

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

INFORME N° 23/2022

Santiago, treinta de marzo de dos mil veintidós.

PROCEDIMIENTO: No contencioso

ROL: NC N° 469-20

SOLICITANTE: Empresa Portuaria Puerto Montt

OBJETO: Emitir un informe que fije las condiciones de competencia que regulará la licitación bajo un esquema monooperador sobre los frentes de atraque que indica del Recinto Portuario de Puerto Montt.

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. **MERCADO RELEVANTE**
 - 7. **CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE**
 - 8. **RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN**
 - 9. **RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS**
 - 10. **RESGUARDOS ESTRUCTURALES**
- III) **CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL**

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

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES

1.1. Solicitante:

- Empresa Portuaria Puerto Montt (en adelante, “Empormontt” o la “Solicitante”).

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 N° 1 del Decreto Ley N° 211 (en adelante, “D.L. N° 211”), y dentro del plazo establecido en la resolución de folio 9, prorrogado a folio 60, aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de informe de autos (en adelante, también, la “Solicitud”) las siguientes entidades:

- Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones
- Sistema de Empresas – SEP
- Agencias Universales S.A.
- Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G.
- Servicios Portuarios Reloncaví Limitada
- Empresas Oxxean S.A.
- Fiscalía Nacional Económica

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

2.1. A folio 7, Empormontt solicitó a este Tribunal que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en 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 bajo un esquema monooperador del Muelle Comercial y el Terminal de Transbordadores del Recinto Portuario de Puerto Montt; el Recinto Portuario Panitao y el Recinto Extraportuario. Para ello, acompaña el borrador de las Bases de Licitación y sus anexos, objeto de esta Solicitud y que constan a folio 4 (“borrador de las Bases”).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.2. En cuanto a la exigibilidad del informe, la Solicitante indica que en la Región de Los Lagos (“Región de Los Lagos”) no existe otro frente de atraque estatal, por lo que concurren los supuestos de los artículos 14 y 23 de la Ley de Puertos.

2.3. A continuación, Empormontt da cuenta de los bienes inmuebles del Puerto de Puerto Montt que se licitarán, de los cuales excluye las oficinas de la empresa portuaria. Estos recintos pueden observarse en la figura a continuación.

FIGURA N°1: EMPLAZAMIENTO DE LOS RECINTOS PORTUARIOS
Y DEL RECINTO EXTRAPORTUARIO



Fuente: Solicitud de Informe (folio 7, p. 5)

2.4. En primer lugar, se refiere al Recinto Portuario del Puerto de Puerto Montt (“Recinto Portuario”), el que se ubica en el área noreste del Canal de Tenglo, Seno de Relocaví y tiene una dimensión de 38,3 hectáreas. Dentro de este recinto portuario operan el Muelle Comercial y el Terminal de Transbordadores.

2.5. El Muelle Comercial corresponde a un frente de atraque multipropósito que atiende naves de carga y pasajeros o cruceros. Se divide en Sitio N° 1, que tiene una longitud de 230,4 metros y una eslora máxima de 230 metros, y el Sitio N° 2, que tiene una longitud de 155,7 metros y una eslora máxima de 145 metros. Se le reconocido como Zona Primaria o Primera Zona. Asimismo, el Terminal de Transbordadores se encuentra compuesto por cinco rampas de concreto, y está orientada a cumplir su rol social de apoyo a la integración del territorio austral chileno y atiende transporte por medio de naves *Roll-on-Roll-off* (“naves Ro-Ro”), esto es, aquellas que sus cargas son porteadas al interior de las naves en los respectivos vehículos, y que se embarcan/desembarcan en forma autónoma o utilizando tracción externa o propia, y que da origen a la denominación “carga Ro-Ro”.

2.6. Además, señala que tanto el Muelle Comercial como el Terminal de Transbordadores cuentan con efectivas áreas de respaldo. Respecto de su capacidad de transferencia, Empormontt la ilustra con la siguiente tabla.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FRENTE DE ATRAQUE	TIPO DE CARGA	CAPACIDAD BASE	
		Dedicada	Ajustada
Muelle Comercial	Contenedor	1.583.999	1.889
	Granel	5.296.094	439.143
	Mixta	1.092.453	1.000.566
	Total Muelle Comercial (ton)		1.441.598
Terminal Transbordadores	Rodados	737.035	566.950 ²⁴
TOTAL	Contenedor	1.583.999	1.889
	Granel	5.296.094	439.143
	Mixta	1.092.453	1.000.566
	Rodados	737.035	566.950
	Total (ton)		2.008.548

Fuente: Solicitud de Informe (folio 7, p. 8)

2.7. En segundo lugar, se refiere a la Destinación Marítima o el Recinto Portuario Panitao (“Panitao”), ubicado a 14 kilómetros en dirección suroriente del Recinto Portuario en el cual la totalidad de áreas terrestres y marítimas son bienes de uso público bajo la administración de Empormontt. La Solicitante señala que Panitao es una reserva destinada al desarrollo portuario, pero, actualmente, no tiene infraestructura ni equipamiento y solo presta el servicio de uso de área marítima. Respecto de este recinto, Empormontt propone que el Concesionario tenga la opción de ejecutar el proyecto referencial o uno alternativo dentro de un plazo de ocho años, según se indica en el punto 3.5.3 del borrador de las Bases.

2.8. En tercer lugar, se hace referencia al Extrapuerto de Puerto Montt o Recinto Extraportuario (“Recinto Extraportuario”) ubicado en costado sur de la Ruta 5 Sur, que tiene una dimensión de 8,35 hectáreas, cuatro de las cuales están dispuestas como apoyo logístico de recepción, acopio descubierto, servicios y oficina. Empormontt señala que será obligación del futuro Concesionario habilitar esta área para la realización de actividades portuarias, de antepuerto y extraportuarias, contemplando una Zona de Inspección y Depósito Aduanero.

2.9. A continuación, Empormontt se refiere a las características de los puertos de la Región de los Lagos, que se listan a continuación:

- a. Puerto de Puerto Montt (que considera el Recinto Portuario): estatal y de uso público. Este puerto transfiere carga fraccionada, granel sólido y transporte conectividad de carga y pasajeros.
- b. Puerto San José de Calbuco (“Calbuco”): es privado de uso público, operado por Cabo Froward, vinculada con Agunsa. Transfiere granel sólido y líquido y carga general regional.
- c. Puerto Chincui de Empresas Oxxean S.A. (“Chincui”): privado de uso público. Transfiere carga general regional.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- d. Muelle Skretting: privado de uso público. Transfiere alimentos de salmón a nivel regional.
- e. Puerto Castro: estatal de uso público. Transfiere carga general regional (industria del salmón) y atención de cruceros.
- f. Muelle Servicios Portuarios Quellón (Agunsa): privado de uso público. Es multipropósito destinado a ofrecer servicios especialmente para carga regional.
- g. Terminal Punta Caullahuapi: privado de uso público. Es multipropósito: carga granel, general, contenedores, carga de proyectos, acero, fraccionada, alimentos, troncos y astillas, entre otras.
- h. Terminal Detroit: privado de uso público. Transfiere alimentos de salmón a nivel regional.
- i. Terminal Fundación Chiquihue: privado de uso público. Transfiere carga general regional (industria del salmón).
- j. Terminales Skorprios y Transmarko: privados de uso público. Carga general regional (industria del salmón) y cruceros nacionales.

2.10. Empormontt se refiere a la rivalidad competitiva entre los tres puertos mayores de la Región de Los Lagos: Puerto de Puerto Montt, Calbuco y Chincui. Al respecto, señala que el Puerto de Puerto Montt presta diversos servicios y compite con puertos privados que actúan con ventajas por asimetría regulatoria a favor de éstos últimos, pues tienen mayor libertad y flexibilidad, y en particular, no están afectados al cumplimiento de deberes de información de sus operaciones y de tarifas. Esto último, además, limita las estadísticas para analizar la intensidad de la rivalidad competitiva entre los terminales regionales y de la correspondiente área de influencia, por tanto, con la información considerada para su solicitud, Empormontt sostiene que se puede concluir de forma indirecta dicha rivalidad. Adicionalmente, Empormontt afirma que los datos obtenidos tampoco dan cuenta de la real dinámica competitiva que se confirma entre los actores, pues omiten variables como la especialización y los segmentos del mercado en los cuales participan de forma individual, como también con sus empresas relacionadas.

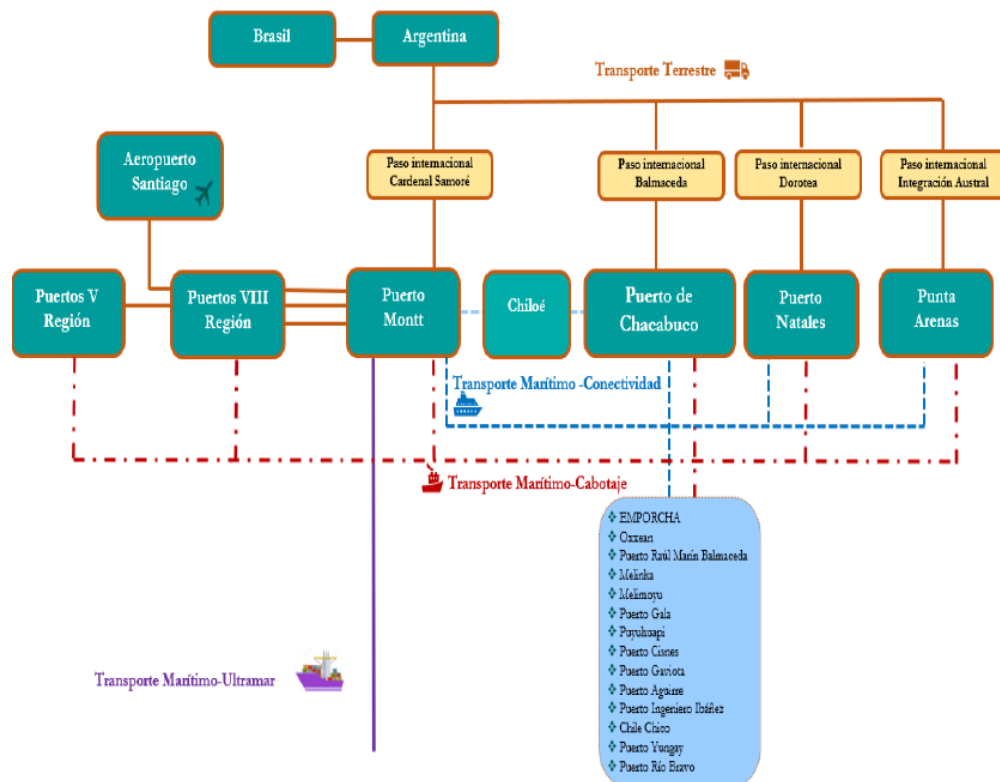
2.11. Afirma que, en los datos de toneladas transferidas en los principales puertos de la región, la posición del Puerto de Puerto de Montt está sobreestimada y, por otro lado, subestimada la participación de Chincui, pues se omiten las transferencias realizadas en los Terminales Oxxean, cargas que corresponden a los servicios prestados a transbordadores y a la industria acuícola. Ahora bien, con la anterior reserva, indica que las transferencias agregadas efectuadas en el mercado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relevante por los principales puertos de la Región de Los Lagos el año 2018 fueron un 65,9% para Calbuco; un 22,7% de Puerto Montt (incluyendo el Puerto de Castro) y 9,6% de Chincui.

2.12. Concluye que Calbuco es el actor dominante en el mercado, con dos actores de menor importancia, aunque la importancia relativa del Puerto de Puerto Montt sería el doble que el de Chincui.

2.13. Siguiendo su Solicitud, Empormontt presenta la siguiente figura, destacando las interrelaciones existentes entre los puertos regionales y su área de influencia.



Fuente: Solicitud de Informe (folio 7, p. 13)

2.14. Luego revisa en detalle el marco regulatorio de la licitación en cuestión, distinguiendo tres fases de licitaciones conocidas por los órganos de competencia. Revisa también el contenido del Informe N° 9/2013 de este Tribunal (“Informe N° 9/2013”) referido a la licitación pública para la concesión portuaria -bajo un esquema monopropietario- del frente de atraque denominado Muelle Comercial (compuesto por los sitios N° 1 y 2) y de dos frentes de atraque proyectados en Panitao, a ser construidos por el Concesionario, cuya licitación fue decretada desierta por falta de proponentes.

2.15. Respecto del mercado relevante del producto, Empormontt recurre al fijado en el Informe N° 9/2013, que corresponde a “servicios básicos prestados en los puertos que pod[ían] atender a la nave de diseño del frente de atraque que se concesion[aba]”. Luego indica que hasta antes del Informe N° 9/2013, se considera dentro del mercado relevante del producto aquellos frentes de atraque que potencialmente podían atender la nave de diseño. Así, en Informe N° 18/2020, en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

donde también se considera el poder disciplinador (con algún grado de sustitución imperfecta) de puertos que atienden naves de menor tamaño.

2.16. Al respecto, la Solicitante coincide con la definición de mercado relevante del producto señalado por el Tribunal, pero los desglosa en los siguientes:

- a. transferencia de carga, principalmente fertilizantes, sal, cemento, *smolt*, harinas de pescado y de vegetales, excluyendo a los chip o astillas, ya que las naves que lo transportan no pueden ingresar a Empormontt por condiciones estructurales de tamaño;
- b. manipulación de carga de cabotaje, en especial coordinación con el Puerto de Chacabuco;
- c. transporte de personas a nivel regional, permitiendo la conexión de Puerto Montt con Chaitén, Chacabuco, Puerto Natales y Punta Arenas;
- d. atención de naves vinculadas a movimientos relacionados con la pesca y acuicultura;
- e. atención de cruceros; y
- f. atención de transbordadores.

2.17. Respecto del mercado relevante geográfico, sostiene que en el Informe N° 9/2013 se explicitó que el análisis geográfico no debía restringirse a la región. Atendido ello, en dicho informe se consideró como áreas de influencia, además de la Región de Los Lagos, la Región del Bío-Bío, la Región de Los Ríos y la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo (“Región de Aysén”), sin perjuicio que la Solicitante concluyó que no eran buenos sustitutos, ya sea por distancia, por el tipo de nave que se atiende o por tipo de carga.

2.18. Empormontt concluye que el mercado relevante geográfico corresponde a la Región de Los Lagos. Relativiza las regiones anteriormente señaladas como áreas de influencia por las siguientes razones: (i) distancia terrestre entre los puertos; (ii) Puerto de Corral (Región de Los Ríos) atiende naves *panamax* y transferencias de astillas, las que no pueden atracar en Puerto Montt por tamaño y tampoco puede recibir carga de hidrocarburos y astillas; (iii) Región del Bío-Bío atiende naves *panamax* y *postpanamax*, además de portacontenedores los que, por tamaño, no pueden usar el Puerto de Puerto Montt; y (iv) el Puerto de Chacabuco tiene una tarea complementaria, esto es, no es competidor al atender conectividad de pasajeros en barcasas o carga general para industria del salmón solo para los centros de cultivo de la región.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.19. En cuanto a la participación de mercado, señala que el 80% de la carga transferida en el mercado relevante se compone de: (i) hidrocarburos; (ii) clinker; y (iii) astillas. Por su parte, el otro 20% se compone, principalmente, de servicios a la industria acuícola, donde compiten Empormontt, los frentes del Grupo Oxxean (Chincui y Caullahuapi) y otras cinco empresas (Muelle Skretting, Terminal Detroit, Termina Fundación Chinquihue, Terminal Transmarko y Servicios Portuarios Quellón). Añade que, si bien se ha sostenido que Calbuco tiene la mayor participación en carga agregada transferida, no existe rivalidad competitiva con las cargas que transfiere el Puerto de Puerto Montt, pues Calbuco transfiere astillas, clinker o hidrocarburos que no pueden ser transferidos por el Puerto de Puerto Montt por razones ambientales, como también, por exportarse en buques que no entran por exceder las características de las naves de diseño.

2.20. En cuanto a la proyección de la demanda, Empormontt presenta proyecciones en tres escenarios distintos: (i) conservador, con crecimiento a largo plazo de 2% anual; (ii) optimista, con un 3%; y, (iii) un escenario pesimista con un 1%. También indica que en el escenario de demanda optimista la actual capacidad se coparía en 2040.

2.21. Respecto de la nave de diseño, menciona que se contemplan en la licitación tres tipos de nave de diseño con esloras de hasta 230 metros. Mientras que en el Informe N° 9/2013 se calificaron como *panamax*.

2.22. En cuanto al proyecto a licitar, Empormontt describe los proyectos obligatorios de inversión ("POI") que se deben realizar en cada recinto que se concesiona, salvo Panitao (Proyecto referencial contemplado en Anexo XIV). En ellos se considera que en el Muelle Comercial del Recinto Portuario se contempla la construcción de un muelle de pasajeros y de un terminal de pasajeros, mientras que en el Terminal de Transbordadores se construirá una rampa continua o una de niveles, que se ubicará paralela la Canal de Tenglo. Por su parte, en el Recinto Extraportuario se contempla la construcción de un almacén extraportuario.

2.23. En cuanto a las reglas sometidas al Informe, Empormontt solicita la consolidación de reglas del Dictamen N° 1045/1998 de la Comisión Preventiva Central ("Dictamen N° 1045"), del Informe N° 9/2013 y del Informe N° 18/2020, según se indica a continuación.

2.24. Así, respecto de la integración vertical, Empormontt solicita que ésta se permita hasta un 80%. Atendido que: (i) las reglas contenidas en Dictamen N° 1045, se fijaron en un contexto sin historia ni mercado y que hoy estaríamos en un escenario completamente distinto; (ii) la restricción a la integración vertical es

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

creación jurisprudencial y no legal; (iii) en el Informe N° 18/2020 equivocadamente se solicitó evidencia empírica de los beneficios de la integración vertical. Respecto de este último punto, señala que debería aplicar el principio de realidad, pues no se cuentan con medios probatorios y que, en cuanto a la insuficiencia o ineficacia de los resguardos conductuales, señala que se han aumentado las facultades de fiscalización. Añade, que con dicha exigencia se estaría invirtiendo la regla general sobre restricciones a las actividades económicas, siendo las empresas portuarias las que tienen que probar que la integración vertical es beneficiosa, atentando con el principio de normalidad. Así, indica que las restricciones a la integración vertical deberían considerarse de *ultima ratio*. Finaliza indicando que tampoco ha habido resultados en la investigación de la FNE sobre puertos, salvo el caso de Antofagasta Terminal Internacional S.A. (ATI), donde el hecho fundante fue la superación del umbral del límite del 40% que tenía ATI, que habría resultado de una consecuencia no buscada por la concesionaria de las adquisiciones societarias ocurridas en el 2012.

2.25. En cuanto a la integración horizontal, solicita su prohibición absoluta, pues si bien en Informe N° 9/2013 se fijó en un 30% como umbral máximo, Empormontt ha actualizado su posición y considera que debiese ser una restricción absoluta para el incumbente Chincui, al igual que sus controladores y relacionados (Grupo Oxxean).

2.26. Sobre el factor de adjudicación, será el menor índice ofertado, y se contempla desempate por oferta final. También estima un Índice Máximo Reservado (“Imax”). En cuanto a las tarifas, distingue entre servicios básicos y especiales. Sobre los primeros, da cuenta que todas las tarifas son reguladas, ya sea incluyéndolas en el cálculo de los índices tarifarios máximos o sujetándolas individualmente a valores máximos.

2.27. En cuanto a los pagos a Empormontt, estos se distinguen según si son al momento de suscripción del contrato: (i) Pago estipulado; (ii) Provisión de fondos para programas de mitigación de trabajadores; y durante la concesión: (i) Canon Base; (ii) Pago para la operación eficiente, y (iii) Canon variable. Ahora bien, en caso de que se incorpore el área opcional de Panitao, se aumentará el canon anual en el monto fijado por la empresa portuaria. Por último, pagos por concepto de explotar el recinto extraportuario: (i) Canon anual por recinto extraportuario y (ii) Pago por reembolso de contribuciones y seguros.

2.28. La Solicitante, en particular, aclara que el pago por la operación eficiente busca satisfacer los costos fijos en que incurrirá la empresa por labores de fiscalización y administración del correspondiente contrato de concesión; mientras

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que el canon variable, tiene por finalidad cubrir mayores costos por concepto de fiscalización y administración, que no quedan cubiertos por el pago para la operación eficiente.

2.29. En cuanto a las reglas conductuales, solicita que se profundice en aquellos resguardos contemplados en Dictamen N° 1045, el Informe N° 9/2013 y en el Informe N° 18/2020, estas son: (i) exigencias de acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios; (ii) el establecimiento de tarifas públicas, objetivas, no discriminatorias, y sujetas a los máximos establecidos (lo que incluye obligación de indicar en estados financieros qué servicios son básicos y cuáles especiales- Informe N° 18/2020); (iii) reglas de calidad del servicio; (iv) reglas de asignación de capacidad; (v) deberes de transparencia y entrega de información a la empresa portuaria y fortalecimiento de sus facultades fiscalizadoras; y, (vi) la imposición de multas en casos de infracción a los deberes señalados (multas graduadas).

2.30. En cuanto al mecanismo de modificación del contrato de concesión, propuesto en el Informe N° 18/2020, Empormontt cuestiona las materias que el Tribunal consideró que debían ser modificadas por él y que eran relativas a variables de adjudicación. De esta manera, afirma que dicho mecanismo introdujo una inflexibilidad modificatoria, que va más allá de aspectos relacionados con libre competencia y que, además, considera variables de adjudicación que no están incluidas en el artículo 9° del Reglamento de la Ley de Puertos. Empormontt sostiene que la flexibilidad para adecuar los contratos es necesaria para el desarrollo de un mercado dinámico. Solicita que la ejemplificación incorporada en el Informe N° 18/2020 se restrinja a los casos relativos al factor de adjudicación o “estructura tarifaria”, y propone rebajar a cinco años el plazo para revisar modificaciones y que sea este Tribunal quien defina las modificaciones.

2.31. Al folio 125, Empormontt acompañó el Informe económico elaborado por Patricio Arrau y actualizado al 7 de agosto de 2020 (“Informe Económico”).

2.32. En la audiencia pública celebrada el 14 de abril de 2021, según consta en el certificado de folio 152, Empormontt señaló que su Directorio excluyó la opción contemplada para el futuro Concesionario respecto de Panitao indicada en el párrafo 2.7 *supra*, “a fin de facilitar y simplificar el estudio económico de esta licitación y en función de su éxito”. Lo anterior, consta también en su minuta de alegato que rola al folio 149.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

A folio 70, aportó antecedentes el MTT describiendo la consulta de Empormontt y da cuenta de la situación actual de la industria portuaria en la macrozona austral del país. Afirma que los puertos de la macrozona cumplen un rol fundamental en la conectividad del territorio y que el interés del MTT es procurar mejoras en la eficiencia en el transporte de carga y pasajeros a nivel de esta macrozona, en la que se interrelacionan distintas empresas portuarias estatales.

Destaca que, conforme a la Ley de Marina Mercante (D.L. N° 3.059, 1979, MTT) el cabotaje queda reservado en general a naves chilenas. Mientras que la marina mercante nacional está conformada por 265 naves mayores y 54 *wellboats*, operando un 82% de las primeras y un 100% de las últimas en las regiones de Los Lagos y Magallanes.

Por su parte, revisa, también, el marco regulatorio aplicable a Empormontt y a la concesión que se licitará, destacando en las competencias del MTT, especialmente, aquellas relacionadas con el sistema portuario estatal.

Luego detalla el mercado relevante geográfico propuesto por Empormontt, aquel comprendido en la Región de Los Lagos, relativizando a las Regiones del Bio-Bío, de Los Ríos y de Aysén como áreas de influencia, pues no son buenos sustitutos debido a la distancia que los separa, el tamaño de nave que recarga, el tipo de carga que transfiere. Serían complementarios y no competencia. Al respecto el MTT considera que más que la distancia entre los puertos debería evaluarse la distancia a los centros de consumo. Añade que, la empresa portuaria incluye un cuadro que podría ser indicio de un mercado geográfico más amplio que muestra las múltiples interacciones entre puertos de la macrozona sur y sur austral.

Sostiene que atendido el conocimiento por este Tribunal de las solicitudes de Informe presentadas por la Empresa Portuaria Chacabuco (“Emporcha”) y la Empresa Portuaria Austral (“EPAustral”), las reglas y los resguardos que se establezcan para el Puerto de Puerto Montt debiesen considerar las particularidades de dicha macrozona. De esta forma, agrega que debe tenerse presente que Puerto Chincui, competidor de Empormontt, es un operador privado del grupo Oxxean, que participa también del sistema portuario de Puerto Montt a través del Puerto Oxxean y en la Bahía de Chacabuco como Puerto Oxxean Chacabuco, lo que mostraría indicios de que el mercado trasciende el de la Región de Los Lagos. Destaca que, del total de cabotaje embarcado en la bahía de Puerto Montt, el 63,1% lo hizo con destino a Puerto Chacabuco o Puerto Natales. Y que el 48,4% de cabotaje desembarcado provino de Puerto Chacabuco o Puerto Natales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Luego, señala que, con respecto al mercado relevante geográfico propuesto por Empormontt, a saber, aquel comprendido en la Región de Los Lagos, relativizando la participación de las Regiones del Bio-Bío, de Los Ríos y de Aysén, como áreas de influencia, el MTT agrega que debería considerarse la distancia a los centros de consumo más que evaluarse la distancia entre los puertos y añade que la misma Solicitante incluye en su presentación un cuadro que podría ser indicio de un mercado geográfico más amplio y que muestra las múltiples interacciones entre puertos de la macrozona sur, como también del sur austral.

Así, se debe tener presente que Puerto Chincui, competidor de Empormontt, es un operador privado perteneciente al Grupo Oxxean, que participa también del sistema portuario de Puerto Montt a través del Puerto Oxxean y en la Bahía de Chacabuco como Puerto Oxxean Chacabuco, lo que mostraría indicios de que el mercado trasciende el de la Región de Los Lagos.

Destaca que, del total de cabotaje embarcado en la bahía de Puerto Montt, el 63,1% lo hizo con destino a Puerto Chacabuco o Puerto Natales, y que el 48,4% de cabotaje desembarcado provino de Puerto Chacabuco o Puerto Natales.

Sobre la restricción a la integración horizontal, el MTT coincide con que no se debe autorizar la integración con ningún operador portuario del mercado relevante, pues ello reduce el número de jugadores y con ello, las alternativas de oferta de servicios portuarios, generando una disminución de la competencia *ex post*. Es más, su autorización podría suponer riesgos para la competencia, dado que la integración conferiría al Concesionario un poder de mercado que le permitiría eventualmente ejercer conductas abusivas o exclusorias.

Asimismo, señala que, este Tribunal ha establecido que las eficiencias derivadas de la aplicación del sistema monooperador solo serán transferibles a los usuarios en la medida de que existan múltiples operadores independientes prestando el servicio.

Ahora bien, atendido que el MTT considera un mercado relevante geográfico más amplio que el propuesto por la Solicitante, a su juicio, la prohibición a la integración horizontal debería aplicarse a toda la macrozona sur austral.

Por su parte, sobre las eventuales restricciones a la integración vertical, el MTT plantea la necesidad de realizar un análisis detallado de cada usuario relevante y su potencial riesgo de conductas contrarias a la libre competencia con el objeto de definir los umbrales límites de participación en la sociedad concesionaria.

Adicionalmente, afirma que se debe dotar a Empormontt y a la Fiscalía Nacional Económica de acceso a la información relativa a mallas societarias, toneladas movilizadas (a nivel nacional, macrozonal o regional, incluyendo también

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

información sobre pasajeros, toneladas movilizadas por personas relacionadas). Agrega que esta información se debería exigir periódicamente a los Concesionarios. Adicionalmente, el MTT propone que, en la verificación del cumplimiento de los resguardos estructurales, tanto de integración horizontal como vertical, éste sea efectuado por una firma auditora externa a la sociedad concesionaria y suscrito, tanto en su certificado como en la memoria de cálculo, por el Directorio de la sociedad concesionaria a fin de que ambos documentos sean entregados regularmente a la Empresa Portuaria en los plazos que se prevean en el Manual de Verificación Indicadores

Continúa su aporte de antecedentes, dando cuenta de la necesidad de dotar a las empresas portuarias estatales de más información, tal como lo concluyó la FNE en su Informe de archivo en Rol N° 2315-14 FNE. La información que debería ser entregada debe versar sobre (i) mallas societarias de los accionistas de cada concesionaria y sus relacionadas; (ii) toneladas movilizadas en el frente durante los 12 meses anteriores a cada fecha de fiscalización, distinguiendo entre los siguientes tipos de carga: (a) fraccionadas, (b) a contenedor, y (c) a granel. Asimismo, toneladas movilizadas, en los mismos periodos y tipos de carga, a nivel regional, macrozonal y/o nacional, según se disponga y, adicionalmente, información similar sobre la cantidad de pasajeros transferidos; (iii) toneladas movilizadas por cada una de las empresas identificadas en el punto (i) en el frente de atraque, durante los 12 meses anteriores a cada fecha de fiscalización, distinguiendo por los tipos de carga y pasajeros enunciados precedentemente, en cada uno de los siguientes eslabones: exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, operadores de transporte multimodal, agentes, corredores, *freight forwarders*, o a cualquier otro título o modalidad, con exclusión de los agentes de muellaje. Así también, toneladas movilizadas, en los mismos periodos, tipos de carga y eslabones, a nivel regional, macrozonal y/o nacional, según disponga este Tribunal.

Asimismo, destaca la importancia de incorporar para esta licitación aquellos resguardos conductuales establecidos en el Informe N° 18/2020, en particular: (i) la aplicación de cláusula de nación más favorecida para tarifas y condiciones; (ii) el aumento de las sanciones en caso de incumplimiento de enajenación del exceso de participación accionaria; (iii) la extensión de estándares de calidad de servicios a la interfaz terrestre; (iv) el deber de informar a FNE sobre cambios de prioridades de atención a naves; (v) la prohibición explícita de ventas atadas de servicios básicos y especiales; (vi) el mecanismo para eventual recalificación de servicios especiales a básicos; (vii) la adecuación de contrato previa autorización del Tribunal o de la Fiscalía según el tema que se esté revisando; y (viii) el fortalecimiento de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mecanismos de control y ampliación de objetos de solicitud de información y destinatarios.

En cuanto a la clasificación de servicios básicos y especiales, el MTT sostiene que se debe incorporar al Informe una metodología para ello, en base a preguntas básicas, las que deben ser acreditadas al momento del registro de la tarifa para poder definirla como servicio especial. Además, se requiere que las condiciones que determinan su clasificación se mantengan en el tiempo para conservarla, por lo que sugieren una auditoría anual y de existir diferencias, que los antecedentes deben ser remitidos a la FNE para que ésta resuelva.

Respecto de las tarifas, el MTT describe que Empormontt establece tarifas básicas tanto por los servicios básicos que integran al polinomio de adjudicación (parte de la competencia *ex ante*) como por otros servicios que estarían sujetos a tarifas máximas fijadas por la propia empresa, evitando que los oferentes puedan hacer una oferta más competitiva y quedar limitados por su propia oferta.

Por otro lado, indica que el borrador de Bases se contempla una tarifa para contenedor refrigerado de 40 pies, llenos o vacíos (TTCR-40) y de forma separada “tarifas de conexión, desconexión y monitoreo de contenedores refrigerados”, señalando que la primera no puede sino ir acompañada con la segunda. Por tanto, el MTT considera que ello no es coincidente con la definición de servicio básico, esto es, considerar todos los recursos y actividades necesarios para la prestación de este.

Sobre el índice tarifario propuesto, Empormontt establece un único índice para el Muelle Comercial y el Terminal de Transbordadores, sin embargo, el MTT sostiene que estos corresponden a módulos independientes operacionalmente y que atienden mercados distintos, por lo que deberían regularse por separado. Por ello, propone separar en, al menos, dos subíndices que regulen al Muelle Comercial y Terminal de Transbordadores, cada unidad como un negocio independiente, con el objetivo de evitar subsidios cruzados. Asimismo, propone un tercer subíndice en relación con la transferencia de pasajeros, que estaría enfocado en turismo y conectividad, considerando información histórica de transferencia en el Puerto de Puerto Montt. Aclara que, solo para efectos de la adjudicación de la concesión, exista una suma ponderada de los subíndices definidos.

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

A folio 77, el SEP aportó antecedentes dando cuenta, en primer lugar, de la relación entre sus facultades orgánicas de asesoría técnica para la evaluación y el control en la gestión de la empresa en relación con la administración de las empresas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

portuarias y como éstas deben estar alineadas con la ejecución del objetivo productivo que el marco legal le asigna a la totalidad de empresas portuarias estatales, maximizando el beneficio para la sociedad mediante una asignación eficiente de recursos.

Atendido lo anterior, da cuenta de su opinión respecto del umbral de restricción a la vertical propuesta por Empormontt, la que a su juicio está justificada por la realidad competitiva del mercado. Señala que con la entrada en el mercado relevante de Chincui, en 2015, Empormontt disminuyó su participación de mercado de 99,1% en graneles a un 50,8% en la misma industria. Dicha variación demostraría que la entrada de un nuevo actor en el mercado genera cambios en la participación del mercado.

