

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

INFORME N° 25/2022

Santiago, dieciocho de abril de dos mil veintidós.

PROCEDIMIENTO:	No Contencioso
ROL:	NC N° 480-20
CONSULTANTE:	Empresa Portuaria de Antofagasta
OBJETO:	Emitir un informe que fije las condiciones de competencia que regulará la licitación bajo un esquema monooperador del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Antofagasta.

CONTENIDO

I) PARTE EXPOSITIVA

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

II) PARTE CONSIDERATIVA

- 4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME**
- 5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME**
- 6. MERCADOS RELEVANTES**
- 7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS RELEVANTES**
- 8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN**
- 9. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS (RESGUARDOS CONDUCTUALES)**
- 10. RESGUARDOS ESTRUCTURALES**

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

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

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES

1.1. Solicitante:

- Empresa Portuaria de Antofagasta (en adelante, "EPAN" o la "Solicitante").

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

De conformidad con el artículo 31 número 1) del Decreto Ley N° 211 (en adelante, "D.L. N° 211"), y dentro del plazo establecido en la resolución de inicio del procedimiento de folio 28, prorrogado a folio 63, aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de informe de autos (en adelante, también, la "Solicitud") las siguientes entidades:

- Complejo Portuario Mejillones S.A.
- Sistema de Empresas Públicas o SEP
- Antofagasta Terminal Internacional S.A.
- Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G.
- Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones
- Fiscalía Nacional Económica

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

1.3. A folio 22, EPAN solicitó a este Tribunal que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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"), determine las condiciones de competencia bajo las cuales se debe llevar a efecto la licitación pública de la concesión portuaria del Frente de Atraque N° 1 (o "Frente N° 1") del Puerto de Antofagasta, modificando en lo pertinente el Dictamen N° 1.209 de 2002, de la Honorable Comisión Preventiva Central ("Dictamen N° 1.209"), y el Informe N° 11/2014 de este Tribunal, que fijó las condiciones para la licitación del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Antofagasta. La Solicitud tiene como antecedente que la licitación respecto de la cual el Informe N° 11/2014 fijó

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las condiciones no se llevó a cabo, y que la concesión que se pretende licitar y entregar en esta oportunidad está asociada a un proyecto de inversión diferente de aquellos propuestos en 2013 (“Nuevo Proyecto de Inversión”). Se acompañan a la Solicitud las Bases de Licitación (en adelante también “Bases” o “borrador de Bases”) que se someten a revisión (folio 5), junto con sus respectivos anexos (folio 6 a 21).

1.4. EPAN se propone licitar una concesión sobre el Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Antofagasta bajo un esquema monooperador, con el objeto de fortalecer la competitividad del puerto e introducir mayor competencia al interior de este, así como entre los distintos operadores de la región. Indica que el Puerto de Antofagasta es de alta importancia estratégica, pues sirve a la gran minería regional, además de encargarse de dar cumplimiento a Tratados Internacionales en los que EPAN tiene participación, siendo estos: (i) el Tratado de 1904 entre Chile y Bolivia; y (ii) el Convenio entre Chile y Paraguay de 1968.

1.5. La Solicitante señala que el mercado de servicios portuarios de la región cuenta con dos informes de este Tribunal, a saber: (i) el Informe N° 11/2014, que fijó las condiciones para la licitación del Frente de Atraque N° 1, la que no se llevó a cabo; y (ii) el Informe N° 14/2019, que modificó la regla de restricción vertical establecida en el Dictamen N° 1.209 para el Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Antofagasta –operado por Antofagasta Terminal Internacional S.A. (ATI)–, cambiando el umbral de 40% a 65%. Adicionalmente, la Solicitante indica que cuenta con un pronunciamiento de la Honorable Comisión Preventiva Central, el Dictamen N° 1.209, que fijó las condiciones para la licitación del Frente de Atraque N° 2.

1.6. A continuación, la Solicitante describe el recinto portuario como un puerto que contempla un total de aproximadamente 218 hectáreas, de las cuales 184 hectáreas corresponden a áreas marítimas, y 34 hectáreas a áreas terrestres. Además, cuenta con dos inmuebles fiscales o recintos extraportuarios entregados en concesión a EPAN por el Ministerio de Bienes Nacionales: (i) el Antepuerto Portezuelo, de aproximadamente 15,6 hectáreas, destinado al acopio de concentrados de zinc en tránsito desde Bolivia; y (ii) la Zona de Desarrollo Logístico La Negra, de aproximadamente 48,9 hectáreas de explanadas en el sector La Negra, que serán utilizadas para tareas relacionadas con el almacenamiento, acondicionamiento, transporte y distribución de cargas, así como para gestionar el flujo de camiones que ingresan al radio urbano. El Puerto de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Antofagasta abriga cerca de 30.000 m² de mar y cuenta con 40.000 m² de terrenos anexos. Dispone nominalmente de 7 sitios distribuidos en dos frentes de atraque, una zona de embarcaciones menores y una zona de embarcaciones pesqueras. El Frente de Atraque N° 1 cuenta con los Sitios 1, 2 y 3, mientras que el Frente de Atraque N° 2, concesionado a ATI, posee los Sitios 4 al 7.

1.7. En lo que se refiere al mercado relevante, la Solicitante sostiene que actualmente la nave de diseño o máxima del Frente N° 1 es de hasta 200 metros de eslora y 9,1 metros de calado autorizado, pero EPAN podría incrementarla a naves de hasta 225 metros de eslora y 9,4 metros de calado, una vez autorizada la solicitud presentada a la Autoridad Marítima. Por su parte, conforme al Nuevo Proyecto de Inversión, y de desarrollar la inversión opcional de dragado de fondo marino, el futuro concesionario (“Concesionario”) podrá potencialmente atender naves de hasta 225 metros de eslora y 10,4 metros de calado, lo que corresponde a una nave máxima de tipo *panamax*.

1.8. Adicionalmente, EPAN señala que el Frente N° 1 movilizará diferentes tipos de carga, aunque en distintas proporciones. Desde el punto de vista geográfico, indica que el mercado relevante corresponde a la Región de Antofagasta. En síntesis, la Solicitante define el mercado relevante como el de “*servicios portuarios básicos ofrecidos por puertos de uso público ubicados en la Región de Antofagasta que puedan atender naves de hasta 225 metros de eslora y 10,4 metros de calado, para cada uno de los siguientes tipos de carga, que conforman segmentos de mercado diferentes: carga sólida a granel –existiendo distintos subtipos de carga sólida a granel–, fraccionada y en contenedores*” (folio 22, p. 10). Finalmente, en la Solicitud se hace presente que todos los operadores de puertos de uso público de la Región de Antofagasta pueden atender naves de mayor eslora y calado.

1.9. En relación con las barreras de entrada, la Solicitante indica que estas son relativamente bajas, lo que estaría demostrado por la intensa inversión en proyectos de infraestructura portuaria en la Región de Antofagasta. Indica que, en efecto, dicha región cuenta con espacio para la instalación de nuevos terminales en la Bahía de Mejillones, y agrega que los terminales de carga a granel, que representan el 70% de la carga transferida en la región, tienen asociados menores plazos de instalación y costos de entrada.

1.10. EPAN indica que se proyecta un aumento de la demanda de carga a granel, derivada principalmente de la producción de concentrados de cobre, razón por la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cual el proyecto de inversión que se pretende licitar busca aumentar la capacidad del Puerto de Antofagasta para atender esta mayor demanda.

1.11. En lo relativo a los oferentes u operadores de puertos de uso público o que prestan servicios a terceros en la Región de Antofagasta, la Solicitante acompaña a su presentación el siguiente cuadro:

Cuadro N° 2. Terminales portuarios de uso público Región de Antofagasta.

Puerto (propietario)	Puerto o Frente de Atraque	Operador o concesionario	Tipo de carga	Productos	Eslora máxima autorizada	Calado máximo autorizado
Puerto de Antofagasta (Público)	Frente de Atraque N° 1 (Molo)	EPAN (no concesionado)	Contenedores, fraccionada y graneles sólidos	Cobre metálico, concentrados minerales, contenedores, otros graneles	200	9,1
	Frente de Atraque N° 2	ATI (Grupo Luksic 65% + Grupo Urenda 35%)	Contenedores, fraccionada y graneles sólidos	Contenedores, graneles, cobre	337	11,6
Complejo Portuario Mejillones (Codelco)	Puerto Angamos	Compañía Portuaria Mejillones S.A. (Grupo Ultramar)	Contenedores, fraccionada y graneles sólidos	Cobre, contenedores, carga general y de proyecto	366	13,7
	TGN	Terminal Graneles del Norte S.A. (Grupo Ultramar)	Graneles sólidos	Carbón	250	14,4
Puerto de Mejillones (Grupo Ultramar)	Puerto de Mejillones	Puerto de Mejillones S.A. (Grupo Ultramar)	Graneles líquidos y sólidos	Ácido sulfúrico, carbón, petcoke, caliza, zinc, plomo, azufre	230	14,4
Complejo Portuario Mejillones (Codelco)	Terminal Marítimo Puerto Andino	Puerto Ventanas S.A.	Graneles sólidos	Concentrados minerales	292	17,9

Fuente: Solicitud de EPAN (folio 22, p. 13).

1.12. Según señala la Solicitante, existen cuatro terminales portuarios de uso público en la región: (i) Puerto de Antofagasta, descrito en esta sección; (ii) Complejo Portuario Mejillones, filial portuaria de Codelco, y que se compone de Puerto Angamos y Terminal Graneles del Norte, ambos terminales multipropósito monooperados por compañías que forman parte del grupo Ultramar, con cuatro frentes de atraques cada uno; (iii) Puerto de Mejillones, que es un puerto privado de uso público que pertenece en partes iguales a Inversiones y Construcciones Belfi S.A. y Ultramar (EPAN afirma que este último es el principal puerto granelero del norte de Chile, sin perjuicio de que en el último tiempo ha cedido participación a los puertos que forman parte del Complejo Portuario Mejillones); y (iv) Terminal Marítimo Puerto Andino, cuyas condiciones de operación, según lo indicado por EPAN, fueron recientemente aprobadas por la Autoridad Marítima.

1.13. EPAN indica que, conforme al Nuevo Proyecto de Inversión, el futuro Concesionario deberá aumentar la profundidad del Sitio 2 y parte del 3 del Frente N°

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1 en 30 centímetros mediante obras obligatorias de limpieza de fondo marino en una extensión de 250 metros. Además, podrá ampliar la nave de diseño hasta los 10,4 metros de calado autorizado mediante la ejecución de obras opcionales de dragado en la misma extensión de 250 metros, con lo que la nave máxima que potencialmente podrá atender será de 225 metros de eslora y 10,4 metros de calado.

1.14. Por otra parte, la Solicitante señala que los principales clientes del Puerto de Antofagasta (EPAN y ATI) son Minera Sierra Gorda SCM, BHP Billiton y Antofagasta Minerals, que representaron en conjunto cerca de un 40% del tonelaje movilizado. Los principales transportistas fueron Hamburg, Hapag Lloyd, Ultramar y MOL, cada uno con entre un 10% y 15% de la carga. De las agencias navieras, Ultramar concentra más del 50% de la carga movilizadora, seguido por Ian Taylor con cerca de un 25% y B&M con un 16%.

1.15. Respecto a la demanda, EPAN prevé un crecimiento en la carga a granel en los próximos años, mientras que la carga general tenderá a caer. Sobre la oferta, indica que Antofagasta es una región con un gran número de operadores portuarios de uso privado (competencia potencial a puertos de uso público en caso de contar con capacidad ociosa). Además, es una región que cuenta con espacio para la instalación de nuevos terminales en la Bahía de Mejillones, y el hecho de que la carga más relevante sea la carga a granel, que requiere bajas inversiones en comparación a las otras, hace aún más viable la entrada de nuevos operadores.

1.16. Respecto a las condiciones de competencia, la Solicitante afirma que estas no han variado de manera significativa en los últimos años. En cuanto a los actores y la participación sobre el total de la carga transferida, la Solicitante indica que la situación sigue siendo muy parecida a la analizada en el Informe N° 11/2014 –referido también al Frente de Atrancamiento N° 1–, e incluso más competitiva que en ese entonces. Así, al año 2019 EPAN contaba con una participación del 0,6%, ATI con 18,9%, Puerto Angamos con 24,8%, Puerto de Mejillones con 36,5%, y Terminal Graneles del Norte con 19,1%. Como nuevos antecedentes, habría que incluir el ingreso del Terminal Marítimo Puerto Andino, del que no hay información estadística aun, y tener en cuenta que Electroandina, que fue considerado por el Tribunal en el Informe N° 11/2014, habría salido del mercado ya que dejó de transferir carga de terceros.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.17. Sobre la capacidad de infraestructura, EPAN señala que esta también se ha mantenido. ATI y Puerto Angamos han aumentado su eslora, y Puerto Angamos además aumentó su calado máximo, lo que le permite atender naves de tipo *postpanamax*. Estos cambios, señala la Solicitante, incrementarían la disciplina competitiva que enfrentará el futuro Concesionario del Frente N° 1.

1.18. Respecto de la carga transferida, la Solicitante indica que la carga sólida a granel es el principal tipo de carga movilizada en puertos de uso público en Antofagasta, representando cerca de 70% del total, y no habría variaciones sustanciales entre 2012 y 2019 en las proporciones que representa cada uno de los tres tipos de carga. Indica que, bajo el proyecto al que se refiere la Solicitud, se estima que la carga a granel será la más relevante. Al respecto, los puertos del grupo Ultramar concentran el 85% de la transferencia de carga a granel, líquida y sólida.

1.19. Dentro de la carga a granel, EPAN distingue: (i) graneles minerales metálicos; (ii) graneles minerales no metálicos; y (iii) otros graneles. Los postulantes de la licitación deberán proponer tarifas máximas para la transferencia de carga de cada uno de estos graneles, los que serán ponderados en el Índice Ofertado y en los Índices de Tarifas Máximas aplicables al Concesionario, en cumplimiento del Informe N° 11/2014.

1.20. En el segmento de carga fraccionada y de proyectos, los puertos de uso público en Antofagasta transfieren aproximadamente un 8% de la carga, principalmente de proyectos vinculados a la minería. Al respecto, los puertos del grupo Ultramar concentran el 73% de la transferencia de este tipo de carga y ATI el 21%. Respecto del proyecto que se consulta, se espera que el Concesionario transfiera una mayor proporción de carga fraccionada, que hoy representa solo el 6% del total, de dimensiones similares a lo propuesto en el año 2013.

1.21. Sobre el segmento de carga de contenedores, la Solicitante indica que aproximadamente un 20% del total de la carga que transfieren los puertos de uso público de la Región de Antofagasta corresponden a este tipo de carga. Al respecto, señala que los puertos del grupo Ultramar concentran el 59% de la transferencia de este tipo de carga y ATI el 41%. La Solicitante indica que el proyecto en consulta no exige inversiones específicas asociadas a este tipo de carga, por lo que se espera que esta represente una proporción marginal del total de carga que transferirá.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.22. Respecto del proyecto a licitar, EPAN señala que corresponde al Frente de Atrance N° 1, que se compone de tres sitios. El plazo de la Licitación sería desde la entrega hasta el 28 de febrero del año 2033, sin posibilidad de renovación. Las inversiones obligatorias se estiman en aproximadamente USD 12,5 MM, y se deben ejecutar dentro de los 12 meses desde la fecha de entrega.

1.23. Sobre los pagos asociados al proyecto, las Bases de Licitación proponen formas de cálculo del Pago Inicial Estipulado, Canon Anual Fijo y Canon Anual Variable. Sobre el Pago Inicial Estipulado, las Bases indican que será informado al Concesionario antes de la fecha de entrega. Este incluye un pago a EPAN por gastos asociados al proceso de licitación y un pago a favor de trabajadores portuarios para cumplir con las mitigaciones a que estos tienen derecho. Respecto al Canon Anual Fijo, este ascendería al monto que resulte de multiplicar el valor del activo objeto de la concesión por el máximo entre la tasa de cálculo que se indica y 3%. El mismo se reajustará al inicio de cada nuevo año contractual multiplicándolo por el Factor de Ajuste de Tarifas y Canon. Sobre el Canon Anual Variable, este sería equivalente a US\$1 multiplicado por las toneladas transferidas en el año anterior respectivo, y tendría por exclusiva finalidad cubrir los costos de administración del Contrato y del monitoreo de cumplimiento de las obligaciones del Concesionario por parte de EPAN.

1.24. EPAN indica que el Concesionario deberá prestar obligatoriamente los servicios básicos sujetos a valores máximos: (i) transferencia de contenedores, (ii) transferencia de carga granel fraccionada; (iii) transferencia de carga granel metálico; (iv) transferencia de otros graneles, (v) uso de muelle de la carga, y (vi) uso de muelle de la nave.

1.25. Sostiene que habrá libertad del Concesionario para fijar las tarifas específicas que cobre por los servicios básicos, siempre que estas no superen el Índice Tarifario Máximo, que resulta de ponderar las tarifas ofertadas que resulten en el menor índice.

1.26. A continuación, la Solicitante describe los resguardos estructurales establecidos en las Bases de Licitación. Respecto a los de carácter horizontal, las Bases establecen un derecho preferente de los entrantes, el que operará separando a los oferentes en dos tipos: Titulares (incumbentes) y Entrantes. Si el menor Índice Ofertado corresponde al de un Titular ("Mejor Titular"), se concederá al Entrante que hubiere ofertado el menor Índice Ofertado de su grupo el derecho de igualar el Índice Ofertado por este Mejor Titular. En caso de que no haya un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Entrante que iguale tal oferta y la licitación se adjudique a un Titular, se establecen ciertas reglas: (i) se le exceptúa de cumplir con la regla de restricción horizontal del Dictamen 1.209, (ii) se prohíbe que otros incumbentes accedan a la propiedad o control del frente de atraque licitado, y (iii) no podrá transferir la propiedad de la concesión o entregarse sin la existencia de un informe previo favorable del Tribunal o la aprobación de la FNE, si correspondiere. Además, dispone que los incumbentes pueden participar mediante consorcios o alianzas “intragrupa”, pero no mediante alianzas “intergrupa”.

1.27. Respecto a los resguardos estructurales de carácter vertical, propone que no se establezca ninguna restricción o que, de hacerse, sea igual a la que rige a ATI, actual concesionario del Frente de Atraque N° 2, conforme a la cual el conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de un 65% del capital, ni más de un 65% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 65% en las utilidades de la concesionaria. Esto, pues afirma que la competencia que enfrentan los operadores portuarios hace innecesaria una restricción a la integración vertical, considerando especialmente la competencia que enfrenta desde Ultramar, sumado a las bajas barreras a la entrada. En caso de que el Tribunal opte por mantener la restricción a la integración vertical vigente, EPAN solicita actualizar la definición de usuario relevante, a fin de que: (i) la restricción sea coherente con los tipos de carga que se espera que transfiera el futuro Concesionario del Frente de Atraque N° 1; (ii) la escasa importancia relativa –bajo el Nuevo Proyecto de Inversión– de los servicios portuarios de carga en contenedores; y (iii) la tradicional definición de mercado relevante geográfico y de usuario relevante empleadas por el Tribunal en sus informes previos.

1.28. Respecto a los resguardos conductuales, EPAN distingue entre los legales y reglamentarios, y aquellos incorporados en las Bases de Licitación. Dentro de los primeros, indica que se encuentran los establecidos en la Ley de Puertos, en el Reglamento de Licitaciones y en el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque (en adelante “RUFA”), en donde se establece, en términos generales, la obligación de prestar servicios a cualquier usuario en condiciones no discriminatorias, tener tarifas públicas y no discriminatorias no superiores a las definidas en los contratos de concesión, así como normas de calidad de los servicios, asignación y reserva de capacidad conformada con criterios técnicos, objetivos y no discriminatorios, y deberes de transparencia e información. Por otra parte, destaca que se encuentran incorporados en las Bases de Licitación el mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros; el Índice de Tarifas Máximas; el registro y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vigencia mínima de las tarifas; la aplicación de precios y condiciones especiales pactados con un usuario a todos los demás; las normas de calidad específicas; las normas específicas para asignación de calidad; los deberes de información hacia los usuarios y hacia EPAN; la existencia de un comité de directores para el control de la discriminación; la aplicación de sanciones y multas asociadas a incumplimientos; y el mecanismo de modificación de resguardos estructurales. Agrega que las Bases de Licitación prevén mecanismos para la recalificación de servicios opcionales como básicos, y reajustes de los ponderadores de las tarifas básicas incluidas en los índices de tarifas máximas.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

(i) Complejo Portuario Mejillones S.A. (“CPM”)

A folio 72, CPM aportó antecedentes en autos. En primer lugar, indicó ser un actor relevante del mercado portuario en la Macrozona Norte y, en específico, de la II Región, pues es propietario de: (i) el Terminal N° 1 multipropósito, diseñado para carga general y contenedores en la Bahía de Mejillones, conocido comercialmente como Puerto Angamos, operado por Compañía Portuaria Mejillones S.A.; y (ii) el terminal de graneles sólidos, conocido comercialmente como TGN, operado por Terminal Graneles del Norte S.A.

Señala que la Solicitante incurre en algunos errores e imprecisiones en su Solicitud respecto de la descripción de Puerto Andino –CPM no tiene una relación con éste, el que de todas formas no ha iniciado su construcción, y por ende tampoco ha entrado en operación–, y en cuanto a la descripción de TGN y de Puerto Angamos.

Respecto a la definición del mercado relevante del producto efectuada en la Solicitud, CPM indica que esta sólo debiese incluir aquella carga transferida por los terminales de uso público de la II Región respecto de los cuales existe competencia efectiva. De lo contrario, se correría el riesgo de que se distorsione la relevancia competitiva que ejercen tanto EPAN como los demás agentes en el mercado. En particular, considera que debieran excluirse de la definición las cargas en las cuales no puede existir competencia efectiva entre los distintos terminales portuarios y la carga transferida por los terminales privados de uso público de la II Región respecto de los cuales existe exclusividad como consecuencia de contratos de largo plazo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En relación con la definición del mercado relevante geográfico, expone que la limitación a la Región de Antofagasta debe “*ser analizada con cuidado*” ya que el alcance geográfico del mercado depende del tipo de producto que se considere. En este sentido, señala que para la carga en contenedores el mercado geográfico debiese ser la Macrozona Norte, ya que la designación del puerto de recalada depende de la definición de la compañía naviera y no de la ubicación específica del puerto. Adicionalmente señala que, aun cuando la posibilidad de sustitución entre terminales de diferentes regiones pueda ser baja, dicha situación podría cambiar a futuro con la materialización del proyecto del Corredor Bioceánico impulsado por los Estados de Chile, Argentina, Paraguay y Brasil.

1.29. Sistema de Empresas Públicas (“SEP”)

A folio 83, el SEP aportó antecedentes, indicando estar de acuerdo con lo planteado por EPAN en la Solicitud, específicamente con que en esta licitación no se establezca una restricción a la integración vertical entre el futuro Concesionario del Frente de Atraque N° 1 y sus usuarios relevantes, o bien, que se establezca un umbral no inferior al 65%. A su vez, señala que, de establecerse una restricción a la integración vertical, se debiese modificar la definición de usuario relevante contenida en el Informe N° 11/2014 por aquella propuesta por EPAN.

Indica que en la Región de Antofagasta se encuentra uno de los mercados portuarios más competitivos de Chile. A su vez, afirma que en este mercado existen asimetrías regulatorias ya que algunos puertos se rigen al amparo de la Ley de Puertos mientras que otros se rigen por el D.L. N° 340, que regula las concesiones marítimas sin establecer una regulación específica ni resguardos a la competencia. De esta manera, sostiene que esta diferencia en el marco regulatorio aplicable a los distintos puertos ubicados en la región justifica que las licitaciones regidas por la Ley de Puertos sean flexibles y permitan la participación de más empresas privilegiando la competencia “por la cancha”, minimizando los resguardos estructurales y asegurando el éxito de la licitación. Agrega que esta flexibilización de los resguardos estructurales no generará mayores riesgos a la libre competencia atendido que: (i) el nuevo Concesionario del Frente N° 1 no tendrá posición dominante en el mercado ya que su participación dentro de la transferencia total de carga marítima será “escasa”; (ii) es un mercado con bajas barreras a la entrada ya que la Bahía de Mejillones es una bahía con aguas abrigadas disponibles para nuevos operadores; y (iii) atendido que el terminal que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se licita tiene orientación preferente de carga a granel, su operación no requiere de grandes profundidades y sus inversiones son de menor costo y de bajo tiempo de ejecución.

