eventualmente, el competidor excluido deja disponible. En efecto, la aprehensión relativa a la integración vertical, en particular respecto del transporte naviero, es que el respectivo puerto, con el propósito de beneficiar a su naviera integrada, perjudique, limite o excluya a competidores de ésta, de modo de abrirle espacios que no obtendría de manera competitiva.

253. Este contexto sugiere que para establecer una regla que limite la integración vertical y esta reduzca o elimine los incentivos a prácticas exclusorias, se deben considerar: (i) las condiciones de competencia en el mercado relevante en el que incide para determinar si la firma integrada tendrá la capacidad e incentivos para excluir competidores, y si dicha exclusión tiene el potencial de generar efectos nocivos para la competencia; (ii) las eficiencias de la integración vertical en esta industria; (iii) la suficiencia de los resguardos conductuales establecidos en el RUFA y la Ley de Puertos; y (iv) los efectos de un resguardo estructural en el número de oferentes en la licitación.

254. En cuanto a la primera consideración, como se señaló, para que una firma integrada verticalmente tenga la capacidad de ejecutar prácticas exclusorias en contra de sus competidores en otro nivel de la cadena productiva, debe tener un significativo poder de mercado en la etapa que participa -v.gr. mercado de servicios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

básicos provistos por los puertos-. Por lo tanto, para analizar la probabilidad de ocurrencia de este riesgo es necesario considerar el grado de competencia existente entre el puerto que será concesionado y sus competidores.

255. Para este análisis, a continuación, se reproduce la Tabla N° 5 con el objeto de mostrar los puertos que participan en los mercados relevantes y sus respectivas participaciones de mercado.

Tabla N° 5: Participaciones y nivel de concentración en los mercados, año 2019

Mercados relevantes		EPAustral	Kochifas	Concentración HHI
Transferencia de carga	Contenedorizada	100%	-	10.000
	Rodada	100%	-	10.000
	Fraccionada	[50 - 60]%	[40 - 50]%	[5.000 - 6.000]
	Granel líquido	[0 - 100]%	sin información	indeterminado
Transferencia de pasajeros (cruceros)		[90 - 100]%	[0 - 10]%	[9.000 - 10.000]
Muellaje a naves que no transfieren carga ni pasajeros		[90 - 100]%	[0 - 10]%	[8.000 - 9.000]

Fuente: elaboración propia en base al documento "1. Anexo_Confidencial_Presentación_FNE.pdf", acompañado por la FNE a folio 135.

256. Según se desprende de la Tabla N° 5, EPAustral es monopolista en la provisión de servicios de transferencia de: (a) carga contenedorizada; y (b) carga rodada. A su vez, enfrenta un solo competidor y tiene una elevada participación en los mercados de: (c) transferencia de carga fraccionada; (d) transferencia de graneles líquidos; (e) transferencia de pasajeros (cruceros); y (f) muellaje a naves que no transfieren carga ni pasajeros. Respecto de estos últimos mercados, la participación del Muelle Kochifas solo es relevante en transferencia de carga fraccionada, tipo de carga que representa el [40 – 50]% de las toneladas totales de carga transferidas en la región (folio 135, p. 34). Sin embargo, se debe recordar que el Muelle Kochifas (en Puerto Natales) ejercería escasa presión competitiva sobre EPAustral en transferencia de cargas fraccionadas que tienen como origen o destino la ciudad de Punta Arenas por los costos de transporte asociados al traslado entre dicha ciudad y Puerto Natales.

257. Por las condiciones de competencia presentes en los mercados previamente señalados, es posible concluir que resulta necesario establecer resguardos estructurales sobre la infraestructura que será licitada que rijan durante todo el período de concesión debido a que: (i) EPAustral es monopolista en los mercados

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de servicios básicos de transferencia de carga contenedorizada y carga rodada; (ii) a pesar de que el Muelle Kochifas ha ido incrementando su participación en el total de las toneladas de carga transferidas en la región, su participación aun representa menos del 20% del total, y su capacidad de ejercer presión competitiva sobre los frentes de atraque ubicados en Punta Arenas sería escasa atendida su ubicación (en Puerto Natales); (iii) EPAustral tiene una participación mayoritaria en los mercados de servicios básicos de transferencia de graneles líquidos, carga fraccionada, atención de pasajeros (cruceiros) y muellaje a naves que no transfieren carga ni pasajeros; (iv) no se cuenta con antecedentes que permitan sostener que el Muelle Kochifas tenga la capacidad y los incentivos para aumentar su presión competitiva sobre EPAustral en el futuro; y (v) si bien no existen antecedentes en autos que indiquen la existencia de barreras absolutas a la entrada de nuevos competidores, si existen dificultades a la misma que pueden desincentivar o retrasar el ingreso de nuevos competidores en los mercados relevantes definidos, al menos en el mediano plazo.

258. Por todo lo expuesto, es posible concluir que el futuro Concesionario tendría la capacidad para realizar conductas exclusorias en caso de estar integrado verticalmente con algún usuario relevante. Lo anterior por cuanto EPAustral es monopolista o enfrenta escasa competencia, por lo que sus clientes no cuentan con alternativas, o estas tienen limitaciones en términos de su ubicación y la nave de diseño que pueden atender.