Afirma que el actual modelo no permite que el Puerto de Puerto Montt compita en igualdad de condiciones con un operador privado que no tiene restricciones a la integración vertical ni horizontal, ello por cuanto existe asimetrías regulatorias entre puertos concesionados. En primer lugar, los puertos estatales se encuentran regulados por la Ley de Puertos, la que rigidiza la operación de las empresas públicas creadas por ley y de sus respectivos concesionarios, desde que se ven sujetos a mayores y más reglas de funcionamiento, regulación y control. Por su parte, los puertos privados están regulados por el Decreto con Fuerza de Ley N° 340 sobre concesiones marítimas, de 1960, del Ministerio de Hacienda (“D.F.L. N° 340”), el cual les otorga a los puertos privados amplia autonomía, ya que estos pueden fijar precios, discriminar usuarios, integrarse horizontal y verticalmente, lo que puede encarecer la cadena logística sobre todo la actividad exportadora.

Atendido lo expresado anteriormente, consideran que un nuevo Concesionario debería poder operar con el mismo grado de libertad para la prestación de sus servicios y poder competir en condiciones similares. Esto podría hacer más competitivo el mercado de la carga y los servicios regionales, reflejando un mejor nivel de servicios y posiblemente mejores tarifas. Concluyen recomendando permitir la integración vertical hasta un 80% y eventualmente eliminarla.

En cuanto a la restricción a la integración horizontal, el SEP sostiene que dada la limitación de competencia en el mercado relevante para la carga convencional (salvo astillas de madera), para el transporte de pasajeros y para servicios de transbordadores y *ferries*, debe existir prohibición total de la integración horizontal, tanto de propiedad como operativa. De lo contrario, su aceptación reduciría en forma significativa la intensidad de la competencia, mientras que permitirla hasta un 40%, tal como se propuso en el Informe N° 9/2013 implicaría riesgos a la libre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia, mientras que la competencia por la cancha genera beneficios futuros a los usuarios.

Ahora bien, el SEP afirma que se debe tener presente un matiz, la prohibición a la integración horizontal no puede considerar a los puertos de Corral y Calbuco, por su especialización y características (esto es, transferencia de astillas y de combustibles; como también que no cuentan con áreas de respaldo ni infraestructura para el tipo de carga transferida por Puerto Montt). Afirma que estos puertos fueron incluidos en el Informe N° 9/2013, pues en Panitao se construiría un terminal completo para todo tipo de carga, proyecto pasado totalmente distinto al presente. De esta forma, la restricción a la integración horizontal aplicaría solo a Chincui, pues compite en todos los segmentos con Puerto Montt.

Respecto del canon anual, el SEP sostiene que actualmente se determina en base a las tasas internas de retorno medias de los pagarés ajustables del Banco Central aplicada al valor libro de los activos, pero que dichos pagares ya no se emiten en el mercado actual. A juicio del SEP, estas tasas no dan cuenta del costo de oportunidad de los recursos invertidos en la infraestructura que se traspasa a un concesionario. Agrega que una inadecuada determinación del canon podría generar: (i) captura de valor por parte de concesionarios; (ii) desincentivo a la realización de procesos licitatorios (valor de la empresa portuaria respectiva puede ser menor con concesión que sin ella); y (iii) asimetría competitiva en procesos licitatorios paralelos (proyectos con o sin inversiones).

Atendido lo anterior, el SEP estima conveniente proponer que la tasa de rentabilidad pueda aproximarse al valor de una tasa WACC calculada para empresas portuarias estatales y que el valor de los activos utilizados para el cálculo del canon sea el costo de reposición de dichos activos. La tasa WACC corresponde al costo promedio ponderado del capital y puede ser usada para descontar los flujos de caja futuros. Añade que las empresas portuarias estatales cuentan con una metodología y cálculo de tasa WACC elaborada en 2014 a través de un estudio contratado por el SEP (el que puede ser actualizado). Sostiene que esta tasa mide de mejor forma el costo de oportunidad de los recursos invertidos, que no tendrá efectos en contratos de concesión vigentes y que se alinea con los objetivos de la Ley de Puertos y con Informes emitidos por este Tribunal.

Por otro lado, el SEP coincide con Empormontt en la incorporación dentro del canon anual de un canon variable. El objetivo de este canon variable sería cubrir los mayores costos generados en el evento que el volumen de carga transferida en el puerto se incremente y que no quedasen cubiertos por el pago para operación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

eficiente, que se calcula a partir del volumen de carga transferida en el muelle comercial registrada durante el año anterior al que corresponde el pago.

En cuanto al calendario de inversión propuesto por Empormontt, el SEP considera que este se encuentra justificado y afirma que el contrato de concesión pretende mejorar los niveles de conectividad de personas y de transferencia de carga, para lo cual se consideran inversiones obligatorias del orden de 13,56 MM de dólares. Esta permitiría construir una rampa para transbordadores, un área de atención de camiones, la construcción de terminal de crucero, el cambio de pontones flotantes; equipos para transferencia de graneles; la reparación de frentes de atraque; el mejoramiento de los sistemas de aguas lluvias, alcantarillado y pavimentos; entre otros. Sostiene que la magnitud de inversiones resulta coherente con el modelo de negocio, tamaño y resultados alcanzados por Empormontt en los últimos años y considera que el futuro Concesionario deberá tomar todas las medidas necesarias para asumir íntegramente la explotación y operación del frente de atraque en la “fecha de entrega” sin que se produzcan interrupciones importantes en las operaciones. Por su parte, la “fecha de entrega”, de conformidad al borrador de las Bases, corresponde al *“día en que EMPORMONTT entregue las Áreas de Concesión a los Concesionarios y que corresponderá en ambos casos al primer Día Hábil del segundo mes que sigue a la fecha de firma de los Contratos de Concesión.”* (sección 1 del borrador de las Bases)

En cuanto a los criterios utilizados en la definición del polinomio de adjudicación, el SEP concuerda con el método de adjudicación a utilizar, esto es, la “mínima tarifa de adjudicación”, reajutable anualmente, y que, en caso de empate, se decida a través de la presentación de ofertas finales por los interesados. Considera, también, adecuado que la fórmula proponga que las toneladas transferidas en el Muelle Comercial no puedan ser reemplazadas por las toneladas del Terminal de Transbordadores y así cada una constituye un componente de la ecuación, pues con ello se resguarda el rol social de conectividad del Terminal de Transbordadores, ya que se mitigan los riesgos relacionados con ofertas que, siendo similares en el valor del índice, sean radicalmente distintas en la composición de tarifas del Muelle Comercial y del Terminal de Transbordadores, como a su vez, de los riesgos de arbitraje de tarifas entre distintos componentes del índice del oferente que resulte adjudicatario.

Destaca que Empormontt controlará el fiel cumplimiento del contrato de concesión en todos sus aspectos (realización de inspección y recabar información que resulte relevante). Por su parte, señala que es razonable que las coberturas de riesgos por catástrofes de la naturaleza y otros sean asumidos por el Concesionario, en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sentido de que debe contar con dichas coberturas (mediante pólizas de seguro), en beneficio de la continuidad de sus operaciones y del contrato de concesión.

Señala que, atendido los avances en digitalización de procesos en la logística, se hará exigible que exista una necesaria interoperabilidad entre el Sistema de Comunidad Portuaria que implemente la empresa y el Sistema de Operación de Terminal que desarrolle el Concesionario. Lo anterior, no solo para mejorar la operación conjunta del puerto, sino que coadyuvará a generar una mayor transparencia en las obligaciones de entrega de información por parte del Concesionario.

Finalmente releva que el Concesionario deberá cumplir los requerimientos de control y fiscalización por Empormontt, quien podrá designar un auditor técnico que la asistirá en la evaluación del informe que debe ser presentado por el Concesionario y que inspeccionará las obras del POI para que se realicen en la forma y oportunidad comprometida por el Concesionario. Además, Empormontt, también, podrá supervisar los contratos celebrados por el Concesionario sobre ejecución e implementación del POI.

3.3. Agencias Universales S.A. (Agunsa)

Al folio 79, Agunsa aportó antecedentes, señalando, en primer lugar, que presta el servicio de agenciamiento marítimo, operación de terminales portuarios y aeroportuarios, servicios de lancha, depósito de contenedores, entre otros y su principal misión es potenciar y expandir la red de prestación de servicios a cargas, pasajeros, medios de transporte y terminales con una oferta efectiva y sustentable que cree valor a clientes proveedores y accionistas.

A continuación, indica que tiene un interés legítimo en aportar antecedentes ya que una de sus relacionadas es portuaria Cabo Froward S.A., quien opera el terminal San José de Calbuco, puerto privado que compite en la región de Los Lagos.

En relación con la Solicitud de Informe, señala que es inadmisibles que la licitación incluya conjuntamente al Puerto de Puerto Montt y al recinto de Panitao, puesto que se trata de dos proyectos totalmente independientes entre sí, que deben discutirse necesariamente en distintos procesos de licitación. Afirma que la empresa portuaria no entregó directrices respecto de las características que cumplirá Panitao, por lo que es imposible entonces analizar si se concreta alguna de las hipótesis que prevé la Ley de Puertos. Al respecto, sostiene que resulta imprescindible que la Solicitante indique las características mínimas del proyecto a implementar, específicamente lo relativo a la nave de diseño que podrá ser atendida y que solo con dicha información se podría revisar la pertinencia del recinto portuario Panitao.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, sostiene, que le llama la atención que Empormontt no entregue ningún tipo de explicación de por qué decidió atar ambos recintos portuarios en una misma licitación, pero con disímil tiempo de implementación o de por qué decidió omitir cualquier referencia a las características de Panitao, en particular, la nave de diseño y el tipo de carga que movilizará. Añade que, atendido que se contempla un plazo de ocho años para que el Concesionario pueda optar por el incorporar Panitao, así podría ejercerse el mecanismo de adecuación del contrato y modificarse la concesión incluso antes de saber si se optará por ejercer la referida opción y cuál será en definitiva el proyecto que se llevará a cabo.

Agunsa afirma que es completamente innecesario atar ambos proyectos que no tienen relación legal económica ni geográfica entre sí, incluso más, a su juicio, sostiene que la vinculación forzada de ambos proyectos podría afectar la licitación.

En conclusión, todo indica que el proyecto para el recinto portuario Panitao -de proceder legalmente- debe analizarse a través de un proceso independiente en el cual se analice las condiciones de legalidad y de competencia. Todo ello, además, al momento en que efectivamente se requiera de tal proyecto y se analice cómo influirá su presunta construcción en las condiciones de competencia del mercado portuario de la Región de Los Lagos. A juicio de Agunsa, esa es la única manera de evaluar correctamente las condiciones de participación de los distintos actores en una eventual licitación del citado recinto, sin embargo, las actuales condiciones de competencia y las proyecciones de demanda en el mercado relevante, hacen claramente innecesaria la incorporación de Panitao, e incluso añade que su procedencia legal y económica ya era discutible durante el Informe N° 9/2013.

Es más, arguye que la opción que plantea la Solicitante genera un desincentivo para que los actuales operadores se expandan como proyectaban hacerlo y que, de hacerlo de esta forma, se congelará el mercado de servicios portuarios durante ocho años, tiempo que el futuro Concesionario tendrá para realizar la opción de Panitao.

Además, en caso de mantener la licitación de ambos recintos en conjunto, cuestiona que Empormontt tendrá la facultad de vetar la realización del proyecto, según los términos establecidos en el Borrador de las Bases y que esto se debe a que el proyecto referencial o alternativo tiene que obtener la aprobación inicial de la empresa portuaria. Esto último agrava la situación de Panitao, pues su procedencia quedará sujeta a la discrecionalidad del Directorio de Empormontt sin que la judicatura puede impugnar la decisión que se adopte

Por otro lado, Agunsa sostiene que la licitación conjunta del Puerto de Puerto Montt con Panitao afectará la competencia en la licitación, pues potenciales oferentes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pueden asumir que será un proyecto para una carga específica y otros para otra carga, generando incertidumbre en el mercado y congelando inversiones. Adicionalmente, sostiene que Panitao contará con subsidios estatales para facilitar caminos, lo que es una ventaja totalmente injustificada frente a inversionistas privados que debieron invertir en sus propias rutas de acceso.

Agrega que no es necesaria la licitación de Panitao, pues en la Región de Los Lagos existe una amplia oferta de servicios portuarios, ya que a diferencia de lo que plantea la empresa portuaria, hoy solo se justificaría una eventual licitación que contemple un proyecto que corrija las falencias que presenta el Recinto Portuario, pero no la expansión que pretende Empormontt. Sostiene que la empresa portuaria tiene por objetivo quedarse con la totalidad del transporte de carga de la Región de Los Lagos recurriendo a facilidades que cuenta el Estado, en un recinto portuario que está fuera del ámbito que la ley le establece, pues la Ley de Puertos no concibió ampliaciones de infraestructura a otras zonas geográficas, bahías o recintos portuarios que no estuvieran en las ciudades domicilio de cada una de las empresas portuarias.

Continúa su aporte señalado que Empormontt está sobreestimando la demanda potencial, puesto que en un escenario real la demanda potencial se satisface con la actual oferta portuaria de la región, no siendo necesaria la licitación de Panitao, tal como se ha señalado en reiteradas ocasiones.

Respecto de la posibilidad de veto de Empormontt de la realización del proyecto alternativo de Panitao, Agunsa destaca que el borrador de las Bases contempla este derecho a veto (punto 3.5.3), afirmando que el adjudicatario tendrá la opción de incorporar Panitao a su concesión, ya sea para desarrollar el proyecto referencial o uno alternativo propuesto por el Concesionario, sin embargo, el uso de esta opción está sujeta a decisión de Empormontt y, si se presenta un proyecto alternativo, el borrador de las Bases señala que Empormontt puede rechazarlo discrecionalmente, a través de su directorio, sin que el Concesionario tenga derecho a impugnarlo. Todo lo anterior, daría cuenta de falta de seriedad en las especificaciones del proyecto a licitar por parte de la empresa portuaria.

En cuanto a la restricción a la integración horizontal, Agunsa afirma que Empormontt considera que solo se justificaría una restricción a la integración horizontal referida, específicamente, para aquellos operadores portuarios que movilizan el mismo tipo de carga que el Puerto de Puerto Montt, con lo que una limitación de esa naturaleza estaría acorde con la jurisprudencia del Tribunal. Sin embargo, sostiene que las condiciones de competencia consideradas en Informe N° 9/2013, son completamente distintas a las actuales. Por ejemplo, actualmente Calbuco no posee

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el control monopólico de la oferta portuaria en la Región de Los Lagos, existiendo otros actores relevantes en la región capaces de ejercer presión competitiva. En particular, señala que durante el 2014 ingresó Caullahuapi. Además, de la inexistencia de rivalidad en el tipo de cargas que transfiere Calbuco y el Puerto de Puerto Montt provocada principalmente por las restricciones ambientales decretadas por la autoridad en la zona lo que, a su vez, no constituye una particularidad que vaya a cambiar en el futuro, atendido a qué condiciones ambientales actuales permiten presumir que estas restricciones serán definitivas. De esta forma, aunque el Puerto de Puerto Montt tenga infraestructura suficiente para transportar cargas similares a Calbuco, no podrá hacerlo por dichas restricciones.

Por lo anterior, no sería procedente el establecimiento de una restricción a la integración horizontal que impida a los operadores que no movilizan el mismo tipo de carga mediante el Puerto de Puerto Montt, a participar en la licitación y el Tribunal debe tener presente el cambio de circunstancias desde 2012 –Informe N° 9/2013- al establecer esa restricción limitada, resultado injustificado que se establezca para esta licitación. Sería improcedente, injustificada y anticompetitiva una restricción que impida participar en la licitación a quienes tengan acciones, juicios o procesos pendientes con Empormontt.

Adicionalmente, consideran que se debe ordenar a Empormontt abstenerse de establecer cualquier restricción que impida a eventuales oferentes participar en la licitación por mantener juicios pendientes con dicha autoridad portuaria y ordenar eliminar la letra k) del Anexo N° 1 de las Bases (Formularios de las Ofertas Antecedentes Generales y de la Oferta Económica). Indican que la participación de los interesados en la licitación no puede verse restringida por impedimentos que no tengan sustento legal ni una razonabilidad económica y cuyo único propósito sea excluir arbitrariamente a una eventual competidor del mercado portuario de la región de Los Lagos, transformándola en una regla cuyo único propósito es excluir anticompetitivamente la participación de un competidor. Afirma que el Reglamento señala en su artículo 8° que no se aceptan como proponentes personas naturales que hayan sido condenados por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva; tampoco podrá presentarse el fallido o sus representantes. Por tanto, lo establecido en el borrador de las Bases, corresponde a una transgresión al principio de libre concurrencia de los oferentes, plenamente aplicable a las licitaciones portuarias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

A folio 83, la Cámara Marítima y Portuaria de Chile AG, en adelante CAMPORT, aportó antecedentes indicando como cuestión previa, la inclusión en la licitación de Panitao que se fue transformando en un puerto de manera ilegal e inconstitucional.

Afirma que Panitao corresponde a la creación de un nuevo puerto con infracción de la ley y la Constitución. Lo anterior, por cuanto, la Ley de Puertos, que creó Empormontt, estableció que la Solicitante operaría en el puerto y en el terminal de transbordadores de Puerto Montt. Así, el Decreto Supremo N° 45, de 1998, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“D.S. N° 45”) delimitó tanto el recinto portuario como los activos que administraría la empresa portuaria a aquellos bienes inmuebles que conformaban los actuales recintos portuarios del Puerto de Puerto Montt. Mediante el Decreto Supremo N° 122, de 2012, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“D.S. N° 122”) se modificó el recinto portuario ampliándolo de facto y de manera ilegal a un sector ubicado a 18 kilómetros de distancia del recinto portuario lo que, en los hechos, implicó la creación de un nuevo puerto o terminal en el sector de Panitao. Bajo el argumento de extender un puerto existente se creó uno nuevo. Sostiene que con dicha modificación se traiciona el espíritu de la Ley de Puertos, la que reserva el desarrollo de los nuevos frentes de ataque a privados (artículo 19 de la Ley de Puertos).

De esta forma, atendido lo dispuesto en el D.S. N° 122, Empormontt no se sometió al régimen de concesiones marítimas a cargo de la ex Subsecretaría Marítima (Subsecretaría de FFAA), quien tiene la facultad privativa para conceder el uso particular de playas, terrenos de playas, rocas, fondo de mar, entre otros, incumpliendo con ello lo establecido en el artículo 7° de la Constitución Política. Camport sostiene que la creación y las habilitaciones de los puertos públicos no pueden someterse a reglas distintas y más preferentes que aquellas a las que están sujetos los puertos de privados. Añade que este tipo de señales afectan las decisiones de inversión de los privados, en contra del espíritu de la Ley de Puertos de potenciar la participación de los privados, a pesar de la relevancia de su participación en el sector portuario.

Sobre el mercado relevante y las condiciones de competencia, señala que el Informe N° 9/2013 estableció que los únicos puertos que formaban parte del mercado relevante de la Región de Los Lagos eran el Puerto de Puerto Montt y San José de Calbuco. Sostiene que, para este caso, dicha situación cambió, incorporándose Caullahuapi del grupo Oxxean en 2014 y con el aumento de la participación de Calbuco. A pesar de cambios sustanciales en las condiciones de competencia, Empormontt no es consistente con lo solicitado en 2013, época en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que no fueron establecidas restricciones a la integración horizontal ni a la integración vertical. Por el contrario, ahora Empormontt cambia de opinión, a pesar de los elementos fácticos que dan cuenta que la competencia se ha intensificado y no al revés. Camport sostiene que habiéndose producido en solo siete años un cambio tan sustancial respecto de las condiciones de competencia en el mercado relevante en el cual la Solicitud debe ser analizada, no parece justificada el establecimiento de las restricciones a la integración vertical y horizontal que plantea la Solicitante.

En cuanto al mercado relevante geográfico y principales frentes de atraque de la región, Camport destaca la inconsistencia de la solicitud, pues define en primer lugar el mercado geográfico como el de la región de Los Lagos, pero luego señala que se opta por ampliar el análisis del mercado relevante más allá de las fronteras de dicha región, pues coincide que la restricción a la región podría llevar a análisis absurdos. De hecho, considera como áreas de influencia la Región del Bio-Bío, la Región de Los Ríos (Puerto Corral) y la Región de Aysén. Camport sostiene que debe aclararse esa inconsistencia. Los principales puertos que participan en la Región de Los Lagos serían, a su juicio, Puerto de Puerto Montt, Caullahuapi y San José de Calbuco.

En cuanto al mercado relevante del producto, señala que Empormontt los define, distinguiendo entre: (i) transferencia de carga, excluyendo chips o astillas; (ii) manipulación de carga de cabotaje; (iii) transporte de personas a nivel regional permitiendo la conexión de Puerto Montt con Chaitén, Chacabuco, Puerto Natales y Punta Arenas; (iv) atención de naves vinculadas a movimientos relacionados con la pesca y acuicultura; (v) atención de cruceros y (vi) atención de transbordadores.

En opinión de Camport, ni la solicitud de Empormontt ni el borrador de las Bases contemplan mecanismos que incentiven al Concesionario a invertir, sobre todo en los años finales de la concesión. Por lo anterior, propone establecer un mecanismo a través del cual el Concesionario pueda solicitar a dicha empresa una autorización para realizar inversiones no previstas en el contrato de concesión o en el calendario referencial de inversiones, en respuesta a situaciones nuevas que puedan surgir durante el periodo de la concesión. Añade que deberá regularse la forma en que serán valoradas y un criterio de depreciación, así al licitar nuevamente la licitación, el nuevo Concesionario tendría como pasivo el valor residual de las obras y el Concesionario sería acreedor.

Camport considera que es una mala decisión que el Concesionario esté a cargo de los estudios de impacto ambiental, atendida la experiencia del Terminal N° 2 del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Puerto de Valparaíso. Adicionalmente, Campport indica que está de acuerdo con el criterio de adjudicación propuesto por Empormontt.

En cuanto a las tarifas de servicios especiales, Campport sostiene que las Bases no establecen otra exigencia que la de ser registradas ante Empormontt, sin que se requiera ningún antecedente adicional, al no ser necesaria la infraestructura entregada en concesión para la provisión de estos servicios, por lo que corresponde que la empresa portuaria simplemente se limite a registrar las tarifas que le informe el Concesionario, sin ulteriores deberes o exigencias a este último. Así también fue reconocido en el Informe N° 18/2020.

En cuanto a las reglas de integración horizontal y vertical que Empormontt somete a la aprobación de este Tribunal, afirma que no existen razones que ameriten que la Solicitante modifique su opinión respecto a la integración horizontal desde el Informe N° 9/2013. Afirma que las condiciones de competencia de la región han cambiado desde el 2013 hasta ahora, habiendo ingresado nuevos actores al mercado y que tampoco existirían barreras de entrada al mercado, porque la región cuenta con bahías abrigadas, grandes espacios de acopio, y almacenaje que podrían servir para instalación de nuevos puertos. Además, la prohibición absoluta no es consistente con incluir en la concesión de Panitao para la ejecución de un proyecto meramente eventual. Señala que Empormontt es abiertamente contradictoria al señalar que busca el óptimo social competitivo, pues cree que un escenario con más actores sin relación entre sí estimula la competencia y fomente una disminución de tarifas.

En cuanto al *ius variandi* y confidencialidad de la información, destaca que Empormontt crítica el mecanismo de revisión del contrato propuesto en Informe N° 18/2020, señalando que este incorpora una inflexibilidad modificatoria más allá de aspectos directamente relacionados con libre competencia y solicita que dicho mecanismo en este informe se restrinja solo a casos relacionados con la estructura tarifaria. Además, solicita rebajar el plazo para ejercer el *ius variandi* de 10 a 5 años. Campport sostiene que está de acuerdo con lo señalado por la empresa portuaria, pues la existencia de cambios a la legislación laboral del sector portuario podría aumentar los costos del Concesionario, de esta forma los valores máximos de las tarifas no permitirían al Concesionario traspasar íntegramente a tarifas estos mayores costos laborales. Otra opción propuesta, sería que las tarifas tuvieran algún factor de indexación con los costos labores del sector.

Luego, señala que Empormontt solicita la opción de evitar recurrir al procedimiento contractual de resolución de controversias por considerar ineficiente que la competencia del Tribunal esté restringida a constatar variaciones relevantes para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que luego, en caso de desacuerdo las partes deban iniciar un nuevo proceso para determinar las adecuaciones en sede arbitral. Al respecto, Campport indica que debiese ser el Tribunal quien resuelva y autorice la modificación en el mismo procedimiento en el que se verifica la variación de condiciones.

Finalmente, respecto de confidencialidad de la información, Campport sostiene que si bien tanto el Concesionario como sus accionistas están obligados a proporcionar cualquier información legal o económica que éste requiera, no rigiendo reservas de la Ley N° 18.046, esto se debe entender con la obligación de Emporcha de tomar todos los resguardos legalmente exigidos y mantener la confidencialidad de la información y sus accionistas frente a terceros tal como se estableció en el Informe N° 18/2020.

3.5. Servicios Portuarios Reloncaví Limitada (“Reloncaví”)

Al folio 86, Reloncaví aportó los siguientes antecedentes, indicando que es una empresa con operaciones a nivel nacional, dedicada especialmente al giro de muellaje y servicios logísticos. Opera en distintos terminales, a saber, San Vicente Terminal Internacional (Región de Bio-Bío), Puerto Corral (Región de Los Ríos) y Puerto de Puerto Montt (Región de Los Lagos) y actualmente presta servicios a cerca de un 70-80% de la carga transferida en el mercado fertilizantes y granos en Puerto Montt.

En cuanto a la concesión, señala que el estado actual de la operación del Puerto de Puerto Montt en comparación a la magnitud del proyecto, no justificaría concesionarlo en atención a los riesgos anticompetitivos que se podrían generar. En primer lugar, afirma que uno de los fundamentos es la necesidad de inversiones en infraestructura asumiendo una proyección de demanda creciente. Sin embargo, no es posible apreciar que exista un aumento de demanda que justifique tal decisión, esto por las especiales características de la carga transferida asociadas a la industria acuícola de salmón (en la cual no se vislumbra un aumento de volúmenes transferido en el corto o mediano plazo). Además, Empormontt no se pronuncia respecto del impacto de la pandemia y la recesión económica mundial.

Por otro lado, tampoco se observa cómo las inversiones obligatorias agregarían mayor capacidad de carga al Puerto de Puerto Montt.

Añade que, por la estructura económica de la concesión, no se aprecia que exista una adecuada compartición de riesgos entre concedente y Concesionario. Las reglas traspasarían el riesgo de la demanda al Concesionario sin que exista un mecanismo de ajuste por situaciones imprevisibles o que escapen de las razonables

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proyecciones de las partes. Tampoco se regula adecuadamente los sobrecostos por obras fuera del alcance de los proyectos de inversión requeridos bajo los mismos.

Afirma que el proyecto de concesión del Puerto de Puerto Montt no genera un impacto significativo en la infraestructura portuaria de la zona y que no parece ser necesario a la luz de las proyecciones de demanda de servicios portuarios hacia el futuro (considerando la emergencia sanitaria actual). Tampoco contempla inversiones de gran envergadura. De esta forma, no queda clara la razón económica del proyecto ni utilidad de este y cuestiona que se traspan todos los riesgos a un potencial concesionario. Adicionalmente, destaca que las condiciones actualmente propuestas por Empormontt no garantizan la efectividad de la licitación ni tampoco previenen la ocurrencia de riesgos anticompetitivos.

Reloncaví arguye que, atendido que no existirán ingresos significativamente adicionales a los que ya recibe Empormontt administrando el Puerto de Puerto Montt, se deben corregir el Borrador de Bases, en la parte relativa al régimen de pagos, incorporando las siguientes modificaciones: (i) establecer como condición que los pagos se basen exclusivamente en pagos variables dependientes de las toneladas transferidas, sin perjuicio del mínimo establecido en el artículo 6° de la Ley de Puertos; (ii) eliminar del borrador de Bases los pagos duplicados y otros no justificados, en particular, pago por la operación eficiente y canon variable, como también pago fijo; (iii) disminuir los ingresos que recibirá Empormontt para que la concesión sea atractiva, los que deberán ser inferiores a los que actualmente recibe en la operación del Muelle Comercial, atendido que no habrá aumento de demanda.

En cuanto a las condiciones estructurales de la licitación, Reloncaví afirma que Empormontt no justifica un aumento del umbral para la integración vertical del 40% al 80% y que su aceptación permitiría que un usuario relevante del rubro agrícola o alimentos pueda agregarlo a su portafolio como un activo estratégico, por tanto, sostiene que el umbral debería mantenerse en un 40%. Por otro lado, coincide con la Solicitud sobre de la restricción a la integración horizontal respecto de Oxxean y Caullahuapi, pues su ingreso ha significado la introducción de competencia al mercado. Por último, también coinciden con Empormontt respecto de no rigidizar los mecanismos de adecuación del contrato de concesión, afirman que no es adecuado ampliar las materias que deben ser conocidas por el Tribunal ni exigir plazos excesivamente largos.

3.6. Empresas Oxxean S.A.

A folio 87, aporta antecedentes Empresas Oxxean S.A. (“Oxxean”), la que afirma que, actualmente dos empresas del Grupo Oxxean operan puertos privados de uso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

público en la Región de Los Lagos, específicamente en la Bahía Chincui el Puerto Oxxean Puerto Montt (Puerto Oxxean) y el Puerto Internacional Chincui operador por sociedad Puerto Punta Caullahuapi (Caullahuapi).

Respecto de Puerto Oxxean, señala que éste provee los servicios portuarios para la transferencia de carga fraccionada y granel líquido fundamentalmente para usuarios salmonícolas y la movilización de rodados en ferries de conectividad, como a su vez, que se trata de un puerto destinado a servicios de cabotaje a diferencia de Caullahuapi (conecta pares origen-destino). Este puerto cuenta con tres frentes de atraque (muelle principal, secundario y N°3), y su Terminal de Transbordadores permite naves con una eslora máxima 150 metros. Afirma que el Puerto de Puerto Montt es competidor directo en carga fraccionada, granel líquido y rodados movilizadas en naves de 30 a 90 metros de eslora y eventualmente, transbordadores de hasta 136 metros de eslora.

Sobre Caullahuapi, indica que este es un terminal multipropósito que provee servicios portuarios para la transferencia de diferentes tipos de carga y se encuentra habilitado como zona primaria aduanera. Realiza transferencia de carga fraccionada, granel sólido y carga contenedorizada. Además, Caullahuapi es un puerto internacional (importación y exportación) y en menor medida, de cabotaje. Este puerto cuenta con un único frente de atraque con capacidad para naves de hasta 215,4 metros de eslora y a su respecto, el Puerto de Puerto Montt es competidor directo en graneles sólidos, carga general y de carga fraccionada en naves multipropósito y en menor medida, en naves “containeras” de hasta 136 metros de eslora. Destaca que, en términos de volumen de transferencia de carga, la participación de estos puertos es menor a la del Puerto de Puerto Montt.

Continuando con su aporte, Oxxean sostiene que ninguna sociedad del grupo Oxxean interviene verticalmente en la prestación de servicios de transporte de carga o de pasajeros por vía marítima en la macrozona sur ni en la región de Los Lagos. Afirma que dentro del Grupo Oxxean también se encuentra la sociedad operadora del Puerto Oxxean Chacabuco, un fondo privado y sociedades de inversión, sociedades que prestan servicios portuarios y logísticos fuera de la región de Aysén, sociedades inmobiliarias que ofrecen bodegas y almacenaje de carga y sociedades que prestan servicios de trabajos marítimos especializados en la macrozona sur, principalmente a empresas salmoneras.