1.30. Antofagasta Terminal Internacional S.A. (“ATI”)

A folio 106 aportó antecedentes ATI, quien es el concesionario del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Antofagasta. En términos generales, señala que las Bases de Licitación adolecen de problemas de diseño que desincentivarán la participación de incumbentes y de nuevos entrantes ya que no asegura un resultado exitoso que permita una operación eficiente en régimen de monooperador del frente licitado. A su vez, indica que las Bases omiten considerar factores adversos que se indican más adelante.

El primer error de diseño de las Bases que analiza ATI dice relación con la definición de mercado relevante. Respecto de esta, indica que la nave de diseño que fija la definición de mercado relevante debe considerar 9,7 metros de calado y no los 10,4 que señala la Solicitud, atendido que ese calado solo se alcanzaría si el Concesionario decide realizar las inversiones opcionales reguladas en las Bases. Mismo error existiría en relación con la eslora de la nave de diseño la que debería ser de 200 metros por sitio atendida la autorización entregada por la Autoridad Marítima. A su vez, agrega que las Bases no son claras al definir el tipo de carga para cuya transferencia se licita el Frente de Atraque N° 1, ya que las características de dicho frente solo permiten la transferencia de carga fraccionada y graneles sólidos, pero no contenedores, situación que EPAN debiese aclarar.

En segundo lugar, ATI indica que el objeto licitado padece de un defecto de operatividad que en los hechos desincentiva la participación de oferentes en la licitación. Al respecto, señala que la superficie del área de concesión es insuficiente y carece de áreas de respaldo adecuadas que permitan una operación eficiente del frente de atraque licitado. Por último, ATI argumenta que los montos estimados de inversiones que el nuevo Concesionario deberá realizar serían insuficientes para financiar las obras que se le exigen.

Además de lo anterior, ATI afirma que las Bases no consideran en su diseño dos factores adversos que pueden hacer fracasar la licitación. El primero de ellos dice relación con las marejadas que aquejan la operación del Puerto de Antofagasta. La segunda hace referencia al cobro de la Tarifa Única Portuaria o “TUP” que se trata de una tarifa que EPAN cobraría a las naves que utilicen el Frente de Atraque N° 1 y que actualmente cobra a las naves que utilizan el frente operado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por ATI, lo que encarecería la operación del Puerto de Antofagasta mermando su capacidad competitiva en la región.

En virtud de lo anterior, ATI solicita que se ordene a EPAN modificar las Bases de Licitación de acuerdo a los lineamientos expuestos en su presentación y mantener como aplicables para esta licitación las condiciones establecidas en el Informe N° 11/2014 del Tribunal, con la excepción de: (i) el establecimiento de una restricción a la integración vertical o, en subsidio, el establecimiento de una restricción del umbral del 65% en los términos propuestos por EPAN; y (ii) la definición de usuario relevante, en caso de establecerse una restricción a la integración vertical.

(ii) Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”)

A folio 95 aportó antecedentes el MTT. En relación con el mercado relevante, el MTT destacó las siguientes características aplicables a la Región de Antofagasta: (i) la existencia de una asimetría regulatoria interportuaria entre aquellos puertos que se rigen por la Ley de Puertos y aquellos que se amparan en concesiones portuarias otorgadas en virtud de lo dispuesto en el D.F.L. N° 340 de 1960; (ii) la existencia de una integración horizontal en la propiedad de terminales privados de uso público, lo que contrasta con la limitación de la integración horizontal en el Puerto de Antofagasta; y (iii) la existencia de una divergencia en el número de oferentes dependiendo del tipo de carga transferida.

Respecto de la licitación objeto de autos, el MTT señala que su diseño busca mejorar la competitividad del Frente de Atraque N° 1, tanto en la transferencia de carga general como de carga a granel, por lo que los resguardos estructurales y conductuales que se establezcan deben considerar los puertos de uso público que compiten en estos segmentos. A su vez indica que, atendida la asimetría regulatoria entre puertos concesionados y puertos privados existente en la región, es necesario dilucidar si existen riesgos de prácticas exclusorias en el acceso a cada infraestructura, riesgos de sabotaje en las operaciones comerciales de compañías competidoras y *fenómenos* (sic) de arbitrajes regulatorios.

Respecto del plazo de la concesión, el MTT indica que el plazo propuesto por EPAN debe analizarse ya que, mientras mayor sea el plazo, mayor será el interés de otros actores para entrar al mercado puesto que permite mayor capacidad para fortalecer su posición en el mercado. Agrega que el hecho de que el término del plazo de la concesión coincida con el término de la concesión del Frente de Atraque N° 2 podría redundar en una futura licitación integrada, lo que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

condicionaría el desarrollo futuro del puerto, limitando las diferentes alternativas y contraviniendo el propósito de promover la competencia intraportuaria. Agrega que el plazo considerado debe decir relación con las inversiones obligatorias previstas en las Bases de Licitación, y que deben analizarse resguardos específicos respecto del momento en que el Concesionario puede realizar las inversiones opcionales para evitar que estas generen valores residuales que pudiesen convertirse en barreras de entrada para la futura licitación. Respecto de esto último propone que la decisión de ejecución de las inversiones opcionales sea de la empresa portuaria.

En lo referente a los resguardos estructurales, el MTT solicita que se analice en profundidad el potencial riesgo derivado del interés de los incumbentes de hacer una oferta conveniente para limitar la competencia ex ante y bloquear con ello la entrada de nuevos actores al mercado. Agrega que permitir la integración horizontal del futuro Concesionario con alguno de los dos grupos con mayor presencia en el mercado –ATI y Ultramar– puede fortalecer la estructura vigente del mercado, otorgándole al Concesionario un poder de mercado significativo, y limitando los beneficios de los potenciales usuarios. Adicionalmente, expone que no se han acreditado economías de escala que justifiquen la existencia de una integración horizontal entre operadores portuarios.

Respecto de la solicitud de EPAN de que no se establezca una restricción a la integración vertical, el MTT señala que esta solicitud no estaría justificada si se considera, especialmente, que las condiciones de competencia en el mercado relevante no han variado respecto de aquellas consideradas en el Informe N° 11/2014. El MTT afirma que el establecimiento de una restricción a la integración vertical resguarda al conjunto de la cadena logística de eventuales abusos derivados de una posición dominante en la prestación de los servicios. En lo relacionado a la definición de usuario relevante, el MTT pone énfasis en el rol del sector marítimo sobre las operaciones portuarias, indicando que debe mantenerse lo señalado en el Informe N° 11/2014 en relación con entender a las navieras que movilizan más del 15% de la carga del mercado relevante o el 25% de la carga del terminal dentro de dicha definición. De esta manera, el MTT plantea la necesidad de realizar un análisis profundo de cada usuario y su potencial riesgo de conductas anticompetitivas, para poder definir los umbrales de límite de participación en la sociedad concesionaria. Adicionalmente, el MTT considera apropiado establecer, como medida conductual, la obligación del Concesionario de dar acceso a las empresas portuarias y a la FNE a información

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relativa a mallas societarias; y a información relativa a toneladas movilizadas en general y por aquellas sociedades que formen parte de su malla societaria.

Señala también que se deben precisar los resguardos y servidumbres de acceso y cruce que deberán ser considerados respecto a la prestación de servicios de almacenamiento al Concesionario, ya que las áreas entregadas en concesión no permitirían un uso eficiente de la capacidad del frente de atraque. Especial relevancia podrían tener, en este sentido, las cargas bolivianas y paraguayas que se transfieran en el frente de atraque licitado, ya que ellas están sujetas a condiciones establecidas en tratados internacionales a los cuales EPAN da cumplimiento en representación del Estado de Chile.

El MTT propone que, con el fin de garantizar el cumplimiento de los resguardos conductuales y estructurales, una firma auditora externa a la sociedad concesionaria verifique su cumplimiento, el que sea suscrito también por el directorio de la sociedad concesionaria, a fin de que estos documentos sean entregados a la empresa portuaria estatal. A su vez, hace una propuesta en relación con el registro de tarifas especiales de servicios e indica que los resguardos conductuales deben considerar la jurisprudencia del Informe N° 18 de este Tribunal.

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

A folio 93 aportó antecedentes Campport, quien indicó estar de acuerdo con el diseño de bases de licitación propuesto por EPAN, salvo en los aspectos que a continuación se indican.

En relación con la solicitud de EPAN de permitir la participación de incumbentes en la licitación, otorgándosele preferencia al entrante que presente la mejor oferta, Campport indica que no hay ninguna justificación para otorgar una preferencia a las ofertas realizadas por eventuales entrantes al mercado. Lo anterior, atendida la intensa competencia que existiría en la Región de Antofagasta conforme se desprende de la Solicitud y del informe económico elaborado por Butelmann Consultores acompañado a esta (folio 4). Argumenta que, adicionalmente, el frente de atraque que se licita posee una importancia poco significativa en el total de la carga movilizada en puertos de uso público en la Región de Antofagasta –0,3% en carga a granel, 5,8% en carga fraccionada y estadísticamente nula en carga contenedorizada–. Por último, agrega que los grandes clientes o usuarios de servicios portuarios siempre tendrían la opción de construir sus propios terminales, como de hecho muchos lo han hecho.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Adicionalmente, en lo relativo a la opción del entrante con la mejor oferta de igualar la mejor oferta presentada por un incumbente, Camport expresa que no queda claro si el entrante debe igualar todo el polinomio o si debe igualar el valor final.

Respecto de las restricciones a la integración vertical, Camport coincide con EPAN de que estas no serían necesarias atendidos los argumentos presentados en la Solicitud, y a que una restricción vertical solo reducirá el potencial interés por participar en esta licitación, ya que los potenciales interesados podrían desarrollar sus terminales privados sin asumir las obligaciones de servicio público y la regulación aplicable. A su vez, señala que las limitaciones a la integración vertical pueden sustituirse por reglas menos invasivas, de carácter conductual, pero igualmente eficaces como ha demostrado la experiencia práctica en dos décadas de administración portuaria bajo el sistema monooperador en Chile. Añade que la regla de integración vertical debe analizarse caso a caso, ponderando los riesgos y beneficios de dicha integración en el mercado específico, afirmando que, en todo caso, la secuencia de procesos de carga o descarga, el de almacenamiento y la distribución de áreas, está dirigido y controlado por *softwares* especializados que dificultan que estos sean alterados para perjudicar a un usuario determinado en desmedro de otros.

En relación con otros aspectos contemplados en las Bases, Camport señala estar de acuerdo con que el plazo establecido para la revisión del Contrato de Concesión, por cambios relevantes en las condiciones de prestación de servicios, tenga lugar transcurridos cinco años desde el inicio de la vigencia de la concesión. Lo anterior tomando en consideración los cambios que podrían ocasionar las eventuales modificaciones a la legislación laboral del sector portuario, las que podrían incrementar los costos del Concesionario. En lo que respecta a la recalificación de servicios opcionales como servicios básicos, que al cabo de cinco años de contrato superen el 10% de los ingresos del Concesionario, Camport indica no estar de acuerdo, principalmente porque el hecho de que dichos servicios superen un porcentaje determinado de los ingresos del Concesionario nada tiene que ver con si estos se prestan en condiciones de competencia.

(iv) Fiscalía Nacional Económica (“FNE”)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A folio 102 la Fiscalía Nacional Económica aportó antecedentes efectuando un análisis de las Bases, y solicitando la mantención de reglas para la restricción a la integración horizontal y vertical del futuro Concesionario.

En cuanto a la industria del transporte marítimo de carga, la FNE explicita que esta se encuentra determinada por circunstancias que influyen en su desarrollo. Cita al respecto circunstancias externas tales como la concentración de las navieras especializadas en el transporte de contenedores, así como el aumento sostenido de la capacidad de dichas naves y el volumen de carga transferido en cada terminal portuario, y la crisis económica y sanitaria producida por el brote de COVID-19; y circunstancias internas como el número de terminales marítimos ubicados en la Región de Antofagasta. Atendido lo anterior, indica que las condiciones de competencia que se observarán en los próximos 5 y 10 años en el mercado que se analiza son especialmente difíciles de prever.

Luego, tomando en consideración la nave de diseño del proyecto licitado y los tipos de carga que serán transferidas, la FNE define el mercado relevante como el de la *“provisión de servicios portuarios básicos ofrecidos en los puertos o frentes de atraque de uso público en la Región de Antofagasta, que atiendan naves de tipo panamax y con posibilidad de expandirse a postpanamax, para cada uno de los tipos de carga, siendo éstas, carga en contenedores, carga fraccionada y carga a granel sólido”*. La FNE expone que los participantes en este mercado son: (i) el Frente N° 1 del Puerto de Antofagasta objeto de la licitación; (ii) el Frente N° 2 del Puerto de Antofagasta, concesionado a ATI; (iii) Puerto de Mejillones; (iv) Terminal Graneles del Norte; y (v) Puerto Angamos. Respecto de estos últimos tres terminales, la FNE los considera como un mismo agente económico ya que los tres se encontrarían relacionados al grupo Ultramar. En lo que se refiere a la carga transferida en este mercado, señala que la carga a granel sólido es la de mayor importancia relativa, seguida por la carga en contenedores. Agrega que la carga fraccionada sería la de menor relevancia. En relación con la carga a granel líquido señala que, si bien esta carga es de gran relevancia para la región, no se considera para este análisis ya que no es considerada en el proyecto licitado.

Respecto de las participaciones de mercado, luego de realizar un análisis por tipo de carga, la FNE concluye que *“la situación histórica y actual en los puertos de uso público en la Región de Antofagasta es prácticamente un duopolio, en donde el líder es Ultramar, con una participación de mercado cerca de cuatro veces la*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de ATI, que es el segundo mayor actor". Luego expone que, para tener una mejor aproximación a la presión competitiva existente en el mercado relevante, es necesario también analizar las capacidades máximas de transferencia y las tasas de ocupación de cada terminal portuario, así como la existencia de relaciones contractuales de largo plazo. Al respecto, señala que las inversiones obligatorias y opcionales incluidas en el proyecto a licitar incrementarán la competencia en el mercado relevante.

En cuanto a la caracterización de la demanda, la FNE indica que los principales usuarios de los servicios portuarios para las cargas incluidas en el proyecto a licitar son las empresas navieras y sus agentes de naves, además de los transportistas, los que fueron analizados en el Informe N° 14/2019. Expone que las empresas Ultramar, B&M e Ian Taylor superan el 15% de la carga marítima movilizada en la región, por lo que estarían dentro del concepto de "usuario relevante" del Informe N° 11/2014. En cuanto a los clientes y consignatarios, la FNE identifica a los más importantes para los terminales portuarios del mercado concluyendo que se trataría de un mercado atomizado, ya que existirían más de 50 clientes en la zona, siendo las principales empresas mineras y eléctricas.

Respecto de las barreras y condiciones de entrada, la FNE afirma que en la Región de Antofagasta existirían alrededor de 15 puertos distribuidos en 5 bahías aptas para la construcción de frentes de atraque. Sin perjuicio de ello, señala que los puertos que forman parte del mercado relevante –ya que son de uso público– han sido los mismos desde al menos el año 2010. Agrega que el tiempo en que un actor puede entrar al mercado varía entre 4 y 10 años, lo que no permitiría disciplinar los riesgos a la competencia identificados en el mercado.

En relación con aquellas partes de las Bases objeto de autos que tienen alguna incidencia en condiciones de competencia para la concesión, la FNE efectuó un análisis de diversas variables. En relación con las características de los oferentes establece que, en primer lugar, la exigencia de experiencia mínima de estos –5 años de experiencia como operador portuario o empresa de muellaje que haya transferido 500.000 toneladas los últimos 15 años– es una restricción razonable atendida la carga movilizada en el frente de atraque licitado. Luego, en relación con el patrimonio mínimo, la FNE expone que no advierte problemas de competencia asociados a esta exigencia. Por último, considera que el monto de la garantía de seriedad exigido no sería excesivo y su determinación sigue los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

lineamientos establecidos en el Informe N° 18/2020. Lo mismo respecto de los mecanismos establecidos para la determinación de sanciones y multas.

Con respecto al mecanismo de adjudicación de la concesión, la FNE indica que este iría en línea con lo señalado en el Informe N° 11/2014, en donde el factor determinante es el menor índice tarifario de los servicios básicos ofrecidos. Agrega que el Índice Ofertado desagrega la tarifa de transferencia de graneles en tres tarifas según el tipo de granel, en conformidad con lo ordenado en el Informe N° 11/2014. En relación con la relevancia que representa cada carga en los ponderadores de este índice, la FNE señala que las Bases le asignan una mayor relevancia a la tarifa de la carga a granel (70%), luego a la tarifa de carga fraccionada (20%) y, en tercer lugar, a la tarifa de la carga en contenedores (10%). No obstante, realizando una comparación de los ponderadores con la importancia relativa de los tipos de carga en distintos escenarios, la Fiscalía considera que sería adecuado definir los ponderadores a utilizar en base a la proyección estimada de la importancia relativa de los tipos de carga en el terminal a concesionar.

En relación con las reglas aplicables a la provisión de servicios portuarios, la FNE observa que las Bases de Licitación contemplan resguardos conductuales y deberes de información establecidos en anteriores informes de este Tribunal, e indica que no tiene reparos con los resguardos conductuales propuestos ni ve la necesidad de incorporar reglas adicionales.

Respecto de los riesgos y resguardos estructurales de carácter horizontal, la FNE indica que en el Dictamen N° 1.209 se estableció una restricción a la integración horizontal donde las personas con más del 15% del capital de la sociedad concesionaria no pueden tener más del 15% del capital de otro frente de ataque en la misma región, sea este estatal o privado. Agrega que dicha restricción contiene una excepción en el Informe N° 11/2014 para favorecer el mayor número posible de participantes en la licitación, asegurando el éxito de la licitación con su adjudicación en un menor plazo. Indica que esta excepción también se encuentra incorporada en las Bases, la cual otorga un derecho al entrante que hubiere propuesto el menor Índice Ofertado de igualar el menor Índice Ofertado por un incumbente, en caso de que el menor Índice Ofertado corresponda a uno de ellos.

Respecto de ello, la FNE afirma que en este proceso licitatorio *“no se han presentado antecedentes que indiquen que exista una necesidad urgente de adjudicar la concesión a un operador privado para mejorar la capacidad del*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Terminal N° 1, o que –en caso de retrasarse por fracasar la licitación– las condiciones de competencia empeorarán respecto de la situación actual”. De esta forma, concluye que los riesgos que generaría una integración horizontal serían superiores incluso a los observados en zonas analizadas por el Tribunal que presentaban menores índices de concentración. Estos riesgos serían: (i) la posibilidad de inhibir la participación de nuevos entrantes por la mayor disposición de los incumbentes a ofrecer tarifas menores y así evitar la competencia posterior en la oferta de servicios portuarios, lo que sería más plausible en la licitación de este terminal atendido que moviliza menos carga que los demás terminales; y (ii) el potencial retraso en las inversiones obligatorias y aquellas voluntarias que un actor independiente tendría incentivos para realizar. Este último riesgo se vería acentuado por los bajos resguardos considerados por EPAN para el cumplimiento de las inversiones obligatorias. Agrega que deben sumarse a estos riesgos aquellos relacionados con la ejecución de conductas explotativas y exclusorias en un mercado altamente concentrado y con barreras a la entrada oportuna, así como los riesgos de arbitraje regulatorio y subsidios cruzados, dado que se tratará de la administración de terminales portuarios con regulaciones asimétricas.

De conformidad con lo anterior, la FNE concluye que el riesgo de que se realice la licitación y se declare desierta *“pareciese ser menor al riesgo que un incumbente se adjudique la concesión y se establezca un duopolio no desafiante en la zona, por lo que en términos de protección de la libre competencia sería preferible el primer escenario en comparación al segundo”*. Agrega que no se ha acreditado ni cuantificado ninguna eficiencia, y que estas solo serían posibles de obtener entre frentes de atraque contiguos o aledaños. Indica que, de todas formas, estas difícilmente tendrían la magnitud para compensar el mayor poder de mercado obtenido por el incumbente. Expone que al análisis anterior se tiene que agregar que el plazo establecido en las Bases para la concesión se extiende hasta la misma fecha que el plazo de concesión del Frente de Atraque N° 2, concesionado a ATI, y que su corta extensión puede desincentivar la participación de nuevos entrantes.

En relación con los demás resguardos relacionados a la integración horizontal establecidos en las Bases, la FNE indica que estos serían consistentes con los exigidos en el Informe N° 11/2014, y que buscan evitar un escenario donde todos los terminales de uso público de la región terminen estando relacionados entre sí.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En cuanto a los riesgos y resguardos de carácter vertical, la FNE señala que la propuesta de EPAN de no establecer ninguna restricción a la integración vertical debe ser desechada ya que las condiciones de competencia del mercado analizadas en el Informe N° 11/2014, que contempla una restricción a la integración vertical, no se han modificado de forma sustantiva. Respecto de la petición subsidiaria de que la restricción tenga un umbral del 65%, la FNE señala que esta también puede restringir la competencia *“en el caso que la concesión sea adjudicada a una empresa que a su vez mantenga participación en la propiedad o utilidades de alguno de los incumbentes del mercado”*. En este sentido, señala que el grupo Ultramar participa en los segmentos de navieras y agencias de viaje y que ATI se encuentra relacionada con el transporte ferroviario en el Puerto de Antofagasta, por lo que ambos presentan riesgos incluso en el caso de participaciones minoritarias. Atendido ello, concluye que un aumento del umbral de restricción vertical hasta un 65% no debiera restringir la competencia, en la medida que la concesión no sea adjudicada a alguno de los incumbentes del mercado.

Respecto de la solicitud de EPAN de modificar la definición de usuario relevante, en caso de que se establezca alguna restricción a la integración vertical, la Fiscalía expone que, no habiendo variado lo observado respecto de las condiciones de competencia en el Informe N° 11/2014, no existirían motivos para variar esta definición.

(v) Otras respuestas recibidas

A folio 64 y 67, la Empresa Portuaria de Iquique y la Empresa Portuaria de Arica respondieron, respectivamente, el oficio enviado informándoles del inicio de este procedimiento, indicando que no tienen antecedentes relevantes que aportar.

A folio 69, la Empresa Portuaria Talcahuano San Vicente respondió el referido oficio indicando que no tiene antecedentes relevantes que aportar. Sin embargo, sostiene que no ve inconvenientes en la modificación de las normas de integración vertical aplicables al frente de atraque objeto de este Informe. Indica que las condiciones de competencia en las que se desenvuelven los concesionarios de los distintos puertos estatales no son necesariamente equivalentes. En algunos mercados relevantes –como aquel servido por el Puerto de Antofagasta y también por los puertos de Talcahuano y San Vicente– es posible verificar competencia con numerosos puertos privados de uso público bajo condiciones regulatorias asimétricas, de tal suerte que las reglas aplicables

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

debieran reconocer las particulares condiciones de competencia existentes en cada mercado geográfico. Agrega que la ampliación del porcentaje de integración vertical máximo que se ha autorizado con posterioridad al Dictamen N° 1.045 de 1998 no ha suscitado reclamos ante los órganos de la libre competencia.

II) PARTE CONSIDERATIVA

4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME

1. La Solicitud de Empresa Portuaria de Antofagasta (“EPAN”) tiene por objeto se emita un informe de conformidad a lo exigido en el artículo 23 de la Ley N° 19.542 (“Ley de Puertos”), 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 del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Antofagasta, modificando en lo pertinente el Dictamen N° 1.209 y el Informe N° 11/2014.

2. La Solicitante basa su petición en el artículo 23 de la Ley de Puertos, el cual exige a las empresas portuarias estatales (en este caso Empresa Portuaria de Antofagasta) requerir 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.