259. Establecido lo anterior, se debe examinar si un Concesionario integrado verticalmente con un usuario relevante tendría los incentivos para incurrir en conductas exclusorias. La teoría de organización industrial postula que un agente económico que tiene la capacidad de excluir, en principio, podría tener los incentivos para hacerlo y así extender su posición dominante al mercado aguas abajo, lo que debe ser evaluado caso a caso, en base a información de precios, márgenes, tasas de traspaso de costos, razones de desvío desde las firmas excluidas hacia la firma que ejecuta la conducta, entre otros elementos (véase *“Informe de aprobación de adquisición de las acciones de Grupo Empresas Navieras, SAAM Puertos y Ransa Comercial en Terminal Puerto Arica por Inversiones Neltume e Inversiones y Consultores Belfi”*, expediente FNE Rol F-135-2018, acompañado a folio 197; S. Moresi y S. Salop, *“vGUPPI: Scoring unilateral pricing incentives in vertical mergers”*, 79 Antitrust Law Journal N° 1, 2013; y *“Testing Vertical Mergers for Input Foreclosure – Note by Carl Shapiro”*, Roundtable on Vertical Mergers in the Technology, Media and Telecom Sector, DAF/COMP/WD(2019)75, 7 de junio de 2019).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

260. Sin embargo, dicha información no se puede obtener sin conocer la identidad del usuario relevante que podría integrarse con el Concesionario, ya sea ofertando en la licitación o adquiriendo un porcentaje en la propiedad de la sociedad concesionaria mientras se encuentre vigente la concesión, la que tiene una duración de 20 años según indica el borrador de las Bases. A falta de dicha información, se asumirá que, en caso de contar con la capacidad para excluir competidores, la firma integrada verticalmente también tendrá los incentivos para efectivamente llevar a cabo dicha exclusión. Asimismo, en razón del poder monopólico y del elevado poder de mercado que tendrá el Concesionario en los mercados relevantes descritos, es razonable asumir, en caso de producirse la exclusión, ya sea parcial o total, que esta tendrá el potencial de generar efectos nocivos para la competencia.

261. En lo que se refiere a las eficiencias de una eventual integración vertical entre el Concesionario del puerto y algún usuario relevante, éstas deben ser verificables, inherentes y aptas para compensar los potenciales riesgos derivados de la integración. Sin embargo, en el caso de autos, más allá de las ventajas teóricas que se expusieron en el párrafo 248 (costos de transacción y doble marginalización), no se han acreditado en autos eficiencias producto de una eventual integración vertical. Por otra parte, los resguardos conductuales establecidos en la Sección 9, si bien mitigan en parte estos riesgos, no los eliminan por completo. A pesar de que se han ido imponiendo al Concesionario mayores obligaciones de informar a la empresa portuaria y más atribuciones a quien tiene que fiscalizarlo, los costos de información y de supervisión que implica una fiscalización efectiva siguen siendo altos, ya que existen prácticas sutiles de discriminación, distinta de precios, que son muy difíciles de detectar y sancionar. Entre otras, y como se citó en el Informe N° 6/2009, se pueden mencionar dentro de ellas la asignación de espacios más funcionales en las áreas de acopio a las relacionadas, dar mejor calidad de servicio a las mismas, usar información privilegiada y manipular la reserva de sitios.

262. Junto con lo anterior, tal como menciona la Fiscalía, existen riesgos de sabotaje consistentes en el deterioro de la calidad de los servicios que una empresa verticalmente integrada presta a sus competidores aguas abajo. El riesgo de sabotaje es una conducta particularmente difícil de detectar y fiscalizar ya que puede concretarse mediante mecanismos sutiles para lograr una merma en la utilidad de los servicios que se prestan. Por ejemplo, en los servicios básicos de transferencia de carga, la degradación de la calidad de los servicios podría significar mayores tiempos de espera o de carga y descarga, mayor número de movimientos o la generación de mayores costos en general (FNE a folio 135, p. 97 y 98).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

263. Por último, el cuarto elemento que se debe ponderar al momento de fijar una restricción a la integración vertical es el efecto que dicha restricción puede ocasionar en la competencia en la licitación. A este respecto, la experiencia indica que la fijación de una regla como la que se ha descrito no ha sido obstáculo para que se lleven a cabo licitaciones exitosas de frentes de atraque estatales. Incluso, si se considerara que la restricción a la integración afecta el proceso licitatorio, al ponderar ambos elementos -una mayor cantidad de oferentes versus mitigar de forma más efectiva los riesgos a la libre competencia ya descritos-, resulta más conveniente privilegiar el segundo objetivo.

264. En suma, existen antecedentes suficientes en el expediente que justifican establecer un resguardo a la integración vertical que mitigue efectiva y suficientemente los riesgos previamente descritos, por lo que se rechazará la propuesta de EPAustral de que esta se fije en un 80%, adoptándose el umbral que se indica a continuación. Esta medida es adicional a lo dispuesto en el párrafo 227.

(iii) Regla de Integración Vertical

265. Ningún usuario relevante, por sí o a través de otra persona natural o jurídica, podrá poseer más del 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 que operará los frentes de atraque entregados en concesión por parte de EPAustral, en los términos de la letra b) del artículo 99 de la Ley N° 18.045.

266. 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 pasajeros o carga general por vía marítima en puertos de uso público, sea como: (a) empresas navieras, (a.i) con más de un 10% del número de pasajeros, o un 10% de tonelaje de carga marítima movilizada a nivel nacional; (a.ii) con más de un 15% del número de pasajeros, o un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva; o (a.iii) con más de un 25% del número de pasajeros, o un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión; (b) exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, operadores de transporte multimodal, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier otro título o modalidad, con exclusión de los agentes de muellaje, (b.i) con más de un 15% del número de pasajeros, o un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva; o (b.ii) con más de un 25% del número de pasajeros, o un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participare a varios títulos o en distintos eslabones de la cadena de transporte marítimo, será considerado usuario relevante si supera los porcentajes referidos en razón de su participación en un mismo eslabón o a un mismo título. Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán al 31 de marzo y 30 de septiembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a EPAustral dentro de los 30 días siguientes.