Luego se refiere a los demás puertos privados de uso público de las regiones de Los Lagos y de Los Ríos que rivalizan con Empormontt y los puertos del Grupo Oxxean. Estos son:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- a. Calbuco: operado por Cabo Froward, filial GEN, parte del mismo grupo empresarial que Agunsa, además de otras sociedades y *joint ventures* que intervienen en el transporte de carga por vía marítima y también de operadores portuarios como SPQ. Este puerto transfiere granel líquido, carga general y granel sólido, compitiendo con Puerto Oxxean y el Puerto de Puerto Montt para naves de cabotaje de hasta 68 metros de eslora. Además, compite con Caullahuapi en graneles sólidos y carga general en naves de hasta 228 metros de eslora. Indica que este puerto posee una magnitud de carga movilizada superior a sus competidores.
- b. Terminal Transmarko: propiedad de empresa naviera Transportes Marítimos Kochifas, que está integrado verticalmente en el transporte marítimo de cabotaje, y se encuentra especializado en carga granel de alimentos para industria salmonera, *smolt* y carga fraccionada. Puede competir con Oxxean y Puerto de Puerto Montt en carga de alimentos para peces, *smolt*, fraccionada, contenedorizada y proyectos de cabotaje. Oxxean señala que si bien ha existido controversia acerca de si este puerto privado es de uso privado o de uso público, pero considera que es un puerto que tiene capacidad de atender carga de terceros, con lo que puede ser considerado como un competidor potencial en la transferencia de carga en la carga antes indicados.
- c. Puerto Quellón: operado Servicios Portuarios Quellón. Está verticalmente integrado con operadores de transporte marítimo y horizontalmente integrado con Calbuco (parte del mismo grupo empresarial). Transfiere carga general en cabotaje, compitiendo con Oxxean y con el Puerto de Puerto Montt.
- d. Terminal Detroit: propiedad de Detroit S.A. Está verticalmente integrado al prestar servicios marítimos a través de su filial Servicios Marítimos y Portuarios de Detroit S.A. Transfiere alimentos para peces y carga fraccionada en cabotaje, compitiendo con Oxxean y con el Puerto de Puerto Montt.
- e. Puerto Corral: propiedad de SAAM y Sociedad de Inversiones Portuarias Limitada, el controlador de esta última celebró un *joint venture* con Agunsa, filial de GEN, la que opera Cabo Froward. Compite con Caullahuapi en carga granel sólido, contenedorizada y fraccionada. A su juicio, no compiten con el Puerto de Puerto Montt.
- f. Terminal Chiquihue: propiedad de persona jurídica sin fines de lucro organizada por pescadores artesanales. Compite con Oxxean y con el Puerto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Puerto Montt en transferencia de carga general en cabotaje, transferencia de peces vivos y de combustible.

- g. Terminal Naviera Paredes: Propiedad de Luis Paredes, actor relevante en el segmento naviero sur de Chile. Compite con el Puerto de Puerto Montt y con Oxxean en cargas de proyecto y rodados en cabotaje. Comenzó sus operaciones el año 2020.

Respecto de la necesidad de imponer prohibición absoluta a la integración vertical y de ampliar calificación de personas relacionadas al concesionario portuario o a los usuarios relevantes, Oxxean da cuenta de las especiales características de la demanda de servicios portuarios en la región de Los Lagos (similares a las de la Región de Aysén), esto es, concentración en pocos actores, los que demás se encuentran relacionadas entre sí mediante la participación en diversos *joint venture* o asociaciones, lo que a su juicio, justifica una restricción a la IV absoluta. En particular, Oxxean se refiere a las relaciones entre Navimag Carga S.A. (Navimag); Naviera Austral; CPT Empresas Marítimas, la que pertenece a Agunsa; Castor Inversiones Limitada propietaria de parte de Servicios Portuarios Reloncaví y de Naviera Frasal, entre otras.

Oxxean afirma que el principal cliente del Puerto de Puerto Montt es Reloncaví (cuyo grupo empresarial es dueño de Puerto Corral), Naviera Austral, Agunsa y Naviera Frasal y casi todas las sociedades relacionadas o *joint venture* de CPT, son actores relevantes en el Puerto de Puerto Montt. Así también, Kochifas sería usuario relevante del Puerto de Puerto Montt y propietaria de Terminal Transmarko.

A continuación, Oxxean destaca que el 82% de la carga embarcada en el Puerto Chacabuco tiene como destino Puerto Montt, mientras que el 30% de la carga embarcada en el Puerto Montt tiene como destino el Puerto Chacabuco, lo que da cuenta de la interdependencia de estos puertos, principalmente por su rol de conectividad de la zona. Esto a su vez daría cuenta de la estrecha interrelación de los mercados relevantes, lo que, a su juicio, exigiría su evaluación conjunta para determinar los eventuales riesgos anticompetitivos de las solicitudes de la Empresa Portuaria de Chacabuco y Empormontt, especialmente la posibilidad de que un mismo operador se adjudique ambas concesiones.

Por otro lado, Oxxean afirma que Empormontt no provee suficientes argumentos para justificar un umbral del 80% como restricción a la integración vertical con el futuro Concesionario del Recinto Portuario, ya que dicha propuesta desconoce la concentración de la demanda de empresas navieras y la interrelación con el Puerto Chacabuco. Añade que, además, esa solicitud es contraria a la jurisprudencia de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

este Tribunal y que Empormontt no entrega razones jurídicas ni económicas válidas que permita autorizar una integración tan alta entre usuarios relevantes y el futuro Concesionario.

Afirma que este Tribunal tiene competencia amplia para imponer medidas y señala que no es correcta la cita al Dictamen N° 1.268/2003 sobre la Solicitud de la Empresa Portuaria Talcahuano-San Vicente, la que no impuso restricciones a la integración vertical, pues dicha situación se justificó atendidas las características de dicho puerto, las que distan de la situación del Puerto de Puerto Montt. Por otro lado, la restricción a la integración vertical en un 80% es igualmente ineficaz que la ausencia de toda restricción para mitigar los riesgos derivados de la integración vertical. Esto es, genera los mismos efectos que permitir la integración vertical, por cuanto no permitirá mitigar los riesgos de una integración vertical ya que los accionistas minoritarios carecerán de cualquier poder de contrapeso en la administración de la concesionaria.

Agrega que permitir la integración vertical entre el futuro Concesionario del Recinto Portuario y sus usuarios relevantes sería altamente riesgoso para la competencia, pudiendo verificarse los siguientes riesgos: (i) discriminación arbitraria en desmedro de usuarios no integrados al Concesionario portuario (v.gr. sabotaje, que puede implementarse mediante conductas sutiles difíciles de fiscalizar); (ii) riesgo de direccionamiento de la carga por parte de un usuario relevante hacia el terminal con el cual está verticalmente integrado (lo que podría afectar a Oxxean y Caullahuapi, puertos no integrados verticalmente, especialmente respecto de Navimag); (iii) riesgo de que el usuario relevante verticalmente integrado tenga acceso a información comercial sensible de los competidores de sus relacionadas.

Atendido lo anterior, Oxxean afirma que se justifica una prohibición absoluta a la integración vertical o, en subsidio, un límite de hasta el 40%, y solo en subsidio de lo anterior, un límite máximo de un 60%. Ahora bien, en caso de imponerse una restricción a la integración vertical parcial, propone ampliar el concepto de usuario relevante a las empresas con las que participen conjuntamente mediante *joint ventures* u otras formas de asociación en el transporte de carga por vía marítima. Lo anterior, por cuanto, dichas personas podrían no tener incentivos para tratar la concesión como un negocio independiente que maximice su propio beneficio económico (produciéndose una comunidad de intereses económicos entre los quienes participan en el *joint venture* o asociaciones). Es más, Oxxean propone incluir aquellos *joint ventures* que operan en la Región de Aysén.

Respecto de la restricción a la integración horizontal propuesta por Empormontt sostiene que esta afecta solo a los puertos del grupo Oxxean sin justificación,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

generando un alcance artificialmente limitado de dicha restricción. Sostiene que si bien el mercado ha cambiado desde la emisión del Informe N° 9/2013, no solo el grupo Oxxean ingresó a él, sino también otros puertos de uso público, sin embargo, la propuesta de Empormontt, excluye a Cabo Froward, operador del principal puerto de uso público de la región (Calbuco) y controlado por GEN, permitiéndole integrarse con el futuro Concesionario. Ello porque no competiría con las mismas cargas que el Puerto Oxxean y el Puerto de Puerto Montt y que no contaría con infraestructura para otras cargas.

No obstante, dicho puerto se define como una alternativa para carga a granel y carga general. Adicionalmente, se estimaría que la industria acuícola y salmonera aumentará su importancia y que sus condiciones de competidor en transferencia de carga general (fraccionada), granel líquido y sólido quedó asentada en el Informe N° 9/2013. Por último, Oxxean destaca que Cabo Froward, sí tiene capacidad para ampliar operaciones. Por estas razones, permitir que el futuro Concesionario pueda estar integrado con Cabo Froward conllevaría la constitución de un solo actor cuyo poder de mercado sería incontrarrestable atendido el tonelaje total transferido por ambos puertos.

Además, señala que la restricción a la integración horizontal propuesta por Empormontt no tiene respaldo ni en los informes del Tribunal ni en los dictámenes de la Comisión Preventiva Central. Por el contrario, la tendencia de la jurisprudencia ha sido imponer restricciones rigurosas.

Oxxean sostiene que la restricción a la integración horizontal debe ser absoluta y aplicar a todos los puertos de uso público (sin distinción de propiedad). Adicionalmente, debería prohibirse que un mismo agente económico pueda adjudicarse simultáneamente las concesiones de Emporcha y la de esta licitación, atendido que se trata de mercados estrechamente interrelacionados, por lo que es preocupante que se contemple la posibilidad de que un mismo agente económico pueda adjudicarse ambos puertos. Y, aunque se considere que no corresponden a un mismo mercado relevante, al menos, serían mercados conexos o relacionados, por lo que podrían generarse efectos de conglomerado al ser controlados por un mismo agente económico. En este sentido, destacan la posición del MTT en relación con aplicar esta restricción a la macrozona sur del país y no solo a la Región de Los Lagos, y concluye, que tanto desde un análisis de un mismo mercado relevante o de mercados conexos, se llega a la misma conclusión respecto de riesgos a la libre competencia de la integración horizontal.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.7. Fiscalía Nacional Económica (“FNE o la Fiscalía”)

Al folio 99, aporta antecedentes la FNE. En su aporte, luego de describir el objeto de la Solicitud y la regulación vigente del sector, realiza un análisis del mercado, revisando los antecedentes relevantes de la industria portuaria en la zona y respecto de los actores portuarios.

Explica que los puertos pueden segmentarse según si son puertos de comercio exterior y cabotaje, puertos de transbordadores, puertos y terminales de cabotaje regional y otros puertos menores. A partir de dicha clasificación se refiere a los puertos ubicados en la Bahía de Puerto Montt.

Distingue entre los actores presentes en la Bahía de Puerto Montt, de la Bahía de Chincui, la comuna de Calbuco y en la Isla Grande de Chiloé e indica que la mayoría de los actores se ubica en la Bahía de Puerto Montt y Chincui. En la primera tenemos los siguientes actores:

- a. Puerto de Puerto Montt (estatal-uso público), que corresponde a: (i) un puerto de comercio exterior y cabotaje (cargas: granel sólido y líquido, contenedores en buques de mayor tamaño); y (ii) un puerto de transbordadores (transferencia de pasajeros y carga rodada mediante atención de naves Ro-Ro); y puerto de cabotaje regional (carga sector acuícola). Se excluye de cabotaje regional, a pesar de que tiene transferencia de carga fraccionada. El Puerto de Puerto Montt cuenta con dos frentes de atraque, a saber, el Muelle Comercial y el Terminal de Transbordadores.
- b. Oxxean (privado-uso público), que es un puerto de transbordadores (transferencia de pasajeros y carga rodada mediante atención de naves Ro-Ro); y puerto de cabotaje regional (carga sector acuícola).
- c. Fundación Chinquihue (privado-uso público), que es un puerto de cabotaje regional (carga sector acuícola).
- d. Terminal Detroit (privado-uso privado), que es un puerto de cabotaje regional (carga sector acuícola).
- e. Terminal Transmarko (privado-uso privado), que es un puerto de cabotaje regional (carga sector acuícola).

Mientras, a 13,5 kilómetros de Puerto Montt, en la Bahía de Chincui se encuentra el Puerto de Punta Caullahuapi (privado-uso público). Es un puerto de comercio exterior y cabotaje (cargas: granel sólido y líquido, contenedores en buques de mayor tamaño) y es administrado por Empresas Oxxean S.A.

Por su parte, en la comuna de Calbuco, se encuentra el Puerto San José de Calbuco (privado-uso público). Ubicado a 50 kilómetros de Puerto Montt, es un puerto de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comercio exterior y cabotaje (cargas: granel sólido y líquido, contenedores en buques de mayor tamaño) y puerto de cabotaje regional (carga sector acuícola). Es administrado por Portuaria Cabo Froward S.A. (filial del Grupo de Empresas Navieras) y Muelle Skretting (privado - uso público), que es un puerto de cabotaje regional (carga sector acuícola).

Por último, existen dos puertos ubicados en la Isla Grande Chiloé, estos son, Puerto de Castro (estatal-uso público), que es un puerto de cabotaje regional (carga sector acuícola), administrado por Empormontt; y Servicios Portuarios Quellón (privado-uso público), que es un puerto de cabotaje regional (carga sector acuícola).

En cuanto a las características de la carga transferida en la Región de Los Lagos, señala que respecto del tonelaje movilizado existe una predominancia de los puertos ubicados en la Bahía de Puerto Montt, Chincui y la comuna de Calbuco.

Las operaciones portuarias tienen un componente importante de cabotaje nacional (59-64%) como comercio exterior (40 - 34%) en el período 2016 a 2019. La importancia del cabotaje nacional está dada por la relevancia de la transferencia de la industria acuícola y debido a la función de conectividad que cumplen algunos puertos de la región, especialmente para abastecer zonas aisladas como la Región de Aysén y la Región de Magallanes y la Antártica Chilena. Destaca también la transferencia de carga forestal y de hidrocarburos. Sostiene que la participación de cada sector se mantuvo relativamente estable entre 2016 a 2019.

En cuanto al tipo de cargas transferidas, la Fiscalía afirma que la transferencia de graneles sólidos (fertilizantes, minerales, alimento animal y otros) predomina en el mercado y que también es relevante transferencia de graneles líquidos (principalmente hidrocarburos y *smolts* o aceite de pescado). En cuanto a la carga fraccionada, ésta estaría relacionada con el sector acuícola y los rodados a la conectividad. Observa que se presenta transferencia de contenedores de menor magnitud; no obstante, advierte un gran crecimiento de este tipo de carga entre 2016 y 2019.

La FNE plantea dos definiciones de mercado relevante, pues la propuesta de Empormontt contempla la licitación de la concesión de la administración del Recinto Portuario, del Recinto Extraportuario y de Panitao, de forma opcional.

Afirma que los servicios prestados por los frentes de atraque en el Recinto Portuario (referidos al atraque de naves y la transferencia de cargas), son esencialmente distintos de los servicios prestados por los Recintos Extraportuarios, relacionados con servicios anexos a la obtención de autorizaciones y certificaciones de Aduanas y del Servicio Agrícola y Ganadero ("SAG"), además de proveer espacios para el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

almacenamiento y acopio de carga hasta la realización de dichos trámites. Señala que los almacenes aduaneros de la región prestan servicios, mayoritariamente, a la carga movilizada por vía terrestre y no forman parte significativa de la cadena logística de transporte marítimo. Por ello, y por la distinta naturaleza de los usuarios, define un mercado relevante para los servicios asociados a los frentes de atraque (Recinto Portuario) y otro para los servicios prestados por el Recinto Extraportuario.

En cuanto al mercado relevante del producto para frentes de atraque, indica que anteriores informes de este Tribunal lo han delimitado a los servicios portuarios básicos en puertos de uso público y han centrado la atención en la carga transferida por dicho frente de atraque, así como la nave de diseño que puede atender. En este caso, el tipo de carga para el Recinto Portuario se segmenta según el frente de atraque. Así, en el Muelle comercial se transfiere carga a granel (sólido y líquido), carga contenedorizada y carga general fraccionada, mientras que, en el Terminal de Transbordadores se transfiere carga rodada.

Por su parte, respecto de la nave de diseño, indica que, también, se debe distinguir según frente de atraque. De esta forma, explica que, en el Muelle comercial no se proyectan cambios en las dimensiones por el POI, entonces la nave de diseño correspondería a aquella que puede ser atendida en el Sitio N°1 (230 m de eslora). Sin embargo, aclara que solo han recalado naves graneleras de no más de 200 metros de eslora y portacontenedores de máximo 133 metros de eslora. Atendido lo anterior, la FNE propone considerar los puertos que puedan actualmente atender naves graneleras y portacontenedores de hasta 200 metros de eslora y que potencialmente puedan atender la nave de diseño del Sitio N° 1.

En cuanto al Terminal de Transbordadores, afirma que el POI contempla cambios en sus dimensiones aumentando su infraestructura para permitirle atender una nave de 150 metros de eslora. Por lo tanto, la FNE propone considerar los puertos que puedan actualmente atender la nave del diseño de este y que potencialmente puedan atender una nave de 150 metros de eslora.

Respecto de los tipos de carga, atendida la baja sustituibilidad entre estas, la FNE afirma que el mercado debe segmentarse por cada una de ellas. Para estos efectos, se relaciona la nave de diseño con el tipo de carga, distinguiendo cuatro mercados del producto en los frentes de atraque:

- a. Para cargas de granel sólido y contenedorizada deben considerarse las restricciones de la nave de diseño del Sitio N° 1, esto es 230 metros de eslora, pues han sido las cargas transferidas por naves de mayor dimensión.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- b. Las cargas de tipo general fraccionada y granel líquido se relaciona con la industria acuícola, que en general utilizan barcazas y naves pesqueras industriales (de menor dimensión que buques graneleros o portacontenedores). Se considerará para esta carga los puertos que puedan atender naves de 60 metros de eslora.
- c. En relación con el Terminal de Transbordadores y la carga rodada, se considerará a los puertos que cumplan con la nave de diseño fijada para dicho terminal (eslora máxima 133 metros y que potencialmente puedan atender una nave de 155 metros de eslora).
- d. La atención de pasajeros de cruceros internacionales se considera un mercado independiente, en el que participan aquellos puertos que cuentan con un terminal para atención de pasajeros, pues requiere una infraestructura especial.

Ahora, respecto del mercado relevante del producto para el Recinto Extraportuario, señala que este Tribunal no se ha pronunciado anteriormente respecto de este tipo de recintos. Por su parte, Empormontt sostiene que el principal objetivo del recinto será entregar el servicio de aforo a camiones provenientes de la Isla de Chiloé con destino a Argentina o Brasil, para evitar que éstos realicen dicho servicio en el actual depósito aduanero ubicado en el Recinto Portuario, pues estaría ocasionando congestión en la ciudad de Puerto Montt y sería ineficiente en relación con los trayectos seguidos por los camiones. De esta forma, el Recinto Extraportuario sería sustituto para ciertos servicios realizados por el depósito aduanero (servicio de aforo y almacenamiento de carga).

Finalmente, y debido a la inexistencia de mayores antecedentes, propone que el mercado relevante del producto se defina como los servicios prestados en depósitos aduaneros.

Respecto del mercado relevante geográfico para frentes de atraque, la Fiscalía considera que debe delimitarse a la Región de Los Lagos (tal como lo dispuso en el Informe N° 9/2013). Sobre el efecto disciplinador del Puerto de Corral sobre el Puerto de Puerto Montt, la FNE lo considera limitado debido a la distancia que separa ambos puertos, además de la especialización del primero en transferencia de astillas, lo que no es transferido por el Recinto Portuario. También, el mercado relevante geográfico del Recinto Extraportuario debería limitarse la Región de Los Lagos, por cuanto, el principal objetivo es el aforo de camiones que exportan carga hacia Argentina y Brasil, desde la Isla de Chiloé, en la Región de Los Lagos y que el paso internacional más idóneo para dirigirse a Argentina desde la Isla de Chiloé es el Paso Fronterizo Cardenal Samoré, ubicado en la Región de Los Lagos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Finalmente, la FNE concluye como definición de mercado relevante para el Recinto Portuario, el de la provisión de servicios portuarios básicos, segmentados en transferencia de granel sólido, granel líquido, contenedorizada, general fraccionada y rodada, así como la recepción y atención de pasajeros de cruceros internacionales, efectuados todos en la Región de Los Lagos. Los puertos debiesen tener capacidad de atender naves portacontenedores o graneleras de las dimensiones atendidas por el Muelle Comercial y que potencialmente pudieran atender su nave de diseño o la capacidad de atender naves transbordadoras de las dimensiones consideradas por el Terminal de Transbordadores tras la ejecución del POI, en caso de carga rodada. En el caso de la carga fraccionada y de granel líquido se considerarán los puertos de uso público que sean capaces de atender naves de la industria acuícola de 80 metros de eslora.

Mientras que la definición de mercado relevante para el Recinto Extraportuario corresponde a los servicios ofrecidos por depósitos aduaneros de la Región de Los Lagos.

En cuanto a la oferta, la FNE sostiene que el Puerto de Puerto Montt tiene competencia en todos los servicios ofrecidos, salvo en la atención de cruceros. Con todo, respecto de este último, existiría presión competitiva desde Caullahuapi, producto de una potencial entrada, lo que mantendría bajo el nivel de tarifas. En particular, en el segmento de naves graneleras y portacontenedores, si bien San José de Calbuco y Caullahuapi no pueden atender la nave de diseño del Recinto Portuario (por déficit en longitud de eslora permitida), sus capacidades para recibir naves de mayor calado y manga que éste, les permiten recibir naves con mayor arqueado bruto. Así, estos puertos pueden alcanzar mayores economías de escala y debiesen considerarse en dichos mercados como potenciales competidores. Añade que San José de Calbuco tiene participación predominante en granel sólido y que Caullahuapi es líder en contenedores.

En rodados, sostiene la FNE, la competencia es solo Puerto Oxjean, el que ha sido líder tanto en el número de vehículos como en toneladas de carga rodada, con participaciones relativamente estables.

Por su parte, en carga fraccionada, la competencia es con casi la totalidad de puertos de uso público en la región (siete en total), pues varios se especializan en la atención de este tipo de carga debido a la magnitud del mercado acuícola. Por lo tanto, se presentan participaciones menos concentradas, en donde el Recinto Portuario tiene la menor participación. Mientras, el granel líquido solo es atendido por el Recinto Portuario, Punta Caullahuapi, Puerto Castro y Calbuco, siendo este

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

último líder, ahora bien, si no se considera contrato de hidrocarburos que Calbuco tiene con Copec, el líder sería el Recinto Portuario.

Sobre el Recinto Extraportuario, la FNE señala que los depósitos aduaneros autorizados en la región corresponden al de Empormontt y a Caullahuapi de Oxxean. Ambos están insertos dentro de sus respectivos recintos portuarios. En términos de tamaño, se desconoce cuántos metros cuadrados utiliza el depósito de Empormontt, mientras que el de Caullahuapi tendría 8.480 metros cuadrados y el futuro Recinto Extraportuario tendría una superficie mínima de 2.000 metros cuadrados. En cuanto a los servicios, Empormontt señala que corresponderían a todos los despachos aduaneros de cargas de exportación que son transportados por vía terrestre hasta las Regiones de Los Lagos y la Araucanía, y ocasionalmente la Región del Bío- Bío. También presta servicios de almacenaje de cargas, servicio de mezclas de fertilizantes, servicio de romaneo y recepción de pasajeros y tripulantes que arriban a la zona en cruceros de tráfico internacional. Y, la FNE aclara que en Caullahuapi, el recinto está habilitado también para prestar los mismos servicios.

Con todo, no se cuenta con información respecto de si la totalidad o solo algunos servicios se trasladarán al Recinto Extraportuario, y que el único antecedente disponible respecto de los servicios que prestará es que la mayor parte de los demandantes de estos servicios no serían usuarios del Puerto de Puerto Montt, sino que correspondería a carga originada en Chiloé con destino de exportación y transportada por camiones. Existirían, por tanto, solo dos operadores y los servicios del recinto extraportuario no estarían relacionados en gran medida con el transporte marítimo ni los servicios portuarios.

En cuanto a los principales usuarios del Puerto de Puerto Montt, la FNE sostiene que la mayor participación a nivel regional es Copec, como usuario final, la que posee contrato de largo plazo con Puerto San José de Calbuco. El segundo es Navimag Ferries, dedicado a la transferencia de carga rodada entre las Regiones de Los Lagos, Aysén y de Magallanes y la Antártica Chilena. En la Región de Aysén, Navimag y sus relacionadas movilizarían la totalidad de la carga rodada por vía marítima entre esta región y la Región de Los Lagos. Asimismo, extenderían dicho control entre la Región de Los Lagos y la Región de Magallanes y la Antártica Chilena. De esta forma, los principales usuarios del Puerto de Puerto Montt serían Navimag y sus relacionadas, mientras que, si se desagrega la carga, Navimag y sus relacionadas serían usuarios relevantes del Terminal de Transbordadores con participaciones entre el 70 y 80% (2016-2019). En el segmento de agenciamiento,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

también Navimag tiene una participación relevante, equivalente a su participación como usuarios.

La FNE sostiene que, si bien la información disponible no permite observar altas participaciones en la demanda total por transferencia de carga en la región, esta participación se encuentra más concentrada a nivel del puerto a licitar y muy concentradas si se analizadas a nivel de tipo de carga.

Sobre las barreras de entrada a este mercado, la Fiscalía indica que existen sectores aptos para desarrollar proyectos portuarios, por lo que ello no operaría como barrera de entrada (Informe N° 9/2013). Mientras, la capacidad ociosa de los puertos de la región constituiría una barrera a la entrada adicional para potenciales operadores de infraestructura portuaria. De esta forma, en el Puerto de Puerto Montt existiría capacidad ociosa al contar con una capacidad de transferencia de dos millones de toneladas anuales, la que recién se alcanzaría en el año 2040 (considerando una proyección optimista). Los demás puertos de la región si bien transferirían carga a un nivel cercano a su potencial, tienen capacidad de expandirse y aumentarla. Añade que la falta de oportunidad en el ingreso de nuevos competidores a causa de los plazos involucrados en la solicitud, estudios de impacto ambiental y construcción del puerto, también debe ser considerado como barrera (Informe N° 9/2013). Se suma a lo anterior, los costos de entrada para un potencial entrante en la región, los que serían mayores si se considera ingresar a la categoría de puerto de comercio exterior o de transbordadores en comparación de un puerto de cabotaje regional. En conclusión, si bien existen bahías aptas para construcción de nueva infraestructura, los elementos antes señalados se erigirían como una barrera de entrada, existiendo menores costos si es un puerto de cabotaje regional.

A continuación, la FNE se pronuncia sobre las condiciones de competencia incluidas en el borrador de las Bases. En primer lugar, se refiere al POI, indicando que en este borrador se contempla la concesión del Recinto Portuario (que, a su vez, considera un proyecto opcional, Panitao) y el Recinto Extraportuario. Afirma que Empormontt sostiene que el propósito de la licitación es considerar ambas concesiones como un solo negocio y que para cumplir lo dispuesto en la Ley de Puertos, la empresa portuaria realizará dos concesiones por separado, pero que se adjudicará a un solo oferente.

El borrador de las Bases contempla dos POI que definen las obras e instalaciones que deberán ejecutar e incorporar el Concesionario. Sin embargo, la Fiscalía no recomienda la licitación conjunta, pues reduciría el número de potenciales interesados. Lo anterior, por cuanto aquellos que solo están interesados en una concesión, no participarán en la licitación por los dos recintos. De esta forma la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitación por separado hace previsible un aumento de participación. Adicionalmente, indica que Empormontt no ha podido justificar suficientemente la necesidad de realizar las licitaciones de forma conjunta y que realizar la licitación conjunta extiende los requisitos de experiencia en frentes de atraque a la administración del recinto extraportuario, lo que resulta desproporcionado e injustificado, y excluye eventuales oferentes. En cuanto a los requisitos que deben cumplir los oferentes, señala que la exigencia de experiencia mínima de los oferentes, si bien puede considerarse proporcionalmente alta, no constituye por sí misma una restricción significativa a la participación de múltiples oferentes, pues el Puerto de Puerto Montt moviliza una magnitud de carga inferior a otros puertos que se han sometido a licitación. Ahora bien, la licitación conjunta del Recinto Portuario y el Recinto Extraportuario extiende el requisito a éste, lo que es desproporcionado e injustificado. Respecto de la limitación para los miembros del consorcio de acumular experiencias, considera que ello es coherente con lo señalado en el Informe N°18/2020 y que no afectaría significativamente la participación de posibles interesados

En cuanto al patrimonio mínimo (individual y de consorcio), la Fiscalía considera que sería un monto que no restringe por sí mismo la participación de la licitación. Mientras que la prohibición de participar en más de un consorcio evitaría la existencia de conductas coordinadas.

Respecto del plazo para presentar ofertas, explica que el plazo contenido en el borrador de las Bases se encuentra conforme con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley de Puertos, que corresponde a un plazo que favorece la competencia en el proceso licitatorio. Ahora bien, la Fiscalía recomienda establecer un cronograma claro respecto del llamado a licitación, la publicación, la venta de bases, el periodo de consultas y el plazo para recibir las ofertas.

La FNE sostiene que el índice ofertado debe incorporar la totalidad de las tarifas de servicios básicos definidas por Empormontt, siempre y cuando éstas sean homologables a toneladas de carga. Además, respecto de algunas tarifas de los servicios básicos, sugiere correcciones respecto de la unidad de medida, prevenciones respecto a tarifas que no son homologables a toneladas de carga y otras. La FNE sostiene que, de subsanarse dichas observaciones, el mecanismo de adjudicación propuesto en las bases estaría en línea con la jurisprudencia del Tribunal.

Sobre las tarifas de los servicios prestados por el Puerto de Puerto Montt, señala que el borrador de las Bases cumple con lo indicado por el Tribunal toda vez que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las tarifas de cada servicio con las que se adjudican la concesión se consideran como la tarifa máxima aplicable al respectivo servicio básico.

Ahora bien, la Fiscalía propone establecer, al menos, dos índices tarifarios, uno para el Muelle Comercial y otro para Terminal de Transbordadores, y no solo uno como propone el borrador de las Bases. Lo anterior, en la misma línea del Informe N° 11/2014 y a lo propuesto por Emporcha, en la causa Rol NC N° 468-20. En caso de que se incorporen tarifas asociadas al Recinto Extraportuario o a la transferencia de pasajeros al índice ofertado, señala que podrían crearse índices adicionales para cada unidad de negocios. Lo anterior es recomendable, pues al ser unidades de negocio independientes, mantener un único índice le permite al Concesionario favorecer algunas áreas en desmedro de otras, afectando la libre competencia y propiciando la especialización de la infraestructura a concesionar. Añade que los diferentes índices, también, protegerían a los usuarios frente a la variación de tarifas intraterminal.

La FNE está conforme con establecer tarifas máximas para servicios básicos no incluidos en el índice ofertado, por problemas de homologación. Asimismo, señala que es necesario evaluar si la fijación de tarifas máximas, para ciertos servicios incluidos en el índice ofertado, revisten especial interés de política pública, por lo que la imposición de ambas restricciones resulta razonable (ejemplo, de política pública, la conectividad de la región).

La FNE considera que las condiciones fijadas en el borrador de las Bases para evitar el cobro de tarifas discriminatorias, está en concordancia con lo señalado por el Tribunal. Lo mismo opina respecto del establecer el registro de las tarifas y un plazo posterior en el que entrarían en vigencia; la prohibición de venta atada de servicios básicos y especiales; y el registro de tarifas de servicios especiales y públicas.

En cuanto a la calidad de los servicios, señala que el borrador de las Bases cumple los criterios señalados por el Tribunal, al contar con estándares mínimos de calidad y la determinación de multas por su incumplimiento. Con todo, estaría pendiente incluir en el borrador el monto de dichas multas. Tampoco están las fórmulas que contendría el Manual de Verificación de Indicadores y las velocidades mínimas y promedio definitivas. Lo anterior es relevante que se incorpore en el borrador de las Bases para que los interesados puedan conocer oportunamente las exigencias a la que será sometido el futuro Concesionario.

En cuanto a la propuesta del Manual de Servicios de Empormontt, señala que cumple los lineamientos del Tribunal, al exigir al Concesionario fijar reglas de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

asignación, reserva y prioridad que formarán parte de las condiciones generales de prestación de los servicios portuarios en dicho manual.

En cuanto a los pagos a Empormontt, sostiene que éstos deben estar debidamente justificados y asociados a los costos que deben cubrir. Y añade que el borrador de las Bases no incluye el monto de cada uno, lo que impide un análisis más pormenorizado. Por su parte, respecto de las garantías, indica que el monto de las cuatro garantías consideradas en el borrador de las Bases no está determinado y que la empresa los estaría evaluando conforme al criterio del Tribunal, esto es, que dichos montos no superen lo necesario para cubrir el daño.

Sobre la fiscalización y entrega de información por parte del Concesionario, la Fiscalía afirma que la exigencia a los accionistas del Concesionario de entregar información se conforma con lo señalado por el Tribunal. Con todo, no es suficiente y explica que Empormontt debe fortalecer sus facultades de fiscalización, mediante el establecimiento de periodicidad en la entrega de la información, así como la desagregación de ésta, y que la información esté disponible para cualquier interesado. La FNE solicita incluir la obligación de entregar información sobre empresas relacionadas, mallas societarias y toneladas movilizadas y también el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046, Ley de Sociedades Anónimas (“Ley N° 18.046”).

En cuanto a las sanciones y multas, la FNE considera que el borrador de las Bases debería contemplar hipótesis de incumplimiento grave que conlleven el término del contrato y que debe especificarse el plazo para el pago de las multas, teniendo en cuenta que exigir el pago previo de la multa antes de resolver el reclamo ha sido considerado un requisito inconveniente por el Tribunal.