3. 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 del Frente N° 1 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, 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.

4. En el caso de autos, EPAN expresa que, dado que el Frente de Atraque N° 1 es el único frente de atraque estatal multioperado de la Región de Antofagasta, y que se propone concesionarlo bajo un esquema monooperador, se requiere un informe previo para entregarlo en concesión, según lo previsto en el citado artículo 23 de la Ley N° 19.542.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. En consideración a la anterior, el informe que se solicita no procede por aplicación del artículo 14 de la Ley de Puertos, norma que también establece que las empresas portuarias estatales deben contar con un informe previo de este Tribunal para otorgar en concesión los frentes de atraque que administran u operan, para el caso que 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. En particular, respecto del proyecto de concesión objeto de este Informe, el Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Antofagasta, concesionado a ATI, es capaz de atender la nave de diseño del Frente de Atraque N° 1, razón por la cual no procede la aplicación de esta última norma.

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME

6. Según se adelantó en la sección anterior, este Informe tiene por objeto establecer los términos y condiciones de la licitación a los que EPAN debe sujetarse para entregar en concesión el Frente de Atraque N° 1, de acuerdo con lo que establece el artículo 23 de la Ley de Puertos.

7. Como se ha indicado en la parte expositiva, para dar cumplimiento a lo anterior, la Solicitud de EPAN requiere la modificación, en lo pertinente, de determinadas condiciones establecidas en el Dictamen N° 1.209 y del Informe N° 11/2014, y su aplicación a esta nueva licitación. Al respecto, como se indicó en la resolución de inicio de folio 28, atendido que se presentan bases de licitación distintas a aquellas revisadas en el Informe N° 11/2014, y que se trata de una licitación nueva del mismo frente, con requisitos de infraestructura diferentes a los revisados para dicho informe, corresponde, por tanto, pronunciarse como si fuese una solicitud de un nuevo informe, bajo los términos del artículo 23 de la Ley de Puertos. Lo anterior, conforme al criterio ya aplicado en el caso del Terminal N° 2 del Puerto de Valparaíso, analizado recientemente en el Informe N° 20/2021.

8. Conforme lo señalado por EPAN en la Solicitud, el frente de atraque que se propone concesionar corresponde al mismo frente que se propuso licitar el año 2013 y que dio origen al Informe N° 11/2014 de este Tribunal, pero cuya licitación no se llevó a cabo. Al respecto, EPAN señala que el proyecto de inversión que se propone en esta licitación difiere de aquel propuesto en el año 2013.

9. El Puerto de Antofagasta, conforme lo resalta EPAN en la Solicitud, es de alta importancia estratégica para el país ya que sirve a la gran minería regional,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

además de prestar servicios para dar cumplimiento a los Tratados Internacionales en los que EPAN tiene participación: (i) el Tratado de 1904 entre Chile y Bolivia; y (ii) el Convenio entre Chile y Paraguay de 1968. El Puerto de Antofagasta cuenta con dos frentes de atraque; el Frente de Atraque N° 1 objeto de autos, que cuenta con los Sitios 1, 2 y 3 (marcado en rojo en la Figura N° 1) y el Frente de Atraque N° 2, que cuenta con el resto de los sitios, cuyo concesionario es ATI (marcado en amarillo en la Figura N° 1). Además de los frentes antes mencionados, el recinto portuario cuenta con una zona de apoyo logístico en la cual se encuentra la infraestructura destinada a las cargas de comercio exterior de Bolivia y Paraguay, la cual es administrada directamente por EPAN (demarcada con una línea verde en la Figura N° 1).

Figura N° 1: Plano del Puerto de Antofagasta



Fuente: Solicitud de EPAN (folio 22, p. 6).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10. La infraestructura que EPAN busca concesionar (en adelante, “Recinto Portuario” o “Infraestructura Portuaria”) corresponde a una parte de la superficie e infraestructura del Frente de Atraque N° 1, cuyas principales características son un delantal de 674 metros de longitud por 20 metros de ancho, con tres sitios de atraque, que totalizan un área de transferencia de 1,2 hectáreas; y adicionalmente, se incorpora un área de respaldo de 0,5182 hectáreas. El área de concesión no tendrá la opción de ampliarse. En cuanto a las características principales de los sitios del Frente N° 1, estas son las que se muestran en el Cuadro N° 1, aunque se debe considerar que EPAN solicitó a la Autoridad Marítima incrementar la nave de diseño máxima que puede atender el Sitio 2 hasta 9,4 metros de calado autorizado.

Cuadro N° 1: Características de los sitios del Frente de Atraque N° 1

Sitio	Longitud Efectiva	Longitud según Autoridad Marítima	Calado Autorizado (m)	Detalles
1	212	200	8,50 – 9,14 RM	Malecón de Costa: Parapeto de muro de bloques de concreto simple asentados sobre base de enrocados
2	250	200	7,90 ¹¹	
3	212	200	7,90	

Fuente: Solicitud de EPAN (folio 22, p. 24).

11. En cuanto al plazo de la concesión, conforme lo indica EPAN en su Solicitud, este comenzará desde la fecha de entrega del frente de atraque al Concesionario hasta el 28 de febrero de 2033, sin posibilidad de renovación.

12. El Proyecto contempla diversas inversiones obligatorias que se estiman en aproximadamente USD 12,5 millones, y se deberán ejecutar dentro del plazo de 12 meses contado desde la fecha de entrega. Conforme se indica en el Anexo IX de las Bases, estas inversiones contemplan:

- a.55.1.a. Construcción de Cierres Perimetrales en el Área de Concesión.
- a.55.1.b. Grúas Horquillas, *Software* y otros.
- a.55.1.c. Defensas separadoras de muelle.
- a.55.1.d. Sistema eléctrico e iluminación.
- a.55.1.e. Sistema de alcantarillado.
- a.55.1.f. Oficinas administrativas.
- a.55.1.g. Cinta Transferencia Ulexita.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a.55.1.h. Limpieza de Fondo Marino, que permita aumentar el calado del Frente de Atraque N° 1 a, al menos, 30 centímetros adicionales a nivel de reducción de sonda (NRS), esto es, de 9,4 a 9,7 metros.

a.55.1.i. Provisión de una grúa móvil de muelle (*Mobile Harbour Crane*).

a.55.1.j. Sistemas de Lavado de Camiones.

a.55.1.k. Sistema de Descarga Ceniza de Soda.

a.55.1.l. Habilitación de Sistemas de Control Aduanero.

13. Opcionalmente, el Concesionario podrá realizar las siguientes inversiones: (i) las obras necesarias que permitan aumentar el calado de Frente N° 1 a un mínimo de 10,4 metros a nivel de NRS en una extensión de 250 metros lineales, cuyo valor residual podrá ser restituido por EPAN al Concesionario al término de la concesión, en los términos y condiciones previstas en las Bases; y (ii) la provisión de una segunda grúa móvil de muelle (*Mobile Harbour Crane*).

14. Aclarado lo anterior, la estructura que se utilizará para resolver la presente Solicitud es la siguiente: (i) en las Secciones 6 y 7 se identificarán y caracterizarán los mercados en que participará el Concesionario del Frente N° 1, así como sus condiciones de competencia; (ii) luego, en las Secciones 8 y 9 se abordarán los mecanismos de resguardo de la competencia, tanto en la licitación como en la provisión de servicios portuarios; y (iii) por último, la Sección 10 se referirá a la conveniencia de imponer resguardos estructurales al Concesionario.

6. MERCADOS RELEVANTES

15. Como se ha señalado en diversos informes anteriores (Informes N° 9/2013, N° 11/2014, N° 18/2020, N° 20/2021, N° 21/2022 y N° 22/2022), este Tribunal de manera consistente ha sostenido que para determinar un mercado relevante en materia de licitaciones de frentes de atraque estatal, deben observarse los siguientes elementos: (i) las características de la infraestructura portuaria que será licitada; (ii) el tipo de servicio que será prestado; (iii) los tipos de carga que se transfieren; (iv) la nave de diseño; y (v) la zona o área geográfica de influencia.

(i) Mercados relevantes del producto

(i) Características de la infraestructura portuaria que será licitada

16. En lo relativo a este punto, la Infraestructura Portuaria que será licitada por EPAN fue descrita con anterioridad en el párrafo 10. Por disposición del artículo 3°

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la Ley N° 19.542, el Frente N° 1 será un puerto público, porque es de propiedad estatal, y de uso público, ya que, por una parte, presta 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 deben prestar servicios en forma continua, permanente y no discriminatoria, y están sometidos a ciertas exigencias, tales como velocidades de transferencias, tiempos de espera, publicidad de tarifas, entre otras.

17. Como el Frente N° 1 es de uso público, sólo se deberán considerar dentro de los mercados relevantes 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, como se ha señalado en informes anteriores de este Tribunal sobre licitaciones de recintos portuarios (v.gr., Informes N° 9/2013, N° 11/2014, N° 18/2020, N° 20/2021 y N° 22/2022), la definición de los mercados relevantes debe considerar todos los frentes de atraque de uso público, sin distinguir entre aquellos de propiedad pública o privada, que estén 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 sólo prestan servicios a aquellos usuarios que ellos mismos determinan, los que usualmente corresponden a empresas con las que están relacionados.

(ii) Tipos de servicios que se prestarán en la Infraestructura Portuaria

18. Los mercados del producto dicen relación con los servicios que podrán ser provistos por el adjudicatario de la licitación del Frente N° 1, luego de que terminen de implementarse las obras que deben ser realizadas.

19. Desde el punto de vista de la libre competencia, los frentes de atraque constituyen infraestructuras destinadas a prestar servicios portuarios de dos tipos: básicos y 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 servicios básicos de muellaje a la nave y transferencia de cada uno de los tipos de carga. Los servicios especiales, por su parte, son

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aquellos que también pueden ser prestados por empresas distintas e independientes del concesionario, y para cuya provisión no es necesaria la infraestructura que se entrega en concesión.

20. En términos generales, tanto EPAN como los aportantes de antecedentes, siguiendo el criterio establecido en anteriores informes en esta materia, señalan que los mercados del producto estarían constituidos solamente por los servicios básicos, los que, de acuerdo con la Solicitud, corresponden a *servicios de transferencia de contenedores, de carga fraccionada, de carga granel metálico, y de otros graneles; y el uso de muelle de la carga; y uso de muelle de la nave.*

(iii) Tipos de carga que se transferirán en la Infraestructura Portuaria

21. Otro aspecto para tener en cuenta al momento de definir los mercados relevantes del producto es la carga que se transferirá a través del Recinto Portuario 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 futuro 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.

22. De acuerdo con lo señalado por EPAN, el Frente N° 1 atenderá los siguientes tipos de carga: contenedores, fraccionada y granel sólido; existiendo distintos subtipos de granel sólido, a saber, graneles metálicos, graneles minerales no metálicos y otros graneles.

23. Al respecto, por una parte, CPM indicó que deben excluirse del mercado del producto las cargas respecto de las cuales no existe competencia efectiva entre los distintos terminales portuarios, ya sea por razones de ubicación o contractuales. Para ello, CPM analiza el ejemplo del carbón, un producto respecto del cual no existe competencia efectiva entre los distintos terminales portuarios. En relación con la ubicación, las centrales de generación eléctrica, que son los clientes de los terminales, se ubican en las cercanías de estos y sus respectivas canchas de acopio están conectadas mediante sistemas de correas transportadoras con el terminal (v.g. Eléctrica Angamos y Eléctrica Cochrane respecto del Terminal de Graneles Norte). Estas centrales requieren, para efectos de financiamiento y de seguridad de suministro, contar con contratos de largo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

plazo con el terminal con el que están conectados, lo que en la práctica implica que, una vez suscritos dichos contratos, tanto el volumen de carga (carbón) contratado como la capacidad del terminal correspondiente “salen del mercado”.

24. Continuando con sus argumentos, CPM señala que debiera excluirse la carga transferida por los terminales privados de uso público de la Región de Antofagasta que emana de la demanda de servicios portuarios que prestan de manera exclusiva a ciertos terceros como consecuencia de contratos de largo plazo. Aduce que, si bien no debiese plantear problemas incluir en los mercados relevantes de producto a terminales tales como Puerto Angamos, Puerto de Mejillones o TGN, que caerían dentro de la categoría de terminales privados de uso público, se genera un problema cuando se consideran dentro de los mercados relevantes todos los volúmenes de carga y capacidad, incluyendo aquellos que dichos terminales destinan exclusivamente a ciertas compañías (que no estarían disponibles para el mercado). Lo anterior, como consecuencia de contratos de largo plazo, que pueden ir habitualmente entre los 15 a 25 años. En lo que se refiere a estos volúmenes de carga, los terminales actúan de modo similar a un terminal de uso privado (folio 72 p.6).

25. Respecto del cuestionamiento de si se deben excluir de la definición de los mercados relevantes las cargas respecto de las cuales no existe competencia efectiva por razones de ubicación o contractuales, este Tribunal estima aplicable el mismo argumento del Informe N° 14/2019, recaído sobre el Frente N° 2 del Puerto de Antofagasta, respecto a la existencia de contratos de largo plazo. Dicho informe descartó que la existencia de este tipo de contratos con usuarios de puertos influya en la determinación del mercado relevante. Lo anterior puesto que para medir la carga movilizada en los distintos puertos que forman parte del mercado relevante, y así la competencia efectiva que enfrentan los agentes, se debe considerar todo el volumen transportado por el conjunto de actores que pertenecen al mercado, sin hacer distinciones respecto de la naturaleza y duración de los contratos en virtud de los cuales se moviliza la carga, ni respecto de los productos que componen cada una de las cargas transportadas (Informe N° 14/2019, párrafos 112 y 113).

26. Por su parte, ATI sostiene que la realidad física y operacional del Frente N° 1 solo le permitiría al adjudicatario de la licitación transferir carga fraccionada y graneles sólidos, mas no contenedores, pues la superficie a licitar no sería

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

suficiente por sí sola para sostener una operación mínimamente significativa de transferencia de contenedores (folio 106, p.14).

27. En este sentido, EPAN señala en la Solicitud que, bajo el proyecto de inversión descrito en las Bases, que no contempla como obligatorias obras destinadas a transferencia de carga en contenedores, se espera que esta represente una proporción marginal del total de carga que transferirá el futuro Concesionario (folio 22, p.20). No obstante, sostiene que lo anterior no permite descartar que el futuro Concesionario del Frente N° 1 transferirá contenedores, puesto que los contenedores no sólo son movilizados por líneas navieras de transporte marítimo internacional, sino también por naves de cabotaje y como complemento de otros tipos de carga. Así, al incrementarse la transferencia de otros tipos de carga, también debiera incrementarse aquella de contenedores en el frente (folio 22, p. 21).

28. De este modo, respecto de la observación de ATI, no se atenderá el argumento de excluir la carga en contenedores del análisis de los mercados relevantes toda vez que, a pesar de ser la carga con menor relevancia para el Frente N° 1, EPAN ha presentado cierta participación en la transferencia de carga en contenedores en algunos de los últimos años, lo cual se evidencia más adelante en este Informe. Adicionalmente, cabe señalar que la inclusión de la transferencia de carga en contenedores en el polinomio de adjudicación es necesaria puesto que el servicio se prestaría en condiciones monopólicas en dicho frente de atraque (es decir, no existe un proveedor alternativo) y, por tanto, se trata de un servicio básico sujeto a tarifa máxima que parece razonable analizar.

29. En línea con lo resuelto en informes anteriores, se definirán varios mercados relevantes distinguiendo por tipo de carga atendida en el Frente N° 1 porque, desde el punto de vista de la demanda, los diferentes tipos de carga no son sustitutos entre sí. Además, atendido que la transferencia de cada tipo de carga requiere de infraestructura específica para ello, tampoco existiría sustituibilidad, en el corto plazo, por el lado de la oferta. En consecuencia, para efectos de este Informe se consideran tres mercados relevantes de producto distintos: (i) la carga en contenedores; (ii) la carga fraccionada; y (iii) la carga granel sólido.

(iv) Nave de diseño

30. De acuerdo con lo señalado al inicio de esta sección, una cuarta dimensión que se debe determinar para definir cada mercado relevante del producto es el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tamaño de las naves que pueden recalar en los frentes de atraque para cada tipo de carga definido.

31. A este respecto, cabe mencionar que el Informe N° 9/2013 estableció que el mercado relevante debía considerar los “*servicios básicos prestados en los puertos que puedan atender a la nave de diseño del frente de atraque que se concesionaba*”, mientras que en informes posteriores, el criterio adoptado considera adicionalmente la nave de diseño que podrá atender el adjudicatario de la licitación, lo que depende de la longitud y profundidad de los sitios que conforman la infraestructura portuaria, y la aptitud de expansión de los otros frentes de atraque (v.gr. Informes N° 9/2013, N° 11/2014 N° 18/2020 y N° 22/2022). Finalmente, de acuerdo con lo indicado en los Informes N° 22/2022, N° 23/2022 y N° 24/2022, deben ser incluidos no solo los frentes de atraque de uso público capaces de atender embarcaciones con la nave de diseño de EPAN, sino también aquellos de uso público capaces de atender las embarcaciones que efectivamente hacen uso de dicho puerto.

32. En su Solicitud, EPAN señala que la nave de diseño o máxima es actualmente de hasta 200 metros de eslora y 9,1 metros de calado autorizado, pero podría incrementarse a naves de hasta 225 metros de eslora y 9,4 metros de calado, una vez autorizada la solicitud presentada a la Autoridad Marítima. Ahora bien, de acuerdo con el proyecto de inversión contemplado en las Bases, el Concesionario deberá aumentar la profundidad o calado del Sitio 2 y parte del 3 en al menos 30 centímetros, mediante limpieza de fondo marino en una extensión de 250 metros. Además, el Concesionario podrá ampliar la nave de diseño hasta 10,4 metros de calado autorizado mediante la ejecución de obras opcionales de dragado en la misma extensión de 250 metros lineales *desde el término del sitio 1 al sur* (Anexo IX de las bases, folio 14, p. 4), con lo que la nave máxima que potencialmente podrá atender será de 225 metros de eslora y 10,4 metros de calado.

33. En relación con esto, ATI expone que la nave de diseño que fija la definición de mercado relevante debe considerar 9,7 metros de calado, y no los 10,4 metros, atendido que ese calado solo se alcanzaría si el Concesionario decide realizar las inversiones opcionales reguladas en las Bases. Lo mismo indica en relación con la eslora de la nave de diseño, la que debería ser de 200 metros por sitio, atendida la autorización entregada actualmente por la Autoridad Marítima.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

34. Por su parte, la FNE señala en su aporte de antecedentes que, dadas las condiciones del Frente N° 1 y la nave de diseño del proyecto de inversión detallado en las Bases, se deben considerar como parte del mercado relevante los puertos que tienen capacidad para atender naves tipo *panamax*, con la posibilidad de expandirse a *postpanamax*.

35. Conforme con las Bases de Licitación, las dimensiones específicas de la nave que el futuro Concesionario podrá atender dependen de inversiones comprometidas en su oferta. No obstante, en caso de que el adjudicatario proponga las máximas inversiones opcionales que la licitación admite, ampliándose las dimensiones del Frente de Atraque N° 1 y, con ello, la nave de diseño que potencialmente podría atender, dicha nave seguirá siendo menor que las de los demás frentes de atraque que participan en los mismos mercados relevantes, como se verá más adelante en el Cuadro N° 2. De esta forma, el resto de los frentes de atraque podrán ejercer presión competitiva sobre el potencial Concesionario del Frente N° 1, incluso si este realiza todas las inversiones opcionales.

36. En línea con lo expuesto, dentro de los mercados relevantes se deben considerar los frentes de atraque que potencialmente sean capaces de atender la nave de diseño capaz de ser atendida por el Frente N° 1. En este caso, dicho criterio no afecta la definición del mercado relevante toda vez que, como fue indicado con anterioridad, la nave de diseño que potencialmente podría atender el Frente N° 1 es de menor tamaño que las de los demás frentes de atraque que participan de los mismos mercados relevantes.

37. Finalmente, cabe reiterar que los frentes de atraque pueden atender distintas naves según la carga que estas transportan, por lo que, para definir los mercados relevantes, se debe tener en consideración el tamaño de las naves que pueden recalar en los frentes de atraque para cada tipo de carga por separado.

(ii) Mercado geográfico

38. Habiéndose determinado en los párrafos precedentes los distintos elementos que se requieren para definir los mercados relevantes de producto, corresponde establecer cuál es el mercado relevante geográfico. Sobre esta materia, se ha señalado que la Ley de Puertos no resulta 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y 18/2020), en este caso el Frente N° 1. Por consiguiente, lo importante es revisar las distancias que existen entre los puertos y los respectivos centros de consumo, más que las distancias existentes entre los distintos puertos.

39. En la Solicitud se indica que el mercado relevante geográfico se acota a la Región de Antofagasta, consistente con lo señalado en informes anteriores, en particular los Informes N° 11/2014 y 14/2019, emitidos a propósito de concesiones otorgadas en la misma región, y el Informe N° 10/2014 para el Molo del Puerto de Iquique.

40. Al respecto, cabe tener en consideración que en la Solicitud se señala que, dado el nivel de participación porcentual por origen/destino del total de la carga nacional movilizadora por los puertos estatales de la Macrozona Norte, existiría escasa o nula sustitución entre los servicios portuarios ofrecidos por los distintos puertos de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta. En este sentido, el informe económico acompañado por EPAN a folio 4 da cuenta de que la situación no ha variado sustancialmente entre el año 2012 y el año 2019 (p. 8, Cuadro N° 3). De acuerdo con este informe, respecto de la carga transferida en la Región de Arica y Parinacota, el 90,1% sale por un puerto ubicado en esa misma región; para el caso de la Región de Tarapacá sería el 99,9%; mientras que, para la Región de Antofagasta, sería el 98,1%, lo que confirmaría que el área de influencia o *hinterland* del Frente N° 1 corresponde a los puertos de la Región de Antofagasta.

41. Sin embargo, uno de los intervinientes ha cuestionado la definición anterior, argumentando que el mercado relevante geográfico debiese ser más amplio en lo que respecta a la carga de contenedores. En particular, CPM sostiene que el alcance geográfico del mercado relevante depende en gran medida del tipo de producto que se considere. Señala que, para el mercado de la carga de contenedores, el mercado relevante geográfico debería ser la Macrozona Norte, compuesta por las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta, atendido que normalmente la designación de los puertos de recalada de cada servicio depende de la definición de las compañías navieras y no de la ubicación de un puerto en específico (folio 72, p. 7).

42. En relación con este argumento, no existen antecedentes aportados en autos que permitan sostener la existencia de un mercado geográfico especial o distinto para la transferencia de carga contenedorizada, ya que no es posible descartar que la escasa o nula sustitución entre los servicios portuarios ofrecidos por los distintos puertos de la Macrozona Norte también se aplica para dicha carga.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Adicionalmente, lo señalado en el informe económico acompañado por EPAN resulta coherente con lo concluido en informes anteriores de este Tribunal, en los cuales se consideró sólo la Región de Antofagasta para el análisis de los mercados relevantes, aun en el caso de la carga en contenedores. En estos informes se observó una correlación significativa y positiva entre la región, que es origen o destino de la carga, y el puerto elegido por el que se transporta la carga, existiendo escasa o nula sustitución entre los servicios portuarios ofrecidos por los puertos de las regiones que componen la Macrozona Norte (Informes N° 11/2014 y N° 14/2019).

43. Como antecedente adicional, es posible realizar un análisis respecto de la sustituibilidad entre puertos en base a las distancias que existen entre ciertos puertos de uso público de otras regiones de la Macrozona Norte y el principal centro de consumo de la Región de Antofagasta, la ciudad de Antofagasta. En este sentido, cabe señalar que la distancia entre esta última y el Puerto de Iquique es de más de 400 kilómetros (<https://goo.gl/maps/bq61aDcRCxmL3nNz6>), mientras que la distancia entre la misma y el Puerto de Arica es superior a 700 kilómetros (<https://goo.gl/maps/a861WYcxZfjhm3Yw5>). De este modo, el “*hinterland*” no incluye en este caso los puertos de uso público localizados en otras regiones por cuanto la distancia entre estos y los centros de consumo son muy extensas.