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

10.3. Integración Horizontal

(i) Opinión de los intervinientes

268. Como se señaló, EPAustral solicita que la restricción a la integración horizontal de propiedad sea absoluta respecto de las empresas que forman parte del mercado relevante. Plantea que si no existen restricciones horizontales y un incumbente (Muelle Kochifas y su entorno societario) se adjudica los Recintos Portuarios, no habrá garantía de que se produzca un beneficio o rentabilidad social que amerite autorizar su participación. Lo anterior en vista de que, todo lo demás constante, mientras menos concentrado es un mercado, es decir, mientras más oferentes existan, menor debería ser el precio de equilibrio. En cuanto a la regla, en concreto, EPAustral pide que esta restricción aplique específicamente a los controladores y relacionados a “Transmarko Transporte Marítimo Kochifas S.A.”, titular y operador del Muelle Kochifas, y a dicha sociedad propiamente tal (Solicitud a folio 6, pp. 92 - 96).

269. En general los aportantes de antecedentes coinciden con la propuesta de EPAustral. En efecto, Agunsa pide que el actual incumbente (Muelle Kochifas) no pueda participar en la Licitación (folio 137, p. 3). Por su parte, CAMPORT señala que la prohibición absoluta se justifica “*en razón de las características particulares y muy excepcionales de la demanda y de la oferta, y el contexto geográfico en que ellas se desenvuelven*” (folio 96, p. 9). Asimismo, el SEP expresa compartir la opinión de EPAustral en cuanto no se debe permitir la integración horizontal tanto de propiedad como operativa para mantener la adecuada competencia entre operadores que compiten en la zona (folio 144, p. 8). Por su parte, el MTT (folio 92, p. 34) y la Fiscalía (folio 137, p. 96), si bien comparten lo propuesto por EPAustral en el sentido de que la restricción a la integración horizontal debe ser absoluta,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

agregan que dicha restricción no puede ser exclusiva hacia un operador específico (Muelle Kochifas), sino que debe ser extendida a cualquier operador portuario, actual o futuro, que desarrolle sus operaciones en el mercado relevante definido. De este modo, por ejemplo, la FNE propone que la restricción sea innominada y genérica, es decir, que incluya a la totalidad de puertos de uso público que compiten actualmente, o que podrían competir en el futuro, durante el desarrollo del Contrato de Concesión.

(ii) Opinión del Tribunal

270. Los riesgos de la integración horizontal en la industria naviera se relacionan con la posibilidad de eventuales coordinaciones entre los terminales portuarios que participan en el mercado relevante. En el mismo sentido, al permitir que un actor del mercado participe de la licitación, disminuye la cantidad de actores independientes en comparación al escenario de prohibición absoluta de la integración horizontal y, por lo tanto, disminuye la competencia ex post. A su vez, también se ha sostenido que esta integración presentaría algunos beneficios como el aprovechamiento de las economías de escala y de ámbito.

271. A juicio de este Tribunal, la prohibición absoluta de la integración horizontal es la opción que se justifica a partir de los antecedentes que obran en este proceso, en particular, por la limitada competencia que enfrenta EPAustral en los servicios básicos que provee y las escasas alternativas existentes para los usuarios de los servicios portuarios, circunstancia que no se proyecta cambie a futuro.

272. Así las cosas, en línea con los antecedentes informados por la mayoría de los intervinientes en el proceso, incluido la propia EPAustral, dicha empresa enfrenta escasa competencia en los frentes de atraque que administra en la actualidad, siendo el Muelle Kochifas, en Puerto Natales, el único sustituto existente. Además, dicho puerto solo sería sustituto respecto de algunos de los servicios básicos ofrecidos por la empresa estatal, y solo respecto de las naves de menor tamaño, de modos que permitir la integración horizontal genera el riesgo de que existan aún menos alternativas para los usuarios de los puertos de la región.

273. Por lo tanto, atendido el escaso número de competidores que enfrenta EPAustral en los mercados relevantes definidos y el poder de mercado con el que cuenta, se estima necesario prohibir de manera absoluta la integración horizontal respecto de la sociedad concesionaria que se adjudique la Licitación, de modo tal que existan otros agentes económicos que puedan ejercer presión competitiva sobre los frentes de atraque entregados en concesión.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iii) Regla de Integración Horizontal

274. En conclusión, considerando los razonamientos anteriores, este Tribunal prohibirá la integración horizontal en los frentes de atraque licitados. Así, la sociedad que se adjudique la concesión, y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, no podrán participar directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena -sea público o privado-, actual o futuro, que provea servicios portuarios.

10.4. Reglas comunes para la restricción vertical y horizontal

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

(i) Cálculo de porcentajes máximos

276. Para los efectos de las reglas anteriores, se tendrá por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045, sin perjuicio de las facultades de la Comisión para el Mercado Financiero para dar por establecida tal relación.