Por otro lado, destaca el mecanismo de modificación del contrato propuesto por Empormontt y la rebaja del precio para revisar el contrato. Al respecto, la FNE sostiene que no tiene objeciones respecto de admitir revisiones en menor tiempo, siempre que éstas estén motivadas en cambios de circunstancias objetivas y verificables.

Señala que el borrador de las Bases contempla que el Concesionario sea responsable de la reparación y restauración de la infraestructura incluso en caso de un evento de fuerza mayor. Con todo, el artículo 15 del Reglamento exime de responsabilidad al Concesionario, según ya se indicó en el Informe N° 18/2020.

Sobre la restricción a la integración horizontal, la FNE recomienda decretar una restricción absoluta a la integración horizontal incluyendo a todos los puertos de uso público que compiten en algún segmento con el Puerto de Puerto Montt. Lo anterior

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

debido a los riesgos de la integración horizontal, pues puede tener efectos adversos en la competencia dentro de una licitación. Estos riesgos se fundarían en que un incumbente podría internalizar los efectos de una menor intensidad competitiva en caso de adjudicarse la concesión y en que se reduciría considerablemente la presión competitiva tras la licitación (aumento de la concentración en el mercado). A continuación, la FNE muestra cómo una eventual integración horizontal aumentaría considerablemente la concentración del mercado respecto de la carga fraccionada y de la carga a granel líquido y sólido.

Sobre la restricción a la integración vertical, la FNE señala que los riesgos exclusorios y de tipo explotativos derivados de la integración vertical, han sido ampliamente reconocidos en anteriores decisiones del Tribunal. Así, los riesgos de exclusión más relevantes están relacionados con discriminación, sabotaje y obtención de información sensible de competidores. En particular, el sabotaje es una conducta difícil de identificar y fiscalizar (utilización de mecanismos sutiles para concretarla). Por su parte, los riesgos del tipo explotativo se relacionan con la posibilidad de incrementar los precios cobrados en otros segmentos de la cadena de transporte marítimo por las relacionadas con la concesionaria, en la medida que la administración del puerto les permita impedir el ingreso de nuevos competidores o la expansión de los actuales. Con todo, sostiene que existen ciertos contrapesos a su concreción: (i) reacción competitiva de Oxxean y Cabo Froward, que cuentan con posibilidad de expandir su infraestructura, y (ii) la regulación de la concesión portuaria, en la medida que Empormontt ejerza sus atribuciones de fiscalización respecto a la no discriminación en tarifas y cumplimiento de niveles de calidad.

Sin embargo, señala la FNE que Empormontt no hace referencia a las eficiencias asociadas a la integración vertical total entre el Puerto de Puerto Montt y algún usuario relevante, ni como éstas superarían los riesgos. Ello sumado a que no se cuenta con información completa para determinar participaciones de mercado y nivel de competencia, justifican una opción más prudente, esto sería, fijar el umbral de integración vertical en un 40% y, en ningún caso, sobre 60% si se estima la existencia de eficiencias. Por su parte, respecto de la definición de usuario relevante, la FNE propone eliminar de dicha definición a las empresas navieras con más de un 10% de tonelaje de carga marítima movilizada a nivel nacional.

Adicionalmente señala que se podrían considerar medidas conductuales adicionales para inhibir que el puerto sea usado para bloquear a nuevos competidores, como por ejemplo, (i) obligaciones de información a Empormontt sobre tarifas e indicadores de calidad desagregadas por cliente; (ii) restricciones a las facultades de control o influencia decisiva que puedan poseer usuarios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relevantes en la administración de la concesionaria (directamente o mediante pactos u otras convenciones con los restantes accionistas y restricciones al flujo de información comercial estratégica que pueda obtener en esa calidad).

En caso de que se establezca la restricción a la integración vertical se debe considerar en el borrador de las Bases un procedimiento de reporte de información necesaria para determinación de usuarios relevantes y un procedimiento para la enajenación de participación en caso de que se superen los umbrales de participación en la concesionaria.

Respecto del proyecto opcional en Panitao, atendido que las condiciones de competencia son menos restringidas que las del Informe N° 9/2013, sostiene que no sería necesario asignar separadamente la construcción y administración de dicho proyecto.

Adicionalmente, sostiene la necesidad de imponer resguardos complementarios que inhiban la utilización de la administración del Puerto de Puerto Montt como una barrera a la entrada, que puedan ser fiscalizados por Empormontt.

Por último, en materia de fiscalización, ejecución y cumplimiento de los resguardos estructurales, la FNE considera que la empresa portuaria puede establecer en las bases definitivas o en el contrato de concesión, reglas equivalentes a las indicadas en el Informe N° 18/2020.

II) PARTE CONSIDERATIVA

4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME

1. La Solicitud de Empormontt, adecuada conforme con lo señalado en el párrafo 2.32 de la parte expositiva, tiene por objeto que este Tribunal emita un informe de conformidad a lo exigido en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, en relación con los artículos 18 N° 7 y 31 del D.L. N° 211, respecto de los términos y condiciones bajo los cuales debe realizarse la licitación del Recinto Portuario y Recinto Extraportuario del Puerto de Puerto Montt. Lo anterior es sin perjuicio de lo que se revisará en la Sección 5.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

4. Asimismo, la citada Ley N° 19.542 establece, en el inciso segundo de su artículo 7°, que las concesiones portuarias deben otorgarse mediante licitación pública. Por lo tanto, la concesión portuaria de la infraestructura portuaria del Puerto de Puerto Montt debe otorgarse mediante un proceso de licitación pública, en el que podrán participar quienes cumplan con los requisitos establecidos en dicha ley y el Reglamento, así como en las correspondientes Bases de Licitación Definitivas.

5. En el caso de autos, atendido que no existe en la Región de Los Lagos otro frente de atraque estatal multioperado capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la concesión portuaria, y que se quiere concesionar el Recinto Portuario de forma monooperada, se cumple con los supuestos de los artículos 14 y 23 citados precedentemente para que este Tribunal emita el informe correspondiente.

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME

6. Empormontt en su Solicitud, a folio 7, pide a este Tribunal pronunciarse sobre las condiciones de competencia para la licitación del Recinto Portuario del Puerto de Puerto Montt, el Recinto Extraportuario y Panitao.

7. Con todo, como se indicó en la parte expositiva y en el párrafo 1, este Informe no se pronunciará respecto de la opción contemplada en el actual borrador de las Bases referente a Panitao, por cuanto Empormontt decidió excluirlo de la solicitud de Informe, tal como lo anunció en la audiencia pública que tuvo lugar el 14 de abril de 2021, según consta en el certificado de folio 152. Lo anterior, consta también en su minuta de alegato que rola a fojas 149.

8. En cuanto al Recinto Extraportuario, como se explica en los párrafos 87 y siguientes, este Tribunal solicitará a Empormontt que licite el Recinto Portuario y el Recinto Extraportuario de forma separada. Por este motivo, este Informe no se pronunciará respecto de la incorporación del Recinto Extraportuario en la licitación pertinente. Lo anterior, es sin perjuicio de las recomendaciones establecidas en el párrafo 100.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9. De esta forma, el objeto de este Informe será el Recinto Portuario. Éste contempla el Muelle Comercial y el Terminal de Transbordadores. El primero, corresponde a un frente de atraque multipropósito que atiende naves de carga y pasajeros (cruceros), dividido en el Sitio N° 1 (con una eslora máxima de 230 metros) y el Sitio N° 2 (con una eslora máxima de 145 metros). Por su parte, el Terminal de Transbordadores, es un frente de atraque compuesto por cinco rampas de hormigón armado de distintos niveles (con una eslora máxima de 133 metros) (Solicitud Empormontt, folio 7, p. 7 y ss.).

10. En cuanto a los POI, Empormontt sostiene que la presente licitación contemplaría una inversión total estimada de \$ 13.500.000 (trece millones quinientos mil) dólares americanos. Estos proyectos de inversión distinguen entre las zonas a licitar. De esta forma, el POI del Muelle Comercial contempla la construcción de un muelle de pasajeros flotante de 540 metros cuadrados a ubicar en el Sitio N° 1, además de la obligación de realizar las obras necesarias para regularizar el funcionamiento de las redes de aguas lluvias y alcantarillado, reponer pavimento y modificar el acceso a dicho muelle (folio 7, p. 42). Además, se contempla la construcción de un Terminal de Pasajeros de cruceros (folio 7, p. 42). En cuanto al POI del Terminal de Transbordadores, este contempla la construcción de una rampa en el Canal de Tenglo (folio 7, p. 43).

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

6. MERCADO RELEVANTE

12. Como se ha señalado en diversos informes anteriores (Informes N° 9/2013, N° 11/2014, N° 18/2020, N° 20/2021 y N° 22/2022), este Tribunal ha sostenido que, para determinar el mercado relevante en materia de licitaciones de frentes de atraque estatal, deben observarse los siguientes elementos: (i) las características

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de los puertos que serán licitados; (ii) el tipo de servicio que será prestado; (iii) el tipo de carga que se transfiere; (iv) la nave de diseño; y (vi) la zona o área geográfica.

13. Cabe mencionar que la concesión portuaria materia de autos, excluyendo el Recinto Extraportuario, ya fue sometida al conocimiento de este Tribunal con anterioridad. En efecto, en la causa Rol NC N° 408-2012, este Tribunal emitió el Informe N° 9/2013 que estableció las condiciones que debería observar la licitación del Recinto Portuario de Puerto Montt en dicha época. Sin perjuicio de la emisión de ese informe y de la voluntad de Empormontt de llevar a cabo la licitación, dicho concurso fue declarado desierto.

14. Para analizar el borrador de las Bases objeto de este procedimiento y establecer las medidas conductuales y estructurales que deberá observar el Concesionario, se definirá a continuación el mercado relevante.

6.1. Mercado relevante del producto

(i) Características del puerto que será licitado

15. En primer lugar, en cuanto a la propiedad del Recinto Portuario, la referida infraestructura es un puerto público de uso público por disposición del artículo 3° de la Ley de Puertos, es decir es de propiedad estatal y presta servicios indistintamente a cualquier usuario que lo requiera bajo ciertas exigencias de velocidades de transferencias, tiempos de espera, publicidad de tarifas, entre otras. Además, la prestación de dichos servicios constituye una actividad independiente y no accesoria al giro principal de su propietario.

16. En este sentido, como los frentes de atraque objeto de la Concesión son de uso público, solo deben considerarse dentro del mercado relevante aquellos frentes de atraque que sean de acceso abierto, es decir, aquellos que permitan la atención de terceros. Así, tal como se ha señalado en informes anteriores sobre licitaciones de recintos portuarios (v.gr., Informes N° 9/2013, N° 11/2014, N° 18/2020, N° 20/2021 y N° 22/2022), la definición del mercado relevante debe considerar todos los frentes de atraque de uso público, ya sean de propiedad pública o privada, que se encuentren localizados dentro del mercado relevante geográfico (cuya determinación se explicita más adelante), y que presten los servicios portuarios que deberá ofrecer el futuro Concesionario de la infraestructura licitada. Los frentes de atraque privados de uso privado no constituyen una alternativa o un sustituto de los terminales de uso público, toda vez que solo prestan servicios a los usuarios que ellos mismos determinan, los que usualmente corresponden a empresas con las que están relacionadas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

(ii) Tipos de servicios que se prestarán en el Recinto Portuario

18. El mercado relevante del producto comprende los servicios que podrán ser provistos por el Concesionario luego de que terminen de implementarse las obras que deben ser realizadas por éste según el POI.

19. Así, desde el punto de vista de la libre competencia, los frentes de atraque constituyen infraestructuras destinadas a prestar servicios portuarios de dos tipos: básicos o especiales. Los primeros son todos aquellos que, por las particulares condiciones de las áreas e infraestructuras objeto de la Concesión, no tienen la posibilidad de ser provistos de manera alternativa en dicho frente de atraque por parte de empresas distintas e independientes del Concesionario. En el presente caso estos consisten en los servicios básicos de muellaje a la nave, transferencia de carga, transferencia de pasajeros, atención de transbordadores y de cruceros. Los servicios especiales, por su parte, son aquellos que pueden ser prestados por empresas distintas e independientes del Concesionario y para cuya provisión no es necesaria la infraestructura que se entrega en Concesión por medio de la licitación. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de reclasificar los servicios básicos y especiales, como se describe en la Sección 9.

20. A este respecto, 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 informes posteriores también han considerado a aquellos frentes de atraque que potencialmente podrían atender la nave de diseño, manteniéndose dicho argumento en el Informe N° 18/2020 en que se consideró, además, el poder disciplinador (con algún grado de sustitución imperfecta) de puertos que atienden naves de menor tamaño.

21. Ahora bien, como se adelantó en el párrafo 9 y como se explicará en detalle en los acápites (iii) y (iv) siguientes, el Puerto de Puerto Montt es un recinto multipropósito que cuenta con dos sitios dentro del Muelle Comercial, donde se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transfiere carga contenedorizada, fraccionada y en graneles, además de atender cruceros de pasajeros; y un Terminal de Transbordadores, que cuenta con cinco rampas destinadas a atender transbordadores que transportan material rodado y pasajeros. Así, es posible concluir que se transfieren diversas cargas mediante el puerto y, por tanto, los frentes de atraque atienden distintas naves según la carga que éstas transportan. Por este motivo, primero se segmentará el análisis en los tipos de carga que transportará el Concesionario y, luego, se determinará la envergadura de las embarcaciones que éste podrá atender en cada uno de estos segmentos.

22. Establecido lo anterior, esto es, observando las naves utilizadas para cada carga, se definirán tanto el mercado relevante del producto como cargas transfiera el puerto, atendido que prácticamente no existe sustitución entre estas. Luego, se determinará el alcance geográfico del puerto y, con ello, los mercados relevantes donde incide la licitación materia de autos.

(iii)Tipos de carga que se transferirán en el Recinto Portuario

23. Un tercer aspecto para tener en cuenta al momento de definir el mercado relevante del producto es la carga que se transportará, en línea con lo indicado en los párrafos precedentes y con lo establecido en informes anteriores (Informes N° 11/2014, N° 14/2019 y N° 20/2021), donde se ha señalado que el mercado relevante debe ser segmentado de acuerdo con cada uno de los tipos de carga que el Concesionario transferirá, habida cuenta de la especialización requerida para la atención de cada una de ellas, respecto de las cuales, por lo general, no existe sustituibilidad.

24. De acuerdo con lo señalado por Empormontt en su Solicitud, el Muelle Comercial está compuesto por dos sitios multipropósito, dedicados a la atención de carga y cruceros, mientras que el Terminal de Transbordadores cuenta con cinco rampas de concreto adecuadas para atender embarcaciones con distintos niveles de marea (folio 7, p. 6 y 7). Según detalla la Solicitante, las inversiones exigidas al futuro Concesionario buscan desarrollar la infraestructura para continuar prestando estos servicios.

25. En cuanto a la participación de cada tipo de carga en el total de toneladas transferidas por el puerto, la Fiscalía identifica a nivel desagregado aquellas que se transfieren en el Muelle Comercial (pasajeros, fraccionada, graneles líquidos y sólidos, y contenedores) y en el Terminal de Transbordadores (carga rodada), como muestra la Tabla N° 1 a continuación. Indica, además, que (i) la totalidad de la carga en contenedores, graneles líquidos y graneles sólidos es transportada por el Muelle

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Comercial; (ii) el material rodado es atendido exclusivamente por el Terminal de Transbordadores; y (iii) el 81% de la carga fraccionada es transferida mediante el Muelle Comercial. Respecto de la transferencia de pasajeros que viajan en cruceros, si bien no lo señala expresamente, se entiende que la totalidad de ellos son transferidos en el Muelle Comercial.

Tabla N° 1: Carga y pasajeros transferidos en los recintos portuarios de Puerto Montt (período 2016 – 2019)

Empormontt	Pasajeros (cruceros)	Contenedores	Graneles sólidos	Graneles líquidos	Fraccionada	Rodados
Muelle Comercial	100%	100%	100%	100%	81%	0%
Terminal Transbordadores	0%	0%	0%	0%	19%	100%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: elaboración propia en base al aporte de antecedentes de la FNE (f. 99, p. 23).

26. Como se mencionó en los párrafos 9 y 24, el Muelle Comercial también atiende a cruceros internacionales, categoría de transferencia que constituye un mercado relevante adicional. En cuanto a las características que debe tener un frente de atraque para atender este tipo de naves, la FNE señala que los cruceros pueden recalar directamente en los muelles o utilizando *tenders* (folio 99, p. 26), lo que facilita la prestación de este servicio por terminales con restricciones de manga, eslora o calado.

27. La solicitud de informe realizada por Empormontt es equívoca al definir el mercado relevante de producto. En primera instancia reproduce lo señalado por ella en la consulta que dio origen al Informe N° 9/2013, donde afirma que el mercado del producto quedaría definido por los servicios básicos de transferencia de “carga general, graneles sólidos y líquidos y movimiento de cruceros” (página 35 y siguientes). Luego, indica que coincidiría con la definición hecha por la FNE y el Tribunal en dicho informe. Sin embargo, a reglón seguido desglosa el mercado en los principales productos que transfiere el puerto, sin relacionarlas al tipo de carga y la infraestructura específica que requiera cada una para su transporte.

28. En este orden de ideas, si bien la FNE menciona los productos transferidos por los puertos de la región, mantiene la definición de mercado relevante a nivel de tipo de carga, en línea con lo señalado consistentemente por este Tribunal en los informes que emite en virtud de la Ley de Puertos.

29. De esta manera, considerando la jurisprudencia asentada en materia de puertos y lo indicado por la FNE en el expediente de autos, debe considerarse en la definición de los mercados relevantes del producto a los puertos de uso público que presten servicios portuarios básicos de transferencia en relación con: (i) carga

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contenedorizada, (ii) carga fraccionada, (iii) carga de granel sólido, (iv) carga de granel líquido, (v) carga rodada, y (vi) pasajeros de cruceros.

(iv) Nave de diseño

30. La última dimensión que se debe determinar para definir cada mercado relevante del producto es el tamaño de las naves que pueden recalar en el Recinto Portuario de Puerto Montt, para cada uno de los tipos de carga definidos y para la atención de pasajeros de cruceros. Como se indicó en los párrafos 16 y 17, serán considerados como competidores de los frentes de atraque que se concesionan aquellos de uso público que sean capaces de atender la nave de diseño, o tengan la aptitud de ampliar su infraestructura para poder atenderla, en línea con el criterio que se ha adoptado en los últimos informes emitidos en materia portuaria (Informes N° 9/2013, N° 11/2014, N° 18/2020 y N° 22/2022). Respecto de este punto, como se verá a continuación, la mayoría de las naves que atiende Empormontt tienen una eslora inferior a la mayor nave de diseño de sus frentes de atraque. Esta circunstancia es importante porque refuerza la idea de que, dentro del mercado relevante del producto, deben ser incluidos no solo los frentes de atraque de uso público capaces de atender embarcaciones con la nave de diseño de Empormontt, sino que también los frentes de atraque de uso público capaces de atender las embarcaciones que efectivamente hacen uso de dicho puerto.

31. En este caso, la extensión –eslora y calado máximos– y demás características de cada uno de los sitios es disímil, teniendo cada uno la capacidad de atender a naves diferentes, por lo que no es posible establecer una única nave de diseño en el marco de la presente Solicitud. Por tal motivo, en la Tabla N°2 a continuación, se da cuenta de la capacidad máxima con la que cuentan actualmente los Sitios N° 1 y N° 2 del Muelle Comercial y el Terminal de Transbordadores.

Tabla N° 2: Tamaño de los sitios del Recinto Portuario

Recinto de Empormontt		Eslora máxima	Calado máximo
Muelle comercial	Sitio N° 1	230	10,8
	Sitio N° 2	145	9
Terminal de transbordadores		133	6,3

Fuente: Solicitud (folio 7, p. 8).

32. Con respecto a la nave de diseño del Muelle Comercial, el proyecto a desarrollar por el Concesionario no contempla un aumento en las dimensiones de eslora y calado máximos, por lo que la nave de diseño de este frente de atraque alcanza los 230 metros de eslora, 10,8 metros de calado y 35 metros de manga (según lo señalado por Empormontt a la FNE en su respuesta al ORD. N° 1941-20 de 26 de octubre 2020, según se indica a folio 99, p. 24). En cuanto al Terminal de Transbordadores, el POI, que de acuerdo con Empormontt estaría en revisión,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

considera la opción de ampliar la capacidad de este para atender naves de hasta 150 metros de eslora (Anexo VII, del borrador de las Bases, p. 65).

33. En este orden de ideas, Empormontt indicó que existen tres tipos de naves, indicadas en la Tabla N° 3, de acuerdo con los servicios que presta el puerto. Estas son naves que atienden (i) transferencia de carga, (ii) transporte de pasajeros provenientes de cruceros y (iii) transporte de pasajeros y carga por medio de naves Ro-Ro en el Terminal de Transbordadores.

Tabla N° 3: Naves de diseño según Empormontt (en metros)

	Muelle Comercial	Pasajeros	Servicios de transbordadores
Eslora de diseño	230	230	150
Calado de diseño	10,8	10,8	5

Fuente: elaboración propia en base a la Solicitud (folio 7, p. 41).

34. En cuanto a su categorización, la Solicitante señala que en el Informe N° 9/2013 se determinó que la nave de diseño correspondía a naves del tipo *panamax*. Sin perjuicio de esto, en el presente Informe se definirán distintas naves para cada una de las cargas transferidas, considerando que contarán con infraestructura específica orientada al servicio que prestan.

35. En consideración a que se otorgará una Concesión a 20 años plazo (punto 3.4 borrador de Bases) y a los POI que contempla el borrador de las Bases, es razonable proyectar que las naves de diseño se mantengan en el tiempo. De esta manera, podrán ser considerados dentro del mercado relevante de cada tipo de carga aquellos frentes de atraque de menor capacidad que la nave de diseño del Recinto Portuario, siempre y cuando el tipo de embarcaciones que atiendan representen una proporción relevante del tipo de clientes que efectivamente son atendidos por el Concesionario.

36. Este criterio fue recogido en parte por la FNE en cuanto señaló que sería pertinente considerar a puertos de menor tamaño, porque las naves con mayor eslora que han recalado en el Muelle Comercial tienen una eslora menor a la máxima permitida. En particular, señala que el buque granelero más grande que recaló en el puerto tenía una eslora de 200 metros, mientras que la nave portacontenedores más grande alcanzó los 133 metros de eslora (folio 99, p. 24). Los detalles del número de naves, su eslora promedio y la eslora máxima observada en las naves recaladas en el puerto de Puerto Montt, entre enero de 2019 y julio de 2020, se muestra en la tabla a continuación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 4: Naves atracadas en el Recinto Portuario, por frente de atraque

Frente de atraque	Tipo de carga	Eslora máxima	Eslora promedio	Número de recaladas
Muelle comercial	Contenedores	133	133	14
	Fraccionada	85	41	1.678
	Granel sólido	200	172	58
	Granel líquido	85	41	1.678
	Pasajeros	Sin información		
Terminal de transbordadores	Rodados	122	66	883

Nota: la carga fraccionada y granel líquido son reportadas por la FNE como carga acuícola (folio 99, p. 29).

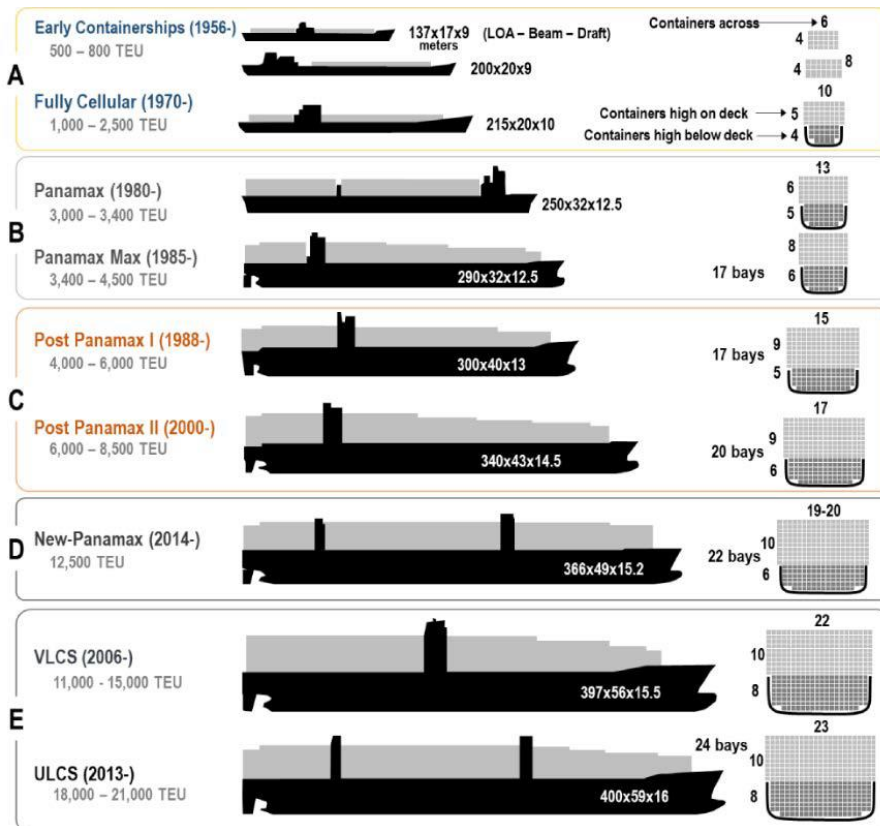
Fuente: elaboración propia en base al aporte de antecedentes FNE (folio 99, p. 24).

37. Siguiendo la definición dada en el párrafo 30, a continuación, se determinará el tamaño de la nave que deben ser capaces de atender los puertos de uso público de la región para ser considerados parte de los mercados relevantes de servicios portuarios básicos de transferencia de: (i) carga contenedorizada, (ii) carga fraccionada, (iii) carga de granel sólido, (iv) carga de granel líquido, (v) carga rodada y (vi) pasajeros de cruceros.

38. En primer lugar, en cuanto a la carga contenedorizada, la figura que se muestra a continuación detalla la evolución de las naves portacontenedores. Estas se clasifican en cinco grupos, los cuales usan como referencia -principalmente- las dimensiones del Canal de Panamá. De esta manera, las naves Clase A corresponden a los primeros buques portacontenedores; las Clase B, o *panamax*, corresponden a las naves de mayores dimensiones que podían transitar por el Canal de Panamá en su primera etapa; las Clase C, o *postpanamax*, son aquellas naves cuyas dimensiones eran mayores a las del Canal de Panamá en su primera etapa; las Clase D o *newpanamax*, que corresponden a las naves de mayores dimensiones que pueden transitar por el Canal de Panamá actualmente (ya ampliado); y las Clase E o *post-newpanamax*, son aquellas naves cuyas dimensiones son mayores a las del Canal de Panamá en la actualidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Figura N° 1: Evolución de las naves portacontenedores



Fuente: Informe N° 18/2020, párrafo 17.

39. Siguiendo esta categorización, y considerando la infraestructura de los Sitios N° 1 y N° 2 del Muelle Comercial, el Recinto Portuario tiene capacidad de atender a naves de hasta 230 metros de eslora y 10,8 metros de calado, las cuales son clasificadas como naves Clase A. Este muelle no podría atender naves de mayor tamaño, por cuanto tiene restricciones de eslora y calado que impedirían el atraque de naves Clase B y superiores. Adicionalmente, a partir de información aportada por la FNE (folio 99, p. 24), es posible afirmar que los 14 buques portacontenedores atendidos por Empormontt entre enero de 2019 y julio de 2020 tenían una eslora de 133 metros, los que corresponderían a la subcategoría más pequeña dentro de la Clase A.

40. De esta manera, se considerará como primer mercado relevante de producto a los puertos de uso público que prestan servicios portuarios básicos de transferencia de carga contenedorizada capaces de atender naves Clase A (133 metros de eslora) o superiores.

41. En segundo lugar, se debe definir el tamaño de las naves que se utilizan para transferir la carga fraccionada en el Muelle Comercial. Atendido el tipo de productos que transfiere, las naves que se ocupan tienen dimensiones menores a las máximas permitidas por el Muelle Comercial.

42. Lo anterior es recogido por la FNE que, si bien en principio define una única nave de diseño para todo el Muelle Comercial, luego establece diferencias según el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tipo de carga, en línea con la metodología que sigue este Informe. Así, detalla que *“las cargas de tipo general fraccionada y granel líquido se relacionaría en buena parte –en el caso del Puerto de Puerto Montt- con la industria acuícola, sector que, en general, utiliza barcazas y naves pesqueras industriales para el transporte de la carga, las cuales tienen menores dimensiones que los buques graneleros [que transportan graneles sólidos] o portacontenedores”* (folio 99, pp. 25 y 26). Asimismo, acompaña información que da cuenta que la eslora promedio de las embarcaciones referidas es de apenas 41 metros y que la eslora máxima entre las 1.678 embarcaciones que recalaron en el periodo examinado sería de tan solo 85 metros (ver Tabla N° 4 supra). Más aun, del total de naves atracadas, solo un 2% tenían una eslora superior a 60 metros (folio 99, p. 26)

43. En este sentido, se considerará como segundo mercado relevante del producto a los puertos de uso público que prestan servicios portuarios básicos de transferencia de carga fraccionada capaces de atender naves de 41 metros de eslora debido a que estas representan el promedio de las naves que transfirieron carga en el puerto.

44. De igual forma, y por las mismas razones indicadas previamente, se considerará como tercer mercado relevante de producto a los puertos de uso público que prestan servicios portuarios básicos de transferencia de carga a granel líquida capaces de atender naves de 41 metros de eslora.

45. En cuarto lugar, en cuanto al transporte de graneles sólidos, consta de información allegada al expediente (folio 99, p. 24), que la nave granelera más grande que ha recalado en el puerto tenía 200 metros de eslora y que la eslora promedio de las 52 naves graneleras recaladas entre enero de 2019 y julio de 2020 fue de 172 metros (ver Tabla N° 4 supra). Atendida esta información, se considerará como cuarto mercado relevante del producto a los puertos de uso público que presten servicios portuarios básicos de transferencia de carga a granel sólido, capaces de atender naves graneleras de 172 metros de eslora, y aquellas que potencialmente puedan hacerlo, debido a que dichas naves representan el promedio de las naves que efectivamente hicieron uso del Puerto de Puerto Montt.

46. En quinto lugar, en lo referido al transporte de carga rodada por medio de transbordadores, cabe recordar que el Terminal de Transbordadores cuenta con cinco rampas capaces de atender transbordadores de hasta 133 metros de eslora y que el proyecto de inversión incorpora una próxima ampliación que le permitirá atender naves de hasta 150 metros de eslora.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

47. Según consta de información aportada por la FNE, 883 transbordadores atracaron en el terminal de Empormontt entre enero de 2019 y julio de 2020. Entre éstos, la eslora promedio fue de 66 metros y la eslora máxima fue de 122 metros (ver Tabla N° 4 supra), muy cerca del máximo permitido por la infraestructura del frente de atraque. En este sentido, la FNE propone delimitar el mercado relevante del producto a la dimensión de nave de diseño del Terminal de Transbordadores, criterio que será adoptado en el presente Informe. Lo anterior por cuanto el POI relacionado con este tipo de carga hace prever que el promedio de naves atendidas en el pasado no refleja de manera adecuada la demanda que se proyecta respecto del tamaño de los transbordadores y naves tipo Ro-Ro que serán atendidas en el futuro en el Terminal de Transbordadores.

48. Atendido lo anteriormente expuesto, se considerará como quinto mercado relevante del producto a los puertos de uso público que prestan servicios portuarios básicos de transferencia de carga rodada capaces de atender transbordadores de 133 metros de eslora y que potencialmente pudiesen atender una nave de las dimensiones descritas en el POI tras la ejecución de este (naves de hasta 150 metros de eslora).

49. Por último, en relación con la atención de cruceros de pasajeros, solo sería necesario contar con un terminal habilitado para tales efectos, siendo las restricciones de eslora y calado menos relevantes en este caso por cuanto los cruceros pueden recalar en los muelles o utilizando *tenders*. Así, se considerará como sexto mercado relevante de producto a los puertos de uso público que prestan servicios portuarios básicos de atención a cruceros, sin distinción según el tamaño de éste.

6.2. Mercado geográfico

50. Respecto del mercado relevante geográfico, 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 y N° 18/2020), en este caso el Puerto de Puerto Montt. 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.

51. En este sentido, si bien Empormontt señala en primera instancia que “considera como áreas de influencia (*hinterland*) a la Región del Bío-Bío, (...) a la Región de Los Ríos; y a la Región de Aysén” (folio 7, pp. 36 y 37), también indica que el Puerto de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Corral emplazado en la Región de Bío-Bío se encuentra a 250 kilómetros de distancia, mientras los puertos de Bio-Bío y Aysén se encuentran a distancias mucho mayores “por lo que también se estima que la conectividad entre ambas zonas tampoco permite pensar en una sustitución eficiente entre los respectivos puertos.” (folio 7, p. 37) y, por tanto, concluye que “identifica al mercado relevante geográfico como aquel comprendido en la Región de Los Lagos” (folio 7, p. 38).