44. Finalmente, CPM sostiene respecto de la carga en contenedores que, aun cuando la posibilidad de sustitución entre terminales de diferentes regiones pueda ser baja en la actualidad, este escenario podría cambiar a futuro en la medida que se materialicen inversiones para concretar el proyecto del Corredor Bioceánico que actualmente impulsan los Estados de Chile, Argentina, Paraguay y Brasil. En particular, CPM indica que el megaproyecto contempla que, en lo que respecta a Chile, participen como competidores entre sí los “*puertos del Norte de Chile*”.

45. Respecto de este punto, no existe evidencia en el proceso relacionada con la fecha de implementación y del impacto que generará en los mercados el proyecto del Corredor Bioceánico. Por estas razones, no se considera un mercado relevante geográfico distinto para la transferencia de carga en contenedores.

(iii) Definición de los mercados relevantes

46. De acuerdo con lo señalado en los apartados precedentes, para los efectos de este Informe, los mercados relevantes corresponden a la provisión de servicios portuarios básicos ofrecidos en los frentes de atraque de uso público de la Región

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Antofagasta, que tengan la capacidad de atender naves de diseño equivalentes o de mayores dimensiones que aquellas del Frente de Atraque N° 1 (actuales y potenciales), para (i) carga a granel sólido, (ii) carga fraccionada, y (iii) carga en contenedores.

7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS RELEVANTES

47. Habiéndose determinado los mercados relevantes en que incide la licitación, a continuación, se evalúan las condiciones de competencia para determinar la capacidad del futuro Concesionario del Frente N° 1 de ejercer poder de mercado. Para estos efectos, se presenta el análisis respecto de las condiciones de competencia en la transferencia de carga fraccionada, granel sólido y contenedores en la Región de Antofagasta.

Cuadro N° 2: Oferentes en el Mercado Relevante Geográfico. Dimensiones de los terminales y frentes de atraque de la Región de Antofagasta

Operador o propietario	Frente de Atraque	Tipo de Carga	Máximos autorizados (metros) (1)	
			Eslora	Calado
EPAN	Puerto de Antofagasta Frente N° 1	Graneles sólidos, contenedores y fraccionada	200(225)	9,1 (10,4)
ATI	Puerto de Antofagasta Frente N° 2	Graneles sólidos, contenedores y fraccionada	337(2)	11,6
Neltume Ports S.A e Inversiones y Construcciones Belfi S.A.	Puerto de Mejillones	Graneles líquidos y sólidos	230	14,4(3)
Puerto Angamos e Inversiones Puerto Angamos S.A	Terminal Graneles del Norte	Graneles sólidos	250	14,4
Inversiones Puerto Angamos S.A., Inversiones Portuarias Norte Grande S.A., Neltume Ports S.A. e Inversiones y Construcciones Belfi S.A.	Puerto Angamos	Graneles sólidos, contenedores y fraccionada	366	13,7

Fuente: elaboración propia en base a Informes N° 11/2014, N° 14/2019, informe económico acompañado por EPAN (folio 4) y aporte de antecedentes FNE (folio 102). Notas: (1) en el caso del Frente de Atraque N° 1, la eslora y calado potencial, en base a la ejecución de las obras opcionales establecidas en las Bases, se presentan en paréntesis; (2) de acuerdo con la FNE, el máximo autorizado de eslora sería de 347 metros (folio 102, p. 17), sin embargo, de acuerdo con el Informe N° 14/2019, el informe acompañado por EPAN (p. 8), información pública obtenida del sitio *web* del Corredor Bioceánico (<https://corredorbioceanico.org/>), y la memoria ambiental del 2018 de ATI, esta correspondería a 337 metros; y (3) de acuerdo con los Informes N° 11/2014 y N° 14/2019, el máximo autorizado de calado sería de 14,5 metros, sin embargo, de acuerdo a lo informado por la FNE (folio 102, p. 17), el informe económico acompañado por EPAN (p. 8) y el sitio *web* del propio puerto (<https://www.puertomejillones.cl/>)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

éste sería de 14,4 metros. Cabe señalar que estas diferencias no modifican las conclusiones a las que se arriba en el presente Informe.

48. Del Cuadro N° 2 se observa que los frentes de atraque que forman parte de los mercados relevantes no han variado entre 2014 y 2019, conforme al análisis del mercado contenido en los Informes N° 11/2014 y N° 14/2019. En efecto, al igual que en el caso del Informe N° 14/2019, no se considera dentro del mercado relevante el frente de atraque de Electroandina puesto que, conforme se establece en el informe económico acompañado por EPAN, dicho muelle moviliza carga utilizada como insumo para la actividad generadora de energía de su propietario, sin reportar servicios a otros usuarios (folio 4, p. 3). Por su parte, en este cuadro se observa que todos los frentes de atraque atienden carga a granel, la que conforme se analiza en la siguiente sección, es la carga de mayor importancia relativa en la región.

49. Respecto de los tres terminales privados de uso público incluidos en el mercado relevante, es importante destacar que estos se encuentran relacionados horizontalmente entre sí toda vez que se vinculan al grupo Ultramar, conforme a lo que ya se estableció en el Informe N° 14/2019 (párrafo 134 y siguientes), situación que no se ha modificado a la fecha y que fue corroborada por la FNE en su aporte de antecedentes (folio 102, p. 15), lo que se confirma con la información publicada en sus respectivas páginas *web*. Por consiguiente, se considera a Puerto de Mejillones, Terminal Graneles del Norte y Puerto Angamos como un solo actor para efectos del cálculo de las participaciones de mercado en cada uno de los segmentos de carga incluidos en el mercado relevante, lo que se realiza en la siguiente sección.

50. Finalmente, resulta relevante señalar que en la Solicitud, particularmente en la sección relativa al mercado relevante, EPAN incluye en el análisis al Terminal Marítimo Puerto Andino. En cuanto a este punto, la FNE indica que Puerto Andino solo realiza operaciones con sus empresas relacionadas, por lo que no ejercería presión competitiva al Frente N° 1 que EPAN proyecta licitar (folio 102, p.23). Para despejar este asunto, el Tribunal ofició a la Central Termoeléctrica Andina S.A., filial de Engie Energía Chile S.A., quien indicó que actualmente la operación de Puerto Andino está destinada únicamente a la transferencia de carbón y caliza (graneles sólidos) a empresas relacionadas a la misma. Sin embargo, señalan que no es posible descartar que, dentro de los próximos cinco años, Puerto Andino comience eventualmente a realizar transferencias de carga a terceros no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relacionados, ya que, a la fecha se encontraría suscrito un Memorando de Entendimiento y un Acuerdo Marco con el objeto de desarrollar alternativas portuarias relacionadas al desarrollo y ampliación de Puerto Andino para la transferencia de cargas de concentrado de cobre, y otros graneles sólidos y líquidos a terceros. Sin embargo, dichos acuerdos no han sido aún implementados y perfeccionados (folio 147, p. 1). En consideración de lo anterior, y atendido que no es claro si el Terminal Marítimo Puerto Andino prestará servicios a terceros durante el periodo en que esté vigente la concesión, este no se considerará dentro del mercado relevante, sin perjuicio de que su eventual entrada puede considerarse como un factor relevante en términos de la presión competitiva que enfrentará el futuro Concesionario del Frente de Atraque N° 1.

(i) Participaciones de mercado

51. Sin perjuicio de ello, conforme a lo señalado por EPAN en la Solicitud, es importante resaltar que la carga a granel representa cerca del 70% de la carga de la región. Esta cifra es similar a lo señalado por la FNE, la cual en su aporte de antecedentes detalla que el tipo de carga con la mayor importancia relativa de la región es el granel sólido, representando alrededor de un 50% del total de la carga transferida, seguido por la carga a granel líquido con aproximadamente un 30% (folio 102, p.15). No obstante, para contextualizar el análisis, se presentará un panorama general de la totalidad de la carga transportada en la Región de Antofagasta.

52. De acuerdo con lo señalado por la FNE, durante el año 2019 se transfirieron en la Región de Antofagasta aproximadamente 25 millones de toneladas de carga por vía marítima, lo que representa un 17,67% de la carga a nivel nacional. Por su parte, la FNE también indica que la Región de Antofagasta se caracteriza principalmente por su industria minera, la que en el año 2019 produjo el 54% del cobre a nivel nacional. La situación anterior se ve reflejada en las exportaciones, en cuanto a que el sector minero representa 94,7% del valor en dólares de todas las exportaciones de la región para el año 2019 (folio 102, p.15).

53. En línea con lo señalado en la sección respectiva a la definición de los mercados relevantes, en la actualidad estos cuentan con cinco frentes de atraque de uso público. El Cuadro N° 3 muestra la importancia relativa de cada uno de los puertos o frentes de atraque de uso público de la zona sobre el total de toneladas transferidas, detallando las participaciones en la transferencia de carga.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 3: “Evolución de participaciones de mercado sobre el total de carga transferida por puertos de uso público que forman parte del mercado relevante, medida en toneladas transferidas entre los años 2015 y 2019”

Año	2015	2016	2017	2018	2019
EPAN (Frente N° 1)	37.139 0,3%	32.859 0,2%	59.693 0,4%	79.088 0,6%	96.630 0,6%
ATI (Frente N° 2)	2.232.383 15,4%	2.710.239 19,3%	2.460.954 17,0%	2.584.433 19,3%	2.861.323 18,9%
Total grupo Ultramar	12.206.805 84,3%	11.326.779 80,5%	11.972.552 82,6%	10.724.674 80,1%	12.194.789 80,5%
Puerto de Mejillones	6.260.715 43,2%	5.294.939 37,6%	5.167.676 35,7%	5.221.054 39,0%	5.531.026 36,5%
Terminal Graneles del Norte	1.498.848 10,4%	2.120.610 15,1%	3.145.644 21,7%	1.977.643 14,8%	2.898.954 19,1%
Puerto Angamos	4.447.242 30,7%	3.911.230 27,8%	3.659.232 25,2%	3.525.977 26,3%	3.764.809 24,8%
Total (ton)	14.476.327	14.069.877	14.493.199	13.388.195	15.152.742

Fuente: Elaboración propia en base a informe económico acompañado por EPAN (folio 4).
Notas: En su aporte de antecedentes ATI también incluye un cuadro con información respecto de volúmenes de transferencia del terminal entre 2003 y 2019. No obstante, dicha información no es utilizada en el presente cuadro ni en los siguientes toda vez que la carga no se encuentra diferenciada de acuerdo con lo definido para los mercados relevantes. Cabe señalar que estas diferencias no modifican las conclusiones a las que se arriba en el Informe.

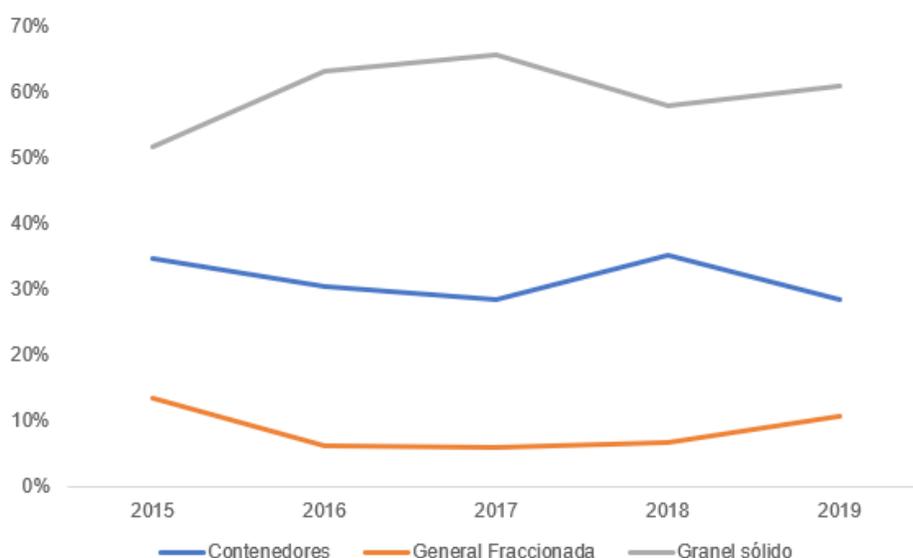
54. Respecto del cuadro anterior, cabe señalar que las cifras respecto de la carga total movilizada en la región y las participaciones por frente de atraque provienen del informe económico acompañado por EPAN (folio 4, p.9), que considera graneles líquidos (transferidos únicamente por Puerto de Mejillones), carga que no forma parte de los mercados relevantes pero que, de acuerdo con lo indicado en el referido informe económico, no sería posible separar de graneles sólidos para todos los puertos de uso público de la región (folio 4, p.10). Como consecuencia de lo anterior, las participaciones que se muestran difieren en ciertos casos con los rangos de participación presentados por la FNE, ya que su análisis (disponible desde 2015 hasta noviembre de 2020) considera carga en contenedores, fraccionada y granel sólido, pero no incluye graneles líquidos (folio 102, p. 24).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

55. Considerando la información presentada anteriormente, en conjunto con aquella presentada por la FNE (folio 102, p. 24), se puede apreciar que el grupo Ultramar, conformado por Puerto de Mejillones, Terminal Graneles del Norte y Puerto Angamos, tiene la mayor participación relativa en la transferencia de carga total, cercana al 80% en todos los años (dentro del rango [70%–80%] según el análisis de la FNE, que incluye el año 2020). El segundo frente de atraque con mayor participación relativa es aquel operado por ATI, que en los últimos años ha alcanzado porcentajes cercanos a 20% de acuerdo con la información presentada en el informe económico acompañado por EPAN (dentro del rango [20%–30%] según el análisis de la FNE). Finalmente, el Frente N° 1, objeto del proceso licitatorio en cuestión, tendría la menor participación relativa, alcanzando niveles menores al 1%.

56. El siguiente gráfico muestra la evolución de la importancia relativa de cada tipo de carga movilizada por los puertos de uso público de los mercados relevantes.

Gráfico N° 1: “Evolución de la importancia relativa de cada tipo de carga transferida por los puertos de uso público del mercado relevante, medida en toneladas transferidas, entre los años 2015 y 2019”



Fuente: elaboración propia en base a informe económico acompañado por EPAN (folio 4) y aporte de antecedentes de la FNE (folio 102).

Notas: la elaboración del gráfico considera las toneladas reportadas para carga en contenedores, fraccionada y granel total (es decir, incluyendo sólido y líquido) en el informe económico acompañado por EPAN (folio 4, p.10). Luego, para obtener un estimado únicamente para granel sólido, se calcula la diferencia en la carga total reportada en dicho informe y aquella reportada en el aporte de antecedentes de la FNE (folio 102, p.24). Dicha diferencia se resta del total reportado para la carga granel (total) en el informe económico acompañado por EPAN para obtener una estimación relativa a carga granel sólido.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

57. Del gráfico anterior se observa que, considerando los puertos que conforman los mercados relevantes, la carga a granel sólido posee la mayor importancia relativa, representando en 2019 cerca de 60%. Le siguen la carga en contenedores y luego la fraccionada, las cuales alcanzan en 2019 cerca de 30% y 10%, respectivamente. Cabe señalar que estas cifras resultan consistentes con los rangos establecidos por la FNE, y que, siguiendo el gráfico presentado por esta, en 2020 la importancia relativa de cada tipo de carga sería similar a lo observado para el año 2019 (folio 102, p. 25).

58. Los siguientes cuadros muestran la evolución de las participaciones de mercado y el nivel de concentración entre los años 2015 y 2019 respecto de cada tipo de carga en los frentes de atraque que forman parte de los mercados relevantes.

Cuadro N° 4: “Evolución de las participaciones de mercado de los puertos de uso público de la Región de Antofagasta y del nivel de concentración en movilización de carga en contenedores, medidas en toneladas transferidas, entre los años 2015 y 2019”

Año	2015	2016	2017	2018	2019
EPAN (Frente N° 1)	0 0,0%	0 0,0%	0 0,0%	558 0,0%	0 0,0%
ATI (Frente N° 2)	1.041.436 27,2%	877.670 24,1%	952.455 28,8%	1.188.523 33,3%	1.247.846 41,1%
Puerto Angamos (grupo Ultramar)	2.790.244 72,8%	2.765.230 75,9%	2.350.232 71,2%	2.384.977 66,7%	1.791.843 58,9%
HHI	6.042	6.342	5.896	5.559	5.160

Fuente: elaboración propia en base a informe económico acompañado por EPAN (folio 4).

Cuadro N° 5: “Evolución de las participaciones de mercado de los puertos de uso público de la Región de Antofagasta y del nivel de concentración en movilización de carga fraccionada, medidas en toneladas transferidas, entre los años 2015 y 2019”

Año	2015	2016	2017	2018	2019
EPAN (Frente N° 1)	2.641 0,2%	2.602 0,4%	29.668 4,3%	48.432 7,1%	66.497 5,8%
ATI (Frente N° 2)	369.259 25,2%	251.251 33,9%	267.806 39,2%	184.602 26,9%	242.008 21,3%

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Puerto Angamos (grupo Ultramar)	1.090.569	487.000	386.000	453.000	828.235
	74,6%	65,7%	56,5%	66,0%	72,9%
HHI	6.198	5.471	4.744	5.134	5.796

Fuente: elaboración propia en base a informe económico acompañado por EPAN (folio 4) y aporte de antecedentes de la FNE (folio 102).

Nota: El Informe económico acompañado por EPAN indica que el Puerto de Mejillones transfirió una carga positiva en 2015, equivalente a 19.817 toneladas, pero no registro carga de este tipo a partir de 2016 (folio 4, p.15). Adicionalmente, la FNE no muestra a dicho puerto en su análisis para carga fraccionada (folio 102, p.27). En consideración de lo anterior, no se considera a Puerto de Mejillones en el análisis para este tipo de carga.

Cuadro N° 6: “Evolución de las participaciones de mercado de los puertos de uso público de la Región de Antofagasta y del nivel de concentración en movilización de carga granel sólido, medidas en toneladas transferidas, entre los años 2015 y 2019”

Año	2015	2016	2017	2018	2019
EPAN (Frente N° 1)	34.498	30.257	30.025	30.098	30.133
	0,6%	0,4%	0,4%	0,4%	0,5%
ATI (Frente N° 2)	821.688	783.117	1.240.693	1.211.308	1.371.469
	14,4%	10,2%	17,2%	18,0%	21,2%
Total grupo Ultramar	4.853.941	6.851.349	5.959.164	5.491.979	5.080.413
	85,0%	89,4%	82,4%	81,6%	78,4%
Puerto de Mejillones	2.788.664	3.950.349	2.247.164	1.982.979	1.036.728
	48,8%	51,5%	31,1%	29,4%	16,0%
Terminal Graneles del Norte	1.498.848	2.242.000	2.789.000	2.821.000	2.898.954
	26,2%	29,3%	38,6%	41,9%	44,7%
Puerto Angamos	566.429	659.000	923.000	688.000	1.144.731
	9,9%	8,6%	12,8%	10,2%	17,7%
HHI	7.433	8.095	7.088	6.976	6.591

Fuente: elaboración propia en base a informe económico acompañado por EPAN (folio 4) y aporte de antecedentes de la FNE (folio 102).

Nota: De acuerdo con lo señalado previamente, el informe económico acompañado por EPAN (folio 4) reporta la carga a granel total (incluyendo sólido y líquido). De este modo, en consideración de que Puerto Mejillones es el único Frente de Atraque que transfiere granel líquido, se estima la transferencia a granel sólido del mismo considerando la diferencia en la carga total reportada en el informe económico acompañado por EPAN y aquel reportado en el aporte de antecedentes de la FNE (folio 102, p.24), que sólo incluye graneles sólidos. Dicha diferencia se resta del total reportado para la carga granel total de Puerto de Mejillones.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

59. De los cuadros anteriores se observa que, en el caso de los tres tipos de carga, se trata de mercados altamente concentrados (como se ve reflejado en el Índice de *Herfindahl–Hirschman* (HHI)). En efecto, siguiendo lo señalado por la FNE, en todos los años se supera el umbral de 2.500, producto de que solamente dos actores tienen participaciones significativas en estos mercados (folio 102, p. 28). En efecto, el nivel de concentración observado en los distintos mercados, superior a 5.000 en todos los casos, es significativamente superior al índice que es considerado expresivo de un mercado altamente concentrado según la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de la FNE (2021).

60. Respecto de la carga en contenedores, del Cuadro N° 4 se observa que Puerto Angamos (del grupo Ultramar) posee la mayor participación relativa dentro del mercado, con valores incluso superiores al 70% previo al año 2018. Le sigue ATI, para el cual se observa un aumento en participación hacia el 2019, con una cifra superior al 40%. Finalmente, el Frente N° 1 tiene una participación marginal en la transferencia de este tipo de carga. Cabe señalar que existen ciertas inconsistencias entre las cifras del cuadro anterior, elaborado a partir del informe económico acompañado por EPAN (folio 4), y las cifras presentadas por la FNE para los años 2016 y 2017 (folio 102, p.26). En particular, en el análisis de la FNE se indica que, en el caso de ATI, su participación se encontraba dentro del rango [30%–40%], mientras que en el caso de Puerto Angamos esta alcanzaba niveles dentro del rango [60%–70%]. Asimismo, la FNE presenta en su análisis cifras para el año 2020, a través de las cuales se observa que la participación de Puerto Angamos habría aumentado a una cifra dentro del rango [70%–80%] mientras que la de ATI habría disminuido al rango [20%–30%]. Finalmente, el Frente N° 1 sí habría registrado transferencia para este tipo de carga en dicho año.

61. Por su parte, respecto de la carga fraccionada, del Cuadro N° 5 se observa que nuevamente Puerto Angamos (del grupo Ultramar) posee la mayor participación relativa dentro del mercado, con valores incluso superiores al 70%. Le sigue ATI, con una cifra cercana al 20% en 2019. En lo que atañe al Frente N° 1, este posee la menor participación relativa en la transferencia de carga fraccionada, aun cuando se observa un aumento en los últimos años, alcanzando cerca de 6% en 2019. Sin embargo, cabe señalar que, al igual que en caso de carga en contenedores, existen ciertas inconsistencias entre el cuadro anterior, elaborado a partir del informe económico acompañado por EPAN, y las cifras presentadas por la FNE para algunos años (folio 102, p. 27). En particular, en el análisis de la FNE se indica que, en el caso de ATI, su participación se encontraba

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dentro del rango [20%–30%] en 2016 y 2017, y dentro del rango [10%–20%] en 2018, mientras que en el caso de Puerto Angamos esta alcanzaba niveles dentro del rango [70%–80%] para todos los años analizados. Por otro lado, la FNE presenta cifras para el año 2020, a través de las cuales se observa que la participación de Puerto Angamos se habría mantenido dentro del rango [70%–80%] mientras que la de ATI habría disminuido al rango [10%–20%]. El Frente N° 1 habría registrado una cifra dentro del rango [0%–5%], presentando una disminución también en el último año.

62. Por último, respecto de la carga granel sólido, del Cuadro N° 6 se observa que el grupo Ultramar posee la mayor participación relativa dentro del mercado, con valores incluso superiores al 80% en casi todos los años analizados. Le sigue ATI, con cifras cercanas al 20% en los últimos años. Por su parte, el Frente N° 1 posee la menor participación relativa en la transferencia de carga fraccionada, con cifras inferiores a 1%. Cabe señalar que las cifras detalladas en el cuadro resultan bastante consistentes con lo presentado por la FNE (folio 102, p. 28). Para el año 2020, la FNE presenta cifras a través de las cuales se observa que los actores del mercado relevante mantienen su participación dentro de los mismos rangos establecidos para el año 2019.