(ii) Transferencia forzosa del exceso

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

278. Las Bases de Licitación y el Contrato de Concesión deberán establecer que, si pasados seis meses desde que se hubiere requerido por EPAustral, la enajenación del exceso de participación en la forma establecida en el Contrato de Concesión, no se ha procedido a enajenar el referido exceso de participación a un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tercero no sujeto a inhabilidad, se entenderá por ese solo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, y EPAustral tendrá derecho a poner término a la concesión, según lo dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19.542.

(iii) Vigencia de las restricciones

279. Las reglas de integración horizontal y vertical tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años de celebrado el Contrato de Concesión, cualquiera de las partes de ese contrato podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su modificación en un procedimiento consultivo si las condiciones de competencia varían u otras condiciones lo ameritan, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la otra parte.

(iv) Participación de los incumbentes en la Licitación

280. Ningún interesado estará impedido de participar en la Licitación. Sin embargo, controladores y accionistas de un frente de atraque de uso público y los usuarios relevantes que pudieren verse afectados por las restricciones a la integración horizontal y vertical establecidas en este Informe, en caso de adjudicarse la concesión, deberán realizar los ajustes de propiedad, participación o vinculación que sean necesarios para cumplir con lo dispuesto en la Sección 9, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se adjudique la Licitación.

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

De conformidad con lo expuesto, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1º, 18 N° 7, y 31 del Decreto Ley N° 211; 3º, 5º, 7º, 14, 19, 22, 23 y 50 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal; 99 y 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 23 y 24 del D.S. N° 104 del 1998 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, las demás normas legales y reglamentarias citadas y pertinentes, se resuelve:

Evacuar el Informe solicitado a folio 6 por la Empresa Portuaria Austral, fijando las siguientes condiciones a las que deberá sujetarse la Licitación de los Recintos Portuarios, las que deberán incorporarse a las Bases de Licitación Definitivas y al respectivo Contrato de Concesión:

I. Resguardos de la competencia en la Licitación:

1. Las Bases de Licitación Definitivas deberán establecer con claridad y objetividad los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, así como

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las razones por las cuales una oferta puede ser desestimada y los motivos por los cuales la Licitación o cualquiera de sus etapas puede ser declarada desierta, lo que deberá ser conocido por los postulantes, a excepción del Índice Tarifario Máximo de Reserva (“Imax”), señalado en la condición N° 3, tal como se observa en el borrador de las Bases. Sin perjuicio de lo anterior, EPAustral deberá eliminar del punto 2.9.6 del borrador de las Bases, la causal para declarar desierta la Licitación en caso de que exista empate entre las Ofertas Finales, debiendo aplicarse el mecanismo de desempate según lo dispuesto en el párrafo 88.

2. La Licitación deberá adjudicarse al postulante que ofrezca el menor Índice Tarifario (“Índice de Adjudicación”). En caso de empate de dos o más ofertas económicas, se deberá informar a los postulantes que se encuentren en dicha situación el plazo que disponen para mejorar su oferta, a efectos de que formulen a EPAustral una “Oferta Final”, la que, en caso alguno, podrá ser más alta a la ya ofertada, tal como se indica en el borrador de las Bases. De esta forma, la concesión se adjudicará al oferente que proponga la mejor Oferta Final. En todo caso, de persistir el empate luego de dos rondas, deberá adjudicarse la Licitación a quien ofrezca el menor índice por los servicios básicos que se prestan en el Muelle Mardones.

3. EPAustral deberá establecer un Imax secreto, en virtud del cual puedan ser rechazadas la o las ofertas que lo excedan y, en el caso de que todas las ofertas se encuentren en esta situación, la Licitación será declarada desierta.

4. EPAustral deberá incluir dentro del Índice de Adjudicación todas las tarifas de los servicios básicos que provea, con excepción de la Tarifa Pasajeros por Uso De Muelle Cruceros (“TMCC”) que se considera para los Recintos Portuarios, así como la Tarifa Pasajeros por Uso De Muelle Ro Ro (“TM CPR”) del Terminal Natales, según se indica en el párrafo 108 de la parte considerativa.

5. Respecto del Índice de Adjudicación, EPAustral deberá considerar un único Índice de Adjudicación para los Recintos Portuarios, ponderando un subíndice de tarifas básicas para el Terminal Prat, otro para el Muelle Mardones y otro para el Terminal Natales.

6. EPAustral deberá elaborar factores de modulación asociados a cada subíndice de forma que refleje la importancia relativa de cada terminal en los ingresos actuales o esperados de EPAustral. Asimismo, en cuanto a los ponderadores de cada variable dentro de cada subíndice, estos deberán reflejar la importancia relativa que tiene cada uno de los servicios básicos en los Recintos Portuarios, en término de los ingresos actuales o esperados que representan cada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tipo de carga, sin que sea necesario que todos los servicios sean homologables a toneladas. EPAustral deberá calcular los ponderadores de cada servicio básico incluido en el Índice de Adjudicación considerando la proyección de transferencia por tipo de carga respecto del total de carga transferida o ingresos por tipo de carga respecto del total de ingresos, para todo el periodo que dure la concesión.

7. Por concepto de Canon Anual, EPAustral podrá cobrar al Concesionario el pago anual equivalente mínimo a que se refiere el artículo 6° del Reglamento, asimilando el valor económico de los activos objeto de la concesión a los valores libro vigentes para los mismos y, en caso de que la empresa portuaria estime que su valor económico difiere significativamente de aquél, debe fundamentarlo en un estudio técnico para establecer la nueva base de cálculo. Asimismo, EPAustral podrá considerar para el cálculo del pago anual equivalente mínimo, el valor de los activos sobre la base de una tasa de rentabilidad que considere todas sus fuentes de financiamiento pertinentes y que reflejen su verdadero costo de oportunidad del financiamiento (V.gr., usando la tasa WACC).