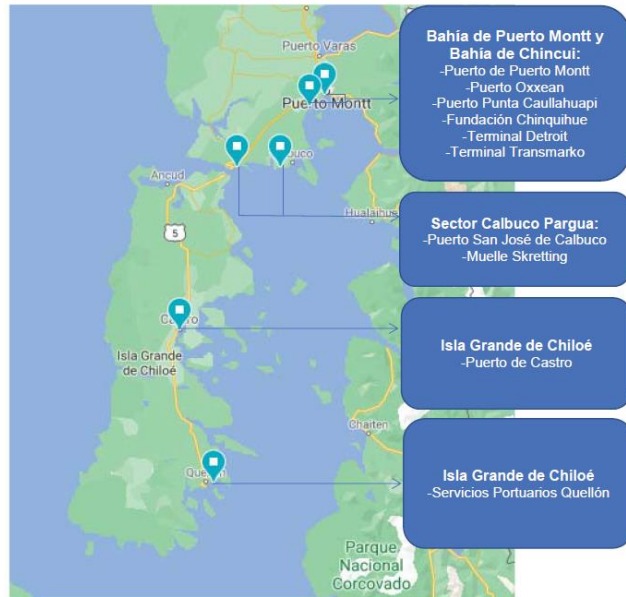
52. El aporte de antecedentes del MTT recalca que más que la distancia entre puertos debe considerarse la distancia a los centros de consumo. A pesar de esto, insinúa que el mercado relevante geográfico trascendería a la Región de Los Lagos y señala que se debiera analizar la macrozona sur, en particular solicita tener en cuenta las reglas y resguardos que se establezcan respecto de las concesiones consultadas por la Emporcha y la EPAustral.

53. A su vez, el Informe N° 9/2013 determinó que el área de influencia se limita a la Región de Los Lagos, descartando la ampliación del mercado relevante geográfico a la Regiones del Bio-Bío y a la Región de Aysén. En cuanto al Puerto de Corral, se señaló que podría ejercer una influencia disciplinadora en el transporte de carga sólida a granel, principalmente de astillas, sin perjuicio de que la Región del Bío-Bío no fue incorporada en el mercado.

54. A este respecto, la FNE se remite a lo señalado en el referido Informe N° 9/2013, delimitando el alcance geográfico del mercado a la Región de Los Lagos. La Figura N° 2 muestra todos los puertos que operan en la región. En relación con el Puerto de Corral, señala que su capacidad disciplinadora es limitada, “debido a la distancia que separa ambos *puertos, así como por la especialización del Puerto de Corral en la transferencia de astillas, las que actualmente no serían transferidas en el puerto a concesionar*” (folio 99, p. 28).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Figura N° 2: Puertos de la Región de Los Lagos



Fuente: Elaboración propia a partir de Google Maps

Fuente: Aporte de antecedentes de la FNE a folio 99, p. 17.

55. Considerando las grandes distancias existentes entre los centros de consumo atendidos por el Recinto Portuario y los puertos de las regiones aledañas a la Región de Los Lagos, éstos no pueden ser considerados sustitutos cercanos y, por tanto, el alcance geográfico del mercado relevante se circunscribe a la Región de Los Lagos. Por el contrario, en materia de conectividad, los puertos de Empormontt, Emporcha y EPAustral pueden considerarse como puertos complementarios. Esta conclusión se reafirma al considerar las dificultades existentes y el alto costo del transporte terrestre entre regiones en la zona austral del país, en particular entre la Región de Los Lagos y la Región de Aysén.

6.3. Definición del mercado relevante

56. En definitiva, el mercado relevante para los efectos de este Informe corresponde a la provisión de servicios básicos portuarios en frentes de atraque de uso público, ubicados en la Región de Los Lagos, capaces de transferir (i) carga contenedorizada en naves Clase A de 133 metros de eslora o superiores; (ii) carga fraccionada en naves de 41 metros o más de eslora; (iii) carga a granel líquido en naves de 41 metros o más de eslora; (iv) carga a granel sólida en naves de 172 metros de eslora; (v) carga rodada en transbordadores de 133 metros de eslora y que potencialmente tengan la capacidad de atender a transbordadores de 150 metros de eslora; y (vi) frentes de atraque de uso público que cuenten con terminales de pasajeros habilitados y que sean capaces de atender cruceros.

7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS RELEVANTES

57. Considerando las definiciones de mercado relevante indicadas en la sección anterior, a continuación, se analizan las condiciones de competencia imperantes en los mismos. Para comenzar dicho análisis se deben tener presente los frentes de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ataque que forman parte de los mercados definidos, los que se muestran en la Tabla N° 5. En ella se indica: (i) el puerto y su propietario; (ii) los frentes de atraque que los componen; (iii) los tipos de carga que atienden; y (iv) la nave de diseño que son capaces de atender.

Tabla N° 5: Puertos de uso público de la Región de Los Lagos que prestan servicios en los mercados relevantes

Puerto (Propietario)	Frente de atraque	Servicios	Eslora máx. (m)	Calado máx. (m)
Puerto Montt (Empormontt, objeto de este Informe)	Muelle Comercial	Graneles sólidos, líquidos, fraccionada, contenedores y pasajeros	230	10,8
	Terminal de Transbordadores	Carga rodada	133	6,3
Terminal Oxxean y Puerto Punta Caullahuapi (Oxxean)	Muelle Flotante	Graneles líquidos y fraccionada	78	8,4
	Terminal de Transbordadores	Carga rodada	150	17
	Puerto Pta. Caullahuapi	Graneles sólidos, fraccionada y contenedores	215	12,8
San José de Calbuco (Grupo Empresas Navieras S.A.)	Terminal San José	Graneles sólidos y líquidos	224	12,6
	Terminal carga general	Carga fraccionada	75	6,5
Muelle Skretting (Empresa Trouw Chile)	Terminal Marítimo	Carga fraccionada	160	10
	Muelle servicios generales		80	6,5
Servicios Portuarios Quellón (SPQ)	Sitios 5, 6 y 7	Carga fraccionada	106	6,6
	Rampa	Carga rodada	80	2,8
Puerto de Castro (Empormontt)	Muelle carga y turismo	Carga fraccionada	125	5,5
	Terminal Barcaza	Graneles líquidos y fraccionada	74	2,2

Nota: no se considera al terminal de la Fundación Chiquihue porque este solo puede atender naves de hasta 35 metros de eslora.

Fuente: elaboración propia en base al aporte de antecedentes FNE (folio 99, pp. 15 y siguientes) e Informe Económico (folio 122, p. 50).

58. Una vez determinados los puertos que participan en los mercados relevantes definidos en la sección anterior, a continuación, se examinarán las condiciones de competencia en ellos, con el fin de identificar las fuentes de presión competitiva que enfrentará el futuro Concesionario del Recinto Portuario.

59. Para estos efectos, se presenta el análisis de las condiciones de competencia en la transferencia de pasajeros y de carga en la Región de los Lagos, teniendo en consideración que solo formarían parte de los mercados relevantes aquellos terminales que atiendan naves según las características detalladas en las definiciones de los mercados relevantes.

7.1. Participaciones de mercado

60. En primer lugar, se deben mencionar los frentes de atraque de uso público que forman parte de cada uno de los mercados relevantes definidos en la sección anterior. Como se señaló, se incluye, además del Puerto de Puerto Montt, a otros puertos estatales y privados de uso público de la región, esto es, Puerto de Punta

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Callahuapi (Oxxean), Muelle Chincui (Oxxean), Puerto San José de Calbuco (Grupo Empresas Navieras S.A.), Muelle Skretting (Empresa Trouw Chile), Puerto de Castro (Empormontt) y el Terminal de Quellón (Servicios Portuarios Quellón).

61. En cuanto al mercado de carga contenedorizada, el Puerto de Punta Caullahuapi (Oxxean), cuyo Muelle Chincui admite barcos con esloras de hasta 215 metros, tiene capacidad para atender naves Clase A o superiores. Si bien San José de Calbuco atiende barcos de las mismas dimensiones que Chincui, no tiene la infraestructura necesaria para la transferencia de contenedores, motivo por el cual no transfiere dicho tipo de carga.

Tabla N° 6: Participación por toneladas de carga contenedorizada transferida

Puerto	2016	2017	2018	2019	Promedio
Empormontt	0%	[50 - 60]%	[20 - 30]%	[20 - 30]%	[20 - 30]%
Oxxean	100%	[40 - 50]%	[70 - 80]%	[70 - 80]%	[70 - 80]%
Total	100%	100%	100%	100%	100%
Concentración (HHI)	10.000	[5.000 – 6.000]	[6.000 – 7.000]	[6.000 – 7.000]	[5.000 – 6.000]

Fuente: elaboración propia en base al aporte de antecedentes de la FNE (folio 99, p. 34).

62. En la transferencia de contenedores se observa que existen solo dos actores. Además, si bien las participaciones han variado en los últimos años, se observa que, en promedio, la carga transferida por Oxxean es más del doble de la carga transferida por Empormontt.

63. Respecto al transporte de carga fraccionada, todos los terminales listados en la Tabla N° 5 tienen capacidad de atender naves de 41 metros o más de eslora. Lo anterior da cuenta de la importancia del mercado acuícola en la región, para cuyo transporte se utilizan naves de menor tamaño, lo que facilita la participación de más actores en éste, circunstancia que se ve refrendada en el índice de concentración HHI presente en dicho mercado, el cual da cuenta de un mercado medianamente concentrado (ver “Guía para el análisis de operaciones de concentración”, FNE, 2012). Ello se ilustra en la Tabla N° 7 a continuación.

Tabla N° 7: Participación por toneladas de carga fraccionada transferida

Puerto	2016	2017	2018	2019	Promedio
Empormontt	[0 - 10]%	[0 - 10]%	[0 - 10]%	[0 - 10]%	[0 - 10]%
Castro	[0 - 10]%	[10 - 20]%	[0 - 10]%	[0 - 10]%	[0 - 10]%
San José de Calbuco	[10 - 20]%	[10 - 20]%	[10 - 20]%	[10 - 20]%	[10 - 20]%
Skretting	[10 - 20]%	[20 - 30]%	[20 - 30]%	[20 - 30]%	[20 - 30]%
SPQ	[30 - 40]%	[20 - 30]%	[20 - 30]%	[30 - 40]%	[20 - 30]%
Oxxean (ambos puertos)	[20 - 30]%	[20 - 30]%	[20 - 30]%	[20 - 30]%	[20 - 30]%
Total	100%	100%	100%	100%	100%
Concentración (HHI)	[2.000 – 3.000]	[1.000 – 2.000]	[2.000 – 3.000]	[2.000 – 3.000]	[2.000 – 3.000]

Fuente: elaboración propia en base al aporte de antecedentes de la FNE (folio 99, p. 36).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

64. En relación con la transferencia de carga a granel líquido en naves de 41 metros o más de eslora, si bien el tamaño de las naves es similar al de las naves que transportan carga fraccionada, el Concesionario solo enfrentará competencia por parte de los puertos Punta Caullahuapi (Oxxean), San José de Calbuco y el Puerto de Castro, por cuanto se requiere de activos específicos para la recepción y envío de este tipo de carga. Cabe señalar que no se reporta completamente la participación de mercado del Puerto de San José de Calbuco porque éste celebró un contrato de largo plazo con Empresas Copec y, por ende, no es posible disputar una gran proporción de la carga que transfiere. En consecuencia, dicha participación no debiese considerarse dentro de la demanda futura de mercado. Así, excluyendo la transferencia de hidrocarburos del análisis, la tabla a continuación muestra las participaciones de mercado en transferencia de graneles líquidos ajustadas (folio 99, p. 35).

Tabla N° 8: Participación por toneladas de carga a granel líquido transferida (excluyendo hidrocarburos)

Puerto	2016	2017	2018	2019	Promedio
Empormontt	[20 - 30]%	[30 - 40]%	[40 - 50]%	[40 - 50]%	[30 - 40]%
Castro	[0 - 10]%	[0 - 10]%	[0 - 10]%	[0 - 10]%	[0 - 10]%
Oxxean	[60 - 70]%	[50 - 60]%	[40 - 50]%	[30 - 40]%	[40 - 50]%
San José de Calbuco	[0 - 10]%	[10 - 20]%	[10 - 20]%	[10 - 20]%	[10 - 20]%
Total	100%	100%	100%	100%	100%
Concentración (HHI)	[5.000 – 6.000]	[4.000 – 5.000]	[3.000 – 4.000]	[3.000 – 4.000]	[3.000 – 4.000]

Fuente: elaboración propia en base al aporte de antecedentes de la FNE (folio 99, p. 35).

65. La participación de mercado del puerto que será concesionado por Empormontt ha aumentado en el tiempo, llegando a representar entre el [40 – 50]% del total de los graneles líquidos transferidos en la Región de los Lagos durante el último año del que se tiene registro. Sin perjuicio de ello, es relevante destacar que los terminales de Oxxean presentan participaciones de similar magnitud a las de Empormontt y que otros actores también participan en el mercado.

66. En lo referido a la carga a granel sólida, solo los puertos de Punta Caullahuapi (Oxxean) y San José de Calbuco cuentan con la infraestructura necesaria para atender naves de 172 metros -y potencialmente 230 metros- de eslora. Si bien en la actualidad la eslora máxima permitida por ambos es levemente menor que la permitida en el Muelle Comercial de Puerto Montt, estos pueden atender naves de mayor calado (12,8 y 12,6 metros, respectivamente) y manga (37 metros), lo que posibilita que recalen en ellos naves con mayor capacidad de carga y, por tanto, mayores economías de escala.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 9: Participación por toneladas de carga a granel sólido transferida

Puerto	2016	2017	2018	2019	Promedio
Empormontt	[10 - 20]%	[10 - 20]%	[10 - 20]%	[10 - 20]%	[10 - 20]%
San José de Calbuco	[60 - 70]%	[70 - 80]%	[70 - 80]%	[60 - 70]%	[60 - 70]%
Oxxean	[10 - 20]%	[10 - 20]%	[10 - 20]%	[20 - 30]%	[10 - 20]%
Total	100%	100%	100%	100%	100%
Concentración (HHI)	[5.000 – 6.000]	[5.000 – 6.000]	[5.000 – 6.000]	[4.000 – 5.000]	[5.000 – 6.000]

Fuente: elaboración propia en base al aporte de antecedentes de la FNE (folio 99, p. 33).

67. En la transferencia de graneles sólidos se observa que el puerto de San José de Calbuco es el que tiene la mayor participación de mercado con un [60 – 70]% del promedio transferido durante los últimos años. Por su parte, Empormontt, al igual que los terminales de Oxxean, transfirieron en promedio el [10 – 20]% del total del mercado.

68. Respecto al transporte de carga rodada en transbordadores de 133 metros de eslora y que potencialmente tengan la capacidad de atender a transbordadores de 150 metros de eslora, este servicio es prestado, además, por Puerto Oxxean.

Tabla N° 10: Participación por toneladas de carga rodada transferida

Puerto	2016	2017	2018	2019	Promedio
Empormontt	[30 - 40]%	[30 - 40]%	[40 - 50]%	[30 - 40]%	[30 - 40]%
Oxxean	[60 - 70]%	[60 - 70]%	[50 - 60]%	[70 - 80]%	[60 - 70]%
Total	100%	100%	100%	100%	100%
Concentración HHI	[5.000 – 6.000]	[5.000 – 6.000]	[5.000 – 6.000]	[5.000 – 6.000]	[5.000 – 6.000]

Fuente: elaboración propia en base al aporte de antecedentes de la FNE (folio 99, p. 32).

69. En cuanto a la transferencia de rodados en embarcaciones de más de 133 metros de eslora, Empormontt y Oxxean son los únicos proveedores de dicho servicio, lo que da cuenta de que este es un mercado altamente concentrado, en el cual, en promedio las participaciones de estos puertos fueron de [30 – 40]% y [60 – 70]%, respectivamente.

70. Finalmente, en lo que respecta a la atención a cruceros, en la actualidad no existen otros frentes de atraque de uso público que provean este servicio, por lo que Empormontt actuaría como monopolista en este mercado. Sin perjuicio de ello, según lo indicado en el Informe Económico acompañado a folio 125, el Terminal Chincui de Oxxean podría inyectar presión competitiva al ser un entrante potencial, debiendo para ello invertir en mejorar la calidad del servicio de su terminal de pasajeros (folio 122, p. 56). De hecho, consta en el expediente que dicho puerto atendió un crucero de pasajeros en 2016, tal como se confirma de las respuestas a oficios ORD. N° 1686 y ORD. N° 1941-20 de la FNE (folio 99, p. 36). Sin embargo, se trata de un caso que parece aislado y que ocurrió hace más de cinco años.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

71. En línea con lo expuesto en los párrafos anteriores, y a modo de resumen, la Tabla N° 11 expone las participaciones de mercado e índices de concentración en todos los mercados relevantes dónde participa Empormontt en la provisión de servicios básicos en la Región de Los Lagos.

**Tabla N° 11: Participaciones de mercado e índices de concentración,
promedio años 2016 a 2019**

Puerto	Contenedores	Fraccionada	Graneles sólidos	Graneles líquidos	Rodados	Pasajeros (cruceros)
Puerto Montt	[20 - 30]%	[0 - 10]%	[10 - 20]%	[30 - 40]%	[30 - 40]%	100%
Oxean	[70 - 80]%	[20 - 30]%	[10 - 20]%	[40 - 50]%	[60 - 70]%	-
San José Calbuco	-	[10 - 20]%	[60 - 70]%	[10 - 20]%	-	-
Castro (Empormontt)	-	[0 - 10]%	-	[0 - 10]%	-	-
SPQ (Quellón)	-	[20 - 30]%	-	-	-	-
Skretting (Pargua)	-	[20 - 30]%	-	-	-	-
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Concentración (HHI)	[5.000 – 6.000]	[2.000 – 3.000]	[5.000 – 6.000]	[3.000 – 4.000]	[5.000 – 6.000]	10.000

Fuente: elaboración propia en base a la definición de mercado relevante y al documento “Anexo confidencial_presentacion_FNE”, acompañado en el aporte de antecedentes de la FNE (folio 99).

72. Se observa que, con la excepción de la carga fraccionada, todos los mercados relevantes donde participa Empormontt presentan un elevado nivel de concentración de mercado. Así, en todos los casos analizados el índice de concentración HHI es superior a 2.500, lo que da cuenta de mercados altamente concentrados según la “Guía para el análisis de operaciones de concentración” de la FNE (2012). No obstante, salvo por el caso de la transferencia de pasajeros que viajan en cruceros, Empormontt enfrenta competencia por parte de otros puertos de uso público en cada uno de esos mercados. Estos elementos serán tenidos en cuenta al momento de analizar la necesidad de establecer resguardos estructurales en la licitación y durante el período de Concesión.

7.2. Condiciones de ingreso y expansión de los incumbentes

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

74. En este mismo sentido, otros factores que pueden disminuir la intensidad competitiva en el mercado son la disponibilidad limitada de áreas de acopio y la congestión en las vías de acceso a los puertos, sobre lo cual no hay controversia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en autos, sin perjuicio de que no existan datos empíricos para cuantificar ello en la Región de Los Lagos.

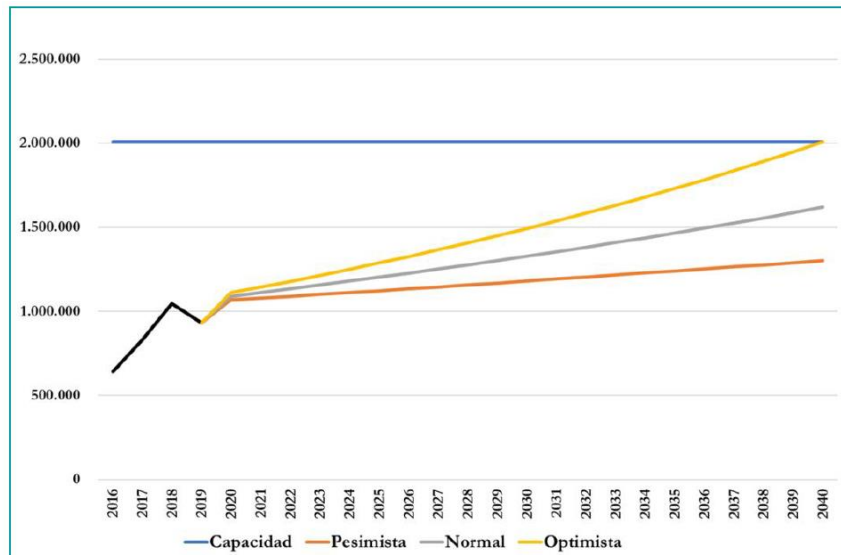
75. En cuanto a la disponibilidad de sitios o bahías para la instalación de otros frentes de atraque, Empormontt indicó en la Solicitud realizada en 2012 (véase Informe N° 9/2013, p. 40) que existirían al menos seis sectores donde se podrían emplazar recintos portuarios. Esto, sumado a la posibilidad de concesionar la construcción del Puerto de Panitao, da cuenta de que la existencia de bahías aptas para la instalación de frentes de atraque no sería una barrera a la entrada significativa en el caso de autos.

76. En todo caso, se debe tener presente que el Informe N° 9/2013 señaló que, frente a un eventual abuso de posición dominante por un incumbente, un competidor potencial no sería capaz -pese a la existencia de bahías abrigadas- de ingresar de manera oportuna y suficiente a este mercado, si se considera la especificidad de la inversión realizada y el tamaño mínimo eficiente para poder competir, en relación con la demanda del sector. En todo caso, cabe señalar que el año 2014 ingresó el Puerto Punta Caullahuapi (Oxxean), ubicado en Bahía Chincui (Informe Económico, folio 122, p. 54), proyecto del que se hizo mención en el Informe N° 9/2013 (p. 40), lo cual daría cuenta de la posibilidad de entrada de nuevos puertos a la región.

77. Respecto al exceso de capacidad que pudiera desincentivar el ingreso de nuevos competidores a la zona por la capacidad de respuesta que tendría el futuro Concesionario para hacer frente a dicha entrada, Empormontt proyecta tres escenarios al 2040, con crecimientos de demanda calculados entre un 1% y un 3% según si el escenario es conservador, moderado u optimista. Al respecto, afirma que solo en el escenario más optimista se coparía la capacidad del puerto a 2040, sin considerar mejoras en la calidad del servicio. Así, se pueden estimar holguras de capacidad para los tres escenarios al menos hasta 2039, por lo que la capacidad ociosa señalada podría actuar como un desincentivo a la entrada, conforme muestra la figura a continuación.

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

Figura N° 3: Proyecciones de demanda y exceso de capacidad



Fuente: Informe Económico, folio 122, p. 33

78. Además, según indica la Fiscalía, de acuerdo con el Plan Maestro de Empormontt, el potencial de atención del puerto licitado sería mayor, pudiendo alcanzar una capacidad total de 3,2 millones de toneladas anuales, lo que redundaría en una mayor capacidad ociosa por parte del futuro Concesionario (folio 99, p. 44).

79. Por otra parte, según indica la FNE, los competidores del Concesionario también podrían expandir su capacidad de transferencia en caso de estimarlo necesario, lo que refuerza la conclusión anterior y hace aún menos probable la entrada de nuevos competidores a los mercados (folio 99, p. 76).

80. En suma, si bien no existen antecedentes en autos que indiquen la existencia de barreras infranqueables a la entrada de nuevos competidores, existen condiciones de entrada que pueden desincentivar o retrasar el ingreso de nuevos competidores, al menos en el mediano plazo. Tales dificultades serán consideradas en el análisis de la necesidad de imponer o no límites a la integración vertical u horizontal en esta licitación. No obstante lo anterior, la existencia de capacidad ociosa es un indicador de que aún puede crecer la transferencia portuaria por parte de quienes están presentes actualmente en los mercados relevantes definidos, lo cual genera espacio para que exista mayor competencia entre los incumbentes.

8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN

8.1. Introducción

81. Tal como se señaló en los Informes N° 11/2014, N° 18/2020 y N° 22/2022, cuando se trata de asignar derechos exclusivos para la explotación de infraestructuras escasas a través de una licitación, es preciso resguardar dos ámbitos: (i) las condiciones de competencia en la licitación, o competencia *ex ante*,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 Empormontt y, finalmente, los resguardos adicionales que este Tribunal estima necesario incorporar.

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

82. 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.

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

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

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

85. 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 solo subsidiariamente por las empresas portuarias estatales. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º de la mencionada ley, la prestación de los servicios en los recintos portuarios estatales debe efectuarse por privados o con participación de éstos, y solo subsidiariamente por las empresas portuarias estatales.

86. A su vez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la dicha ley, la concesión portuaria es la única forma de entregar a los privados el uso de frentes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de atraque estatales. En este sentido, su artículo 7º establece que las concesiones portuarias se otorgarán mediante licitación pública, en las condiciones que establece el Reglamento.

Sobre propuesta de licitación conjunta del Recinto Portuario y Recinto Extraportuario

87. El borrador de las Bases consultado propone licitar en conjunto y a un mismo adjudicatario dos concesiones diferentes: la Concesión del Recinto Portuario y la Concesión del Recinto Extraportuario. En cuanto al Recinto Extraportuario, este se ubica en costado sur de la Ruta 5 Sur y tiene una dimensión de 8,35 hectáreas, cuatro de las cuales están dispuestas como apoyo logístico de recepción, acopio descubierto, servicios y oficina. Empormontt señala que sería obligación del futuro Concesionario habilitar esta área para la realización de actividades portuarias, de antepuerto y extraportuarias, contemplando una Zona de Inspección y Depósito Aduanero (Solicitud Empormontt, folio 7, p. 9). Por su parte, el POI de este recinto considera la construcción de un almacén extraportuario, que tendrá una superficie mínima de 2.000 metros cuadrados, así como su equipamiento (Solicitud Empormontt, folio 7, p. 43).

88. En particular, en el borrador de las Bases se establece que el Concesionario *“deberá constituir dos sociedades anónimas distintas pero con idénticos accionistas y participación en el capital, capital con derecho a voto y derechos en las utilidades, debiendo tener estatutos similares, los que solo podrán variar en lo que respecta al nombre, monto del capital y objeto. Cada una de esas sociedades celebrará con EMPORMONTT un contrato de concesión distinto, cuya vigencia será la misma y el término anticipado de uno provocará el término anticipado del otro”* (punto 2.5 del borrador de las Bases).

89. En cuanto a la justificación de Empormontt de diseñar un concurso dirigido a que un oferente sea a quien se le adjudican dos concesiones diferentes, la FNE afirma que la empresa portuaria solo indicó que busca que algunos de los servicios que se realizan en el puerto -como el aforo de camiones- sean prestados fuera del Recinto Portuario y así disminuir externalidades negativas. Lo anterior, a juicio de la FNE, no es suficiente para justificar la licitación conjunta, pues bastaría la habilitación del Recinto Extraportuario sin que requiera para ello administración conjunta (folio 99, p. 48).

90. Por otra parte, con el fin de cumplir con el artículo 14 de la Ley N° 19.542, el cual establece la exigencia a los concesionarios de los frentes de atraque, de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

constituirse como sociedades anónimas de giro exclusivo Empormontt propone que, aunque sea un mismo Concesionario, éste constituya dos sociedades diferentes.

91. A fin de evaluar la licitación conjunta del Recinto Portuario y el Recinto Extraportuario, primero se analizará si existe alguna exigencia normativa al efecto.

92. La Ordenanza de Aduanas establece en su artículo 56, la definición de almacén extraportuario, comprendiendo en ella, aquellos almacenes habilitados directamente por el Director de Aduanas, a petición de cualquier persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos legales, y aquellos que hayan obtenido el derecho de explotación mediante la licitación pública para el caso de recintos de depósito aduanero ubicados en inmuebles fiscales o de propiedad del Servicio Nacional de Aduanas ("SNA"). En dicho artículo se dispone, también, que un reglamento definirá las condiciones técnicas de almacenamiento, seguridad y salubridad que deberá cumplir el almacén. Este reglamento corresponde al Decreto Supremo N° 1.114, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que establece el Reglamento para la Habilitación y Concesión de los Recintos de Depósito Aduanero y el Almacenamiento de Mercancías ("D.S. N° 1.444"). Asimismo, se establecen requisitos que deben cumplir los almacenistas relacionados con: (i) giro exclusivo; (ii) idoneidad moral (no antecedentes penales); y (iii) solvencia económica. Por su parte, el artículo 57 de la citada Ordenanza, establece que las labores de almacenamiento y acopio que se realicen en los recintos portuarios que administran las empresas creadas por la Ley de Puertos, podrán ser realizadas por estas empresas o por particulares de conformidad al artículo 7° de dicha ley, mediante licitaciones realizadas por la empresa portuaria. Dichas licitaciones deberán cumplir las condiciones técnicas de almacenamiento, seguridad y salubridad que señale dicho reglamento.

93. De esta forma, el artículo 57 de la Ordenanza de Aduanas sería una excepción a lo señalado por el artículo 56 del mismo cuerpo legal, aplicable solo a las empresas portuarias y, por tanto, Empormontt sí podría realizar una licitación del Recinto Extraportuario de conformidad a lo señalado en la Ley de Puertos. En este sentido, es conveniente tener presente un pronunciamiento del Subdirector Jurídico del SNA, del año 2014, respecto de las zonas de extensión portuaria, atendidos los casos donde se ha generado la necesidad de ampliar la superficie de los puertos y que ha resultado, en ocasiones, en zonas separadas físicamente del recinto portuario, como lo sería el Zona de Extensión de Valparaíso ("ZEAL"). Sobre ellas, el dictamen señala que el artículo 53 de la Ley de Puertos define terminal o recinto portuario de forma distinta al artículo 57 de la Ordenanza de Aduanas. El primero, se enfoca en una definición desde el punto de vista geográfico y afirma que la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

definición del artículo 57, “no tiene forzosamente que coincidir” con ella. Así, concluye que, desde el punto de vista aduanero, estas zonas constituirían un recinto portuario, donde puede realizarse la labor de almacenaje junto con otras actividades u operaciones aduaneras, por lo que para realizar dichas operaciones los recintos deben habilitarse conforme a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ordenanza de Aduanas, esto es, a través de una licitación conforme a la Ley de Puertos (Oficio N° 4, noviembre de 2014. Recuperado de: https://www.aduana.cl/aduana/site/docs/20140606/20140606163924/04_14_1.pdf)

94. En síntesis, la Ordenanza de Aduanas distingue entre recintos pertenecientes al Fisco o a Aduanas y aquellos de las empresas portuarias. En el caso de los primeros es el Servicio de Aduana quien debe realizar la habilitación del recinto portuario, lo que puede ser a través de una habilitación directa o por medio de una concesión que organiza dicho servicio. En el segundo caso, son las empresas portuarias las que deben realizar la licitación, sin perjuicio de lo cual la habilitación del almacén extraportuario la realiza el SNA. Por consiguiente, Empormontt sí puede llamar a licitación por la concesión del Recinto Extraportuario. Con todo, dada la regulación de la Ley de Puertos, no es necesario un informe previo de este Tribunal para la licitación del Recinto Extraportuario, por cuanto no se enmarca en las causales contempladas en los artículos 14 y 23 de dicha ley.

95. Finalmente, de acuerdo con lo señalado en el párrafo 93, la existencia de otros casos como es ZEAL en Valparaíso (véase: <https://www.zeal.cl/acerca-de/>), muestran que no es obligatorio que ambas concesiones se liciten en conjunto.

96. Una vez asentado que la normativa aplicable no exige licitar en conjunto ambos recintos, a continuación, se examinará dicha licitación conjunta desde una perspectiva de libre competencia. Al respecto, la FNE señala que “*no es recomendable la licitación conjunta del Recinto Portuario junto al Recinto Extraportuario por los desincentivos a la competencia que produce*” (folio 99, p. 48). En específico, indica que se produce dicho desincentivo porque limita la participación de aquellas empresas que solo se interesan por una de las dos concesiones, debido a que su licitación conjunta no generaría eficiencias. Adicionalmente, la FNE sostiene que la exigencia de experiencia relativa a ser operador portuario que se solicita para adjudicarse la licitación del Recinto Extraportuario también desincentivaría la participación por esta última concesión, ya que dejaría fuera a “*eventuales oferentes dedicados a la gestión de depósitos aduaneros, pero que no cuentan con experiencia en operaciones portuarias*” (folio 99, p. 48). En consecuencia, para la FNE, lo óptimo sería separar la concesión en dos: una para adjudicar el Recinto Portuario del Puerto Montt, compuesto por el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Muelle Comercial y el Terminal de Transbordadores, y otra para adjudicar el Recinto Extraportuario destinado a la instalación de un almacén extraportuario. Según indica este organismo, *“los servicios a ofrecerse en el futuro terminal extraportuario no estarían relacionados, en gran medida, con el transporte marítimo ni los servicios portuarios”* (folio 99, p. 38). Así, la FNE entiende que *“la mayor parte de los demandantes de estos servicios no serían usuarios del puerto, sino que correspondería a carga originada en Chiloé con destino de exportación, transportada en camiones, y que requiere esos servicios para cumplir con las regulaciones aduaneras y sanitarias”* (folio 99, p. 38).