63. Del análisis anterior es posible concluir que EPAN no ha logrado alcanzar cuotas de mercado significativas en comparación con los demás actores del mercado durante los últimos años en cada uno de los mercados relevantes (para carga en contenedores, fraccionada y granel sólido). Lo anterior es confirmado por la FNE quien señala, en su aporte de antecedentes, que, a pesar de la alta concentración en el mercado, es poco probable que el Frente N° 1 –incluso con las ampliaciones consideradas para su concesión– alcance una posición dominante en el mercado. Cabe señalar que la FNE detalla que esta conclusión podría cambiar en caso de que los terminales portuarios del grupo Ultramar y ATI se encontraran en situación de congestión, ya que en ese caso toda la demanda residual de la zona caería en el Frente N° 1, lo que podría otorgar poder de mercado al futuro Concesionario. En el próximo apartado, a propósito de las condiciones de ingreso, se ahonda en este análisis. No obstante, cabe señalar de antemano que no se cuenta con información en autos respecto de la situación de congestión de los terminales portuarios relacionados al grupo Ultramar.

64. Los antecedentes antes expuestos constituyen un indicio de que el futuro Concesionario del Frente N° 1 enfrentará gran presión competitiva de los otros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

terminales de los mercados relevantes, dada su participación marginal en ellos. Lo anterior dificulta la ejecución de conductas exclusorias por parte del futuro Concesionario, en caso de que este se encuentre integrado con algún usuario relevante, lo que será analizado más adelante.

(ii) Condiciones de ingreso

65. En lo relativo a las condiciones de entrada al mercado, ya el Informe N° 11/2014 concluyó que, en la Región de Antofagasta, a diferencia de otras, no se observan barreras al ingreso de nuevos competidores relativas a la inexistencia de bahías abrigadas con condiciones óptimas para la construcción de un puerto. No obstante, también se concluyó en dicho informe que pueden existir otros factores que retrasen la entrada de nuevos operadores portuarios como son los plazos involucrados en la solicitud de una concesión marítima, los estudios de impacto ambiental necesarios, entre otros. Finalmente, se señaló que el proceso completo para construir un nuevo puerto, desde su concepción hasta la recepción y puesta en marcha de este, puede llevar entre cuatro a diez años, lo que no impediría a una empresa con poder de mercado que ejerza dicho poder, incluso ante la presencia de competencia potencial. Con todo, el informe económico acompañado por EPAN señala que la infraestructura necesaria para un muelle que moviliza carga a granel –carga con la mayor importancia relativa en la región– no requiere de inversiones en infraestructura y plazos de entrada tan elevados como ocurre con los puertos que transfieren principalmente carga en contenedores, atendido el tamaño de la nave y la forma de traslado de la carga. En esta línea, el informe económico indica que el nuevo Terminal Puerto Andino, para el cual habrían pasado menos de tres años entre su concepción y entrada en operación, sería una demostración de que los plazos de entrada no serían excesivos (folio 4, p.6).

66. Añade el informe económico acompañado por EPAN que la Región de Antofagasta sería aquella con el mayor número de operadores portuarios y con las condiciones más favorables para el ingreso de nuevos operadores a nivel nacional (folio 4, p.5), atendida la entrada en operación de dos nuevos terminales (Muelle Centinela y Puerto Andino) y la inversión en infraestructura portuaria que se habría llevado a cabo en dicha región.

67. Finalmente, la Solicitante indica que si los clientes no se encuentran satisfechos con las condiciones en que se presentan los servicios portuarios podrían, en el extremo, construir sus propios puertos privados, lo que además demostraría el fuerte poder de contrapeso que tienen (folio 124, p. 2).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

68. En la misma línea, otros aportantes como Camport (folio 93, p. 10) y el SEP (folio 83, p. 6) coinciden con EPAN en que el mercado donde participa el Frente N° 1 sería uno con bajas barreras de entrada.

69. De acuerdo con lo señalado por la FNE, a pesar de que en la Región de Antofagasta existen cerca de 15 puertos, distribuidos en cinco bahías aptas para la infraestructura portuaria, los frentes de atraque de uso público que forman parte de los mercados relevantes han sido, prácticamente, los mismos desde al menos el año 2010. En relación con los plazos asociados a la entrada de nuevos operadores, la FNE indica que los plazos señalados para el Terminal Puerto Andino no pueden ser considerados como una regla general, ni que la entrada en un plazo de tres años sea oportuna para disciplinar riesgos a la competencia en el mercado (folio 102, p.33).

70. Existen además otros factores que pueden disminuir la intensidad competitiva en el mercado, como son la congestión en vías de acceso a los puertos y la disponibilidad limitada de áreas de acopio (v.gr. Informe N° 18/2020 y 20/2021). En este sentido, ATI indica que las Bases de Licitación propuestas por EPAN no contemplan en su diseño la actual tasa de congestión del Frente N° 2, y la falta de un área mínimamente adecuada de respaldo en el Frente N° 1 (folio 106, p. 17).

71. En lo que respecta a la operación eficiente de un terminal portuario, el Informe N° 11/2014 estableció que el porcentaje estimado de ocupación de un terminal operado eficientemente sería del orden de 60%, puesto que sobre este porcentaje podría comenzar a producirse congestión. A este respecto, la FNE señala que existe una gran diferencia en las tasas de ocupación entre el Frente N° 1 (EPAN) y el Frente N° 2 (ATI). Considerando información entre 2014 y 2020, la tasa de ocupación promedio mensual de EPAN es de un [5%–10%], llegando a un valor máximo de [20%–30%], mientras que para ATI –conforme, según la FNE, a información entregada por EPAN– es de un [50%–70%], llegando hasta un máximo de [70%–90%] (folio 102, p. 20). Sobre este punto, cabe precisar que, de acuerdo con la FNE, las tasas de ocupación reportadas por EPAN para los dos frentes de atraque del Puerto de Antofagasta difieren de las informadas por ATI, que serían menores para el periodo 2016-2019. En particular, de acuerdo con las tasas de ocupación anuales reportadas por ATI, estas se habrían encontrado bajo el 60% a partir de 2017. En la misma línea, la FNE expone que no se habría podido verificar que los terminales que forman parte del mercado relevante estén

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

enfrentando restricciones de capacidad, o que se proyecte un incremento significativo de la demanda a nivel de generar congestión (folio 102, p.48).

72. A partir de lo señalado previamente se concluye que, si bien es cierto que: (i) las condiciones de ingreso en esta región no son del todo desfavorables, por la existencia de bahías abrigadas; (ii) la infraestructura necesaria para movilizar graneles sólidos (mercado relevante en el que participa el Frente N° 1) no requeriría de inversiones y plazos tan elevados; y (iii) no se habría podido verificar que los terminales portuarios del mercado relevante estén enfrentando restricciones de capacidad, o que se proyecte un incremento significativo de demanda para generar congestión; pueden existir otros factores que retrasen la entrada de nuevos operadores como los analizados en el párrafo 65, lo cual es consistente con lo señalado por la FNE respecto de que los frentes de atraque de uso público que forman parte de los mercados relevantes han sido prácticamente los mismos desde al menos el año 2010. Este análisis no difiere, en lo medular, del análisis realizado respecto de las condiciones de competencia en los Informes N° 11/2014 y N° 14/2019, como tampoco se observan cambios relevantes de largo plazo en las condiciones estructurales del mercado relevante analizado.

8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN

(i) Introducción

73. Tal como se señaló en los Informes N° 11/2014, N° 18/2020, N° 22/2022 y N° 24/2022, 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 EPAN y, finalmente, los resguardos adicionales que este Tribunal estima necesario incorporar.

(ii) Marco regulatorio aplicable a la licitación de frentes de atraque estatales y proposición de Empresa Portuaria de Antofagasta

74. 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.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

75. 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; (iii) criterios de evaluación; (iv) pagos del Concesionario a EPAN; y (v) infraestructura a concesionar y plazos, exigencias de experiencia y patrimonio mínimos, garantías, sanciones y multas, imponderables y fuerza mayor. En cada una de estas materias se señalará, primero, el marco regulatorio aplicable, cuyas normas deben entenderse incorporadas en las Bases de Licitación por el sólo ministerio de la ley; segundo, la propuesta de Empresa Portuaria de Antofagasta; 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.

9. Subsidiariedad y mecanismo de asignación del uso de frentes de atraque estatales

76. 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.

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

10. Modalidad de licitación

78. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Reglamento, corresponde al Directorio de Empresa Portuaria de Antofagasta determinar las distintas modalidades del proceso de licitación y si contemplará una o más etapas, señalando los aspectos mínimos que debería abordar una primera etapa.

Participantes de la licitación

79. En las Bases se establece que podrán participar de la licitación las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras o grupos de ellas que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cumplan con los requisitos expresamente establecidos en la Sección II.1 de dichas Bases, los que son: (i) cumplir con los requisitos establecidos en la Ley de Puertos, en el Reglamento, en las Bases de Licitación y en lo dispuesto en el Informe N° 11/2014 o, en su defecto, el que lo modifique o reemplace; (ii) los oferentes no podrán estar relacionados entre sí, en el sentido de que un miembro de un oferente y sus personas relacionadas no podrán ser miembro o persona relacionada de otro oferente; (iii) respecto de los consorcios, no podrán estar integrados por miembros que a la fecha de la licitación sean Titulares o estuviesen relacionados con los propietarios u operadores de un Titular o incumbente; y (iv) no podrán participar quienes estén afectos a las restricciones a la integración vertical u horizontal establecidas para el concesionario del Frente de Atrache N° 1 del Puerto de Antofagasta en el Informe N° 11/2014 o, en su defecto, en el informe que lo modifique o reemplace, en referencia a las condiciones que se impongan en el presente informe.

Ofertas que deben presentar los participantes

80. En las Bases se señala que el proceso contempla primero una preselección de los oferentes, considerando únicamente a aquellos que cumplan con las exigencias de la “Oferta Antecedentes Generales”. Luego, se adjudica la licitación al oferente que presente la mejor “Oferta Económica”.

81. La Oferta Antecedentes Generales dice relación con el cumplimiento de los requisitos para ser oferente referidos en el título anterior e incluye la entrega de una garantía de seriedad de la oferta que asciende a US\$400.000 (cuatrocientos mil dólares). También se contempla el plan referencial de desarrollo, en el cual el oferente debe describir de forma detallada las inversiones que el licitante proyecta realizar en el marco de la concesión.

82. En relación con los criterios de evaluación de la Oferta Antecedentes Generales, el borrador de Bases indica que se considerará especialmente la factibilidad y coherencia del plan referencial de desarrollo, pudiendo la comisión evaluadora solicitar aclaraciones o entrega de antecedentes adicionales, las que se comunicarán a todos los oferentes que participen de la licitación. Conforme al Anexo II de las Bases, este plan debe incluir las estimaciones del oferente acerca

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del desarrollo futuro del frente de ataque, incluyendo estimaciones de demanda, inversiones y la visión comercial, de administración y operacional del negocio.

83. La sección II.10 letra a) enumera las causales por las cuales la Oferta Antecedentes Generales puede ser rechazada, especificando en el punto 6 cuándo un plan referencial de desarrollo será considerado incoherente o no factible. Estas causales cumplen con lo resuelto por este Tribunal en el Informe N° 11/2014, ya que con ellas quedan establecidas con claridad las razones por las cuales una Oferta Antecedentes Generales puede ser desestimada, morigerándose el riesgo de un comportamiento arbitrario por parte de la licitante, y disminuyendo con ello la incertidumbre entre los potenciales interesados en la licitación.

84. En lo que respecta a la Oferta Económica, esta debe ser presentada conforme al formulario adjunto a las Bases, y debe contener las tarifas que el Concesionario ofrece para el proceso de adjudicación. Las Bases definirán las ponderaciones de cada una de esas tarifas que permiten determinar el Índice Ofertado, sin perjuicio de que el adjudicatario de la concesión no quedará sujeto a cobrar las tarifas ofrecidas, sino que, como se describirá más adelante, tiene cierta libertad para alterarlas, manteniendo sí límites establecidos en el Índice Ofertado. Es importante destacar en este punto que el Directorio de EPAN definirá, antes de la apertura de las ofertas, un valor máximo que pudiera alcanzar el Índice Ofertado (Imax) y que se mantendrá en secreto hasta la apertura de las ofertas.

85. En cuanto a especificidades de la Oferta Económica, esta deberá expresar las tarifas por lo que EPAN califica como servicios básicos, enumerados en el Anexo II de las Bases, formulario "Oferta Económica". Estos servicios son la transferencia de carga fraccionada; la transferencia de carga granel; transferencia de contenedores de 20 pies (para el caso de la transferencia de contenedores de 40 pies, se establece que la tarifa máxima no puede exceder en más de un 50% a aquella fijada para los contenedores de 20 pies); uso de muelle aplicado a la carga; y uso de muelle aplicado a la nave.

86. Las Bases indican que la presentación de la Oferta Económica se realizará en días distintos, dependiendo de si el oferente es un incumbente en el mercado relevante ("Oferta Titular") o si es un entrante de este ("Oferta Entrante"). Así, la sección II.7.4.1.1.2. relativa al orden de presentación de las ofertas, señala que primero se recibirá la presentación de las Ofertas Titulares y en segundo lugar las Ofertas Entrantes, lo que se confirma también en el cronograma de la licitación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(II.15.). Así, de acuerdo con el cronograma establecido, se abrirán las ofertas económicas y se ordenarán de menor a mayor índice resultante de las tarifas ofertadas, privilegiándose las Ofertas Entrantes conforme se expresa en los párrafos siguientes.

Criterio de adjudicación

87. El artículo 9º del Reglamento enuncia posibles criterios de adjudicación de la concesión que Empresa Portuaria de Antofagasta puede emplear, siendo decisión de dicha empresa usar uno o varios de ellos, u otro distinto.

88. Conforme a las secciones II.9. y II.10 b) de las Bases, la licitación será adjudicada a un oferente entrante si este es quien presenta íntegra y oportunamente la Oferta Antecedentes Generales y cuya Oferta Económica proponga un conjunto de tarifas que den como resultado el menor Índice Ofertado o menor índice de adjudicación (valor en Dólares/Tonelada -US\$/ton- que resulta de la aplicación de los valores de las tarifas señaladas en la Oferta Económica). Lo anterior es sujeto a que el Índice Ofertado no supere el I_{max} o índice máximo de tarifas a cobrar, declarándose en cualquier caso desierta la licitación cuando todas las ofertas excedan el I_{max} (sección II.11.3 de las Bases).

89. Respecto del Índice Ofertado, las Bases establecen que este sea calculado ponderando las siguientes tarifas de servicios básicos: (i) la tarifa de transferencia de *carga fraccionada* o "TTF"; (ii) la tarifa de transferencia de *carga graneles metálicos* o "TTGm"; (iii) la tarifa de transferencia de *carga graneles no metálicos* o "TTGnm"; (iv) la tarifa de transferencia de *carga otros graneles* o "TTGo"; (v) la tarifa por transferencia de *contenedores* o "TTC"; (vi) la tarifa a la carga por uso del muelle o "TMC"; y (vii) la tarifa a la nave por uso del muelle o "TMN". En consecuencia, el índice de adjudicación propuesto por EPAN, se calcula conforme a la siguiente fórmula:

Donde:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

90. Al respecto, se ha señalado en múltiples oportunidades por este Tribunal que el objetivo del índice de adjudicación para las tarifas es incorporar todos los servicios que sean indispensables para el atraque de las naves y la movilización y acopio de carga, y que se ofrezcan en condiciones monopólicas en el frente de atraque. En este sentido, los servicios considerados por la Empresa Portuaria de Antofagasta incorporan la transferencia de la carga según la especificidad del Frente N° 1 que se centrará, principalmente, en transferencia de carga a granel conforme lo indicado en la Solicitud, y el informe económico acompañado por EPAN (folio 4). Asimismo, la propuesta de Bases de EPAN considera lo señalado por el Tribunal en el Informe N° 11/2014 respecto de la tarifa a ofertar por la transferencia de carga a granel, y desagrega dicha carga por subtipos de carga transferida atendidas sus características de costos o infraestructura requerida.

91. A su vez, es positivo que la propuesta de Bases de EPAN aportada en autos incluya el valor del ponderador que tendrá la tarifa ofertada para cada una de las cargas, ya que con ello se disminuye la incertidumbre de los eventuales oferentes.

92. Ahora bien, respecto de la construcción y cálculo de estos ponderadores, la FNE señala en su aporte de antecedentes que estos deberían definirse tomando como base la proyección estimada de la importancia relativa de los tipos de carga en el terminal a concesionar. Utilizando dicho criterio, la FNE expone que el ponderador de la tarifa de la carga fraccionada debiera ser sustancialmente mayor que el ponderador de la tarifa de la carga en contenedor y no solo valer el doble como propone la Solicitante. Agrega también que, en caso de basar los ponderadores de las tarifas en la importancia relativa de las cargas en el mercado relevante o en el Puerto de Antofagasta, el ponderador de la tarifa de la carga en contenedor debiera ser mayor que el ponderador de la tarifa de la carga fraccionada (folio 102, p. 40). Como respuesta a lo indicado por la FNE, EPAN señala que los ponderadores se basan efectivamente en una proyección de la importancia relativa de los tipos de carga que transferirá el Frente N° 1, en base a un informe elaborado al efecto por Econsult (acompañado a folio 122), el cual a su vez se basa en el informe elaborado por Subiabre & Sánchez (acompañado a folio 123).

93. En relación con este punto, el Tribunal ha señalado que la empresa portuaria deberá establecer una metodología o fórmula que considere un criterio objetivo de ponderación, como puede ser la participación proyectada de cada tipo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de carga respecto del total de carga proyectada durante el periodo completo de la concesión (v.gr. Informes N° 5/2009, N° 6/2009, N° 11/2014 y N° 18/2020). Adicionalmente, en el Informe N° 20/2021 se estableció que los ponderadores de cada una de las tarifas incluidas en el índice de adjudicación deben reflejar la proyección de carga transferida, la que debe guardar relación con la transferencia efectiva. Sin perjuicio de que EPAN ya propone ponderadores en sus Bases, se sugiere que realice una revisión de estos con el objetivo de que guarden relación con los indicadores señalados anteriormente.

94. Finalmente, en el Informe N° 11/2014, en el cual se analizaron bases de licitación para el mismo Frente N° 1, se definió que, dentro de la fórmula de ponderación, se debe desagregar la transferencia de carga a granel entre aquel o aquellos subtipos de dicha carga cuyas características en cuanto a su transporte, acopio o transferencia hagan necesaria tal diferenciación, lo cual se cumple en las Bases de EPAN (diferencia entre graneles metálicos, no metálicos y otros graneles).

95. En relación con el establecimiento de un Índice Máximo de Tarifas a cobrar, por sobre el cual la Oferta Económica será desestimada, este Tribunal ha permitido su uso en la medida que el mismo sea dado a conocer después de que los postulantes hayan presentado sus ofertas. En este sentido, es positivo lo indicado en las Bases de Licitación acerca de que el Directorio de EPAN determinará este índice en forma previa a la apertura de las Ofertas Económicas y lo entregará en un sobre cerrado al ministro de fe respectivo, quien lo mantendrá en custodia hasta la apertura de dichas ofertas. Lo anterior incentiva la oferta de mejores condiciones cuando existen pocos oferentes. Asimismo, es consistente con lo señalado en anteriores informes en el sentido de que se debe definir un mecanismo de licitación que busque maximizar los incentivos para generar la entrada de nuevos participantes y que todos los interesados compitan entre sí en función de un menor índice tarifario ofertado a los usuarios de servicios básicos, generando, de esta forma, competencia *ex ante* (*“La Licitación deberá adjudicarse al postulante que ofrezca el menor índice de tarifas por los servicios básicos (Índice de Adjudicación)”*, Resuelvo número 1) del Informe N° 11/2014).

Mecanismo de adjudicación

96. Conforme a lo establecido en las Bases, si el menor Índice Ofertado, inferior al I_{max}, corresponde a la oferta de un Entrante, este será el adjudicatario de la concesión. Si el menor Índice Ofertado, inferior al I_{max}, es de un Titular, y no hay

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Entrantes con ofertas, entonces la concesión se adjudicará al Titular. Por su parte, en caso de que se produzca empate entre las dos mejores ofertas, una de un Titular y otra de un Entrante, la concesión será adjudicada al Entrante.

97. Si el menor Índice Ofertado, inferior al I_{max}, corresponde a un Titular, y existen una o más ofertas de Entrantes, se le conferirá al Entrante que haya presentado el menor Índice Ofertado (el “Mejor Entrante”) el derecho a igualar o mejorar la Oferta del Mejor Titular. En caso de que no ejerza dicho derecho, o su oferta conllevara un índice superior a la oferta del Titular, este último será el adjudicatario de la concesión.

98. Así, el mecanismo de adjudicación propuesto por la Solicitante es similar al aprobado con ocasión del Informe N° 11/2014, recaído en el mismo frente de ataque, que autorizó la participación de operadores incumbentes, entregando una preferencia a los entrantes (Solicitud de EPAN, p. 27).

99. Este diseño procura maximizar la probabilidad que la concesión sea asignada, a la vez de dar una preferencia por nuevos operadores, que no tienen participación en el mercado relevante geográfico, la Región de Antofagasta, conforme se definió en el Informe N° 11/2014 (sección 6.3).

100. Se considerarán, según las Bases, como incumbentes o Titulares a las personas que, a la fecha de la licitación, participen, directa o indirectamente, por sí o por intermedio de personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, en la sociedad concesionaria, propietaria u operadora, de otro frente de ataque de uso público en la Región de Antofagasta, sea público o privado, que provea servicios portuarios de carga general o a granel, de acuerdo a lo establecido en el señalado Informe N° 11/2014, o en el informe que lo reemplace. De esta forma, se consideran incumbentes para los efectos de esta modalidad a los actuales operadores de los puertos de uso público en la Región de Antofagasta, sean públicos o privados. El resto de los oferentes se considerarán entrantes al mercado, aun cuando tengan operaciones en puertos fuera de la región.

101. Las otras reglas aplicables disponen que, en el evento de que la licitación sea adjudicada a un incumbente conforme a la reglas precedentes, los demás incumbentes no podrán acceder a la propiedad o control de la concesión del Frente de Ataque N° 1 del Puerto de Antofagasta por vía distinta de la licitación ni el adjudicatario incumbente podrá, en caso alguno, transferir todo o parte de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesión o integrarse, directa o indirectamente, con alguno de los otros operadores portuarios de la región sin autorización previa de este Tribunal.

102. Además, en caso de que la licitación sea adjudicada a un incumbente, EPAN deberá informar cada dos años a la Fiscalía Nacional Económica respecto del cumplimiento del cronograma de inversiones comprometido, a efectos de que la misma pueda ejercer las acciones por infracción a las normas de defensa de la libre competencia que estime pertinentes. Lo anterior, sin perjuicio de la acción infraccional de quienes tengan interés legítimo.

103. Las sociedades concesionarias u operadoras de frentes de atraque de uso público en la Región de Antofagasta, sus controladores y accionistas que tengan el derecho a nombrar en ellas al menos a un director, no podrán participar conjuntamente, bajo ningún mecanismo, en la sociedad que se adjudique la licitación.

104. Esto último fue recomendado ya en el Informe N° 8/2012, que dispuso que las ofertas de los incumbentes se presenten con antelación a las ofertas de nuevos entrantes, para evitar incentivos a ofrecer tarifas más altas en caso de que no concurren entrantes.

105. Conforme al análisis de condiciones estructurales de competencia contenida en la sección 10 de este Informe, este Tribunal aceptará este mecanismo de adjudicación por las razones allí indicadas.

Desempate

106. Respecto del mecanismo de desempate, las Bases señalan que, en el evento que hubiere empate en el más bajo Índice Ofertado entre dos o más Titulares (incumbentes) o entre dos o más Entrantes, la comisión designada para estos efectos por EPAN solicitará a cada uno de los oferentes que hayan empatado que mejoren su Oferta Económica formulando una Oferta de Desempate. El empate sólo podrá tener lugar entre dos o más Titulares, o entre dos o más Entrantes. La Oferta de Desempate no podrá contener tarifas más altas que las inicialmente ofertadas. De persistir el empate, la adjudicación se resolverá por sorteo entre los oferentes empatados.