8. En cuanto al Canon Adicional contemplado en el punto 3.12.1, letra b), ii) del borrador de las Bases, se solicitará a EPAustral que recalcule el valor del Canon Anual considerando el mayor valor que refleja el Canon Adicional, en base al estudio técnico que lo justifique según se establece en el artículo 6° inciso quinto del Reglamento. Respecto de la TUP, atendido que se permitirá que el Canon Anual refleje el valor económico de todos los activos que se darán en concesión (tangibles e intangibles), EPAustral no podrá establecer un cobro por este concepto.

9. Los demás pagos que el Concesionario deba efectuar a EPAustral deberán estar asociados a los costos en que incurra la empresa portuaria y deberán justificarse en las Bases de Licitación Definitivas. Asimismo, deberá contemplarse en ellas su monto final.

10. EPAustral deberá eliminar del punto 3.6.5 del borrador de las Bases la frase que establece que no pagará el valor residual de las inversiones obligatorias que realice el Concesionario, o deberá establecer un límite a pagar por este concepto en las Bases de Licitación Definitivas.

11. EPAustral deberá especificar con claridad y precisión en las Bases de Licitación Definitivas la capacidad de la infraestructura y los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes, tal como se observa en el borrador de Bases.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

12. EPAustral deberá especificar con claridad y precisión en las Bases de Licitación Definitivas la fecha del llamado a Licitación; el período para formular consultas, la fecha de presentación de ofertas y la apertura de la “Oferta Antecedentes Generales”. Deberá indicar el plazo para la revisión del cumplimiento de dichos antecedentes generales, la fecha de apertura de las Ofertas Económicas, el período de posibles visitas a terreno, si es que fuera necesario, y la fecha de firma del contrato.

13. Las Bases de Licitación Definitivas deberán especificar el monto del patrimonio mínimo requerido, el que no debe constituir un desincentivo a la entrada de nuevos interesados a la concesión, tal como se observa en el borrador de las Bases. En cuanto a la exigencia de experiencia, la propuesta de EPAustral se considera una exigencia razonable.

14. El monto de las garantías deberá ser definido en las Bases de Licitación Definitivas y éste no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una. EPAustral deberá incorporar a dichas bases el monto de cada una de las garantías exigidas.

15. Las sanciones y multas aplicables por EPAustral deben quedar claramente establecidas en las Bases de Licitación Definitivas o en el Contrato de Concesión y deberán ser suficientes para disuadir eficazmente el incumplimiento de las obligaciones del Concesionario que tienen por objeto resguardar la libre competencia. Por su parte, EpAustral deberá eliminar del punto 3.25.1 d) del borrador de las Bases, la causal señalada en el numeral (x) que establece como causal de incumplimiento grave “*las demás señaladas en el Contrato de Concesión*”.

16. Las disposiciones de las Bases de Licitación Definitivas relativas a la reconstrucción y reparación de los frentes de atraque por fuerza mayor se regirán por lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento y lo establecido la Sección 8 de este Informe. En consecuencia, cuando la disminución en la capacidad operativa del frente de atraque corresponda a menos de un 33% y ello se deba a un caso fortuito o fuerza mayor, no se podrá obligar al Concesionario a perseverar en el contrato.

II. Resguardos en la provisión de servicios portuarios

17. El Concesionario estará obligado a prestar sus servicios a todo aquel que lo requiera, en términos y condiciones generales y no discriminatorias, que deberán estar contenidas en documentos públicos que estarán a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el Concesionario mantenga en Punta Arenas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y en Puerto Natales, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro).

18. El Concesionario estará obligado, por las Bases de Licitación Definitivas y por el Contrato de Concesión, a observar las instrucciones que le imparta EPAustral y que tengan por fin evitar o poner término a actos de discriminación. EPAustral actuará de oficio o a petición de cualquier interesado que alegue actos de discriminación del Concesionario.

19. Las tarifas que cobre el Concesionario por sus servicios, básicos o especiales, deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias, y cualquier acuerdo particular entre éste y un determinado usuario que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas debe ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas, a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas. Por su parte, los premios o descuentos que consideren las tarifas deben ser objetivos, públicos y no discriminatorios. Asimismo, las tarifas no podrán quedar sujetas a exclusividad de servicios ni referidos a la carga transferida o a metas cumplidas respecto de otros terminales ni otros periodos. Por último, las Bases de Licitación Definitivas deberán incluir la prohibición de realizar ventas atadas de los servicios básicos y especiales, tal como se observa en el borrador de las Bases.

20. Las Bases de Licitación Definitivas deberán contemplar la existencia de tres subíndices de tarifas de servicios básicos, uno para el Terminal Prat, otro para el Muelle Mardones y otro para el Terminal Natales. De este modo, las tarifas cobradas por el Concesionario por los servicios básicos en los Recintos Portuarios no deberán superar el límite máximo a cobrar definido para cada subíndice, reajustado anualmente de acuerdo con el factor de ajuste que EPAustral defina, el que deberá representar verazmente la variación en los costos de proveer los servicios.

21. Las tarifas que el Concesionario determine serán públicas y deberán ser registradas ante EPAustral, con a lo menos 30 días de anticipación a su entrada en vigencia y, además, tendrán un plazo mínimo de vigencia de 60 días. Por su parte, se considera razonable el procedimiento para el primer registro de las tarifas, propuesto por EPAustral en el borrador de Bases.