97. Por otra parte, se trata de mercados relevantes diferentes. En efecto, el Recinto Extraportuario que habilitaría el Concesionario sería una infraestructura de apoyo logístico que prestaría los servicios de *“aforo para inspección conjunta para el Servicio Nacional de Aduanas, SAG y otros servicios u organismos, cuyos funcionarios deban desarrollar labores de fiscalización”* (folio 7, p. 43). Sin embargo, el Recinto Extraportuario no puede ofrecer servicios de transferencia de carga y atención a la nave, y solo sería un sustituto para ciertos servicios realizados en el depósito aduanero de Empormontt, tales como el aforo de camiones y también el almacenamiento de cargas.

98. Según señala la FNE, *“los servicios aduaneros ofrecidos en el futuro terminal extraportuario tendrían como principal objetivo el aforo de camiones que exportan carga hacia Argentina y Brasil desde la Isla de Chiloé, en la Región de Los Lagos. El paso internacional más idóneo para dirigirse a Argentina desde la Isla de Chiloé sería el Paso Fronterizo Internacional Cardenal Samoré, ubicado 119 kilómetros al este de la ciudad de Osorno, en la Región de Los Lagos”* (folio 99, p. 28).

99. En atención a que (i) la normativa aplicable permite licitar ambos recintos en forma separada, (ii) la licitación conjunta de ambos recintos podría afectar el número de interesados en la licitación de la concesión del Recinto Extraportuario, tal como la FNE lo ha señalado, y (iii) se trata de mercados relevantes diferentes; se solicitará a Empormontt licitar el Recinto Portuario y el Recinto Extraportuario de forma separada. Para ello, Empormontt deberá realizar los ajustes necesarios a todos los instrumentos relativos a la licitación del Recinto Portuario, eliminando las referencias al Recinto Extraportuario.

100. Con todo, en el caso de que se licite el Recinto Extraportuario es recomendable seguir las siguientes directrices:

- a. No se considera necesario restringir la participación del adjudicatario de la concesión del Recinto Portuario en la licitación de la concesión del Recinto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Extraportuario. Es decir, podría adjudicarse a un único oferente la operación de ambas concesiones, para lo cual es recomendable que constituya sociedades anónimas distintas cada una de giro exclusivo, tal como se propone en el borrador de las Bases.

- b. La concesión del Recinto Extraportuario debería adjudicarse a quien ofrezca cobrar la menor tarifa a los usuarios por los servicios que ahí se presten, de conformidad a lo dispuesto en la letra e) del artículo 9° del Reglamento.
- c. Si el Concesionario del Recinto Portuario es quien se adjudica la concesión del Recinto Extraportuario, no debería discriminar ni limitar o impedir que los usuarios realicen el trámite de aforo o el almacenamiento de carga en el Recinto Extraportuario.

(ii) Modalidad de licitación y criterios de evaluación

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

102. El borrador de las Bases establece un concurso en dos etapas; la primera mediante la presentación de una “Oferta de Antecedentes Generales”, y la segunda, mediante la entrega de la “Oferta Económica”. Según lo indicado en el punto 2.1.I) del borrador de las Bases, después de un plazo de días corridos, no especificado en dicho borrador, luego de la apertura de los sobres con la “Oferta de Antecedentes Generales”, procederán a abrirse las “Ofertas Económicas”, pero solo respecto de aquellos proponentes respecto de quienes se acepte la “Oferta de Antecedentes Generales”.

103. En cuanto a la “Oferta Económica”, el borrador de las Bases presentado establece que la Concesión se adjudicará a quien presente el menor Índice Ofertado por los servicios básicos, siempre que éste no supere el Índice Máximo (“Imax”) para dichos servicios, el cual será reservado, determinado por el Directorio de Empormontt y su valor se conocerá momentos antes de abrir las ofertas económicas.

104. En caso de empate en la Oferta Económica, el borrador de Bases establece un procedimiento de desempate (punto 2.9.6) consistente en que Empormontt solicitará a cada uno de los oferentes que hayan empatado mejorar su oferta económica, formulando una oferta final, la que no podrá contener tarifas más altas que las inicialmente ofertadas, mecanismo que se repetirá hasta resolver el empate

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

o hasta que Empormontt decida desestimar todas las ofertas, declarando la Licitación desierta. Sobre esta materia, se solicitará a Empormontt incorporar en las Bases de Licitación Definitivas que de persistir el empate luego de dos rondas, deberá adjudicarse la licitación a quien ofrezca el menor índice por los servicios básicos que se prestan en el Muelle Comercial.

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

106. Sobre esta materia, el borrador de las Bases establece con claridad las causales de rechazo de las ofertas, descritas en el punto 2.9 del borrador de las Bases y el punto 2.8.1, las que parecen razonables, tal como se concluyó en el Informe N° 18/2020 y en el Informe N°22/2022.

107. En cuanto a las causales por las cuales se puede declarar desierta la licitación, el borrador de las Bases señala que ello se produciría en los siguientes casos: (i) si no se presentan ofertas (punto 2.9.1); (ii) si las ofertas económicas de los oferentes superan el lmax consignado según el punto 2.9.4 (punto 2.9.5); y (iii) si existe un empate entre las ofertas económicas y Empormontt decida desestimar todas las Ofertas, dándose por concluida la licitación y declarándola desierta (punto 2.9.6).

108. A pesar de la claridad de las causales en virtud de las cuales se puede declarar desierta la licitación, la tercera de éstas no parece razonable porque entrega excesiva discrecionalidad a la empresa portuaria y porque existe un mecanismo de desempate que se ordena ajustar en los términos del párrafo 104 *supra*.

(iii) Criterios de adjudicación

109. Como se indicó, y ha sido planteado en otras licitaciones portuarias, Empormontt propone considerar como factor de adjudicación el menor índice tarifario ofertado por los servicios básicos (“Índice de Adjudicación”) que se proveerán tanto en el Muelle Comercial como en el Terminal de Transbordadores. Asimismo, como se ha indicado, plantea un mecanismo de desempate mediante la presentación de una oferta final, sujeto a lo ordenado en el párrafo 104, y contempla un lmax, de carácter reservado.

110. El Índice Tarifario, propuesto por Empormontt, en base al cual se adjudicará la concesión del Muelle Comercial y del Terminal de Transbordadores es el siguiente:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

$$I = FMT * (\alpha * TTC + \beta * TTF + \gamma * TTG + TMC + \lambda * TMN) + (1 - FMT) * \delta * (TTR + TMCT + \lambda T * TMNT)$$

Donde:

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

FMT : Factor de Modulación Terminales según la importancia relativa de las Toneladas totales en el Muelle Comercial versus Terminal de Transbordadores.

TTC : Tarifa de Transferencia de Contenedores de 20 pies llenos o vacíos en el Muelle Comercial (US\$/TEU).

α : Ponderador de la importancia relativa de la carga contenerizada en el Muelle Comercial, multiplicado por el factor de conversión de TEUs a toneladas.

TTF : Tarifa de Transferencia de carga Fraccionada en el Muelle Comercial (US\$/Ton).

β : Ponderador de la importancia relativa de la carga fraccionada en el Muelle Comercial.

TTG : Tarifa de Transferencia de Graneles en el Muelle Comercial (US\$/Ton).

γ : Ponderador de la importancia relativa de la carga a granel en el Muelle Comercial.

TMC : Tarifa a la carga por uso del Muelle Comercial (US\$/Ton).

TMN : Tarifa a la nave por uso del Muelle Comercial (US\$/MEH).

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

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

Donde:

esli : eslora de la nave i-ésima, atendida en el Año Calendario en el Muelle Comercial.

ti : Tiempo de Ocupación de la nave i-ésima en el Año Calendario en el Muelle Comercial.

AT : Tonelaje Anual en el Año Contractual inmediatamente anterior al Año Contractual en curso en el Muelle Comercial.

δ : Factor de conversión de vehículos a Toneladas. Es decir, 1 *vehículo X Tonelada*, donde X representa las toneladas promedio que transporta un vehículo en el año de referencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TTR : Tarifa de Transferencia de Rodados en el Terminal de Transbordadores considerando un vehículo menor (US\$/vehículo).

TMCT : Tarifa a la carga por uso de muelle en el Terminal de Transbordadores (US\$/Ton).

TMNT : Tarifa a la nave por uso de muelle en el Terminal de Transbordadores (US\$/Hora de estadía), para naves de una eslora mayor a 70 metros.

λT : Factor de conversión de la tarifa cobrada en US\$/hora a US\$/vehículo, de acuerdo con la siguiente ecuación:

$$\lambda T = \frac{\sum_{i=1}^N t_i}{NV}$$

Donde:

t_i : Tiempo de Ocupación de la nave i-ésima en el Año Calendario en el Terminal de Transbordadores.

NV : Número de Vehículos en el Año Calendario en el Terminal de Transbordadores.

111. Así, las tarifas por los servicios básicos que formarán parte del Índice de Adjudicación, según el borrador de las Bases, son las siguientes: (i) Tarifa a la Carga por Uso de Muelle o “TMC”; (ii) Tarifa a la Carga por Uso de Muelle en el Terminal de Transbordadores o “TMCT”; (iii) Tarifa a la Nave por Uso de Muelle o “TMN”; (iv) Tarifa a la Nave por Uso de Muelle en el Terminal de Transbordadores o “TMNT”; (v) Tarifa de Transferencia de Contenedores o “TTC”; (vi) Tarifa de Transferencia de Carga Fraccionada General o “TTF”; (vii) Tarifa de Transferencia de Graneles o “TTG”; y (viii) Tarifa de Transferencia de Rodados o “TTR”.

112. Sin embargo, hay servicios básicos que se prestarán en el Recinto Portuario, cuyas tarifas no se incluyen en el cálculo del Índice de Adjudicación antes señalado, sino que quedan sujetas a tarifas máximas determinadas por Empormontt, tal como se señala en el Anexo II del borrador de las Bases (folio 5, p. 28).

113. Dichas tarifas excluidas son:

- a. Tarifa a la Nave por Uso de Muelle en el Terminal de Transbordadores para Naves de menos de treinta metros o “TMNT-30”
- b. Tarifa a la Nave por Uso de Muelle en el Terminal de Transbordadores para Naves entre treinta y setenta metros o “TMNT 30-70”
- c. Tarifa de Transferencia de Contenedores de cuarenta pies o “TTC-40”
- d. Tarifa de Transferencia de Contenedores Refeers de cuarenta pies o “TTCR-40”
- e. Tarifa de Transferencia de Pasajeros de Conectividad o “TPC”

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- f. Tarifa de Transferencia de Pasajeros de Turismo o “TPT”
- g. Tarifa de Transferencia Rodados Medianos o “TTR-B”
- h. Tarifa de Transferencia Rodados o “TTR-C”
- i. Tarifa de Conexión, Desconexión y Monitoreo de Contenedores Refrigerados
- j. Tarifa de Aforo o “TA”
- k. Tarifa de Romaneo
- l. Tarifa Acopio Techado
- m. Tarifa de Acopio Descubierta

114. En forma previa al análisis de Índice de Adjudicación, como se señaló en el párrafo 99, se solicitará a Empormontt que licite separadamente el Recinto Extraportuario, por tanto, deberán excluirse de esta Licitación aquellas tarifas que estén directamente relacionadas con dicho recinto.

115. Respecto del Índice de Adjudicación propuesto por Empormontt, se recibieron comentarios respecto a: (i) los servicios básicos que debieran incluirse dentro de la fórmula del Índice de Adjudicación y que no están contemplados en éste y los ponderadores a utilizar en dicho índice; (ii) propuestas de ajustes sobre tarifas específicas y (iii) la procedencia de establecer un único Índice de Adjudicación para los servicios básicos del Muelle Comercial y los del Terminal de Transbordadores, así como su regulación.

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

116. Sobre los servicios básicos incluidos en el Índice de Adjudicación y los ponderadores, surgen varias interrogantes. La primera se refiere a los servicios básicos que necesariamente deben ser parte del Índice de Adjudicación, los ponderadores de dichos servicios y los factores de homologación de estos. La segunda se relaciona con los factores de modulación de cada grupo de estos servicios, tanto para el grupo de servicios básicos que se prestarán por el Muelle Comercial como por el Terminal de Transbordadores.

117. En primer lugar, en relación con los servicios básicos incluidos en el Índice de Adjudicación y los ponderadores, la FNE propone “(...) (ii) *incluir la mayor cantidad posible de tarifas básicas en el Índice Ofertado, siempre que su inclusión no genere distorsiones en el mismo; (iii) establecer tarifas máximas para servicios básicos no incluidos en el índice ofertado; y (iv) evaluar si la fijación de tarifas máximas para ciertos servicios incluidos en el Índice Ofertado revisten de un especial interés de política pública, por lo que la imposición de ambas restricciones resulta razonable*” (folio 99, p. 60).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

118. En efecto, la FNE identifica que existen tarifas por servicios básicos que no están incluidas en el Índice de Adjudicación y, por tanto, considera que dicho Índice debiese incorporar la totalidad de las tarifas de servicios básicos definidas por Empormontt, cuando éstas sean homologables a toneladas de carga, utilizando factores para ajustar sus unidades de medida para dichos efectos (folio 99, p. 55).

119. Las tarifas no homologables a toneladas de carga, según la FNE, podrían generar una distorsión en caso de incorporarse al Índice de Adjudicación, atendido a que una amplia diferencia entre éstas y las que sí son homologables a toneladas de carga entregaría mayor discrecionalidad a los oferentes para aumentar significativamente aquellas tarifas de un orden de magnitud menor, mediante una leve disminución en aquellas tarifas de mayor orden de magnitud, sin necesidad de afectar el Índice de Adjudicación. En esa línea, la FNE sugiere utilizar factores para ajustar sus unidades de medida y así lograr que sean homologables a toneladas de carga. Agrega que respecto de las tarifas denominadas TPC (Tarifa de pasajero de conectividad) y TPT (Tarifa de Transferencia de pasajero de turismo), al no tratarse de tarifas homologables a toneladas de carga, debería prestarse especial atención al orden de magnitud de éstas con respecto a las tarifas presentes en el Índice de Adjudicación. En caso de causar distorsiones en el último, recomienda fijar tarifas máximas para estas tarifas, tal como propone Empormontt.

120. La Solicitante no justificó las razones en virtud de las cuales excluyó del Índice de Adjudicación las tarifas enumeradas en el párrafo 113 *supra*. A falta de una debida justificación por parte de Empormontt, este Tribunal considera que esas tarifas deben ser incluidas en dicho índice, salvo la Tarifa de Transferencia de Pasajeros de Conectividad (TPC) y la Tarifa de Pasajeros de Turismo (TPT), las que se justifica mantenerlas al margen por razones de conectividad, tal como señala la FNE en su aporte de antecedentes (folio 99, p. 59). Por lo anterior, se ordenará a Empormontt incluir las demás tarifas dentro del Índice de Adjudicación en las Bases de Licitación Definitivas.

121. En cuanto a los ponderadores de estos servicios, la FNE considera que deben atenerse a los criterios definidos previamente en informes anteriores de este Tribunal (folio 99, p. 56).

122. En efecto, respecto de los ponderadores de cada variable, lo esencial es que ellos reflejen la importancia relativa que tiene cada uno de los servicios básicos en el Muelle Comercial y en el Terminal de Transbordadores, respectivamente, en términos de los ingresos actuales o esperados que representa cada tipo de carga, sin que sea necesario que todos los servicios sean homologables a toneladas. Con todo, dichos ponderadores deben estar definidos en las Bases de Licitación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Definitivas de modo que, como lo plantea la FNE, no se distorsionen las ofertas llevándolas a contener tarifas disociadas con la incidencia que representan en los ingresos de la provisión de los servicios básicos.

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

124. En cuanto a los factores de modulación (FMT), el borrador de las Bases contempla su introducción por grupo de tarifas (asociadas al Muelle Comercial y al Terminal de Transbordadores). Sin embargo, no se señala cómo se determina el FMT asociado a cada grupo de tarifas. En opinión del Tribunal, el factor de modulación debe reflejar la importancia relativa del Muelle Comercial y del Terminal de Transbordadores en los ingresos actuales o esperados del Recinto Portuario, respectivamente.

125. Así, el FMT o la ponderación de las variables que componen el Índice de Adjudicación en cada terminal, no puede omitir el hecho de que el Concesionario podría obtener ingresos considerablemente mayores por la explotación del Muelle Comercial en contraste con los ingresos que obtiene por el Terminal de Transbordadores.

126. En cuanto a este último punto, el SEP coincide con la fórmula propuesta por Empormontt, de acuerdo con la cual las toneladas transferidas en el Muelle Comercial no puedan ser reemplazadas por las toneladas del Terminal de Transbordadores, constituyendo cada una de ellas un componente en la ecuación. El mecanismo anterior cumple, a su juicio, una función de resguardo de la transferencia del Terminal de Transbordadores el cual tiene una función social de conectividad. Señala que de esta manera quedarían mitigados los riesgos que pueden surgir si las ofertas, siendo similares en el valor del Índice de Adjudicación, son radicalmente distintas en la composición de tarifas del Muelle Comercial y del Terminal de Transbordadores. En este mismo sentido, los riesgos de arbitraje de tarifas entre los distintos componentes del índice del oferente que resulte adjudicado también quedarían mitigados bajo esta alternativa.

127. Dado que en este caso se trata de dos terminales distintos (Muelle Comercial y Terminal de Transbordadores), se ordenará a Empormontt que calcule el FMT incluido en la fórmula indicada en el párrafo 110 *supra*, tal como lo sugiere la FNE,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

esto es que recurra a “*la proyección del uso de cada terminal respecto del total de carga transferida para el periodo a concesionar* (folio 99, p. 56).

Propuestas de ajustes sobre tarifas específicas

128. Adicionalmente, la FNE propone corregir la unidad de medida con que ha sido definida la TMCT (Tarifa a la Carga por uso Terminal de Transbordadores), ya que esta se define en el borrador de las Bases en pesos por tonelada y se multiplica por un factor de conversión de vehículos a toneladas (folio 99, p. 55). Si se opta por utilizar una medida de pesos por rodado para esta tarifa, sugiere que debiese definirse la TMCT para algún tipo de vehículo, imponiendo tarifas básicas proporcionales para los vehículos no incorporados en el índice, tal como propone Empormontt con las tarifas TTR-B y TTR-C. Este Tribunal coincide con la FNE en cuanto a que debe corregirse la unidad de medida de la TMCT en el sentido que propone este organismo, corrección que deberá ser incorporada a las Bases de Licitación Definitivas.

129. La FNE también recomienda ajustar la TMNT (Tarifa a la Nave por Uso del Muelle en el Terminal de Transbordadores), dado que en el borrador de Bases se presenta segmentada para naves de menos de 30 metros de eslora, de entre 30 y 70 metros de eslora, y para naves de más de 70 metros de eslora. Indica que no es necesario segmentarla, dado que se trata de una tarifa de muellaje a la nave y que lo relevante es que el parámetro capture el promedio de las toneladas que se transfieren por nave en el puerto a concesionar. Este Tribunal comparte la opinión de la FNE, en cuanto a que no es necesario segmentarla dado que lo relevante es que capture el promedio de toneladas que se transfieren por nave en el Recinto Portuario. En este sentido, se ordenará que Empormontt corrija la TMNT en el sentido antes indicado.

130. El MTT, por su parte, respecto de los componentes del Índice de Adjudicación propuesto en el borrador de las Bases, señala que éste considera la Tarifa TTCR-40 para contenedor refrigerado y de forma separada la “tarifa de conexión, desconexión y monitoreo de contenedores refrigerados”, señalando que la primera puede ir acompañada con la segunda. Considera que ello no es coincidente con la definición de servicio básico, esto es, que dentro del servicio básico se incorporen todos los recursos y actividades necesarios para la prestación de éste. El Tribunal coincide con el MTT y, por ello, ordenará a Empormontt que indique expresamente en las Bases Definitivas que la “tarifa de conexión, desconexión y monitoreo de contenedores refrigerados” queda comprendida en la Tarifa TTCR-40, debiendo entonces eliminarla del Anexo II como parte del cuadro de la página 28.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sobre un único Índice de Adjudicación y su regulación

131. En cuanto al establecimiento de un único Índice de Adjudicación tanto para el Muelle Comercial como para el Terminal de Transbordadores, el MTT señala que éstos son módulos independientes operacionalmente y atienden mercados distintos, por lo que deberían regularse por separado (folio 70, p. 13). Así, propone separar en, al menos, dos subíndices que regulen las tarifas para cada unidad de negocio independiente: uno para el Muelle Comercial y otro para el Terminal de Transbordadores (como se propuso para la licitación de Emporcha), con el objetivo de evitar subsidios cruzados entre ambos. Adicionalmente, propone un tercer subíndice en relación con la transferencia de pasajeros (turismo y conectividad, considerando información histórica). Por último, considera que solo para efectos de la adjudicación de la concesión, exista una suma ponderada de los subíndices definidos.

132. La FNE, por su parte, coincide en “*subdividir el Índice Tarifario en subíndices que reflejen los servicios ofrecidos en cada unidad de negocios*”, esto es Muelle Comercial y Terminal de Transbordadores (folio 99, p. 59). Menciona que, al ser unidades de negocios independientes, un único índice permite al Concesionario favorecer algunas áreas en desmedro de otras, afectando la libre competencia y propiciando la especialización de la infraestructura a concesionar. También protege a los usuarios frente a variación de tarifas intra terminal.

133. Respecto de lo anterior, el borrador de Bases de Empormontt define un Índice de Adjudicación compuesto por dos subíndices, uno para el Muelle Comercial y otro para el Terminal de Transbordadores, ambos ponderados por el FMT.

134. Sobre lo expuesto precedentemente acerca de los índices de adjudicación, existen dos aproximaciones. La primera consiste en que solo el valor del Índice de Adjudicación constituya un límite máximo a cobrar, permitiéndose cualquier combinación de tarifas de los servicios básicos que componen el índice, siempre que éste no excediera el índice que permitió adjudicarse la concesión. El riesgo de esta aproximación es que los precios de algunos servicios aumenten sustantivamente, por la pérdida de pertinencia de las ponderaciones contenidas en la fórmula y establecidas en las bases de licitación respectivas.

135. Una segunda aproximación consiste en que cada tarifa ofrecida en el Índice de Adjudicación constituya un límite máximo a cobrar, sin que se permitan variaciones entre las tarifas. Con ello, no solo el Índice de Adjudicación, sino que cada tarifa queda como límite máximo a cobrar. Sin embargo, esta solución genera una rigidez que podría ser innecesaria y costosa cuando se trata de dar en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesión un puerto conformado por distintos tipos de muelles y terminales, como ocurre en este caso. La necesidad de lograr un equilibrio entre dar flexibilidad limitada al Concesionario, sin llegar al extremo de la rigidez que implica establecer cada tarifa como límite, puede dar lugar a soluciones intermedias.

136. Pues bien, entre las medidas que acotan los costos de soluciones extremas (plena flexibilidad o plena rigidez), se cuenta la exclusión de ciertos servicios básicos del Índice de Adjudicación, fijando precios máximos a los servicios que sean excluidos. En el caso de autos, las tarifas de servicios básicos excluidas del Índice de Adjudicación quedan sujetas a límites máximos a cobrar, lo que se indica en el Anexo II del borrador de las Bases.

137. Lo anterior resulta aceptable en la medida que la empresa portuaria justifique que un límite máximo al precio de un número acotado de servicios es necesario por razones de cobertura o de política pública y a que un precio mayor, ya sea al momento de adjudicarse la concesión, o producto de una variación una vez adjudicada, resulta inconveniente.

138. Una vez expuestas las ventajas y desventajas de las aproximaciones acerca de los índices de Adjudicación, se analizará lo propuesto por Empormontt en esta materia.

139. Este Tribunal entiende que cada uno de los subíndices del Índice de Adjudicación de la oferta ganadora pasará a ser el índice máximo a cobrar en el Muelle Comercial y en el Terminal de Transbordadores. En consecuencia, se permitirá que existan variaciones de precios al interior de cada uno de ellos, manteniéndolos como límite máximo a cobrar, como se revisará en la Sección 9. Así, la introducción de subíndices dentro del Índice de Adjudicación tiene sentido cuando se permiten variaciones de precios al interior de cada subíndice. Si cada tarifa propuesta quedara fijada al valor de la oferta, no tiene sentido disponer de subíndices. Como se expuso, el beneficio de contar con subíndices, cada uno referido a productos estrechamente vinculados, evita una estructura de precios que finalmente implique subsidios cruzados entre servicios diferentes, como los que en este caso se otorgan en el Muelle Comercial y el Terminal de Transbordadores (v.gr., desde transporte de pasajeros a transferencia de contenedores).

140. En conclusión, respecto del Índice de Adjudicación, este Tribunal solicitará que se considere un único Índice de Adjudicación, ponderando ambos subíndices, los que deben incluir la totalidad de los servicios básicos que se prestaran en el Muelle Comercial y en el Terminal de Transbordadores, respectivamente, con excepción, de aquellas que se indican en el párrafo 120 de este Informe y que dicen relación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con tarifas de pasajeros por conectividad y de turismo. Solo de esta manera se incentiva una competencia por la cancha o *ex ante* que garantice las menores tarifas por cada servicio básico *ex post*. Para ello, Empormontt deberá realizar todos los ajustes de los ponderadores que estime necesarios, considerando las recomendaciones de este Informe.

141. Por último, y en relación con las tarifas incorporadas en el Anexo II del borrador de las Bases, se solicitará a Empormontt que elimine la columna “valor máximo” de la tabla incluida en dicho anexo, respecto de aquellas tarifas que se incluirán en el Índice de Adjudicación, según se ordena en el presente informe. Lo anterior, por cuanto no es necesario que se establezcan tarifas máximas por los servicios básicos conocidas por los participantes. Además, revelar los precios máximos en el borrador de las Bases, tal como aparecen actualmente en dicho anexo, es riesgoso porque se entrega una importante señal al mercado y con ello se distorsionan los incentivos a ofertar precios menores.

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

142. El borrador de las Bases contempla pagos del Concesionario a Empormontt, por concepto de derecho a explotar la concesión del Recinto Portuario (Muelle Comercial y Terminal de Transbordadores) y la concesión del Recinto Extraportuario. En el caso de este último, no se considerarán los pagos que la Solicitante deba realizar por este concepto, atendido lo señalado en el párrafo 99.

143. En el caso de los pagos por la Concesión del Recinto Portuario, el borrador de las Bases los distingue según si se pagan al momento de celebrar el contrato y aquellos que se pagan durante toda la vigencia de este. Así, esta concesión incluye un Pago Estipulado, en Unidades de Fomento (“UF”), y otro de provisión de fondos destinado a financiar programas de mitigación de trabajadores portuarios que no forma parte del pago de la Concesión, que se exigen al momento de firmar el Contrato de Concesión (punto 3.12.1 a)).

144. Respecto de estos pagos, la FNE da cuenta lo indicado por Empormontt (folio 91) y explica que este “*se justificaría en consideración a los costos y pagos por asesorías para la licitación, así como las indemnizaciones a los trabajadores de la Empresa Portuaria que se prevé dejarían de prestar servicios a partir de la fecha entrega de la concesión*” (folio 99, p. 65). Este Tribunal concuerda con la opinión de la FNE a este respecto.

145. Adicionalmente, la concesión del Recinto Portuario contempla pagos a realizar durante toda la vigencia del contrato como son: un Canon Base, un Canon Variable y el pago por Operación Eficiente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

146. En cuanto al Canon Base, su pago se determina en dólares más IVA (punto 3.12.1 b) i)).

147. Respecto del Canon Variable según indica el borrador de Bases, este “*está destinado a cubrir los mayores costos en que deberá incurrir Empormontt por concepto de fiscalización y administración del Contrato de Concesión de los Frentes de Atraque en el evento que el volumen de carga transferida en el Puerto se incremente*” (punto 3.12.1 b) iii)). En dicho borrador se añade que para el cálculo del Canon Variable anual se utilizará el volumen de carga transferido en el Muelle Comercial el año anterior, y este no se pagará durante el primer año de Concesión.

148. Por su parte, según se indica en el borrador de Bases, el Pago por Operación Eficiente está destinado a cubrir los costos fijos de Empormontt por concepto de fiscalización y administración del Contrato de Concesión, y corresponde a un monto fijo durante todo el periodo de la concesión (punto 3.12.1 b) ii)). En consecuencia, no es un cobro que se duplique con respecto al Canon Variable, y como se señala en el Informe Económico, es necesario dado que el Canon Base no sería suficiente “*para financiar la administración eficiente de la empresa pública y la Administración del Contrato de Concesión*”. Por este motivo este Tribunal no reparará en su cobro.

149. Tanto el Canon Base como el Canon Variable se consideran parte del Canon Anual a pagar a Empormontt.

150. El inciso tercero del artículo 7º 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. Lo mismo se señala en el inciso primero del artículo 6º del Reglamento, en donde se establece que el pago anual equivalente mínimo por concepto de renta o canon para el período de un año, se rige por la siguiente fórmula:

$$PAm_i = SVA_i \times r_i$$

Donde:

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

SVA_i = monto correspondiente a la suma del valor económico para el año i de los activos de Empormontt correspondientes al frente de atraque (a que se refiere el Anexo IV del borrador de las Bases) expresado en US\$.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

151. 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.

152. Adicionalmente, el borrador de las Bases contempla la posibilidad de aumentar el Canon Anual a pagar a Empormontt en caso de que se incorpore el Recinto Portuario Panitao a la Concesión. Sin embargo, de acuerdo con lo señalado en la Sección 5, se solicitará a Empormontt eliminar el punto 3.12.1 b) iv) de las Bases de Licitación Definitivas, ya que dicha área no formará parte de la Concesión.

153. La Concesión del Recinto Extraportuario, por su parte, contempla solo pagos durante la vigencia de la concesión. Estos son el pago por Canon Anual y un pago por Reembolso de Contribuciones y Seguros. Sin embargo, atendido lo establecido al párrafo 99, Empormontt deberá eliminar dichos pagos de esta Licitación.

154. Por otro lado, ninguno de los pagos mencionados anteriormente para la concesión del Recinto Portuario, tiene su monto estipulado o determinado en el borrador de las Bases, por lo que no son conocidos aún. Como lo ha señalado el Tribunal en los Informes N° 4/2009, 5/2009 y 6/2009, estos pagos deben especificarse en las Bases de Licitación Definitivas y estar razonablemente asociados a los costos en los que incurrirá la empresa portuaria.

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

156. Al respecto, en el borrador de las Bases se explica que este canon tendría como referencia el valor de reposición de los activos objeto de la Concesión y, en consecuencia, cumpliría con lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Adicionalmente, en el borrador de las Bases, su Anexo XII contiene el procedimiento, los datos y parámetros asociados al cumplimiento al referido artículo 6°.

157. Respecto del Canon Anual, es relevante considerar la propuesta del SEP, en orden de modificar la tasa de rentabilidad considerada para calcular el pago anual equivalente mínimo anteriormente visto. En efecto, sostiene que una inadecuada determinación de dicho canon puede: (i) capturar valor por parte de los concesionarios de los frentes de atraque; (ii) desincentivar la realización de procesos licitatorios puesto que el valor de la empresa portuaria respectiva puede caer producto de la concesión; y (iii) generar asimetría competitiva en procesos licitatorios paralelos (proyectos con o sin inversiones) (folio 77, pp. 6 y ss.).

158. Específicamente, el SEP afirma que es conveniente que el valor de los activos utilizados para el cálculo del canon sea el costo de reposición de los mismos, pero que la tasa de rentabilidad que ellos generarían pueda aproximarse al valor de una tasa WACC (por las siglas en inglés de “costo promedio ponderado de capital”), y que ella sea especialmente calculada para empresas portuarias estatales. A juicio del SEP, dicha tasa mediría de mejor forma el costo de oportunidad de los recursos invertidos, cumpliéndose así el objetivo del canon portuario. Asimismo, señala que este cambio no tiene efectos en contratos de concesión vigentes, fortalece la argumentación sobre la adecuada fijación del canon y se alinea con los objetivos de la Ley de Puertos y con Informes del Tribunal (folio 77, pp. 6 y ss.).

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

160. Que, como se observa, la autorización contemplada en dicho inciso corresponde al valor dado para la suma de los activos (“SVAi”) y que, para llegar a un canon de arrendamiento concordante con un valor económico, ellos deben necesariamente calcularse en base a la tasa de rentabilidad que generarían desde un punto de vista económico, esto es, reflejando su costo de oportunidad. De esta manera, aunque no existe una referencia a esta tasa de rentabilidad (“ri”) y en principio no podría modificarse dicha parte de la fórmula, el SEP ha dado cuenta de un problema que se observa respecto de “ri” ya que, los pagarés reajustables del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Banco Central de Chile dejaron de emitirse y se siguen transando con tasas que no darían cuenta del costo de oportunidad de los recursos invertidos en la infraestructura que se traspasa al Concesionario (folio 77, p. 6). Naturalmente, no es posible aceptar un canon negativo, pues no es concebible que los activos realmente tengan un costo de oportunidad negativo (i.e., que su mejor alternativa es desvalorizarse), lo que podría redundar en distorsiones en el valor económico de los activos que el canon anual pretende reflejar. Esto último justificaría una interpretación armónica de dicha norma por cuanto, tal como ésta declara, el canon anual es el monto de las rentas por el uso de los activos objeto de la concesión y debe tener "(...) *como referencia para tal efecto el valor económico de los mismos*". De este modo, se puede inferir que la autoridad, al momento de establecer el inciso citado, buscó evitar que la valorización de los activos que se entregan en concesión quedara desactualizada. Lo mismo ocurriría si se aplicara de forma literal la definición de "ri", por lo que, para evitar una interpretación al absurdo de la norma, se debería aplicar respecto de esa parte de la fórmula la misma facultad contemplada para "SVAi", permitiéndose que la empresa portuaria utilice un valor distinto justificado en un estudio técnico.