107. Por otra parte, en el evento que el empate se produzca entre dos Entrantes, se les dará a estos la posibilidad de presentar una Oferta de Desempate, y una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vez producido el desempate, el Entrante que hubiese presentado la Oferta Final ganadora, podrá optar a ejercer su derecho de igualar la Oferta Económica, si la hubiere, del Mejor Titular (sección II.7.4.1.4.4 sobre Apertura de las Ofertas Económicas). De persistir el empate entre los dos Entrantes, la Oferta Final ganadora se determinará por sorteo. Si no se presenta una Oferta Final, se considerará como Oferta de Desempate a la original. En todo caso, el Índice Ofertado no podrá exceder al I_{max} correspondiente (Sección I.31.).

108. En lo que se refiere a este punto, tanto en el caso de Titulares como de Entrantes, el Tribunal no comparte la solución presentada en las Bases para los casos en que persiste el empate. En su lugar, se solicita a EPAN incorporar en las Bases de Licitación que, de persistir el empate luego de dos rondas, deberá adjudicarse la licitación a la menor tarifa para la atención de carga granel, atendido que el conjunto de este tipo de carga es el que tiene asociado el mayor peso relativo en los ponderadores propuestos por EPAN para el Índice Tarifario. Lo anterior, siguiendo los criterios establecidos en los Informes N° 20/2021, N° 22/2022 y N° 23/2022.

109. Cabe referirse, antes de resolver esta materia, a la observación de Campport en su aporte de antecedentes de folio 93, referida a que no quedaría claro si el Entrante debe igualar todo el polinomio o si debe igualar el valor final cuando ejerce su opción de igualar la mejor oferta presentada por un incumbente. A este respecto, este Tribunal concluye que el Entrante, en caso de optar por igualar la mejor oferta realizada por un Titular, no deberá igualar todo el polinomio (es decir, cada una de las tarifas), sino el valor final que resulte de la aplicación de estas.

Servicios especiales

110. 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, la Solicitante definió como criterio para incluir nuevos servicios básicos o eventualmente excluir servicios considerados previamente como básicos, el porcentaje que dichos servicios representen en los ingresos totales del Concesionario (sección VI.1. Calidad de los Servicios. Criterios Básicos). En efecto, en las Bases, la Solicitante ha propuesto la incorporación automática a la categoría de “Servicios Básicos”, aquellos servicios especiales que al cabo del quinto año de contrato superen el 10% de los ingresos totales del Concesionario, calculados ambos a partir de las cifras acumuladas de los tres años inmediatamente anteriores, generándose el ajuste respectivo en los Índices

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tarifarios. Asimismo, propuso que, si al quinto año de la concesión los ingresos totales obtenidos por el Concesionario por un servicio considerado originalmente dentro de la categoría de “Servicios Básicos” fuese menor al 3% de la totalidad de los ingresos del Concesionario, calculados ambos a partir de las cifras acumuladas de los tres años inmediatamente previos, se entenderá automáticamente excluido dicho servicio como Servicio Básico y generará el ajuste respectivo en los Índices Tarifarios.

111. En relación con esta propuesta, Camport indicó que el hecho de que los servicios especiales superen el 10% de los ingresos totales del Concesionario nada tiene que ver con si dicho servicio se presta o no en condiciones de competencia o en condiciones monopólicas.

112. Al respecto, cabe señalar que, en el reciente Informe N° 23/2022 se estableció, respecto de materias relacionadas con la estructura tarifaria y la reclasificación de servicios, que el mecanismo de modificación de Contrato es ante el Tribunal, cuando hubiere constatado la variación de las condiciones de competencia en el mercado en un procedimiento no contencioso. Este mecanismo será recogido en el presente Informe, de tal manera que las Bases se deberán ajustar conforme a lo indicado en las conclusiones del presente Informe.

113. Las Bases incluyen además la obligación del Concesionario de transparentar los aportes que los servicios especiales representan en sus ingresos, ya que se establece la obligación de indicar en sus estados financieros qué servicios se clasifican como básicos y cuáles se clasifican como especiales, así como la expresión del aporte total de los servicios especiales. Lo anterior, tal como se ha establecido en otros informes, permite tener un mejor control respecto de la correcta clasificación entre servicios especiales y básicos, la que podrá ser revisada conforme a lo señalado en el párrafo anterior.

11. Criterios de evaluación

114. Respecto de los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, es esencial que 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.

115. Tal como se ha señalado previamente, las razones por las que una oferta pueda ser desestimada y aquellas por las que la Licitación o cualquiera de sus etapas puedan ser declaradas desiertas deberán ser objetivas, estar establecidas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con claridad en las Bases y ser conocidas por los postulantes, a excepción del I_{max}. En la Solicitud de autos, el borrador de Bases de Licitación establece claramente que Empresa Portuaria de Antofagasta declarará desierta la licitación cuando (i) no se presenten ofertas; (ii) cuando todas las ofertas sean rechazadas conforme a las causales expresadas en la sección II.10 del borrador de Bases; y (iii) existiendo ofertas, todas ellas excedan el I_{max}.

116. A juicio de este Tribunal, las razones por las que Empresa Portuaria de Antofagasta puede desestimar una oferta, y declarar desierta la licitación, son objetivas y están expuestas con claridad en las Bases.

12. Pagos del Concesionario a EPAN

117. 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 activo objeto de esta. A su vez, el artículo 6° del Reglamento que regula la implementación del canon anual establece que *“cuando se trate del primer llamado a licitación para el otorgamiento de cada concesión portuaria o arrendamiento, deberá considerarse, por concepto de renta o canon, un pago anual equivalente mínimo, durante el plazo de vigencia del contrato correspondiente”*. En este caso, como se ha señalado, se trataría de la primera licitación del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Antofagasta, ya que la licitación sobre la cual se pronunció el Informe N° 11/2014 no se llevó a cabo por parte de EPAN (Solicitud de EPAN, p. 1).

118. Adicionalmente, el artículo 6° del Reglamento establece que el pago anual equivalente mínimo por concepto de renta o canon para el periodo de un año, se rige por la siguiente fórmula:

Donde:

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

= monto correspondiente a la suma del valor económico de los activos de la empresa portuaria (en este caso EPAN) para el año expresado en US\$.

= tasa de cálculo para el año , que 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).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

119. 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. Por su parte, 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.

120. Al respecto, en las secciones VIII.2. y VIII.3. de las Bases se regulan el Canon Anual Fijo y el Canon Anual Variable. El Canon Anual Fijo ascenderá al monto que resulte de multiplicar el valor del activo objeto de la concesión por el máximo entre la Tasa de Cálculo (ri) y 3%. Si para un año determinado la Tasa de Cálculo (ri) es menor a 3%, se considerará un 3% para el cálculo del Canon Anual Fijo. A su vez, indica que, para el primer Año Contractual, se considerará el valor de los activos y de la Tasa de Cálculo (ri) correspondiente al mes en que se efectúe el llamado a licitación. Para los años siguientes, se aplicará la Tasa de Cálculo (ri), calculada al inicio de cada Año Contractual. El Canon Anual Fijo se reajustará al inicio de cada nuevo Año Contractual multiplicándolo por el Factor de Ajuste de Tarifas y Canon.

121. Sin perjuicio de que los montos no aparecen determinados aún por Empresa Portuaria de Antofagasta en el borrador de Bases, cabe señalar que lo relevante desde el punto de vista de la libre competencia es que el Canon Anual Fijo 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 de tarifas, conlleve a una congestión del puerto. 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.

122. En este sentido, a juicio de este Tribunal es recomendable que el valor mínimo del Canon Anual Fijo quede establecido en las Bases y diga relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

123. Una última materia que es importante señalar en relación con el Canon Anual Fijo es aquella tratada en los Informes N° 22/2022 y N° 23/2022 relacionada con el valor de los activos que deben considerarse por la empresa portuaria licitante para el pago anual equivalente mínimo. En efecto, de acuerdo con lo analizado en dichos informes, este Tribunal estima necesario que el valor de los activos se construya sobre la base de una tasa de costo de capital que considere todas sus fuentes de financiamiento y que reflejen el verdadero costo de oportunidad del financiamiento (v.gr., usando la tasa WACC). Lo anterior, atendido 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 en procesos licitatorios paralelos (proyectos con o sin inversiones).

124. Por otra parte, las Bases de Licitación contemplan un Canon Anual Variable que corresponde a US\$1 multiplicado por las toneladas transferidas en el año anterior respectivo. De acuerdo con las Bases, este pago tendrá por exclusiva finalidad cubrir los costos de administración del Contrato y del monitoreo del cumplimiento de las obligaciones del Concesionario por parte de EPAN. A su vez, las Bases contemplan un mecanismo de reajuste del Canon Anual Variable al inicio de cada nuevo año contractual (sección VIII.3) y en su Anexo XVI se expresa el mecanismo de cálculo del monto mínimo establecido, ascendente a US\$1.

125. En relación con este pago, el Tribunal ha señalado que los pagos en general, además de estar especificados en las Bases de Licitación, deben estar razonablemente asociados a los costos en los que incurrirá la empresa portuaria respectiva (v.gr. Informes N° 4/2009, N° 5/2009, 6/2009 y N° 18/2020). En efecto, respecto del Canon Variable, este debe reflejar los costos variables en los que incurre EPAN para cubrir los mayores costos de administración del Contrato y monitoreo del cumplimiento de las condiciones de este por parte de EPAN, pero, a su vez, debe ser lo más bajo posible para incentivar la presentación de menores tarifas a público en las ofertas de los participantes, por lo que, en ausencia de más información, no existen reparos al monto estipulado en estas Bases.

126. El borrador de Bases de Licitación contempla otros pagos a EPAN, además del Canon Anual Fijo y Canon Anual Variable, por concepto de derecho a explotar la concesión. Se trata del Pago Inicial Estipulado el que se conforma de dos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conceptos: (i) el Pago Estipulado a EPAN; y (ii) el pago estipulado a favor de los trabajadores portuarios.

127. El primero se trata de un pago que deberá efectuar el Concesionario a la fecha de firma del Contrato de Concesión y que tendrá por objeto reembolsar los gastos incurridos por EPAN en las tareas, asesorías y estudios necesarios para la preparación de este proceso de licitación. Tal como se indica en la sección VIII.1.1. de las Bases, el monto al que asciende este pago se informará oportunamente por EPAN.

128. El segundo tiene por objeto financiar los programas de mitigación y compensación para trabajadores portuarios con el fin de cumplir con las mitigaciones a las que estos tengan derecho de conformidad con la estipulación efectuada por EPAN en favor de ellos. Este monto tampoco se encuentra determinado en el borrador de Bases de Licitación, sino que también será informado por EPAN oportunamente conforme se indica en la sección VIII.1.2 de las Bases.

129. Al igual que en el Informe N° 18/2020, este Tribunal aceptará el Pago Inicial Estipulado, atendido que se trata de un pago inicial que el Concesionario debe pagar por una única vez al momento de suscribir el Contrato de Concesión, y que está pensado como mecanismo de financiamiento para reembolsar los gastos incurridos por la empresa portuaria en las tareas, asesorías y estudios necesarios para preparar el proceso de licitación, así como el monto a pagar por el Concesionario a los trabajadores portuarios con el fin de cumplir las mitigaciones y compensaciones a que estos tengan derecho. El monto de ambos pagos deberá estar justificado y determinado en las Bases de Licitación Definitivas.

13. Infraestructura a concesionar y plazos, exigencias de experiencia y patrimonio mínimos, garantías, sanciones y multas, imponderables y fuerza mayor

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

131. Al respecto, 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, tal como se observa en el borrador de Bases de Licitación. 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

132. Tal como se ha venido señalando, la concesión recae sobre el Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Antofagasta, el que se encuentra debidamente descrito en el Anexo V de las Bases. A su vez, las Bases de Licitación señalan que el Concesionario deberá desarrollar las obras obligatorias que se especificaron previamente en el párrafo 12, cuyos criterios de diseño se encuentran detallados en el Anexo X de las Bases.

133. De esta forma, el borrador de Bases cumple con describir el área de concesión, el frente de atraque a licitar y las especificaciones mínimas de la infraestructura requerida para la explotación del Frente N° 1, en los términos previstos por EPAN.

134. Sin perjuicio de ello, ATI señaló en su aporte de antecedentes que la superficie del área de concesión resulta insuficiente para una operación eficiente del Frente de Atraque N° 1, especialmente considerando que el área de respaldo asignada en la concesión es de 0,5 hectáreas aproximadamente, lo que no permitiría un incremento en los volúmenes de carga que actualmente se transfieren en el frente de atraque licitado. Además, indica que existe un área que EPAN ha reservado para mantener bajo su administración que se podría incluir en el área de concesión. A su vez, señaló que los montos estimados para las inversiones obligatorias serían insuficientes para financiarlas. Por último, indicó que existen en el área a concesionar factores adversos que no fueron considerados en las Bases de Licitación y que impactarán en el desempeño del futuro Concesionario tales como los problemas de marejadas, desafíos medioambientales y la ubicación urbana del terminal portuario.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

135. En relación con los puntos levantados por ATI, resumidos en el párrafo anterior, este Tribunal no se pronunciará sobre la suficiencia de las áreas de respaldo o de los montos asociados a las inversiones requeridas por considerar que no son materia de este Informe.

136. Sin perjuicio de ello, las Bases señalan que las obras y mejoras que realice el Concesionario, que no puedan separarse sin detrimento de los bienes concesionados, pasarán a dominio de EPAN al término de la concesión, sin que EPAN deba pagar al Concesionario un monto o Valor Residual como contraprestación por dichas obras y mejoras. Lo anterior, con excepción de la inversión opcional con derecho a Valor Residual que estipulan las Bases. En relación con esto, y siguiendo lo establecido en el Informe N° 23/2022, este Tribunal considera como un desincentivo a la participación en la licitación el hecho de que EPAN no pague el valor residual de las inversiones obligatorias que realice Concesionario. En consecuencia, EPAN deberá modificar las Bases de Licitación indicando que dicha empresa deberá pagar al Concesionario el valor residual que corresponda de las inversiones obligatorias, pudiendo para ello establecer un límite a pagar por este concepto.

137. Por último, en relación también con la capacidad del Concesionario de administrar el frente de atraque objeto de la licitación, ATI indicó que EPAN no consideró en las Bases de Licitación los efectos en la competencia que genera el cobro de la Tarifa Única Portuaria o TUP, ya que esta pone en una situación desventajosa al Concesionario frente a otros rivales de la región, quienes no deben enfrentar este tipo de pagos.

138. Al respecto, queda claro de los antecedentes aportados al proceso que la TUP no es una tarifa que sea de cargo del Concesionario, sino que es una tarifa que la empresa portuaria cobra a las naves que ingresan en aguas abrigadas del puerto, con independencia del sitio que utilicen y de si se les provee o no servicios portuarios, y que actualmente es cobrada a los usuarios de ATI. La razón que subyace al cobro de esta tarifa sería la cobertura *de los costos de la infraestructura portuaria de abrigo, así como otras facilidades y servicios comunes a todos los usuarios*" (informe económico acompañado por EPAN a folio 140, p. 1). Por su parte, en este informe económico se detalla la metodología utilizada para la determinación de la TUP, y se describe el origen y justificación de esta. Finalmente, cabe señalar que la existencia de esta tarifa no forma parte del diseño de las Bases de Licitación objeto del presente Informe. No obstante, parece

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relevante mencionar que en el Informe N° 24/2022 se estableció que la Empresa Portuaria Austral no podrá cobrar una TUP por cuanto en dicho caso se consideró un alza en el valor del Canon Anual justificado en un estudio técnico.

Estándares de Calidad de Servicio

139. Las Velocidades de Transferencia Mínimas y Promedios por tipo de nave o tipo de carga que deberá cumplir el Concesionario se encuentran reguladas en el Anexo IV de las Bases.

140. Respecto de otras variables que miden la calidad del servicio, el borrador de Bases de Licitación especifica que EPAN verificará el cumplimiento de los niveles de servicio a través del Tiempo de Ocupación Máximo del Frente de Atraque por parte de cada nave y el Tiempo de Ocupación Máximo Anual del Frente de Atraque, de conformidad al Manual de Verificación de Indicadores que formará parte del Contrato y cuyas fórmulas se encuentran expresamente indicadas en las Bases (sección IV.5.2). Por último, el citado borrador establece que el Tiempo de Espera Máximo de cada nave no deberá superar las 6 horas.

141. Por tanto, de acuerdo con lo revisado precedentemente, el borrador de Bases de Licitación cumple con señalar los mecanismos mediante los cuales medirá el nivel de calidad de los servicios, estableciendo las fórmulas de cálculo para verificar el cumplimiento de estos, y las Velocidades de Transferencia mínimas y Promedio que deberá cumplir el Concesionario, según lo señalado en el Anexo IV.

142. 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), EPAN 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.

143. 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. Las Bases de Licitación contemplan lo anterior, al señalar que se exigirá al Concesionario la elaboración de un Manual de Servicios que deberá contener normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves, todo ello de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conformidad con los criterios generales y requisitos mínimos establecidos en el RUFA (sección VI.5.1.).

144. 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.

145. Por último, EPAN 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.

Exigencias en materia de plazos en el proceso de licitación

146. Respecto de los plazos internos del proceso de licitación, en informes anteriores de este Tribunal se ha considerado que el establecimiento de plazos mínimos para la presentación de las propuestas a que se refiere el artículo 7° del Reglamento, favorecen la competencia en la licitación ya que aseguran a los postulantes recabar información que es esencial para participar (Informe N° 18/2020).

147. A este respecto, las Bases establecen en la sección II.15 el cronograma de la licitación. En él se indica la fecha del llamado a licitación, en un día a definir y según lo señalado en el artículo 7° del Reglamento de Licitaciones; el período de venta de las bases, de consultas y aclaraciones; que las ofertas se presentarán en un día y a una hora por definir, siendo primero la presentación de Ofertas Titulares y al día siguiente la presentación de Ofertas Entrantes; que las Ofertas Antecedentes Generales se abrirán en un día a definir, pero señalándose que ello será dos horas después de la presentación de las Ofertas Entrantes; que EPAN comunicará los resultados de la evaluación de las Ofertas Antecedentes Generales dentro de diez días corridos contados desde la apertura de estas; que con posterioridad a ello y en forma previa a la apertura de las Ofertas Económicas, EPAN definirá el Imax; que dentro de los treinta días corridos siguientes a la apertura de las Ofertas Antecedentes Generales se procederá a la apertura de las Ofertas Económicas, regulándose también en el cronograma el eventual desempate y ejercicio del derecho a igualar la Oferta del Mejor Titular; que dentro de veinte días corridos siguientes a la selección del oferente se resolverá la licitación, comunicándose al adjudicatario dentro de los cinco días corridos. De esta manera, el borrador de Bases de Licitación cumple con lo dispuesto en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

artículo 7° del Reglamento y lo recomendado en informes anteriores (v.gr. Informe N° 11/2014).

148. No obstante, en las Bases que este Tribunal ha tenido a la vista no se especifica un período de posibles visitas a terreno, si es que fuera necesario, lo cual es deseable que sea incorporado en las Bases de Licitación Definitivas, atendida las características particulares del Frente de Atraque que se licita.

Exigencias en materia de experiencia y patrimonio mínimo

149. Respecto de los requisitos generales para participar en el concurso, el borrador de Bases de Licitación establece exigencias copulativas en materias de experiencia y de patrimonio. En cuanto a la experiencia, el Concesionario o alguno de sus miembros, en caso de un consorcio, deberá contar con, a lo menos, cinco años de experiencia como operador portuario o empresa de muellaje de similares características, debiendo haber transferido la cantidad total de 500.000 Toneladas que abarca el período correspondiente a los últimos quince años.

150. En lo que se refiere al patrimonio, el Concesionario debe acreditar un patrimonio de US \$4.500.000 como mínimo, ya sea de forma directa o a través de entidades matrices. En el caso de que el Concesionario sea un consorcio, cada miembro deberá acreditar que posee un patrimonio contable mínimo equivalente al producto resultante de la multiplicación entre su porcentaje de participación en el consorcio y el patrimonio contable mínimo antes señalado.

151. Tal como se ha sostenido en otras oportunidades (v.gr. Informes N° 10/2014, 11/2014 y N° 18/2020), las exigencias en materia de experiencia y de patrimonio no deben ser desmedidas pues, de serlo, podrían constituir un desincentivo a la entrada de nuevos participantes o interesados en la concesión. Sin perjuicio de lo anterior, parece razonable la exigencia de un nivel mínimo de experiencia y patrimonio, con el fin de evitar ofertas que puedan generar problemas con posterioridad en la operación del frente de atraque licitado.

152. En particular, respecto a la exigencia de experiencia mínima en transferencia de carga, esta resulta razonable considerando las características de la licitación y los volúmenes de carga que se han movilizado en el Frente de Atraque licitado conforme se analizó en la Sección 7 del presente Informe.

153. Respecto de la exigencia de un patrimonio mínimo, el monto propuesto por EPAN es bastante menor a los exigidos en otras licitaciones portuarias y parece suficiente atendido el monto estimado de las inversiones obligatorias y la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proyección de transferencia de carga del frente que se licita, por lo que no pareciera ser un monto que funcione como un desincentivo a la entrada de nuevos participantes o interesados en la concesión. A su vez, se cumple expresamente con lo propuesto en el Informe N° 18/2020 en cuanto que se expresa cómo se acredita este patrimonio cuando el Concesionario se encuentra integrado por varios participantes.

Plazo de la concesión

154. En relación con el plazo de vigencia del Contrato de Concesión, la propuesta de EPAN contempla que el plazo de la concesión correrá desde la fecha de la entrega del frente de atraque al Concesionario hasta el 28 de febrero de 2033, sin posibilidad de renovación. Esta propuesta, si bien se conforma con el artículo 14 de la Ley de Puertos y el artículo 12 del Reglamento, implica que el período de operación del Frente N° 1 es acotado en comparación con otras concesiones portuarias, las que incluso permiten acceder a una duración total de 30 años, al renovarse la concesión.

155. Al respecto, el MTT en su aporte de antecedentes indicó que era necesario revisar el plazo estipulado en el borrador de Bases ya que un mayor plazo de la concesión genera mayor interés de nuevos actores de ingresar al mercado. A su vez hace ver que el plazo establecido es coincidente con el término de la concesión del Frente de Atraque N° 2, cuyo titular es ATI, lo que redundaría en una futura licitación integrada que podría condicionar el futuro del puerto. Por su parte, la FNE señaló que el plazo de la concesión sería muy corto, lo que desincentivaría la participación de nuevos entrantes en la licitación.

156. En relación con esta materia, el plazo de la concesión representa una fase de operación limitada en el tiempo en comparación con otras concesiones portuarias entregadas a privados. Sin embargo, similar situación fue abordada respecto del Terminal N° 2 del Puerto de Valparaíso, en que se autorizó un plazo menor, de 4 años prorrogables por 1 año más (Informe N° 20/2021). De esta forma, el Tribunal entiende que el período de concesión propuesto tiene por objeto otorgar flexibilidad para una adecuada transición a otra fase de concesión del terminal, en la que puede licitarse por un período mayor.

Garantías

157. Por otra parte, conforme con el artículo 13° del Reglamento, la Empresa Portuaria de Antofagasta debe contemplar en las Bases de la Licitación garantías

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 Empresa Portuaria de Antofagasta por concepto de canon.

158. En el borrador de Bases de Licitación se indica que el monto de la Garantía de Seriedad de la Oferta ascenderá a USD\$ 400.000 (cuatrocientos mil dólares), según se indica en su punto II.7.1 c).

159. A su vez, conforme se regula en el borrador de Bases, el Concesionario deberá mantener una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato por todo el plazo de la concesión más 180 días. El monto de esta garantía será equivalente al Canon Anual Fijo que deberá pagar el Concesionario a EPAN en el año contractual respectivo.

160. Adicionalmente, las Bases establecen una garantía de Inversiones Obligatorias y una garantía de Pago Inicial Estipulado. La primera de ellas asciende a un monto de USD\$1.840.000 y tiene por objeto garantizar la correcta, oportuna e íntegra ejecución de las inversiones obligatorias, incluyendo la calidad de estas, así como la obligación del Concesionario de tener estas inversiones en condiciones para efectuar la prestación de servicios básicos. La segunda garantía busca asegurar el pago íntegro, total y oportuno del Pago Inicial Estipulado y asciende a este mismo monto.