22. Las Bases de Licitación Definitivas deberán contemplar la obligación del Concesionario de indicar en sus estados financieros qué servicios se clasifican como básicos y cuáles se clasifican como especiales, según se observa en el borrador de las Bases.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

23. EPAustral deberá establecer en las Bases de Licitación Definitivas o en el Contrato de Concesión y sus anexos, los estándares de calidad y umbrales de ocupación que deberá cumplir el Concesionario, particularmente los tiempos de ocupación máxima por nave (TOM), tiempos de ocupación máxima anuales (TOMA) y tiempos máximos de espera por nave establecidos en las mismas, diferenciando estos últimos, en caso de ser necesario, por el o los tipos de carga que transfieran las naves. Asimismo, EPAustral deberá considerar sanciones eficaces para prevenir el incumplimiento de los estándares de calidad de servicio o los umbrales de ocupación que sean definidos.

24. El Concesionario deberá establecer en el Manual de Servicios normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves que formarán parte de las condiciones generales de prestación de los servicios portuarios, de conformidad con los criterios generales y requisitos mínimos que EPAustral fije en su RUFA, todo lo cual deberá asegurar un uso eficiente de los Recintos Portuarios.

25. EPAustral deberá informar a la FNE respecto de cualquier modificación que pretenda introducir a las normas de asignación de capacidad o prioridad en la atención de naves, a fin de que esta última pueda velar por su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia en el ámbito de sus atribuciones.

26. EPAustral deberá establecer la periodicidad con la que el Concesionario deberá entregarle la información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios. Asimismo, deberá establecer en las Bases de Licitación Definitivas la obligación del Concesionario de otorgar a cualquier interesado el acceso libre y expedito a toda aquella información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, con la periodicidad que dicha empresa portuaria establezca, mediante su sitio web u otro.

27. EPAustral deberá establecer en las Bases de Licitación Definitivas la obligación del Concesionario y sus accionistas de proporcionar a su Directorio, cualquier información legal o económica que éste requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la ley, de las Bases de Licitación, del Contrato de Concesión y de las condiciones establecidas en este Informe. Estas obligaciones deberán ser contractualmente extensivas a los accionistas de la empresa concesionaria, para los efectos de cumplir las reglas sobre propiedad accionaria que se establezcan. Para ello, las Bases de Licitación Definitivas deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información acerca de sus empresas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relacionadas, en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18.045. El Concesionario o sus accionistas no podrán excusarse de proporcionar a EPAustral la información que ésta les solicite para verificar el cumplimiento de sus obligaciones, amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. No obstante, en tales circunstancias, el Concesionario deberá especificar a EPAustral la información que se encuentre en la situación anterior, debiendo la empresa portuaria adoptar los resguardos correspondientes.

28. Las Bases de Licitación Definitivas deberán contemplar la obligación anual del Concesionario de entregarle información a EPAustral y a la Fiscalía Nacional Económica relativa a las mallas societarias de sus accionistas y sus empresas relacionadas, como asimismo las toneladas movilizadas en los respectivos frentes de atraque y por región, en los 12 meses anteriores a cada fiscalización, desagregada por tipos de carga y también por modalidades o categorías de usuarios, conforme a lo indicado en la Sección 9 de este Informe.

29. En el evento que uno o más usuarios relevantes se integren verticalmente con el Concesionario, EPAustral, en sus Bases de Licitación Definitivas, deberá exigir al Concesionario dar cumplimiento a las obligaciones que establece el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046, esto es, contar con directores independientes y un Comité de Directores. EPAustral podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores constituido en conformidad a ese artículo.

30. Para modificar el Contrato de Concesión en aquellas materias relacionadas con la estructura tarifaria y pagos del Concesionario a EPAustral, será necesario que (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que haya entrado en operaciones los Recintos Portuarios de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, y (ii) este Tribunal las hubiere autorizado en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Tratándose de la reclasificación de los servicios especiales y básicos, dicha autorización podrá solicitarse cuando hubiere transcurrido a lo menos un año desde que haya entrado en operaciones de los Recintos Portuarios de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión. Para modificar otras materias del Contrato de Concesión será necesario que: (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que haya entrado en operaciones los Recintos Portuarios de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, y (ii) las modificaciones propuestas se hayan notificado previamente a la Fiscalía Nacional Económica con, al menos, 90 días de anticipación a su implementación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

III. Resguardos estructurales

31. Integración Vertical:

31.1. Ningún usuario relevante, por sí o a través de otra persona natural o jurídica, podrá poseer más del 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 que operará los frentes de atraque entregados en concesión por parte de EPAustral, en los términos de la letra b) del artículo 99 de la Ley N° 18.045.

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

32. Integración horizontal

La sociedad que se adjudique la concesión, y sus personas relacionadas no podrán participar directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público emplazado la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena -sea público o privado-, actual o futuro, que provea servicios portuarios.

33. Reglas comunes a las restricciones a la integración horizontal y vertical:

33.1 Para los efectos de las reglas anteriores, se tendrá por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, sin perjuicio de las facultades de la Comisión para el Mercado Financiero para dar por establecida tal relación.

33.2 Los estatutos de la sociedad concesionaria deberán establecer que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que supere los umbrales de participación permitidos en la regla de integración vertical o incumpla la regla de integración horizontal antes indicada, deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación o desvincularse, de la manera que tales accionistas acuerden en los pactos que celebren. En todo caso, el o los accionistas –incluyendo sus empresas relacionadas- que se encuentren en esa situación deberán conferir poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a esa enajenación, por medio de una bolsa de valores, si pasados 45 días desde que venció el plazo indicado, este exceso no fuere enajenado.