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

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

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

163. Al respecto, y tal como ya se ha señalado en informes anteriores (v.gr. Informe N° 22/2022; Informe N° 18/2020; Informe N° 11/2014), es indispensable que tanto la capacidad de la infraestructura a concesionar como los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes se encuentren predefinidos con claridad y precisión en dicha Memoria Explicativa. De esta manera, la competencia por tarifas que se propone en este informe se producirá entre servicios de calidad y características de infraestructura equivalentes, y con ello los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

164. Como se ha señalado anteriormente, el área otorgada en Concesión corresponde a la superficie conformada por el Recinto Portuario el cual contempla, a su vez, el Muelle Comercial y el Terminal de Transbordadores. El primero, corresponde a un frente de atraque multipropósito que tiene dos sitios, uno para atención de naves de carga y pasajeros y otro para cruceros. Por su parte, el Terminal de Transbordadores, es un frente de atraque compuesto por cinco rampas de hormigón armado de distintos niveles.

165. Respecto de la inversión total a realizar, ésta se estima en \$ 13.500.000 dólares americanos. Los proyectos de inversión se diferencian según las zonas a licitar. En primer lugar, el POI del Muelle Comercial contempla la construcción de un muelle de pasajeros flotante de 540 metros cuadrados a ubicar en el Sitio N° 1, además de la obligación de realizar las obras necesarias para regularizar el funcionamiento de las redes de aguas lluvias y alcantarillado, reponer pavimento y modificar el acceso a dicho muelle (folio 7, p. 42). Además, se contempla la construcción de un Terminal de Pasajeros de cruceros en el Muelle Comercial (folio 7, p. 42). En cuanto al POI del Terminal de Transbordadores, este contempla la construcción de una rampa en el Canal de Tenglo (folio 7, p. 43).

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

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

168. Al respecto, el SEP sostiene el *“programa de inversiones obligatorias no considera pago de valor residual. Teniendo presente que el inicio de la concesión será en el primer trimestre de 2022 , las obras deberán ejecutarse y encontrarse operativas en los siguientes plazos: i) las inversiones para el Muelle Comercial y para el Terminal de Pasajeros de Crucero: dentro del plazo de 2 años desde la fecha de entrega; ii) las inversiones requeridas para el Terminal de Transbordadores:*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dentro del plazo de 3 años desde la fecha de entrega, y; iii) las inversiones requeridas para Recinto Extraportuario deberán ejecutarse y encontrarse operativas dentro del plazo de 4 años desde la fecha de entrega. En opinión del SEP, la magnitud de estas inversiones obligatorias resulta coherentes con el modelo de negocio, tamaño y resultados que ha mostrado la Empresa en últimos años; registrando una relación Inversión / Patrimonio igual al 60%; Inversión / Activo Fijo igual al 57% y Relación Inversión-Ingresos 2019 del orden de 1,89 veces. El SEP considera que el futuro concesionario deberá tomar todas las medidas necesarias para asumir íntegramente la explotación y operación del Frente de Atrache en la fecha de entrega, sin que se produzcan interrupciones importantes en las operaciones de dicho Frente” (folio 77, p. 8).

169. Respecto de que Empormontt no pague el valor residual de las inversiones obligatorias que realice el Concesionario, se considera que ello es un desincentivo a la participación en el concurso. Por este motivo se solicitará a Empormontt que elimine esta frase en el punto 3.6.5 del borrador de las Bases o establezca un límite a pagar por este concepto en las Bases de Licitación Definitivas.

Exigencias en materia de plazos

170. Por otra parte, 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 información que es esencial para participar. En el mismo sentido, la FNE ha señalado que recomienda establecer un cronograma claro respecto del llamado a licitación, la publicación, la venta de bases, el periodo de consultas y el plazo para recibir las ofertas (folio 99, p. 51).

171. A este respecto, el borrador de las Bases establece en el punto 2.1, que el llamado a licitación se realizará conforme al citado artículo 7° del Reglamento, y que la venta de las bases se realizará desde el llamado a licitación hasta 90 días corridos antes de la recepción de las ofertas. Se indica también que dicho artículo establece que el período de venta de bases debe extenderse al menos por 15 días después de la publicación del último aviso en el diario de circulación nacional.

172. No obstante lo anteriormente expuesto, en el citado borrador no se especifica la fecha del llamado a Licitación; el período para formular consultas, la fecha de presentación de ofertas ni apertura de la “Oferta Antecedentes Generales”. Tampoco se indica el plazo para la revisión del cumplimiento de dichos antecedentes generales, la fecha de apertura de las Ofertas Económicas, el período de posibles visitas a terreno, si es que fuera necesario, ni la fecha de firma del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contrato. Todas estas omisiones deben ser consideradas en las Bases de Licitación Definitivas, por lo que se ordenará a la Solicitante incorporarlas.

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

Exigencias en materia de experiencia y patrimonio mínimo

174. El punto 2.7.1 del borrador de las Bases indica la experiencia mínima que deberá tener el Oferente o alguno de sus miembros, en caso de un consorcio, como operador portuario o empresa de muellaje. Esta deberá de ser de cinco años, y haber transferido, al menos, 500.000 toneladas en los últimos 15 años. Asimismo, se detallan las formas de cumplir y acreditar la experiencia en el borrador de Bases consultado.

175. El patrimonio mínimo que deberá acreditar el oferente, según el borrador de las Bases, es de US\$7.000.000 (siete millones de dólares), dados los compromisos y obligaciones que implica la ejecución de los POI y el desarrollo y explotación de la Concesión (punto 2.7.2).

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

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

178. Tal como se ha sostenido en otras oportunidades (v.gr. Informes N° 10/2014; N° 11/2014; N° 18/2020 y N° 22/2022), las exigencias en materia de experiencia y de patrimonio no deben ser desmedidas pues, de serlo, podrían constituir un desincentivo a la entrada de nuevos participantes o interesados en la concesión.

179. Respecto de la exigencia de experiencia, la FNE sostiene que *“si bien la experiencia exigida podría ser considerada proporcionalmente alta, no constituiría por sí misma una restricción significativa a la participación de múltiples oferentes, pues el Puerto de Puerto Montt moviliza una magnitud de carga inferior a otros puertos que se han sometido a procesos de licitación portuaria”* (folio 99, p. 50). No

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

obstante, añade que, dado que se tratará de una licitación conjunta entre la Recinto Portuario y el Recinto Extraportuario, se le traspasará a este último la exigencia de experiencia relativa a operar recintos portuarios, lo que, a su juicio, es desproporcionado e injustificado. Este Tribunal concuerda con la opinión de la FNE, pero dicho problema se soluciona con la separación de ambas licitaciones, tal como se propone en el párrafo 99.

180. Según calcula la FNE, la exigencia de transferencia mínima exigida para participar en la licitación es un [40%-50%] de lo transferido en el Puerto de Puerto Montt entre el 2016 y 2019 (folio 99, p. 50).

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

182. Al igual que en otros informes (v.gr. Informe N° 18/2020 e Informe N° 22/2020), se considera razonable, en este caso, que el borrador de las Bases no permita sumar las experiencias de los miembros de un eventual consorcio, ya que ello no debiera afectar la participación de potenciales oferentes. Tal como afirma la FNE, la restricción “*no afecta significativamente la participación de posibles interesados*” (folio 99, p. 50).

Garantías

183. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento, Empormontt debe contemplar en las bases de licitación que elabore, garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento de contrato, estableciendo que la primera no puede ser inferior al costo de desarrollo del proceso de licitación. A su vez, el artículo 14 de dicho cuerpo normativo dispone que la garantía de fiel cumplimiento de contrato no podrá tener un monto inferior al 100% del ingreso anual que perciba Empormontt por concepto de canon.

184. El borrador de las Bases establece cinco tipos de garantías: (i) garantía de seriedad de la oferta, (ii) garantía por fiel cumplimiento de los contratos de concesión, (iii) garantía para provisión en la concesión de los frentes de traque, cuyo fin es cubrir los programas de mitigación de los trabajadores portuarios, (iv) garantía de fiel cumplimiento del POI en el Recinto Portuario, y (v) garantía de fiel cumplimiento del POI en el Recinto Extraportuario.

185. En efecto, el borrador de las Bases establece que quienes participen en la licitación deberán presentar una boleta de garantía por seriedad de la oferta de 10.000 UF (o su equivalente en dólares) como monto mínimo (punto 2.8.1 letra d)).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

186. Tal como lo ha señalado este Tribunal con anterioridad, el monto de todas las garantías debe quedar especificado en las Bases de Licitación y este no debiera ser superior a lo necesario para cubrir los potenciales daños que cada uno intenta cubrir.

187. Por otra parte, en esta ocasión, dado que se solicitará licitar por separado el Recinto Portuario y el Recinto Extraportuario, según lo dispuesto en el párrafo 99, se deberá eliminar la garantía de fiel cumplimiento del POI en el Recinto Extraportuario de las Bases de Licitación Definitivas.

Régimen de sanciones y multas

188. 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.

189. Al respecto, cabe señalar que el borrador de las Bases señala bajo qué circunstancias Empormontt podrá poner término anticipado a la Concesión. Ello se producirá por vencimiento del plazo de la Concesión, de mutuo acuerdo de las partes o bien cuando el Concesionario incumpla gravemente sus obligaciones (punto 3.26).

190. Conforme a lo señalado en el borrador de Bases de Licitación (punto 3.26.1. c)) se entiende que existe incumplimiento grave cuando: (i) el Concesionario cobre reiteradamente tarifas superiores a las registradas; (ii) el Concesionario incumpla la obligación de pago de algún canon, pago o seguro en dos cuotas consecutivas; (iii) el Concesionario incumpla el Tiempo de Ocupación Máximo Anual en tres mediciones consecutivas; (iv) el Concesionario incumpla las condiciones establecidas por este Tribunal; (v) el Concesionario no renueve las garantías; (vi) al Concesionario se le apliquen las multas referidas en el punto 3.20 del borrador de las Bases de manera reiterada; (vii) el Concesionario incumpla la obligación de ejecutar las obras del POI dentro de plazo; (viii) el inicio de un proceso de insolvencia, quiebra o proceso similar por parte del Concesionario; (ix) la quiebra del Concesionario; y, x) las demás señaladas en el Contrato de Concesión.

191. A juicio de este Tribunal, quedan razonablemente especificadas en borrador de Bases las causales de incumplimiento grave de parte del Concesionario. Sin embargo, genera incertidumbre la letra x) anterior, lo cual podría desincentivar la competencia por la licitación por cuanto no se indica a que otras causas se refiere. Por este motivo se solicitará a Empormontt que elimine dicho numeral.

192. En segundo lugar, el borrador de las Bases de Licitación incorpora sanciones distintas al término anticipado del Contrato de Concesión (véase el punto 3.20 del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

borrador de las Bases), destacándose que se propongan multas específicas en función de la entidad de cada tipo de incumplimiento. Ellas deberán quedar especificadas en las Bases de Licitación Definitivas y así podrán disuadir eficazmente el incumplimiento de las obligaciones del Concesionario, tal como se indicó en el Informe N° 9/2013 y en el Informe N°10/2014.

193. Respecto de las multas que se establecen en el borrador de Bases de Licitación para el Recinto Extraportuario, éstas deberán eliminarse de las Bases de Licitación Definitivas, de conformidad a lo establecido en el párrafo 99. Lo anterior también aplica también al punto 3.22 de Otras Obligaciones del Concesionario del Recinto Extraportuario del borrador de las Bases.

Imponderables y fuerza mayor

194. El borrador de las Bases señala en el punto 3.16.1 que el Concesionario, en caso de destrucción total o parcial del Recinto Portuario, tendrá un plazo para optar entre mantener el contrato de concesión, lo que será definido por Empormontt, en último caso, o puede dar por terminado el contrato. El borrador de las Bases contempla la hipótesis de destrucción total (más del 66% o 70%, en caso del Recinto Portuario y del Recinto Extraportuario, respectivamente) y otra de reducción de la capacidad de operación (entre 33% y 66% para el caso del Recinto Portuario. Finalmente, en caso de que el evento de fuerza mayor reduzca la capacidad operativa del Recinto Portuario en un 33% o menos, se establece que el Contrato de Concesión mantendrá su vigencia y las obligaciones de las partes continuarán inalteradas.

195. 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 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 el borrador de Bases se establece que en los casos de destrucción total y aquellos que reduzcan entre un 33% y un 66% de la capacidad operativa de los frentes de atraque, se otorga la facultad al Concesionario de 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 de un 33%. Por consiguiente, en las dos primeras situaciones no se está haciendo responsable al Concesionario de reparar el frente de atraque por eventos de fuerza mayor o caso fortuito, ya que se le da la oportunidad de perseverar en el contrato, en cuyo caso no se infringiría el artículo 15 antes mencionado. Sin embargo, cuando la disminución en la capacidad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

operativa del frente de atraque corresponde a menos de un 33%, el borrador de las Bases establece que se mantienen las obligaciones inalteradas del Concesionario, incluso si la causal es caso fortuito o fuerza mayor, lo que contravendría la citada norma, razón por la cual se ordenará a la Solicitante modificar esta disposición en las Bases de Licitación Definitivas.

196. Por su parte, atendido lo dispuesto en el párrafo 99, Empormontt deberá eliminar el punto 3.16.2 relativo a la destrucción del Recinto Extraportuario. En la misma línea, se deberán eliminar las referencias al Recinto Extraportuario del punto 3.16.3 del borrador de las Bases.

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

9.1. Introducción

197. Un buen diseño de 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.

198. 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 atraque objeto de este Informe no es la única relevante para el buen funcionamiento del mercado de servicios portuarios. El hecho que se asigne una concesión usando como variable de adjudicación el menor precio o, como en este caso, un polinomio de los menores precios a cobrar por los servicios básicos es porque se concibe que lo que se está licitando es un monopolio o una instalación que puede detentar un grado de poder monopólico significativo. Esta es la contribución principal de la visión de Demsetz a un problema que, hasta entonces, solo parecía abordable con una detallada regulación *ex post* (véase, Demsetz, H. (1968): *Why regulate utilities*, Journal of Law and Economics, vol. 11, pp. 55-65).

199. 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 abuso de la posición monopólica. A esta segunda aproximación, el Tribunal se ha referido como el ámbito de la competencia *ex post* y sobre las cuales se aboca ésta y la próxima sección sobre resguardos estructurales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

200. Como se ha señalado, la administración y operación del Recinto Portuario está regulada por la Ley N° 19.542, su Reglamento y por el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque (RUFA) de Empormontt (Resolución Exenta N° 1.076 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 19 de julio de 1999), además de las Bases de Licitación Definitivas y las normas generales, como el D.L. N° 211.

201. Este conjunto de normas constituye el marco regulatorio aplicable a la prestación de servicios portuarios que es obligatorio para el Concesionario por mandato legal, 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) normas de calidad; (v) reglas de asignación de capacidad y atención eficiente de las naves y carga; (vi) deberes de transparencia e información; (vii) control de no discriminación – comité de directores; y (viii) modificaciones del contrato de concesión.

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

202. El Recinto Portuario constituye un puerto público 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 artículo 14 inciso final de la Ley de Puertos y en el artículo 19 letra d) del Reglamento.

203. Por otra parte, el RUFA de Empormontt establece en sus artículos 16 y siguientes que cada concesionario deberá contar con un Manual de Servicios (“Manual”), el que será de conocimiento público y establecerá las normas y procedimientos conforme a los cuales los particulares, concesionarios y usuarios podrán acceder a los servicios que se presten en los frentes de atraque. Las normas y procedimientos que se establezcan en el Manual se deben orientar a otorgar un trato no discriminatorio a los usuarios de los frentes, un uso eficiente de la infraestructura, como también un desarrollo armónico y sustentable en el largo plazo de la actividad portuaria.

204. Tal como lo ha determinado este Tribunal en informes anteriores (v.gr. Informe N° 10/2014; Informe N° 11/2014; Informe N° 18/2020 e Informe N° 22/2022), se establecerá que las condiciones para la prestación de los servicios por parte del Concesionario deberán ser generales y no discriminatorias, como también estar contenidas en documentos públicos (como puede ser el mencionado Manual de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Servicios) que se encuentren a disposición de los interesados tanto en las oficinas que el Concesionario de este frente mantenga en Puerto Montt, como en los medios que utilice en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio *web* u otro).

(ii) Mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros

205. El RUFA de Empormontt establece en sus artículos 54 y 55 que los usuarios de los frentes de atraque podrán someter al conocimiento o resolución del gerente general de la empresa portuaria, las controversias que se susciten con los concesionarios respecto de la prestación de los servicios contratados con éstos. Empormontt podrá sancionar con multas a aquellos concesionarios que infrinjan las normas o procedimientos establecidos en el respectivo Manual.

206. Sin perjuicio de lo señalado y considerando lo que se ha resuelto en informes anteriores (Informe N° 6/2009 y N° 18/2020, entre otros), el borrador de Bases contempla la posibilidad de que Empormontt actúe de oficio ante situaciones de discriminación, lo que es útil ya que puede contribuir a la eficacia y eficiencia de la fiscalización de conductas contrarias a la libre competencia. Así, el punto 3.20.3 del citado borrador, faculta a la Solicitante para actuar de oficio ante las situaciones de discriminación que observare y aplicar la multa que ahí se establecerá, sin perjuicio del derecho del Concesionario de acudir al árbitro o al experto independiente, según la naturaleza de la cuestión en disputa, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse por la aplicación de sanciones por parte de Empormontt, tal como se establece en el punto 3.30.1 y 3.30.2 del borrador de Bases.

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

(iii) Obligaciones en relación con las tarifas

208. Según lo dispuesto en el inciso final del artículo 14 de la Ley N° 19.542, el Concesionario deberá establecer tarifas públicas y no discriminatorias por sus servicios básicos, las que no podrán ser superiores a las tarifas máximas acordadas en el contrato de concesión.

209. El borrador de Bases de Licitación acompañado por Empormontt en su Solicitud establece que el Concesionario podrá cobrar por los servicios que preste, tomando en consideración el Índice de Adjudicación y las Tarifas Máximas establecidas en el punto 3.11.2. Lo que deberá ajustarse a lo resuelto en la Sección 8.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

210. Adicionalmente, para efectos de cálculo de dicho Índice se proponen las siguientes reglas:

- a. Tarifas Tarifa a la nave por uso del Muelle Comercial (TMN) y Tarifa a la nave por uso de muelle en el Terminal de Transbordadores (US\$/Hora de estadía), para naves de una eslora mayor a 70 metros (TMNT) deben presentarse con dos decimales. Lo que deberá ajustarse a lo señalado en la Sección 8.
- b. Ponderadores α , β , γ , δ y λ se usarán con tres decimales.
- c. El Índice I resultante se redondeará al segundo decimal.

211. Mientras que, las reglas de redondeo propuestas son las siguientes:

- a. Si el segundo decimal es entre 0 y 4, el segundo decimal se mantiene sin cambio.
- b. Si el segundo decimal del es entre 5 y 9, el segundo decimal se aumenta en 1.

212. En vista de lo señalado en la Sección 8 de este Informe, Empormontt, a efectos de identificar las tarifas máximas a cobrar por los servicios básicos, deberá separar el Índice de Adjudicación durante la operación de la Concesión, en dos: un subíndice Máximo de Tarifas a aplicar al Muelle Comercial y otro subíndice Máximo a aplicar al Terminal de Transbordadores.

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

214. Adicionalmente, en el borrador de las Bases de Licitación (punto 3.11.2 c)) se indica que el Concesionario deberá cumplir con las siguientes condiciones para la identificación y fijación de las tarifas de los servicios básicos:

- a. No se podrán realizar cobros adicionales por actividades y/o recursos implícitos y necesarios para prestar alguno de los servicios básicos, pues todas las actividades propias de un servicio básico deben quedar comprendidas bajo el mismo sin poder desglosarse de manera de crear otro servicio básico independiente;
- b. La tarifa de cualquier servicio que incluya alguna actividad propia de un servicio básico no podrá exceder de la tarifa más alta fijada por el Concesionario para el servicio básico que incluye esa actividad;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- c. La suma de las tarifas de servicios que incluyan una o más actividades comprendidas en un servicio básico no podrá exceder a la tarifa más alta fijada por el Concesionario para ese servicio básico;
- d. Podrá ofrecer grupos de servicios básicos, pero el usuario siempre podrá contratar un servicio registrado en forma individual pagando la tarifa registrada por el Concesionario;
- e. Queda prohibida la venta atada de servicios básicos y servicios especiales;
- f. Las tarifas serán públicas, objetivas y no discriminatorias; y
- g. La identificación de los servicios se hará en base a las actividades que lo componen.

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

216. A su vez, los criterios de diferenciación asociados a cada tarifa por servicios básicos deberán ser puestos en conocimiento de todos los usuarios y de Empormontt. Por este motivo, deberán establecerse en las Bases de Licitación Definitivas o en el Contrato de Concesión, normas de registro de tarifas de servicios básicos y especiales que prevengan un uso estratégico producto de la facultad del Concesionario de establecer tarifas diferenciadas o de modificar libremente las tarifas de los servicios básicos. Así, se sugiere un mecanismo similar al recogido en anteriores informes (Informes N° 6/2009, N° 9/2013, N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 18/2020), esto es, que las tarifas por servicios básicos y especiales que el Concesionario determine deberán ser registradas ante Empormontt con al menos 30 días de anticipación a su entrada en vigencia, teniendo un plazo mínimo de duración de 60 días, tal como se observa en el borrador de las Bases.

217. Por otra parte, para evitar cualquier discriminación arbitraria entre clientes, como la adopción de condiciones más competitivas para algunos en desmedro de otros, las tarifas que cobre el Concesionario por sus servicios básicos, especiales u opcionales, deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias. Asimismo, este Tribunal concuerda con lo establecido en el punto 3.11.1 del borrador de Bases en cuanto a que cualquier acuerdo particular entre el Concesionario y un determinado usuario que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

deberá ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas.

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

(iv) Normas de calidad

219. Si bien es cierto que la Ley N° 19.542 no establece estándares mínimos de calidad aplicables a los concesionarios, como se señaló en el Informe N° 18/2020 (párrafo 170), es necesario establecer en las Bases de Licitación Definitivas o en el Contrato de Concesión algún estándar de calidad mínimo que deba cumplir el Concesionario. En este caso, tanto en el RUFA de Empormontt como en el borrador de las Bases presentado sí establecen dichos niveles de calidad. En efecto, los artículos 31 y siguientes del RUFA exigen que los Reglamentos y Manuales de Servicio del Concesionario establezcan normas y procedimientos para una atención eficiente y no discriminatoria de las naves, señalando que las reglas de programación deben basarse en estrictos criterios técnicos y objetivos, e indicando una serie de elementos para asegurar la calidad del servicio.

220. A su vez, el borrador de las Bases contiene exigencias de estándares mínimos de calidad que debe cumplir el Concesionario. En efecto, en el punto 3.9 de dicho borrador se contemplan obligaciones del Concesionario relativas a los niveles de calidad de servicio, particularmente en lo que dice relación con el cumplimiento de las velocidades de transferencia mínimas y promedios que se indican en su Anexo III. A partir de la determinación de estos tiempos de espera y ocupación, la empresa portuaria verificará el cumplimiento de las velocidades de transferencia mínimas y promedios.

221. A su vez, Empormontt propone en su borrador de las Bases (puntos 3.9.1, 3.9.2, 3.9.3) indicadores de calidad como el Tiempo de Ocupación Máximo (“TOM”),

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el Tiempo de Ocupación Máximo Anual (“TOMA”) y el Tiempo de Espera Máximo. Sin embargo, atendido que en el Muelle Comercial y en el Terminal de Transbordadores se atienden naves de distintas características se ordenará a Empormontt que, de ser necesario, se establezcan distintos indicadores, específicos para cada tipo de nave.

222. Asimismo, y como se ha solicitado en informes previos (Informes N° 5/2009, N° 9/2013, N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 18/2020), Empormontt debe establecer multas o sanciones eficaces para prevenir el incumplimiento de dichos estándares de calidad de servicio, las que están predefinidas en el borrador de las Bases (punto 3.20.1, en particular las letras c) y d)).

223. La FNE agrega que, si bien el borrador de las Bases señala que Empormontt verificará el cumplimiento de la calidad de los servicios de conformidad al Manual de Verificación de Indicadores, de acuerdo con lo establecido por este Tribunal, las Bases de Licitación Definitivas deben especificar las fórmulas que contendría dicho manual, y las velocidades mínimas y promedios definitivas. Esto sería relevante, a juicio de la FNE, para que los interesados en participar en el proceso licitatorio del caso puedan informarse oportuna y debidamente del nivel de las exigencias a las que estará sometido el adjudicatario, y también evita que Empormontt deba negociar con el futuro adjudicatario cuando ya se estén ejecutando las concesiones. Al respecto, este Tribunal está de acuerdo con que los interesados cuenten con la información necesaria respecto de las exigencias que deberán cumplir en caso de que se adjudiquen la licitación, por lo que se ordenará a la Solicitante incorporar estas materias en las Bases de Licitación Definitivas.

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

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

225. De este modo, se mencionan algunos criterios que deberán cumplir las reglas de prioridad, identificando los sitios a los cuales son aplicables, la forma y contenido de la solicitud de atraque, la antelación con que debe presentarse y los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

procedimientos de programación, entre otros. Sin perjuicio de esto, en el RUFA de Empormontt 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.

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

227. 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.

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

229. Por su parte, el punto 3.20.1 c) y d) del borrador de las Bases establece multas por el mal uso o por la demora en la prestación de servicios a los diversos usuarios del Recinto Portuario, las que también responden a criterios claros y objetivos.

230. Sin perjuicio de lo expuesto, se ordenará que Empormontt informe a la Fiscalía Nacional Económica respecto de cualquier modificación que pretenda introducir a las normas de asignación de capacidad o prioridad en la atención de naves, a fin de que esta última pueda velar por su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia en el ámbito de sus atribuciones.

(vi) Deberes de transparencia e información

231. 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.

232. En concordancia con lo establecido en informes anteriores (v. gr. Informe N° 11/2014 y N° 18/2020), Empormontt deberá, además, 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estándares de calidad. Asimismo, dicha información deberá ponerse a disposición de cualquier interesado, tanto en las oficinas que el Concesionario mantenga en Puerto Montt, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio *web* u otro).

233. Además, las Bases de Licitación Definitivas deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información 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”).

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

235. Adicionalmente, se considera necesario incorporar en las Bases de Licitación Definitivas la recomendación formulada en el Informe N° 18/2020, relativa a la obligación del Concesionario de entregar información, de forma anual, a la Solicitante y a la FNE sobre sus mallas societarias y sus empresas relacionadas, así como 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.

(vii) Control de no discriminación – Comité de Directores

236. En el evento que uno o más usuarios relevantes se integren verticalmente con el Concesionario, de conformidad a lo dispuesto en la Sección 10, Empormontt, 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.

(viii) Modificaciones del contrato de concesión

237. El punto 3.29 del borrador de las Bases propone que las partes puedan modificar el contrato de concesión de común acuerdo en la medida que concurren las condiciones que permiten la modificación de contratos precedidos de una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitación pública. Sin perjuicio de lo anterior, se establece que aquellas modificaciones del contrato que puedan tener efectos en el mercado relevante deben ser previamente consultadas a la Fiscalía Nacional Económica y no podrán ser implementadas por las partes hasta no contar con el informe favorable de dicho organismo. De lo señalado anteriormente, se advierte que la propuesta de la Solicitante no recoge el mecanismo de modificación del contrato de concesión propuesto en el Informe N° 18/2020.

238. En efecto, Empormontt sostiene que el mecanismo de adecuación del contrato que se incorporó en el Informe N° 18/2020, y en particular, la enumeración de materias que conoce el Tribunal habría incorporado una inflexibilidad modificatoria, que va más allá de aspectos relacionados con libre competencia (folio 4, p. 67). Lo anterior, por cuanto dicho mecanismo contempla variables de adjudicación que no están incluidas en el artículo 9° del Reglamento. Sostiene que la flexibilidad para adecuar los contratos es necesaria para el desarrollo de un mercado dinámico, por lo tanto, solicita que la ejemplificación incorporada en el Informe N° 18/2020 se restrinja a los casos relativos al factor de adjudicación “estructura tarifaria”, asimismo propone rebajar a cinco años el plazo para revisar las modificaciones y que sea este Tribunal quien defina las modificaciones (folio 4, pp. 67-71). Reloncaví, por su parte, manifiesta que coincide con Empormontt en el sentido de no rigidizar los mecanismos de adecuación de contrato de concesión (*ius variandi*), refiriéndose en particular a factores como obras adicionales, plazos de la concesión, modificaciones en materia de obras de construcción y cambios societarios en la estructura del Concesionario.

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

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

241. Empormontt 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, según se establece en el acápite (ii) de esta Sección.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

242. Para modificar el Contrato de Concesión en aquellas materias relacionadas con la estructura tarifaria y pagos del Concesionario a Empormontt, será necesario que (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que haya entrado en operaciones el Recinto Portuario 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 Recinto Portuario de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión,

243. Para modificar otras materias del Contrato de Concesión será necesario que: (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que haya entrado en operaciones el Recinto Portuario 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.

10. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

10.1. Introducción

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

245. Como se ha señalado, Empormontt solicita: (i) que se establezca una restricción estructural a la integración vertical respecto de la posesión que podrán tener el conjunto de los usuarios relevantes en el total del capital, derechos políticos y utilidades del futuro Concesionario hasta el 80%; y (ii) que se decrete que la restricción a la integración horizontal sea absoluta respecto a los controladores y relacionadas al Puerto Chincui de Oxsean y a dicha sociedad propiamente tal. Además, solicita que los controladores y accionistas de las sociedades concesionarias de un frente de atraque estatal que pudieran verse afectadas por las restricciones a la integración horizontal del Dictamen N° 1.045 y de los informes emitidos por el Tribunal sobre la materia puedan participar en la licitación del frente de atraque a licitar, pero que, en caso de adjudicarse la concesión, deben optar entre el recinto portuario licitado y aquel en que son partícipes (folio 7, p. 72).

246. Respecto del resguardo estructural a la integración vertical, Empormontt considera que éste puede ser sustituido por resguardos conductuales, los que, en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

su concepto, son menos invasivos y tienen la misma eficacia, motivo por el cual propone que el umbral de esta restricción se fije en un 80% (folio 7, p. 58).

247. En cuanto al resguardo estructural a la integración horizontal, funda su solicitud de que esta sea absoluta respecto de Oxxean porque estima que un escenario con más actores, sin relación entre sí, estimula que ellos se disputen intensamente los servicios portuarios en los que pueden competir y fomenten una disminución de las tarifas. Por este motivo, el Solicitante considera que si no existen restricciones horizontales y un incumbente (identifica a Puerto Chincui y su entorno societario como tal) se adjudica el Recinto Portuario objeto de la Concesión, no habrá garantía de que se produzca un beneficio o rentabilidad social que amerite autorizar su participación (folio 7, pp. 44–46).

248. A este respecto, cabe indicar que, tal como se ha señalado en informes anteriores (Informes N° 6/2009, N° 10/2014, N° 11/2014, N° 18/2020 y N° 22/2022), en el análisis de los resguardos estructurales se debe tener en consideración que éstos tienen por objeto asegurar la existencia de oferentes de servicios portuarios independientes y que carezcan de incentivos para incurrir en conductas contrarias a la libre competencia.

10.2. Integración Vertical

(i) Opinión de los intervinientes

249. Como se señaló, la Solicitante es de la opinión que la restricción a la integración vertical puede ser sustituida por reglas menos invasivas, pero de igual eficacia, como son las reglas conductuales de no discriminación, entre otras, por lo que propone que la restricción se fije en un 80% respecto de la posesión que podrá ostentar un usuario relevante en el total del capital, derechos políticos y utilidades del futuro Concesionario, sin perjuicio que los distintos agentes del comercio marítimo puedan participar en la respectiva licitación (folio 7, p. 58). Esta posición es compartida por el SEP, quien agrega que, permitir la integración vertical hasta el 80%, e incluso eliminar esta restricción, sujeto a mayores controles en el Contrato de Concesión, generará la existencia de “tensión competitiva”, la que es beneficiosa para todos los usuarios y para la cadena logística de la zona (folio 77, p. 4). Asimismo, Camport considera que no deberían existir restricciones a la integración vertical porque estas no se justifican atendida la evolución en las condiciones de competencia en los mercados en los que se desenvuelve Empormontt y a la presencia de resguardos conductuales que evitan la discriminación en contra de los usuarios del puerto (folio 83, pp. 23–25).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

250. Por su parte, el MTT plantea la necesidad de realizar un análisis profundo de cada usuario y su potencial riesgo de conductas contrarias a la libre competencia a efectos de definir los umbrales de límite de participación en la sociedad concesionaria, atendido que los riesgos asociados a ellos difieren según la posición competitiva que tengan (folio 70, p. 9).