161. Por otra parte, las Bases también especifican cuáles son las circunstancias en que EPAN tendría el derecho a hacer efectivas las boletas de garantía recién descritas, a título de indemnización de perjuicios y cuándo estas serán restituidas al Concesionario.

162. 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 no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una. En este sentido este Tribunal considera que los montos establecidos para las garantías que se analizan en este apartado no son excesivos y que su determinación siguió los lineamientos establecidos en el Informe N° 18/2020.

Régimen de sanciones y multas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

163. 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.

164. En primer lugar, las Bases de Licitación regulan como sanción el término de la concesión. En efecto, en la sección XX.1. se contempla el incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario como causal de término, definiendo expresamente cuáles obligaciones revisten tal carácter. A juicio de este Tribunal, quedan razonablemente especificadas en el borrador de Bases las causales de incumplimiento que generan el término de la concesión.

165. En segundo lugar, el borrador de Bases de Licitación incorpora sanciones distintas al término anticipado del Contrato de Concesión consistentes en multas aplicables al Concesionario a beneficio de EPAN. Así, en primer lugar, contempla una multa general asociada al incumplimiento del Concesionario de cualquiera de las obligaciones del Contrato de Concesión o de las Bases de Licitación ascendente a USD\$10.000, dependiendo de la gravedad o reiteración del incumplimiento y siempre que dicho incumplimiento no dé lugar a una terminación anticipada del Contrato y no tenga asociada una multa específica. A su vez se declara expresamente que las multas serán aplicadas al Concesionario incluso si el incumplimiento no puede ser calificado como "grave". Luego especifica multas para distintos incumplimientos por parte del Concesionario.

166. Finalmente, el borrador de Bases de Licitación establece que es requisito para poder reclamar de la aplicación de una multa el pago previo de la misma, lo que este Tribunal considera inconveniente (v.gr. Informe N° 18/2020), pues esta figura hoy casi no es aceptada por razones de debido proceso. Además, en el extremo, podría desincentivar la participación en la licitación y la competencia ex ante. Por tanto, debe ser eliminada dicha exigencia del punto XVI.12. del borrador de Bases de Licitación. Lo anterior es sin perjuicio del plazo para pagar la multa señalado en el artículo 23 del Reglamento y aquel regulado en las Bases de licitación.

Eventos de Fuerza Mayor y otros imponderables

167. Las Bases definen un Evento de Fuerza Mayor como cualquier hecho o circunstancia, distinto de la falta de financiamiento, imprevisible e imposible de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resistir mediante el ejercicio de un cuidado razonable por la parte obligada a dar cumplimiento a una determinada obligación del Contrato. Los terremotos y maremotos no son considerados Eventos de Fuerza Mayor.

168. Por su parte, en las Bases de Licitación se señala que, en el evento que, por daños originados en fenómenos de la naturaleza o Eventos de Fuerza Mayor, se produzca una disminución de la capacidad de transferencia del frente de ataque en un rango igual o inferior al 33%, permanecerán inalteradas las obligaciones del futuro Concesionario, debiendo este reparar oportunamente los daños sufridos en el frente de ataque.

169. Las disposiciones de las Bases relativas a la reconstrucción y reparación de los frentes de ataque por fuerza mayor deben estar 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”. Ahora bien, en las Bases se establece que en los casos de disminución de capacidad inferior a 33%, se obliga al futuro Concesionario a perseverar en el Contrato de Concesión y solo se le obliga a esto último en el caso que la pérdida de dicha capacidad operativa sea inferior 33%. Esto contravendría el artículo 15 antes mencionado, razón por la cual se ordena a la Solicitante modificar esta disposición en las Bases de Licitación Definitivas.

14. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS (RESGUARDOS CONDUCTUALES)

(i) Introducción

170. El borrador de las Bases 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; esto es, que las condiciones ex post sean similares a las que prevalecerían bajo una situación competitiva o lo más cercanas a las de un monopolio perfectamente regulado.

171. 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 variable 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 detentar un grado de poder monopólico significativo. Esta es la contribución principal de la visión de Demsetz a un problema que, hasta entonces, sólo 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).

172. 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 descontrole con acciones diferentes a la imposición del precio y que redundan en un eventual 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 esta y la próxima sección sobre resguardos estructurales.

(ii) Marco regulatorio aplicable a la prestación de servicios portuarios y resguardos conductuales propuestos por Empresa Portuaria de Antofagasta

173. Como se ha señalado, la administración y operación del frente de atraque licitado por parte del Concesionario está regulada por la Ley de Puertos, su Reglamento y por el respectivo Reglamento de Uso de Frentes de Atraque que deberá aplicarse (en adelante, "RUFA"). En este caso, la Solicitante ha señalado como resguardos conductuales aplicables a la provisión de servicios, tanto el Reglamento de Licitaciones como el RUFA, haciendo referencia al vigente respecto del operador del Frente N° 2, ATI. Estos reglamentos consideran resguardos al ejercicio de poder de mercado por parte del Concesionario de frente de atraque estatal, y están en línea con el Decreto 1802 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de 2017, que imparte lineamientos de política portuaria y criterios de buenas prácticas aplicables al sistema portuario estatal de la Ley N° 19.542 (Solicitud de EPAN, pág. 30). Asimismo, están los resguardos de las Bases de Licitación y las normas generales, como el D.L. N° 211.

174. Este conjunto de normas, que constituye 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 con las tarifas; (iv) del registro y publicidad de las tarifas especiales; (v) normas de calidad; (vi) reglas de asignación de capacidad y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

175. El Frente N° 1 es un puerto de uso público, por lo que el futuro Concesionario deberá prestar servicios en forma continua, permanente y no discriminatoria. Estas obligaciones del Concesionario están establecidas en el inciso final del artículo 14 de la Ley de Puertos y en el artículo 19 letra d) del Reglamento.

176. Por su parte, el RUFA que se dicte deberá disponer que cada Concesionario contará adicionalmente con un Manual de Servicios, el que será de conocimiento público y establecerá las normas y procedimientos conforme a las cuales los particulares, concesionarios y usuarios podrán acceder a los servicios que se presten en los frentes de atraque de dicho puerto.

177. 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 (artículos 20 y 31 del RUFA aprobado por EPAN en Resolución Exenta N° 863, de 3 de julio de 2020, Anexo VI de las Bases). En este sentido, la Solicitante hace referencia al deber de servicio, en cuanto a que el Concesionario estará obligado a prestar servicios indistintamente a cualquier usuario que lo requiera, en forma continua y permanente, según los artículos 3 y 14, inciso final, de la Ley de Puertos, y 19 letra d) del Reglamento, y en condiciones no discriminatorias. Asimismo, señala que tales condiciones deben ser generales, según la interpretación normativa de la ex Comisión Preventiva Central del Dictamen N° 1045.

178. 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), que deberán estar a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el Concesionario del puerto mantenga, como en los medios que utilice en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio *web* u otro).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15. Mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros

179. El RUFA de Empresa Portuaria de Antofagasta deberá establecer que los usuarios de los frentes de atraque podrán someter al conocimiento o resolución de la misma empresa portuaria, las controversias que se susciten con los concesionarios respecto de la prestación de los servicios contratados con éstos.

180. Producto de lo anterior, Empresa Portuaria de Antofagasta podrá sancionar con multas a aquellos concesionarios que infrinjan las normas o procedimientos establecidos en el respectivo Manual de Servicios. La Solicitante, en este materia, señala que el Concesionario estará obligado a observar las instrucciones que le imparta EPAN y que tengan por fin evitar o poner término a actos de discriminación y EPAN actuará de oficio o a petición de cualquier interesado que alegue actos de discriminación del Concesionario, quedando a salvo el derecho del Concesionario de acudir al árbitro o al experto independiente, según la naturaleza de la cuestión en disputa, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse en caso de estimar improcedente la aplicación de sanciones. La sección VI.1 de las Bases ha considerado correctamente lo que se ha resuelto en informes anteriores respecto de la calidad de los servicios (Informe N° 6/2009 y N° 18/2020, entre otros), ya que se contempla la posibilidad de que la empresa portuaria 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.

16. Obligaciones en relación con las tarifas

181. Según lo dispuesto en el inciso final del artículo 14 de la Ley de Puertos, el Concesionario deberá establecer tarifas públicas y no discriminatorias por sus servicios básicos, las que no podrán ser superiores a las tarifas máximas acordadas en el Contrato de Concesión.

182. Cualquier acuerdo particular entre este 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. Las tarifas que cobre el Concesionario por sus servicios, sean básicos o especiales, deberán ser, además, objetivas.

183. El Concesionario no podrá cobrar, por los servicios definidos como básicos en este Informe, tarifas o índices máximos de tarifas que superen aquellos a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que se obligó en el proceso de licitación, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de tarifas que Empresa Portuaria de Antofagasta determine.

184. Dando cumplimiento a este principio, la Solicitante señala que el Concesionario debe establecer tarifas públicas y no discriminatorias por la prestación de sus servicios, que no pueden ser superiores a las definidas en las Bases de Licitación o el Contrato de Concesión, según el artículo 14, inciso final, de la Ley de Puertos, y 19 letra e) y 20, inciso primero, de su Reglamento. Asimismo, el Fisco, las municipalidades y los demás organismos de la Administración del Estado pagarán las tarifas vigentes, públicas y no discriminatorias (artículo 21 de la Ley) y estarán sujetos a las mismas condiciones generales de prestación de los servicios. Se prohíbe además a los concesionarios establecer exenciones o rebajas ajenas a las tarifas vigentes por el uso de la respectiva infraestructura, conforme al artículo 20, inciso final, del Reglamento (Solicitud de EPAN, p. 30). En efecto, las Bases contemplan que las tarifas serán públicas y no discriminatorias; estos valores de las tarifas de los servicios básicos deberán ser fijados en dólares y el Concesionario podrá cobrar en moneda local aquellos servicios especiales, de acuerdo con la política comercial que establezca.

185. En cumplimiento de lo dispuesto en los párrafos precedente, las Bases establecen que los índices tarifarios máximos de carga general y granel son los que resultan de la aplicación de los valores de las tarifas señaladas en la Oferta Económica para carga fraccionada, carga en contenedores y servicios de muellaje, ponderados de acuerdo con lo indicado en la sección VI.2 B). En aplicación de lo anterior, relativo a los índices tarifarios máximos, se dispone que los niveles que el Concesionario establezca para las tarifas por servicios básicos deberán cumplir lo señalado en el Anexo III sobre Servicios Sujetos a Valores Máximos. Asimismo, el Concesionario podrá fijar las tarifas que cobre por los servicios que preste, siempre y cuando no den como resultado un Índice Tarifario Vigente Carga General mayor al Índice Tarifario Máximo Carga General, lo que es igual e íntegramente aplicable también a la carga granel. Conforme a las Bases, estas tarifas se ajustan según el Factor de Ajuste de Tarifas y Canon o FATC.

186. El citado Anexo III, sobre Servicios Sujetos a Valores Máximos, contempla la siguiente tabla con sus notas respectivas, con los Servicios Sujetos a Valores Máximos definidos, que incluyen las tarifas para la carga en contenedores, general fraccionada, granel metálico (que incluyen concentrados minerales de cobre o de zinc) y no metálico (que incluyen ceniza de soda y ulexita), otros graneles (que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incluyen trigo, *White Metals*, etc.), como también el muellaje (tarifas a la carga y a la nave) (folio 8):

ANEXO III

SERVICIOS SUJETOS A VALORES MÁXIMOS

Denominación	Nomenclatura Tarifaria	Unidad	Valor Máximo
Tarifa por Transferencia de Contenedores de 20 pies	TTC	US\$ /TEU	(1) y (2)
Tarifa por Transferencia de Carga General Fraccionada	TTF	US\$ /Ton	(1)
Tarifa por Transferencia de Carga Granel Metálico	TTG(1)	US\$ /Ton	(1)
Tarifa por Transferencia de Carga Granel No Metálico	TTG(2)	US\$ /Ton	(1)
Tarifa por Transferencia de Otros Graneles	TTG(3)	US\$ /Ton	(1)
Tarifa a la Carga por Uso de Muelle	TMC	US\$ /Ton	(1)
Tarifa a la Nave por Uso de Muelle	TMN	US\$ /meh	(1)

- (1) El valor de esta tarifa debe cumplir con la condición establecida en la sección 6.2 B) de las Bases.
- (2) La tarifa máxima para la transferencia de contenedores de 40 pies no puede exceder en más de un 50% a aquella fijada para los contenedores de 20 pies.

TTG (1) = Graneles metálicos; Concentrados Minerales de Cobre o de Zinc.

TTG (2) = Graneles no metálicos; Ceniza de Soda y Ulexita.

TTG (3) = Otros Graneles; Trigo, *White Metals*, etc.

187. La sección VI.2 B) de las Bases establece, adicionalmente, que las referidas tarifas TTC, TTF, TMC y TMN más altas que fije el Concesionario, en cualquier momento, “no podrán dar como resultado un Índice Tarifario Vigente Carga General mayor al Índice Tarifario Máximo Carga General, cuyas tarifas se ajustan según el FATC” y lo mismo es aplicable a las tarifas para el resto de las cargas, TTGm, TTGnm, TTGo, TMC y TMN, las que no podrán dar como resultado un Índice Tarifario Vigente Carga Granel mayor al Índice Tarifario Máximo Carga Granel, las que también se ajustan según el FATC.

188. En cuanto a la incorporación de nuevos servicios básicos, este deberá hacerse de conformidad con lo señalado en el párrafo 211 de este Informe, esto es, como una modificación del Contrato de Concesión, y no como lo propone la Solicitante.

189. Finalmente, respecto de la posibilidad que el Concesionario establezca el pago de premios por servicios expeditos u otorgue descuentos, es necesario

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incorporar una cláusula, para evitar posibles efectos excluyentes de dichos beneficios, en los siguientes términos: “*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.*” Esta prohibición ya se encuentra propuesta en el borrador de Bases, en el capítulo VI.2 A).

17. Del registro y publicidad de las tarifas especiales

190. Las Bases (sección VI.3), disponen que todas las tarifas que fije el Concesionario serán públicas, incluidas aquellas relativas a los servicios especiales, estableciéndose la obligación al Concesionario de entregárselas a EPAN para efectos de su registro. Al respecto, no se establece la obligación al Concesionario de presentar una memoria de cálculo en base a la cual determinó la tarifa de los servicios especiales, lo que es consistente con lo resuelto en otros informes donde se estableció que esta obligación no es necesaria ya que las tarifas de los servicios especiales no se encuentran sujetas a fijación tarifaria y tampoco se aplican respecto de ellas valores máximos.

191. En cuanto al mecanismo de vigencia de las tarifas recogido en anteriores informes (Informes N° 6/2009, N° 9/2013, N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 18/2020) y que también se contemplan en las Bases, todas las tarifas que fije el Concesionario, tanto de los Servicios Básicos y de los Servicios Especiales, entrarán en vigencia al momento en que el Concesionario lo indique, pero no antes de treinta (30) días corridos contados desde el referido registro ni de treinta (30) días corridos contados desde la fecha de publicación del aviso de su modificación. En cuanto al primer registro de tarifas, con 30 días de anticipación a la Entrega del Área de Concesión, el adjudicatario deberá entregar a EPAN el valor de las tarifas por los Servicios Básicos o Especiales, incluido el de aquellos descritos en el Anexo III (*Servicios Sujetos a Valores Máximos*), y este primer registro regirá a contar de la Fecha de Entrega y tendrá una vigencia por un plazo mínimo de sesenta (60) días corridos. En los registros posteriores, las tarifas permanecerán vigentes mientras el Concesionario no registre cambios de ellas, pero éstas no podrán tener un plazo de vigencia inferior a 60 días (secciones VI.3 y VI.4.).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

18. Normas de calidad

192. Tal como se propone en las Bases (sección VI.5.1), es necesario establecer en estas 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 Empresa Portuaria de Antofagasta.

193. 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), Empresa Portuaria de Antofagasta 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.

19. Reglas de asignación de capacidad y atención eficiente de las naves y carga

194. 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.

195. Las bases contemplan lo anterior al señalar que el Concesionario deberá establecer en el Manual de los Servicios normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves, las que formarán parte de las condiciones generales de prestación de los servicios portuarios, en conformidad a los criterios generales y requisitos mínimos que EPAN fije en la RUFA (sección VI. 5.1).

196. Por su parte, tratándose de reservas, se deberán contemplar, además de requisitos de general aplicación para acceder a las mismas, los plazos máximos de su duración y las multas que deberán aplicarse a los usuarios que, por causa que les fuere imputable, incumplan con la fecha y hora de atraque comprometida. En este aspecto, las Bases señalan que, tratándose de reservas, se debe contemplar, además de requisitos de general aplicación para acceder a las mismas, sus plazos máximos de duración y las multas que deberán aplicarse a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

usuarios que, por causa que les fuere imputable, incumplan con la fecha y hora de recalada comprometida (sección VI.5.1.).

197. De este modo, en las Bases se mencionan algunos criterios que deberán cumplir las reglas de prioridad (sección VI.6.) a saber, en relación con las reglas de prioridad de atención de naves, el Concesionario deberá establecer las normas y los procedimientos aplicables a éstas. Estas normas y procedimientos fijarán, a lo menos, los siguientes aspectos respecto de cada prioridad: (i) identificación y descripción de la regla de prioridad; (ii) identificación de los sitios a los que es aplicable; (iii) forma y contenido de la solicitud de atraque y la antelación con que debe presentarse; (iv) procedimientos de programación; y (v) oportunidad y condiciones en que podrá alterarse la programación.

198. Sin perjuicio de esto, en el RUFA de Empresa Portuaria de Antofagasta se establece que el Reglamento y el Manual de Servicios deberán contemplar, al menos, la asignación de prioridad por estricto orden de llegada de las naves al puerto. A este respecto la RUFA acompañada (Anexo VI de las Bases) recoge lo anterior en el artículo 35, estableciendo como regla de prioridad, el estricto orden de arribo de las naves al puerto.

199. Asimismo, el RUFA recoge 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 (Artículo 46 del RUFA).

200. Además, EPAN informará 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 (sección VI.5.1.).

20. Deberes de transparencia e información

201. 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.

202. En concordancia con lo establecido en informes anteriores (v. gr. Informe N° 11/2014y N° 18/2020), Empresa Portuaria de Antofagasta deberá, además,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

203. Además, las Bases 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”).

204. Por otra parte, el Concesionario deberá proporcionar al directorio de Empresa Portuaria de Antofagasta la información que este le requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la Ley, de las Bases, del Contrato de Concesión y de las condiciones establecidas en este Informe.

205. La anterior información que se solicite, 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, Empresa Portuaria de Antofagasta deberá adoptar los resguardos correspondientes para asegurar su mantención en dicha calidad.

206. 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 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.

207. Las anteriores materias se encuentran contempladas en la sección VI.7. sobre Deberes de Transparencia, Información y Fiscalización de las Bases.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

21. Control de no discriminación y Comité de Directores

208. En el evento que uno o más usuarios relevantes se integren verticalmente con el Concesionario, de conformidad a lo dispuesto en la Sección 9 de este Informe, EPAN, 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, podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores que se constituya de conformidad con dicho artículo. Lo anterior, también se encuentra contemplado en la sección VI.7. sobre Deberes de Transparencia, Información y Fiscalización de las Bases de Licitación.

22. Modificaciones del Contrato de Concesión

209. Las Bases contemplan un mecanismo de adecuación del Contrato de Concesión (sección VII.). Se señala que en el evento que se hubieren producido variaciones relevantes de las condiciones de competencia en el mercado, sea del lado de la oferta o de la demanda, que no hayan podido ser previstas al momento de diseñar la licitación y que hagan imprescindible efectuar adecuaciones al Contrato de Concesión, sea en la calificación de los servicios como básicos o especiales, en las tarifas o índices tarifarios máximos, o en otros aspectos establecidos por estas Bases o el Contrato de Concesión, EPAN y el Concesionario deberán adecuar el Contrato de conformidad con lo establecido en el Informe N°11 del TDLC o, en su defecto, el que lo modifique o reemplace, exigiéndose el cumplimiento de las siguientes condiciones: (i) que hubieren transcurrido, a lo menos, 5 (cinco) años de vigencia del Contrato; (ii) que el Tribunal hubiere constatado la variación de las condiciones de competencia del mercado, en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del D.L N° 211. Cumplidos los requisitos anteriores, la modificación correspondiente se efectuará de común acuerdo o mediante el procedimiento de resolución de controversias establecido en el Contrato de Concesión.

210. Cabe consignar, a este respecto, que Camport está de acuerdo con el requisito del transcurso del término de 5 años para que opere el mecanismo propuesto, atendida el eventual cambio en las normas laborales del sector portuario.

211. Al igual que lo resuelto en los últimos Informes Portuarios (v.gr. Informe N°24/2022), este Tribunal estima adecuado un mecanismo de modificación de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Contrato que permita un cierto grado de flexibilidad. Así, pareciera que no es adecuado, ampliar el universo de materias que deben ser modificadas por este Tribunal. De esta forma las modificaciones del Contrato de Concesión estarán sujetas a las siguientes reglas:

- i. EPAN deberá establecer un mecanismo de adecuación del Contrato de Concesión distinguiendo entre materias que serán modificadas previa consulta al directamente por el Tribunal y aquellas cuya modificación se efectuará de común acuerdo o mediante el procedimiento de resolución de controversias que se establezca en el Contrato.
- ii. Para modificar el Contrato de Concesión en aquellas materias relacionadas con la estructura tarifaria y pagos del Concesionario a EPAN, será necesario que (i) hubieren transcurrido a lo menos tres años desde que haya entrado en operaciones el Frente de Atraque N° 1 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 el frente de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión.
- iii. Para modificar otras materias del Contrato de Concesión será necesario que: (i) hubieren transcurrido a lo menos tres años desde que haya entrado en operaciones el Frente de atraque N° 1 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.

23. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

(i) Introducción

212. En forma adicional a los resguardos señalados en las Secciones anteriores, en esta sección se analizan los resguardos estructurales en materia de integración vertical y horizontal, así como la pertinencia de establecerlos.

213. Al respecto, la Empresa Portuaria de Antofagasta, solicita:

- i. La eliminación de la restricción a la integración vertical, o un incremento del umbral permitido al 65%, al menos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- ii. La actualización de la definición de usuario relevante, en caso de mantenerse un umbral o límite de participación a usuarios relevantes del terminal, con el fin de precisar los usuarios y la base de la carga movilizada que se debe utilizar para controlar el límite de integración.
- iii. Mantener la regla de integración horizontal contenida en el Informe N° 11/2014.

214. 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 –verticales y horizontales– se debe tener en consideración que estos 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. A continuación, se analizarán ambos tipos de medidas de corte estructural y las solicitudes efectuadas por EPAN.

(ii) Integración Vertical

(i) Opinión de los intervinientes

215. Como se señaló, la Solicitante es de la opinión que se elimine la restricción o se aumente el umbral al menos al 65% atendido que *las condiciones de competencia que enfrentan los concesionarios de frentes de atraque estatales en la Región de Antofagasta, hacen innecesario establecer restricciones a la integración vertical*. Indica que los concesionarios del Puerto de Antofagasta enfrentan competencia de puertos privados de uso público y que el futuro Concesionario se abocará principalmente a la transferencia de carga a granel cuyos clientes –principalmente mineras– disponen de diversas alternativas portuarias y pueden, eventualmente, construir sus propios terminales privados.

216. Agrega que existen bajas barreras de entrada ya que en la Región de Antofagasta existen condiciones más favorables para el ingreso de nuevos operadores, especialmente graneleros, los que tienen asociados menores costos y tiempos de ejecución, afirmación que se encuentra comprendida también en su informe económico tal como se analizó en el párrafo 65. Asimismo, como un argumento adicional, EPAN señala que existe una asimetría regulatoria ya que los incumbentes que operan puertos privados tienen una menor carga regulatoria que los concesionarios de frentes de atraque de EPAN.