33.3 Las Bases de Licitación Definitivas y el Contrato de Concesión deberán establecer que, si pasados seis meses desde que se hubiere requerido por EPAustral, la enajenación del exceso de participación en la forma establecida en el Contrato de Concesión no se hubiere realizado, se entenderá por ese solo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, y EPAustral tendrá derecho a poner término a la concesión, según lo dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19.542.

33.4 Las reglas de integración horizontal y vertical tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años de celebrado el Contrato de Concesión, cualquiera de las partes de ese contrato podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su modificación en un procedimiento consultivo si las condiciones de competencia varían u otras condiciones lo ameritan, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la otra parte.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

33.5 Ningún interesado estará impedido de participar en la Licitación. Sin embargo, controladores y accionistas de un frente de ataque de uso público y los usuarios relevantes que pudieren verse afectados por las restricciones a la integración horizontal y vertical establecidas en la Sección 10 de este Informe, en caso de adjudicarse la concesión, deberán realizar los ajustes de propiedad, participación o vinculación que sean necesarios para cumplir con lo dispuesto en la Sección 10, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se adjudique la Licitación.

Se **previene** que el Ministro Sr. Paredes estuvo por no imponer una regla de restricción a la participación accionaria de usuarios relevantes y en su lugar, obligar a que la sociedad concesionaria, en caso de que en ella exista un usuario relevante de los servicios portuarios, integre en su directorio, al menos a un miembro independiente de los accionistas controladores, atendidos los siguientes argumentos:

1. La acepción más relevante de integración vertical desde el punto de vista de la libre competencia se refiere a que un mismo ente tome las decisiones; en el caso de autos, a la influencia que un usuario relevante pudiera tener en el puerto. Las aprensiones a la integración vertical dicen relación con la posibilidad que ella pudiera generar riesgos de acciones anticompetitivas, particularmente de exclusión y sabotaje. Ello asume que no está en el beneficio del puerto, como ente independiente, la realización de tales acciones, pero que ellas se inducen cuando existe una relación patrimonial entre controlador del puerto con el usuario relevante porque beneficiarían a la empresa relacionada y solo por esa vía al ente integrado (v.gr., puerto-naviera); de otra manera, tales acciones no requerirían de integración vertical.

2. Como es evidente, tal riesgo no desaparecería con, por ejemplo, la obligación a la sociedad concesionaria de tener giro único. Aún en tal caso, este riesgo permanecería cuando, como sería el caso que nos ocupa, una naviera que compite con otras usuarias del puerto influye decisivamente en las decisiones del puerto.

3. El foco desde la perspectiva de la libre competencia requiere distinguir entre dos aspectos: i) la posibilidad que los controladores de una naviera que es usuario relevante del puerto puedan llegar a controlarlo, acepción más próxima a la integración vertical, y ii) que el puerto, aun cuando esté controlado por un actor que sea un usuario relevante, tenga una estructura de toma decisiones y monitoreo interno que pueda impedir acciones anticompetitivas que no le benefician como ente independiente. Esta segunda aproximación, a partir de una relación vertical de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hecho, se enfoca en si produce desalineamiento de intereses entre controladores del puerto y el resto de los dueños del puerto que no tienen intereses en las navieras beneficiadas y que se asocian con lo que la literatura denomina “problema de agencia”.

4. Consecuentemente, la forma de abordar los problemas que produciría la integración vertical se enfoca ya sea directamente en prohibir el control que un usuario relevante pudiera llegar a tener en las decisiones del puerto, o en acotar las acciones de un controlador relacionado verticalmente, es decir, sobre quien ya tiene el control.

5. Limitar la participación que puede tener un usuario relevante en la propiedad del puerto, en el entendido que superado un umbral de participación se lograría el control, no ha sido el propósito del TDLC. Si bien el Dictamen N° 1045 de la Comisión Resolutiva (primero dictado en esta materia el año 1998) estableció que ningún usuario relevante podría 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”, el mismo Dictamen señaló que el umbral tenía: “... el propósito de 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”.

6. La interpretación de que el umbral de participación no persiguió evitar el control vertical se apoya, además de la literalidad de lo expresado en el Dictamen 1045, en tres elementos. En primer lugar, una limitación de 40% en la propiedad accionaria no impide el control de la empresa. Como lo indica la extensa literatura sobre control corporativo, el control se puede lograr con porcentajes de propiedad sustancialmente menores, lo que depende, entre otros elementos, de lo dispersa que está la propiedad en el resto de los accionistas y de otras regulaciones complementarias (véase, por ejemplo, La Porta, R.; F. Lopez-de-Silanes, y A. Shleifer (1999), *Corporate ownership around the world*, *The Journal of Finance* 54, 471-517).

7. En segundo lugar, está asentado en la literatura sobre competencia que para que exista un problema asociado a la relación vertical no basta con que exista la posibilidad de realizar conductas anticompetitivas (haya poder monopólico), sino que también deben existir los incentivos para ejecutarlas (véase, “Testing Vertical Mergers for Input Foreclosure – Note by Carl Shapiro”, *Roundtable on Vertical Mergers in the Technology, Media and Telecom Sector*, DAF/COMP/WD, 75, 2019).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En esta línea, el foco del análisis ha sido precisamente el problema de agencia asociado a la disociación entre controlador y dueño. Así, el Informe de Aprobación de la Adquisición de las acciones de Grupo Empresas Navieras, SAAM Puertos y Ransa Comercial en el Terminal Puerto Arica por Inversiones Neltume e Inversiones y Construcciones Belfi, elaborado por la subdivisión de fusiones de la FNE en enero de 2019, fundamentó dicha aprobación en el poder de contrapeso que ejercería Belfi como accionista no relacionado en el Directorio del puerto. Ello le permitió concluir, en el punto 115 del Informe, que la Operación no genera incentivos para que Ultramar beneficie a sus agentes de nave relacionados pues la habilidad para incurrir en dichas prácticas se encontraría limitada por los contrapesos que enfrenta en la administración del TPA.

9. En tercer lugar, sin perder el énfasis sobre los riesgos asociados a la integración vertical y aceptando la necesidad de abordarlos, la Resolución N° 11 del año 2006, referida a la Licitación del frente de atraque Molo Sur del Puerto de San Antonio, elevó a 60% la participación límite que los usuarios relevantes podrían tener en la sociedad concesionaria. Como es evidente, no pudo haber duda de que aceptar cualquier participación sobre el 50% significaba que el TDLC aceptaba que el control del Megapuerto pudiera recaer en un usuario relevante.

10. Por lo anterior, se puede concluir que la fijación del umbral al control del puerto por parte de un usuario relevante no persiguió evitar el control vertical, sino establecer un mecanismo que, sin los eventuales costos que podría significar su prohibición, fomentaran el control al interior del gobierno corporativo del mismo puerto y de esta manera, evitaran las conductas anticompetitivas asociadas a la integración o control vertical.

11. De esta manera, aceptando el control vertical, pero donde se limita la propiedad de usuarios relevantes en el puerto, se favorece con un gobierno corporativo que vele solo con los intereses del puerto. Ello es consistente con una visión positiva respecto de los resguardos conductuales que existen en la ley y respecto de las condiciones conductuales impuestas por este TDLC, que finalmente impiden que un concesionario portuario pueda discriminar, excluir y sabotear a cualquier usuario. Tal visión positiva se apoya en la evidencia pues, habiéndose en los hechos aceptado que exista influencia decisiva sobre las decisiones del puerto por agentes verticalmente relacionados, la historia de puertos concesionados no muestra denuncias de conductas como las temidas.

12. Por su parte, la flexibilidad a la participación en la propiedad de usuarios relevantes que, en los hechos permitirían alcanzar el control del puerto, habría

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posibilitado lograr las eficiencias relacionadas con el manejo conjunto puerto-navieras y que la literatura especializada ha venido dando cuenta (véase, por ejemplo, Shengda Zhu, Shiyuan Zheng, Ying-En Ge, Xiaowen Fu, Breno Sampaio & Changmin Jiang (2019) Vertical integration and its implications to port expansion, *Maritime Policy & Management*, 46:8, 920-938).

13. En cuanto a la composición del Directorio que es necesaria para lograr un adecuado contrapeso en las decisiones del puerto, de modo que se actúe exclusivamente en pos de los objetivos de este, debe señalarse que la preocupación desde la perspectiva de la libre competencia es que el puerto pueda realizar acciones precisas como de discriminación y sabotaje. Más allá que dichas acciones están expresamente prohibidas, cabe indicar que todos los directores tienen un deber de diligencia y lealtad, sobre el cual responderán con su propio patrimonio. Entendiéndose que una discusión en el directorio sobre un aspecto tan sensible como sería una acción anticompetitiva no admite sutilezas, este Ministro considera que bastaría con que el Directorio de la sociedad concesionaria integre a un director independiente, para que se consiga el mismo efecto que la FNE, en su Informe de Aprobación de la Adquisición de las acciones de Grupo Empresas Navieras, SAAM Puertos Ransa Comercial en el Terminal Puerto Arica por Inversiones Neltume e Inversiones y Construcciones Belfi, subdivisión de fusiones de la FNE en enero de 2019, adujo como fundamento para dicha aprobación. Esto es, el poder de contrapeso que un solo director independiente ejercería en el Directorio del puerto sería suficiente en este caso.

14. En síntesis, el resguardo conseguido con la limitación a la propiedad de un usuario relevante se logra asegurando que en el Directorio de la empresa portuaria haya directores independientes del accionista controlador y ello se puede lograr con una exigencia directa de integrarlos al Directorio de la sociedad concesionaria, sin imponer restricciones a una estructura de propiedad. En virtud a que ambos caminos serían equivalentes en términos de limitar conductas anticompetitivas, pero que la restricción a la participación accionaria es sustancialmente más gravosa, por cuanto reducir la participación del accionista controlador: i) exacerba el problema de agencia que originaría las prácticas anticompetitivas que se procuran reducir; ii) reduce la entrada de competidores en el proceso de licitación; y iii) arriesga el aprovechamiento de eventuales eficiencias que progresivamente ha recogido la literatura, es que se justifica imponer exclusivamente una restricción a la conformación del Directorio y no hacerlo respecto de la participación accionaria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese personalmente o por cédula a la Solicitante y a los aportantes de antecedentes, salvo que estos autoricen notificación vía correo electrónico. Atendida la emergencia sanitaria y lo dispuesto en el artículo décimo séptimo transitorio de la Ley N° 21.394, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que la Solicitante y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados. Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 487-21.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Rafael Pastor Besoaín. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez



550FDBFF-6C44-4B71-B2FC-606796890A1E

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.