217. Dado lo expuesto, la Solicitante concluye que el futuro Concesionario no poseerá poder de mercado ni tampoco contará con la habilidad para discriminar a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los usuarios portuarios, por lo que sería innecesario el establecimiento de una restricción a la integración vertical. En este sentido, arguye que, no existiendo efectos anticompetitivos sustanciales de la integración vertical, ésta se trataría de una estructura de mercado eficiente cuya prohibición o limitación solo restará competitividad al futuro Concesionario del Frente N° 1, lo que podría afectar la participación de nuevos entrantes.

218. En contraste con lo planteado por EPAN, la FNE estima que una restricción a la integración vertical necesariamente debe mantenerse. En esta parte, indica que un aumento del umbral hasta un 65% puede restringir la competencia, en el caso que la concesión sea adjudicada a una empresa que a su vez mantenga participación en la propiedad o utilidades de alguno de los incumbentes del mercado. De esta forma, la FNE concluye que, en caso de autorizarse la posibilidad de que alguno de los incumbentes se adjudique la licitación, debiera considerarse mantener la restricción establecida en el Dictamen N° 1.209 (40%), o al menos la establecida en el Informe N° 11/2014 (60%). De lo contrario, para la FNE, los riesgos de ocurrencia de conductas explotativas o exclusorias necesariamente aumentarían, en el contexto de un duopolio en que cada uno de los actores –a su vez– es controlado por empresas que tienen participación relevante en otros eslabones del transporte marítimo.

219. Camport por su parte coincide con los planteamientos de EPAN, en particular, respecto de las condiciones de mercado que no justificarían imponer restricciones, y enfatizando también que ellas podrían reducir el potencial interés por participar en la licitación ya que, potenciales interesados, podrían desarrollar un terminal privado con costos razonables, sin asumir obligaciones de servicio público aplicable a los terminales estatales. Agrega que los informes recientes han establecido nuevos resguardos –conductuales– en la provisión de servicios portuarios tendientes a evitar actos discriminatorios, en particular, en lo relativo a las tarifas aplicables. Por último, indica que la secuencia del proceso de carga o descarga, el de almacenamiento y la distribución de áreas, está dirigido y controlado por software altamente especializados, lo que hace muy difícil que puedan ser alterados para perjudicar a un determinado usuario en desmedro de otros.

220. El MTT, por su parte, señala que la solicitud de EPAN no se encuentra justificada, debiendo, mantenerse las limitaciones existentes a fin de resguardar al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conjunto de la cadena logística de eventuales conductas abusivas derivadas de una posición dominante en la prestación de los servicios.

221. Por último, ATI está de acuerdo en mantener como aplicables a esta licitación las condiciones establecidas en el Informe N° 11/2014, bajo las modificaciones propuestas por EPAN, incluyendo la modificación de la definición de usuario relevante.

(ii) Opinión del Tribunal

222. 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 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, “*Double Marginalization and Vertical Integration: New Lessons from Extensions of the Classic Case*” Southern Economic Journal, vol. 62, no. 3, Southern Economic Association, 1996, pp. 567–84).

223. 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

elemento central que se debe dilucidar es si la entidad integrada 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).

224. En el caso de la industria naviera, los riesgos de la integración vertical han sido latamente descritos en anteriores informes. En suma, ellos dicen relación, fundamentalmente, con la posibilidad de 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).

225. 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 de este, 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. A este respecto, como se indicó en la sección sobre condiciones de competencia en los mercados relevantes, EPAN cuenta con cuotas de mercado muy bajas en comparación con los demás actores de los mercados relevantes, por lo que se descartó una eventual posición de dominio del futuro Concesionario (ver párrafo 64).

226. 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.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

227. 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 los mercados relevantes en los que incide el presente Informe para determinar si la firma integrada verticalmente 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 que se presenten a la licitación.

228. 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 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.

229. Respecto de este punto es posible sostener que el Frente de Atraque N° 1 enfrenta suficiente presión competitiva en la provisión de servicios básicos. En efecto, en base a los antecedentes que constan en autos, se determinó que: (i) el Frente de Atraque N° 1 es el frente de menor envergadura en los mercados de provisión de servicios básicos en que participa, representando una parte marginal de la carga transferida en dichos mercados, enfrentando presión competitiva de parte de todos los demás terminales que participan en la transferencia de cada tipo de carga; (ii) en comparación con los análisis realizados para otros puertos, a pesar de existir factores que podrían retrasar la entrada de nuevos operadores, en el presente caso las condiciones de ingreso son más favorables dada la existencia de bahías abrigadas en la región y que la infraestructura necesaria para movilizar graneles (principal tipo de carga que transferirá el nuevo Concesionario) no requeriría de inversiones y plazos elevados; y (iii) no existen antecedentes que permitan concluir que los terminales que participan en los mercados relevantes estén enfrentando restricciones de capacidad, o que se proyecte un incremento significativo de demanda a nivel de generar congestión. Respecto de este último punto, la única información aportada en autos indica que en los últimos años la tasa de ocupación anual del frente de atraque operado por ATI se habría encontrado bajo 60%, y, por tanto, no estaría enfrentando congestión.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

230. Es más, incluso si existiera información que demostrase que los competidores del Frente N° 1 poseen capacidad ociosa, se podría concluir que el futuro Concesionario no tendría incentivos a ofrecer condiciones poco favorables o discriminatorias a algunos de sus clientes. Lo anterior ya que el Frente N° 1 posee actualmente capacidad ociosa –de acuerdo con lo señalado por la FNE, la tasa de ocupación promedio de EPAN sería de [5%-10%], llegando a un valor máximo de [20%-30%] (folio 102, p. 20)–, por lo que el futuro Concesionario tendrá incentivos para incrementar las toneladas movilizadas y no disminuirlas.

231. En suma, los antecedentes analizados muestran que el Concesionario no tendría la capacidad de ejecutar conductas exclusorias en los mercados relevantes definidos en autos.

232. A su vez, cabe tener presente que establecer condiciones poco favorables o discriminatorias a algunos clientes se encuentra estrictamente prohibido según los resguardos conductuales establecidos en las Bases de Licitación.

233. Finalmente, atendidas las condiciones de competencia expuestas, no es necesario analizar la existencia de posibles eficiencias generadas por una eventual integración vertical, por cuanto es poco probable que el futuro Concesionario del Frente N° 1 tenga capacidad de ejecutar conductas exclusorias de carácter anticompetitivas en contra de potenciales competidores aguas abajo.

234. En vista de las condiciones previamente analizadas, se acogerá la solicitud planteada por EPAN y no se impondrán reglas de restricción a la integración vertical por no constar en el expediente elementos que lo justifiquen en lo que concierne al proceso de licitación de la concesión bajo análisis.

(iii) Integración Horizontal

(a.55.1.a.i) Opinión de los Intervinientes

235. EPAN solicita al Tribunal que, respecto al establecimiento de una restricción a la integración horizontal se siga el mecanismo autorizado para la primera licitación del Frente de Atrache N° 1, en el Informe N° 11/2014, donde se permitió la participación de actores incumbentes en los mercados relevantes, pero dándole un derecho preferente a los entrantes conforme se indica en el mecanismo de adjudicación antes descrito.

236. Respecto de este mecanismo, la Fiscalía indica que no se dan en la especie los presupuestos para permitir una excepción a la regla de integración horizontal, puesto que no se ha justificado fundadamente que se produciría un detrimento en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las condiciones de competencia que sólo podría ser subsanado mediante la adjudicación oportuna a un incumbente como se argumentó en el Informe N° 11/2014. Agrega que si es un incumbente el que resulta adjudicatario de la concesión del Frente N° 1, la estructura de mercado quedaría consolidada en un duopolio en la zona. Concluye que, de aceptarse el mecanismo de participación de incumbentes se generarían: (i) riesgos de inhibir la participación de nuevos entrantes en la licitación; (ii) riesgo de un potencial retraso de inversiones obligatorias y aquellas voluntarias, en caso de prosperar un incumbente en la licitación, incentivos que no tendría un actor independiente; y (iii) riesgos de conductas explotativas y exclusorias en un mercado altamente concentrado y con barreras a la entrada oportuna, además de riesgos de arbitraje regulatorio y subsidios cruzados, dado que se tratará de terminales portuarios con regulaciones asimétricas.

237. En la misma línea que la FNE, el MTT señala que no se han acreditado economías de escala asociadas a la integración horizontal, debiendo analizarse el potencial riesgo de que los incumbentes tengan una mayor disposición a hacer una oferta conveniente, limitando la competencia *ex ante* y bloqueando la entrada de nuevos actores al mercado (folio 95, p. 11).

238. Campport, por su parte, coincide con EPAN, enfatizando que esta y sus concesionarios no son dominantes y, por el contrario, enfrentan competencia de puertos privados de uso público que están integrados horizontalmente y que tienen sobre el 80% de participación respecto del total de carga movilizada por puertos de uso público de la región (folio. 90, p. 12). Incluso, Campport va más allá e indica que la intensa competencia no justifica el establecimiento de preferencias a los entrantes.

(ii) Opinión del Tribunal

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

240. A juicio de este Tribunal, el mecanismo de adjudicación propuesto por EPAN que habilita la integración horizontal del Concesionario solo de forma excepcional, es una opción que se justifica a partir de los antecedentes de este proceso, además de que su implementación es factible, atendido especialmente las razones que se indican en los siguientes párrafos.

241. En primer lugar, por cuanto el plazo de duración de la concesión (hasta el 28 de febrero de 2033) es corto en relación con el máximo de años que permite el legislador, y sin posibilidad de renovación.

242. En segundo lugar, porque si bien un escenario en el que sea un incumbente el adjudicatario es, desde la perspectiva de la competencia, menos conveniente que uno en el que el adjudicatario es un entrante, es aún menos conveniente el escenario en que la licitación sea declarada desierta.

243. Por último, cabe reiterar que el Frente de Atraque N° 1 transfiere 0,6% de la carga total transferida en los mercados relevantes, menos del 4% de la carga transferida por ATI y menos del 1% de la carga transferida por los terminales relacionados al grupo Ultramar.

244. Atendido lo anterior, en el presente caso el Tribunal autoriza el uso del mecanismo de adjudicación contemplado en la Solicitud y en las Bases de Licitación, descrito en los párrafos 96 a 103 anteriores. En consecuencia, se considerará “Un Proceso con Dos Universos de Propuestas” conforme con el cual las ofertas de los incumbentes (Titulares) deben presentarse con antelación a las ofertas de Entrantes. Todas las ofertas competirán entre sí, resultando adjudicado aquel que –habiendo presentado una oferta técnicamente admisible– oferte el menor índice de tarifas por los servicios básicos. No obstante, en caso de que la mejor oferta corresponda a un Titular, se proporcionará al mejor de los oferentes del grupo de Entrantes un término prudente para manifestar si está o no dispuesto a igualar el menor índice de tarifas ofertado por el Titular. Si lo iguala, el Entrante se adjudica la concesión. Si no lo iguala, o nada expresa dentro del término preestablecido, el Titular que hubiere ofrecido el menor índice de tarifas se adjudicará la concesión.

245. Asimismo, las siguientes reglas deberán cumplirse para la participación de los proponentes:

- i. En el evento de que la licitación sea adjudicada a un Titular (incumbente) conforme a las condiciones precedentes, los demás incumbentes no podrán

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acceder a la propiedad o el control de la concesión del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Antofagasta por una vía distinta a la licitación materia de este Informe.

- ii. Si el adjudicatario es Titular, este no podrá, en caso alguno, transferir todo o parte de la concesión o integrarse, directa o indirectamente, con alguno de los otros operadores portuarios de la región, sin autorización previa de este Tribunal.
- iii. Adicionalmente, en caso de que la licitación sea adjudicada a un Titular, EPAN deberá informar cada dos años a la Fiscalía Nacional Económica respecto del cumplimiento del cronograma de inversiones comprometido por el adjudicatario, a efectos de que la misma pueda ejercer las acciones por infracción a las normas de defensa de la libre competencia que estime pertinentes. Lo anterior, sin perjuicio de la acción infraccional de quienes tengan interés legítimo.
- iv. La participación de los incumbentes no podrá realizarse de forma conjunta, es decir, a través de consorcios o alianzas intergrupo.
- v. Las sociedades concesionarias u operadoras de frentes de atraque de uso público en la Región de Antofagasta, sus controladores y accionistas que tengan el derecho a nombrar en ellas al menos a un director, no podrán participar conjuntamente, bajo ningún mecanismo, en la sociedad que se adjudique la licitación, conforme se establece en la Sección II.1. de las Bases.

246. A su vez, y con el objeto de evitar el riesgo de un potencial retraso de inversiones obligatorias y aquellas voluntarias, levantado por la FNE conforme se indica en el párrafo 236, se exigirá al Concesionario, siempre que en su propiedad o administración participe de cualquier forma un incumbente (Titular), 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, podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores que se constituya de conformidad con dicho artículo.

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

De conformidad con lo expuesto, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1º, 18 N° 5, 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; 100 de la Ley N° 18.045 de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 22 por la Empresa Portuaria de Antofagasta, fijando las siguientes condiciones a que deberá sujetarse la licitación del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Antofagasta, las que deberán incorporarse a las respectivas Bases y al Contrato de Concesión:

1.i.l. Resguardos de la competencia en la licitación:

a.55.1.a.i.ii.1) Las Bases de Licitación Definitivas deberán establecer con claridad y objetividad los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, así como 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 que se indica más adelante, tal como se observa en el borrador de las Bases.

a.55.1.a.i.ii.2) EPAN deberá eliminar del punto II.8 de las Bases la sección en que se indica que, de persistir el empate (sea entre Titulares o Entrantes), la adjudicación se resolverá por sorteo entre los oferentes empatados. En su lugar, deberá aplicarse el mecanismo de desempate según lo dispuesto en el párrafo 108.

a.55.1.a.i.ii.3) La Licitación deberá adjudicarse al postulante que ofrezca el menor Índice Tarifario, siguiéndose el mecanismo de adjudicación que comprende “Un Proceso con Dos Universos de Propuestas” propuesto en las Bases y descrito en la Sección 10.3 del presente Informe. Por su parte, en caso de que el Mejor Entrante opte por igualar la oferta del Mejor Titular, no deberá igualar necesariamente cada una de las tarifas, sino el valor final que resulte de la aplicación de estas conforme se estableció en el párrafo 109 de este Informe.

a.55.1.a.i.ii.4) EPAN 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.

a.55.1.a.i.ii.5) EPAN deberá incluir dentro del Índice de Adjudicación todas las tarifas de los servicios básicos que provea, desagregando, respecto de la carga a granel, entre aquellos subtipos de carga cuyas características en cuanto a su transporte, acopio o transferencia, hagan necesaria tal diferenciación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Adicionalmente, respecto de los ponderadores que EPAN ya propone en sus Bases, se sugiere que se realice una revisión de estos con el objetivo de que guarden relación con lo señalado en el párrafo 93 de este Informe.

a.55.1.a.i.ii.6) Por concepto de Canon Anual, EPAN podrá cobrar al Concesionario el Canon Anual Fijo y el Canon Anual Variable. Respecto del Canon Anual Fijo, su valor mínimo debe quedar establecido en las Bases y tener relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión. Para ello, específicamente para el cálculo del valor de los activos, se ordena que el mismo se haga 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). En relación con el Canon Anual Variable, EPAN deberá estarse a lo señalado en el párrafo 125.

a.55.1.a.i.ii.7) Los demás pagos que el Concesionario deba efectuar a EPAN deberán estar justificados y determinados en las Bases de Licitación Definitivas de acuerdo con lo señalado en el párrafo 129.

a.55.1.a.i.ii.8) En relación con las obras y mejoras que realice el Concesionario en ejecución de las inversiones obligatorias, EPAN deberá modificar la Sección V.7 de las Bases de Licitación, eliminando la frase que señala que dicha empresa 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.

a.55.1.a.i.ii.9) EPAN 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.

a.55.1.a.i.ii.10) En relación con las exigencias en materia de plazos en el proceso de licitación, EPAN deberá considerar un período de posibles visitas a terreno, si es que fuera necesario, en las Bases de Licitación Definitivas.

a.55.1.a.i.ii.11) En relación con el régimen de sanciones y multas, EPAN deberá eliminar de las Bases de Licitación Definitivas la exigencia que obliga al Concesionario a pagar la multa establecida, previo a su reclamación, conforme se analizó en el párrafo 166.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a.55.1.a.i.ii.12) Por último, las disposiciones de las Bases de Licitación Definitivas relativas a la reconstrucción y reparación de los frentes de atraque por fuerza mayor deben estar en línea con el artículo 15 del Reglamento.

1.i.II. Resguardos en la provisión de servicios portuarios

a.55.1.a.i.ii.13) 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 Antofagasta, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro).

a.55.1.a.i.ii.14) El Concesionario estará obligado, por las Bases de Licitación Definitivas y por el Contrato de Concesión, a observar las instrucciones que le imparta EPAN y que tengan por fin evitar o poner término a actos de discriminación. EPAN actuará de oficio o a petición de cualquier interesado que alegue actos de discriminación del Concesionario.

a.55.1.a.i.ii.15) 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.

a.55.1.a.i.ii.16) Los servicios básicos cuyas tarifas se encuentran reguladas a través del Índice Tarifario son solamente aquellos incluidos en el Índice de Adjudicación. La incorporación de nuevos servicios básicos deberá hacerse de conformidad con las reglas que regulan la modificación del Contrato de Concesión establecidas en este Informe.

a.55.1.a.i.ii.17) El Concesionario no podrá cobrar, por los servicios definidos como básicos en este Informe, tarifas o índices máximos de tarifas que superen aquellos a los que se obligó en el proceso de licitación, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de tarifas que Empresa Portuaria de Antofagasta determine.

a.55.1.a.i.ii.18) Respecto de la posibilidad que el Concesionario establezca el pago de premios por servicios expeditos u otorgue descuentos, es necesario incorporar una cláusula en las Bases de Licitación Definitivas en los términos expuestos en el párrafo 184.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a.55.1.a.i.ii.19) Las tarifas que el Concesionario determine deberán ser registradas ante EPAN, con a lo menos 30 días corridos de anticipación a su entrada en vigor y, además, tendrán un plazo mínimo de vigencia de 60 días.

a.55.1.a.i.ii.20) EPAN deberá establecer en las Bases de Licitación Definitivas o en el Contrato de Concesión algún estándar de calidad mínimo que deba cumplir el Concesionario. Asimismo, 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.

a.55.1.a.i.ii.21) En caso de que el Concesionario se encuentre integrado verticalmente, EPAN deberá exigir en sus Bases de Licitación Definitivas que dicho Concesionario de cumplimiento a las obligaciones que establece el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046.

a.55.1.a.i.ii.22) En lo que respecta al mecanismo de modificación del Contrato de Concesión, las Bases de Licitación Definitivas deberán seguir lo dispuesto en el párrafo 206. De esta forma las modificaciones del Contrato de Concesión estarán sujetas a las siguientes reglas:

- i. EPAN 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.
- ii. Para modificar el Contrato de Concesión en aquellas materias relacionadas con la estructura tarifaria y pagos del Concesionario a EPAN, será necesario que (i) hubieren transcurrido a lo menos tres años desde que haya entrado en operaciones el Frente de Ataque N° 1 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 el frente de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión.
- iii. Para modificar otras materias del Contrato de Concesión será necesario que: (i) hubieren transcurrido a lo menos tres años desde que haya entrado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en operaciones el Frente de ataque N° 1 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.

1.i.III. Resguardos estructurales.

a.55.1.a.i.ii.23) De conformidad con lo señalado en este Informe, respecto de los usuarios relevantes del Puerto de Antofagasta, no se fija límite a la integración vertical con el Concesionario del Recinto Portuario, pudiendo llegar hasta el 100%.

a.55.1.a.i.ii.24) En lo que respecta a los resguardos a la integración horizontal, las Bases de Licitación Definitivas deberán establecer como mecanismo de adjudicación aquel contemplado en su Solicitud, autorizado en el presente Informe. De esta forma, se permitirá la participación de incumbentes (Titulares) a través de un “Proceso con Dos Universos de Propuestas”, sin perjuicio que, de existir ofertas de Entrantes, se proporcionará al mejor de los oferentes de este grupo el derecho de igualar el menor índice de tarifas ofertado por el Titular. Si lo iguala, el Entrante se adjudica la concesión. Si no lo iguala, o nada expresa dentro del término preestablecido, el Titular que hubiere ofrecido el menor índice de tarifas se adjudicará la concesión. En este caso deberán cumplirse las reglas establecidas en el párrafo 245.

a.55.1.a.i.ii.25) A su vez, EPAN deberá exigir en sus Bases de Licitación Definitivas para el caso que en la propiedad o administración del Concesionario participe de cualquier forma un incumbente (Titular), que dicho Concesionario de 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, podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores que se constituya de conformidad con dicho artículo.

Se **PREVIENE** que los Ministros Sr. Paredes y Sr. García estuvieron por ajustar el mecanismo de adjudicación aceptado en este Informe de acuerdo con lo que se describe a continuación, en términos más generales a los que son pertinentes al caso de EPAN.

a.i.1. En el contexto de la licitación y en particular, del período relativamente breve que durará la misma, maximizar la probabilidad de que la licitación no sea declarada desierta es consistente con el propósito de favorecer la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia, sin que se comprometa el desempeño futuro de la industria. Esto es, incluso si el adjudicatario de la concesión llegara a ser un incumbente cuya participación es sustancialmente mayor a la de otros (superdominante), ello representaría un avance en relación con el escenario en que la licitación se declarase desierta, por cuanto las inversiones definidas como obligatorias solo estarán garantizadas si la licitación tiene éxito.

a.i.2. Sin perjuicio de lo anterior, y reiterando que son preferibles distintos escenarios por sobre que se declare desierta la licitación, no cualquier escenario es indiferente para el cumplimiento de este propósito. Esto es, así como resulta preferible desde la perspectiva de la competencia que ingrese un nuevo operador a que sea un incumbente, también es preferible que de ser el adjudicatario un incumbente, este sea uno de relativamente baja participación en lugar de otro superdominante.

a.i.3. Para conciliar que, a igualdad de condiciones, el diseño de bases de licitación privilegie a entrantes, luego a eventuales incumbentes no superdominantes, y como última posibilidad a alguno que pudiera calificar como superdominante –todas estas posibilidades por sobre declarar desierta la concesión–, ello se lograría modificando marginalmente el esquema de adjudicación al sugerido en este Informe, de acuerdo con las siguientes condiciones:

- i. Si el menor Índice Ofertado es inferior al I_{max} , y corresponde a la oferta de un Entrante, este será el adjudicatario de la concesión.
- ii. Si el menor Índice Ofertado es inferior al I_{max} y corresponde al presentado por un Titular cuya participación proyectada en las toneladas transferidas en el mercado relevante con la adjudicación fuera inferior a 50%, se le conferirá a aquel Entrante que haya presentado el menor Índice Ofertado, el derecho a igualar la oferta del Titular. En caso de que no haya Entrantes o que, habiendo, no ejerza dicho derecho, el Titular será el adjudicatario de la concesión. Si el Entrante a quien se le entrega el derecho de igualar la oferta del Titular la iguala, será este Entrante el adjudicatario.
- iii. Si el menor Índice Ofertado es inferior al I_{max} y corresponde al presentado por un Titular cuya participación proyectada en las toneladas transferidas en el mercado relevante es igual o superior a 50%, se le conferirá al Entrante que haya presentado el menor Índice Ofertado el derecho a igualar la oferta del Titular, y lo mismo se hará con el Titular elegible que haya

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

presentado la segunda mejor oferta. En caso de que el eventual Entrante ejerza la opción, este será el adjudicatario. En caso de que solo el segundo mejor Titular ejerza la opción, este último será el adjudicatario. Si ninguno de los dos ejerciera la opción, el Titular que hizo la menor oferta será el adjudicatario.

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° 480-20.

Emitido por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa y Sr. Pablo García González. Autoriza la Sra. María José Poblete Gómez, Secretaria Abogada. No firma el Ministro Barahona pese a haber concurrido al acuerdo, por estar haciendo uso de su feriado legal.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Pablo García González. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez



838302FD-840B-4E07-A108-D38649CF07C3

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.