251. En contraposición a lo planteado por Empormontt, la Fiscalía, Oxxean y Reloncaví piden que esta limitación a la integración sea más restrictiva porque las condiciones de competencia en las que se desempeña Empormontt lo ameritan. En efecto, Oxxean señala que *“las características competitivas del mercado relevante no justifican en lo absoluto el permisivo umbral que se pretende del 80% (...), que en los hechos genera los mismos riesgos a la competencia que la ausencia de toda restricción, específicamente en materia de discriminación arbitraria, sabotaje y subsidios cruzados, entre otros riesgos a la competencia que no son adecuadamente mitigados mediante los meros resguardos conductuales que propone Empormontt”*, motivo por el cual solicita que la restricción a la integración vertical sea absoluta (folio 87, p. 3). La FNE arguye que en ausencia de justificaciones de eficiencia asociadas a la estructura de integración vertical propuesta por Empormontt, y atendido que, según reconoce dicha fiscalía, al momento de evacuar su aporte de antecedentes de folio 99 no contaba con información completa y consistente que le permitiera determinar las participaciones de mercado y niveles de competencia en cada segmento de usuarios relevantes, la alternativa más prudente consiste en fijar el umbral de integración vertical en un 40%, o en un porcentaje que no supere el 60% si se estimase que existen eficiencias inherentes a la integración vertical (folio 99, p. 77). Reloncaví indica que, a pesar de la existencia de resguardos conductuales y regulaciones en términos de calidad y tarifas, de igual modo el Concesionario cuenta con cierto espacio de discrecionalidad en la operación de la infraestructura concesionada. Por dicho motivo, estima conveniente mantener la limitación en un 40% de manera que no se generen los incentivos a favorecer a la empresa verticalmente integrada por sobre el resto de los usuarios de la infraestructura (folio 86, p. 9).

252. En conclusión, se observa que entre los aportantes al proceso hay diversas posiciones respecto de la pertinencia de establecer resguardos a la integración vertical, variando las propuestas de fijación del umbral de participación de los usuarios relevantes entre un 0% y un 100%. Por un lado, hay quienes proponen que la restricción a la integración vertical sea absoluta (Oxxean), es decir, que el conjunto de usuarios relevantes no pueda tener siquiera un 1% de participación en el puerto; o que esta se fije en un 40% (FNE y Reloncaví), atendidos los riesgos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

expuestos por dichos aportantes y por la insuficiencia de las medidas conductuales para mitigar los problemas de competencia que señalan. En contraposición a esta postura están quienes (SEP y Camport) proponen no restringir la integración vertical, permitiendo que incluso un usuario relevante pueda tener hasta el 100% de la participación del puerto; esto es, que no exista limitación a la integración vertical, por estimar, en general, que los riesgos están debidamente mitigados por las medidas conductuales y las herramientas de fiscalización con que cuenta la autoridad.

(ii) Opinión del Tribunal

253. 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 (1996) “*Double Marginalization and Vertical Integration: New Lessons from Extensions of the Classic Case.*” *Southern Economic Journal*, vol. 62, no. 3, Southern Economic Association, pp. 567–84).

254. Por otra parte, la literatura también reconoce que este tipo de operaciones puede generar riesgos para la competencia cuando la firma integrada verticalmente tiene la capacidad y los incentivos para excluir rivales, ya sea mediante el cierre total o parcial de insumos y/o clientes. Para que estas acciones tengan el carácter de anticompetitivas, ellas además deben tener el potencial de generar efectos nocivos para la competencia. En consecuencia, para evaluar posibles riesgos para la competencia asociados a la integración vertical, un elemento central que se debe dilucidar es si la entidad fusionada tendrá la capacidad e incentivos para desplegar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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).

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

256. Para que un puerto integrado verticalmente tenga la capacidad de ejecutar prácticas anticompetitivas en contra de navieras competidoras (cierre de insumos), éste debe tener un poder de mercado significativo en el mercado de provisión de servicios portuarios. En efecto, si en respuesta a un alza en el precio del servicio provisto por el puerto o ante una disminución en la calidad del mismo, las navieras afectadas pudieran fácilmente cambiarse de proveedor de servicios portuarios, entonces el puerto no tendrá la capacidad de perjudicarlas ni de afectar su desenvolvimiento competitivo. Por lo tanto, en este caso, es necesario evaluar el grado de competencia existente entre el puerto que será concesionado y los otros proveedores de servicios portuarios en los mercados relevantes identificados. A este respecto, como se indicó en la Sección 7, Empormontt es monopolista en la atención de cruceros y tiene un solo competidor en la provisión de servicios para la transferencia de contenedores y rodados.

257. 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.

258. Este contexto, se sugiere que para establecer una regla que limite la integración vertical y esta reduzca o elimine los incentivos a prácticas exclusorias, se debe considerar: (i) las condiciones de competencia en el mercado relevante en el que incide para determinar si la firma integrada tendrá la capacidad e incentivos para excluir competidores y si dicha exclusión tiene el potencial de generar efectos nocivos para la competencia; (ii) las eficiencias de la integración vertical en esta

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

industria; (iii) la suficiencia de los resguardos conductuales establecidos en el RUFA y la Ley de Puertos; y (iv) los efectos de un resguardo estructural en el número de oferentes en la licitación.

259. 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.

260. Para este análisis, a continuación, se reproducen las Tablas N° 5 y N° 11, las que muestran las características de los puertos que pertenecen a los mercados relevantes y sus respectivas participaciones de mercado.

Tabla N° 5: Puertos de uso público de la Región de Los Lagos que prestan servicios en los mercados relevantes

Puerto (Propietario)	Frente de atraque	Servicios	Eslora máx. (m)	Calado máx. (m)
Puerto Montt (Empormontt, objeto de este Informe)	Muelle Comercial	Graneles sólidos, líquidos, fraccionada, contenedores y pasajeros	230	10,8
	Terminal de Transbordadores	Carga rodada	133	6,3
Terminal Oxxean y Puerto Punta Caullahuapi (Oxxean)	Muelle Flotante	Graneles líquidos y fraccionada	78	8,4
	Terminal de Transbordadores	Carga rodada	150	17
	Puerto Pta. Caullahuapi	Graneles sólidos, fraccionada y contenedores	215	12,8
San José de Calbuco (Grupo Empresas Navieras S.A.)	Terminal San José	Graneles sólidos y líquidos	224	12,6
	Terminal carga general	Carga fraccionada	75	6,5
Muelle Skretting (Empresa Trouw Chile)	Terminal Marítimo	Carga fraccionada	160	10
	Muelle servicios generales		80	6,5
Servicios Portuarios Quellón (SPQ)	Sitios 5, 6 y 7	Carga fraccionada	106	6,6
	Rampa	Carga rodada	80	2,8
Puerto de Castro (Empormontt)	Muelle carga y turismo	Carga fraccionada	125	5,5
	Terminal Barcaza	Graneles líquidos y fraccionada	74	2,2

Nota: no se considera al terminal de la Fundación Chiquihue porque este solo puede atender naves de hasta 35 metros de eslora.

Fuente: elaboración propia en base al aporte de antecedentes FNE (folio 99, pp. 15 y siguientes) e Informe Económico (folio 122, p. 50).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 11: Participaciones de mercado e índices de concentración, promedio años 2016 a 2019

Puerto	Contenedores	Fraccionada	Graneles sólidos	Graneles líquidos	Rodados	Pasajeros (cruceros)
Puerto Montt	[20 - 30]%	[0 - 10]%	[10 - 20]%	[30 - 40]%	[30 - 40]%	100%
Oxxean	[70 - 80]%	[20 - 30]%	[10 - 20]%	[40 - 50]%	[60 - 70]%	-
San José Calbuco	-	[10 - 20]%	[60 - 70]%	[10 - 20]%	-	-
Castro (Empormontt)	-	[0 - 10]%	-	[0 - 10]%	-	-
SPQ (Quellón)	-	[20 - 30]%	-	-	-	-
Skretting (Pargua)	-	[20 - 30]%	-	-	-	-
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Concentración (HHI)	[5.000 – 6.000]	[2.000 – 3.000]	[5.000 – 6.000]	[3.000 – 4.000]	[5.000 – 6.000]	10.000

Fuente: elaboración propia en base a la definición de mercado relevante y al documento “Anexo confidencial_presentacion_FNE”, acompañado en el aporte de antecedentes de la FNE (folio 99).

261. Según se desprende de la Tabla N° 11, Empormontt es monopolista en (a) cruceros, y enfrenta un solo competidor en: (b) contenedores, y (c) rodados.

262. En el mercado de (a) los cruceros, es posible concluir que el Concesionario tendrá la capacidad de ejecutar prácticas exclusorias porque: (i) será monopolista; (ii) no se cuenta con antecedentes que permitan sostener que Oxxean, puerto que de manera extraordinaria atendió un crucero el año 2016 (folio 99, p. 36), tenga los incentivos para ingresar de manera activa a dicho mercado, de modo que ejerza presión competitiva en el futuro; y (iii) si bien no existen antecedentes en autos que indiquen la existencia de barreras absolutas a la entrada de nuevos competidores, si existen dificultades a la misma que podrían desincentivar o retrasar el ingreso de nuevos competidores a este mercado, al menos en el mediano plazo.

263. En el mercado de transferencia de (b) contenedores es importante destacar que Puerto Punta Caullahuapi, único frente de atraque de Oxxean que recibe dicho tipo de carga (ver Tabla N° 5), se encuentra al límite de su capacidad en la provisión de servicios de muellaje. Además, según reconoció dicho actor, la expansión de su capacidad mediante la construcción de un nuevo sitio demoraría, al menos, cinco años en el mejor de los casos (“Anexo Confidencial Respuesta Oficio FNE Ord. N1686-20.pdf”, p. 3, y “Anexo confidencial_presentación_FNE VP2”, nota [24], agregados a folio 164). Lo anterior es relevante para el análisis sobre la capacidad de ejecutar conductas exclusorias porque muestra que Empormontt podría, en principio, desplegar tales conductas al estar limitados sus clientes para sustituir dicho puerto por el de Oxxean. Sin embargo, como se verá a continuación, aun cuando tuviera la capacidad para excluir, es poco probable que el Concesionario tenga los incentivos para hacerlo, descartándose la existencia de riesgos asociados a esta conducta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

264. En efecto, la transferencia de contenedores representa menos del [0 – 10]% de las toneladas transferidas por Empormontt y, a su vez, dicho mercado moviliza menos del [0 – 5]% de las toneladas transferidas en la Región (folio 99, pp. 21, 32-36), circunstancias que indirectamente reflejan el limitado tamaño de la demanda por transferencia de contenedores y, consecuentemente, las restringidas ganancias que se podrían obtener mediante la exclusión de competidores que transportan ese tipo de carga. Asimismo, atendido que el Concesionario contaría con capacidad ociosa durante toda la concesión (folio 99, p. 43), este tendrá los incentivos para incrementar las toneladas movilizadas y no disminuirlas, como podría ocurrir si ejecuta prácticas exclusorias. Por su parte, Oxxean es quien tiene la mayor participación de mercado en la provisión de este servicio ([70 – 80]%), lo que se podría explicar por el hecho de que, a diferencia del acceso expedito que tendría dicho puerto a la Ruta 5 (se ubica fuera de la zona urbana), el actual depósito aduanero de Empormontt (ubicado en la ciudad de Puerto Montt), estaría ocasionando congestión en la ciudad y sería ineficiente de cara a los trayectos seguidos por los camiones (folio 99, p. 27). Finalmente, como se indicó en el párrafo 263, Oxxean planea expandir la capacidad de su terminal en los próximos años. Por estos motivos, resulta poco probable que el futuro Concesionario tenga la capacidad y los incentivos para excluir competidores en la provisión de servicios portuarios de transferencia de contenedores.

265. En cuanto a la transferencia de (c) rodados, según lo indicado por Oxxean, su terminal de transbordadores no tendría problemas de saturación ni se vislumbran restricciones de capacidad en el futuro, por lo que se descarta que el servicio ofrecido por Empormontt para la transferencia de rodados no pueda ser sustituido por el servicio ofrecido por su competidor. Lo anterior muestra que el Concesionario no tendría la capacidad de ejecutar conductas exclusorias en dicho mercado.

266. Finalmente, en lo que respecta a los otros mercados en los que participa Empormontt, se descarta que el Concesionario tenga capacidad para ejecutar prácticas exclusorias porque: (i) en transferencia de carga fraccionada la empresa estatal tiene menos del 10% de participación y existen otros cinco oferentes de dicho servicio; (ii) en transferencia de graneles líquidos el puerto licitado no tiene la mayor participación del mercado y existen otros tres oferentes, de los cuales, al menos dos (Oxxean y San José de Calbuco), no señalan tener problemas de capacidad en la provisión de dicho servicio; y (iii) en transferencia de graneles sólidos existen otros dos oferentes, de los cuales uno reportó a la FNE que sus porcentajes de ocupación son inferiores al 30% para dicho tipo de carga, por lo que tendría la capacidad de atender naves que se desviasen desde el terminal de Empormontt, agregando,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

además, que tendría superficies disponibles (*Anexo confidencial_presentación_FNE VP2*”, nota confidencial [24], y *Respuesta a ORD_1685-20 Parte I y II-nuevaVP.pdf*”, p. 5, agregados a folio 164).

267. En suma, los antecedentes analizados muestran que el Concesionario solo tendría la capacidad de ejecutar conductas exclusorias en la recepción de cruceros. Lo anterior por cuanto Empormontt es monopolista y, en consecuencia, dichos usuarios no cuentan con sustitutos en el corto y mediano plazo.

268. Establecido lo anterior respecto de la recepción de cruceros, se debe examinar si un Concesionario integrado verticalmente con un usuario relevante que participa de dicho mercado tendría los incentivos para incurrir en conductas exclusorias. La teoría de organización industrial postula que un agente económico que tiene la capacidad de excluir, en principio, podría tener los incentivos para hacerlo y así extender su posición dominante al mercado aguas abajo, lo que debe ser evaluado caso a caso, en base a información de precios, márgenes, tasas de traspaso de costos, razones de desvío desde las firmas excluidas hacia la firma que ejecuta la conducta, entre otros elementos (véase S. Moresi y S. Salop (2013) “*vGUPPI: Scoring unilateral pricing incentives in vertical mergers*”, 79 *Antitrust Law Journal* N° 1; y “*Testing Vertical Mergers for Input Foreclosure – Note by Carl Shapiro*”, Roundtable on Vertical Mergers in the Technology, Media and Telecom Sector, DAF/COMP/WD(2019)75, 7 de junio de 2019). Sin embargo, dicha información no se puede obtener sin conocer la identidad del usuario relevante que podría integrarse con el Concesionario, ya sea ofertando en la licitación o adquiriendo un porcentaje en la propiedad de la sociedad concesionaria mientras se encuentre vigente la Concesión, la que tiene una duración de 20 años según indica el borrador de las Bases. A falta de dicha información, se asumirá que, en caso de contar con la capacidad para excluir competidores, en este mercado en particular la firma integrada verticalmente también tendrá los incentivos para efectivamente llevar a cabo dicha exclusión. Asimismo, en razón al poder monopólico que tendrá el Concesionario, es razonable asumir que, en caso de producirse la exclusión, ya sea parcial o total, esta tendrá el potencial de generar efectos nocivos para la competencia.

269. En lo que se refiere a las eficiencias de una eventual integración vertical entre el Concesionario del puerto y algún usuario relevante del mercado de los cruceros, éstas deben ser verificables, inherentes y aptas para compensar los potenciales riesgos derivados de la integración. Sin embargo, en el caso de autos, más allá de las ventajas teóricas que se expusieron en el párrafo 253 (costos de transacción y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

doble marginalización), no se han acreditado en autos eficiencias producto de una eventual integración vertical.

270. Por otra parte, los resguardos conductuales establecidos en la Sección 9, si bien mitigan en parte estos riesgos, no los eliminan por completo. A pesar de que se han ido imponiendo al Concesionario mayores obligaciones de informar a la empresa portuaria y más atribuciones a quien tiene que fiscalizarlo, los costos de información y de supervisión que implica una fiscalización efectiva siguen siendo altos, ya que existen prácticas sutiles de discriminación, distinta de precios, que son muy difíciles de detectar y sancionar. Entre otras, se puede mencionar dentro de ellas dar diferentes calidades de servicio y usar información privilegiada, entre otras.

271. Junto con lo anterior, tal como menciona la Fiscalía, existen riesgos de sabotaje consistentes en el deterioro de la calidad de los servicios que una empresa verticalmente integrada presta a sus competidores aguas abajo. El riesgo de sabotaje es una conducta particularmente difícil de detectar y fiscalizar ya que puede concretarse mediante mecanismos sutiles para lograr una merma en la utilidad de los servicios que se prestan (folio 99, p. 75).

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

273. En suma, existen antecedentes suficientes en el expediente que justifican establecer un resguardo a la integración vertical que mitigue efectiva y suficientemente los riesgos previamente descritos en el mercado de atención de cruceros. Por lo tanto, se impondrá una restricción a la integración vertical de usuarios relevantes que participen en la provisión de servicios de cruceros en la propiedad de la sociedad concesionaria, adoptándose el umbral que se indica a continuación. Respecto de los demás usuarios relevantes, no se impondrán restricciones para que se integren verticalmente con el Concesionario. Esta medida es adicional a lo dispuesto en el párrafo 236.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iii) Regla de Integración Vertical

274. Ningún usuario relevante que participe en el mercado de los cruceros, por sí o a través de otra persona natural o jurídica, podrá poseer más del 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% de las utilidades de la sociedad concesionaria de la Infraestructura Portuaria, en los términos de la letra b) del artículo 99 de la Ley N° 18.045.

275. Para efectos de la regla establecida en el párrafo anterior, serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas participen en el mercado de transporte de pasajeros de turismo en cruceros transportando: (i) más de un 10% de los pasajeros de turismo que fueron transferidos a nivel nacional; (ii) más de un 15% de los pasajeros de turismo que fueron transferidos en la región respectiva; o (iii) más de un 25% de los pasajeros de turismo que fueron transferidos en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión. Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán al 31 de marzo y 30 de septiembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a Empormontt dentro de los 30 días siguientes.

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

10.3. Integración Horizontal

(i) Opinión de los intervinientes

277. Como se señaló, Empormontt solicita que la restricción a la integración horizontal de propiedad sea absoluta respecto de los controladores y relacionados a Oxxean, titular y operador del Puerto Chincui, y a dicha sociedad propiamente tal. En concepto de Empormontt, si no se establecen restricciones horizontales y el incumbente Puerto Chincui y su entorno societario se adjudica la Concesión, no habrá garantías de que se produzca un beneficio o rentabilidad social que amerite su participación. Estima que un escenario con más actores, sin relación entre sí, estimula la competencia en los servicios portuarios y se fomenta una disminución en las tarifas (Solicitud a folio 7, pp. 45-46), postura a la que adhiere Reloncaví (folio 86, p. 9). En un sentido similar se pronunció el SEP, indicando que la restricción horizontal total debe aplicar a los terminales que compiten en todos los segmentos con Empormontt, circunstancia que, en su concepto, aplicaría únicamente para el Puerto Chincui de Oxxean (folio 77, p. 6).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

278. Agunsa plantea que solo se justifica una restricción a la integración horizontal respecto de aquellos operadores portuarios que movilizan el mismo tipo de carga que Empormontt. Asimismo, agrega que se debe tener presente el cambio en las circunstancias competitivas que ha tenido la región desde que fuera emitido el Informe N° 9/2013, que limitó la restricción horizontal al Puerto de Puerto Montt hasta un 30% (folio 79, p. 22).

279. A diferencia de lo planteado por Empormontt, tanto la Fiscalía, como el MTT y Oxxean indican que este resguardo debe aplicar a todos los actores presentes en los mercados relevantes identificados. En efecto, la FNE recomienda “*decretar una restricción absoluta a la integración horizontal en esta licitación, esto es, incluyendo a la totalidad de puertos de uso público que compiten en algún segmento con el Puerto de Puerto Montt*”, conforme los niveles de concentración observados en los mercados relevantes analizados (folio 99, pp. 73–74). El MTT estima que no se debe autorizar la integración con ningún operador portuario de los mercados relevantes identificados, dado que este tipo de integración reduce las alternativas de oferta de servicios portuarios, disminuyendo la competencia *ex post*. Cabe hacer presente que el MTT también plantea que el alcance geográfico de los mercados es más amplio que regional, por lo que la restricción a la integración horizontal debe aplicar a todos los actores de la macrozona sur austral (folio 70, p. 9). Por su parte, Oxxean arguye que la restricción tiene que aplicar a todos los operadores de puertos de uso público del mercado relevante y no solo respecto de dicho actor. Adicionalmente, agrega que debe prohibirse que un mismo agente económico pueda adjudicarse simultáneamente las concesiones de Empormontt y la de la Empresa Portuaria de Chacabuco (causa NC 468-20) (folio 87, pp. 48–49).

(ii) Opinión del Tribunal

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

281. A juicio de este Tribunal, la prohibición absoluta de la integración horizontal es la opción que se justifica a partir de los antecedentes que obran en este proceso, en particular, por la limitada competencia que enfrenta Empormontt en los servicios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

básicos que provee y las escasas alternativas existentes para los usuarios de los servicios portuarios, circunstancia que no se proyecta cambie a futuro.

282. Así las cosas, en línea con los antecedentes acompañados por la mayoría de los intervinientes en el proceso, se concluyó que Empormontt enfrenta escasa competencia en algunos de los mercados en los que participa en la actualidad. En efecto, según se indicó en la sección sobre condiciones de competencia en el mercado relevante (Tabla N° 11), Empormontt es monopolista en la atención de cruceros, mientras que Oxxean es su único competidor en los servicios de contenedores y rodados. En lo que respecta a los mercados de transferencia graneles sólidos y líquidos existen tres y cuatro competidores, respectivamente. Cabe señalar que todos estos mercados (cruceros, contenedores, rodados, graneles sólidos y graneles líquidos) se encuentran altamente concentrados, según da cuenta el índice de concentración HHI reportado en el párrafo 72. En vista de estos antecedentes, permitir la integración horizontal genera el riesgo de que los mercados se concentren aún más y de que existan menos alternativas de frentes de atraque independientes para los usuarios de los puertos de la región. Respecto de lo solicitado por Oxxean en cuanto a que la restricción a la integración horizontal aplique también para el futuro Concesionario del Recinto Portuario de Puerto Chacabuco (causa NC 468-20), ello no será considerado atendido que pertenecen a mercados relevantes distintos, por lo que extender la prohibición más allá de la Región de Los Lagos no se justifica.

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

(iii) Regla de Integración Horizontal

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10.4. Reglas comunes para la restricción vertical y horizontal

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

(i) Cálculo de porcentajes máximos

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

(ii) Transferencia forzosa del exceso

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

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

(iii) Vigencia de las restricciones

289. Las reglas de integración horizontal y vertical tendrán vigencia durante todo el plazo de la Concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años de celebrado el Contrato de Concesión, cualquiera de las partes de ese contrato podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su modificación en un procedimiento

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consultivo si las condiciones de competencia varían u otras condiciones lo ameritan, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la otra parte.

(iv) Participación en la Licitación

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

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

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

Evacuar el Informe solicitado a folio 7 por la Empresa Portuaria Empormontt, fijando las siguientes condiciones a las que deberá sujetarse la licitación del Recinto Portuario del Puerto de Puerto Montt, según lo dispuesto en la Sección 5, las que deberán incorporarse a las Bases de Licitación Definitivas y al respectivo Contrato de Concesión:

I. Resguardos de la competencia en la Licitación:

1) Empormontt deberá realizar los ajustes necesarios a todos los instrumentos relativos a la licitación del Recinto Portuario, eliminando las referencias relacionadas con la licitación del Recinto Extraportuario y Panitao, de conformidad a lo dispuesto en la Sección 5.

2) 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, tal como se observa en el borrador de las Bases. Sin perjuicio de lo anterior, Empormontt deberá eliminar del punto 2.9.6 del borrador de las Bases, la causal para declarar desierta la Licitación en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

caso de que exista empate entre las Ofertas Finales, debiendo aplicarse el mecanismo de desempate según lo dispuesto en el párrafo 104.

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

4) Empormontt deberá establecer un lmax 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.

5) Empormontt deberá incluir dentro del Índice de Adjudicación todas las tarifas de los servicios básicos que provea, con excepción de la Tarifa de Transferencia de Pasajeros de Conectividad (TPC) y la Tarifa de Pasajeros de Turismo (TPT), según se indica en el párrafo 120 de la parte considerativa.

6) Respecto del Índice de Adjudicación, Empormontt deberá considerar un único Índice de Adjudicación, ponderando un subíndice del Muelle Comercial y otro para el Terminal de Transbordadores, los que deben incluir la totalidad de los servicios básicos que se prestaran en el Muelle Comercial y en el Terminal de Transbordadores, respectivamente, con excepción, de aquellas que se indican en la condición N° 5.

7) Empormontt deberá elaborar el factor de modulación (FMT) asociado a cada subíndice de forma que refleje la importancia relativa del Muelle Comercial y del Terminal de Transbordadores en los ingresos actuales o esperados del Recinto Portuario, respectivamente. Asimismo, en cuanto a los ponderadores de cada variable dentro de cada subíndice, estos deberán reflejar la importancia relativa que tiene cada uno de los servicios básicos en el Muelle Comercial y el Terminal de Transbordadores, en término de los ingresos actuales o esperados que representan cada tipo de carga, sin que sea necesario que todos los servicios sean homologables a toneladas. Empormontt deberá calcular los ponderadores de cada servicio básico incluido en el Índice de Adjudicación considerando la proyección de transferencia por tipo de carga respecto del total de carga transferida o ingresos por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tipo de carga respecto del total de ingresos, para todo el periodo que dure la Concesión.

8) Empormontt debe eliminar la columna “valor máximo” de la tabla incluida en el Anexo II del borrador de las Bases, respecto de aquellas tarifas que se incluirán en el Índice de Adjudicación, según se señala en el párrafo 141.

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

10) Los demás pagos que el Concesionario deba efectuar a Empormontt deberán estar asociados a los costos en que incurra la empresa portuaria, como se observa en el borrador de las Bases. Asimismo, deberá contemplarse su monto en las Bases de Licitación Definitivas.

11) Empormontt 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.

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

15) Las sanciones y multas aplicables por Empormontt deben quedar claramente establecidas en las Bases de Licitación Definitivas o en el Contrato de Concesión y deberán ser suficientes para disuadir eficazmente el incumplimiento de las obligaciones del Concesionario que tienen por objeto resguardar la libre competencia. Por su parte, Empormontt deberá eliminar del punto 3.26.1 c) del borrador de las Bases, la causal señalada en el numeral (x) que establece como causal de incumplimiento grave "*las demás señaladas en el Contrato de Concesión*".

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

II. Resguardos en la provisión de servicios portuarios

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

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

19) Las tarifas que cobre el Concesionario por sus servicios, básicos o especiales, deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias, y cualquier acuerdo particular entre éste y un determinado usuario que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas debe ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas, a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas. Por su parte, los premios o descuentos que consideren las tarifas deben ser

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

objetivos, públicos y no discriminatorios. Asimismo, las tarifas no podrán quedar sujetas a exclusividad de servicios ni referidos a la carga transferida o a metas cumplidas respecto de otros terminales ni otros periodos. Por último, las Bases de Licitación Definitivas deberán incluir la prohibición de realizar ventas atadas de los servicios básicos y especiales, tal como se observa en el borrador de las Bases;

20) Las Bases de Licitación Definitivas deberán contemplar la existencia de, al menos, dos subíndices, uno para el Muelle Comercial y otro para el Terminal de Transbordadores. De este modo, las tarifas cobradas por el Concesionario por los servicios básicos tanto en el Muelle Comercial como en el Terminal de Transbordadores no deberán superar el límite máximo a cobrar definido para cada subíndice, reajustado anualmente de acuerdo con el factor de ajuste que Empormontt defina, el que deberá representar verazmente la variación en los costos de proveer los servicios.

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

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

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

24) El Concesionario deberá establecer en el Manual de Servicios normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves que formarán parte de las condiciones generales de prestación de los servicios portuarios, de conformidad con los criterios generales y requisitos mínimos que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Empormontt fije en su RUFA, todo lo cual deberá asegurar un uso eficiente de la infraestructura portuaria.

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

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

27) Empormontt deberá establecer en las Bases de Licitación Definitivas que el Concesionario y sus accionistas deberán proporcionar a su Directorio, cualquier información legal o económica que éste requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la ley, de las Bases de Licitación, del Contrato de Concesión y de las condiciones establecidas en este Informe. Estas obligaciones deberán ser contractualmente extensivas a los accionistas de la empresa concesionaria, para los efectos de cumplir las reglas sobre propiedad accionaria que se establezcan. Para ello, las Bases de Licitación Definitivas deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información acerca de sus empresas relacionadas, en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18.045. El Concesionario o sus accionistas no podrán excusarse de proporcionar a Empormontt la información que ésta les solicite para verificar el cumplimiento de sus obligaciones, amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. No obstante, en tales circunstancias, el Concesionario deberá especificar a Empormontt la información que se encuentre en la situación anterior, debiendo la empresa portuaria adoptar los resguardos correspondientes.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

30) Para modificar el Contrato de Concesión en aquellas materias relacionadas con la estructura tarifaria y pagos del Concesionario a Empormontt, será necesario que (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que haya entrado en operaciones el Recinto Portuario 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 Recinto Portuario de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión. Para modificar otras materias del Contrato de Concesión será necesario que: (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que haya entrado en operaciones el Recinto Portuario 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.

C. Resguardos estructurales:

31) Integración Vertical:

31.1 Ningún usuario relevante que participe en el mercado de los cruceros, por sí o a través de otra persona natural o jurídica, podrá poseer más del 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% de las utilidades de la sociedad concesionaria de la Infraestructura Portuaria, en los términos de la letra b) del artículo 99 de la Ley N° 18.045.

31.2 Para efectos de la regla establecida en la condición anterior, serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas participen en el mercado de transporte de pasajeros de turismo en cruceros transportando: (i) más de un 10% de los pasajeros de turismo que fueron transferidos a nivel nacional; (ii) más de un 15% de los pasajeros de turismo que fueron transferidos en la región respectiva; o (iii) más de un 25% de los pasajeros de turismo que fueron transferidos en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión. Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

al 31 de marzo y 30 de septiembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a Empormontt dentro de los 30 días siguientes.

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

31.4 Respecto de los demás usuarios relevantes del Puerto de Puerto Montt, no se fija límite a la integración vertical con el Concesionario del Recinto Portuario, pudiendo llegar hasta el 100%.

32) Integración horizontal

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

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

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

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

33.3 Las Bases de Licitación Definitivas y el Contrato de Concesión deberán establecer que, si pasados seis meses desde que se hubiere requerido por Empormontt, la enajenación del exceso de participación en la forma establecida en el Contrato de Concesión, no se ha procedido a enajenar el referido exceso de participación a un tercero no sujeto a inhabilidad, se entenderá por ese solo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, y Empormontt

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tendrá derecho a poner término a la concesión, según lo dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19.542.

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

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

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

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

2. Como es evidente, tal riesgo no desaparecería con, por ejemplo, la obligación a la sociedad concesionaria de tener giro único. Aún en tal caso, este riesgo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

permanecería cuando, como sería el caso que nos ocupa, una naviera que compite con otras usuarias del puerto influye decisivamente en las decisiones del puerto.

3. El foco desde la perspectiva de la libre competencia requiere distinguir entre dos aspectos: i) la posibilidad que los controladores de una naviera que es usuario relevante del puerto puedan llegar a controlarlo, acepción más próxima a la integración vertical, y ii) que el puerto, aun cuando esté controlado por un actor que sea un usuario relevante, tenga una estructura de toma decisiones y monitoreo interno que pueda impedir acciones anticompetitivas que no le benefician como ente independiente. Esta segunda aproximación, a partir de una relación vertical de hecho, se enfoca en si produce desalineamiento de intereses entre controladores del puerto y el resto de los dueños del puerto que no tienen intereses en las navieras beneficiadas y que se asocian con lo que la literatura denomina “problema de agencia”.

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

5. Limitar la participación que puede tener un usuario relevante en la propiedad del puerto, en el entendido que superado un umbral de participación se lograría el control, no ha sido el propósito del TDLC. Si bien el Dictamen N° 1045 de la Comisión Resolutiva (primero dictado en esta materia el año 1998) estableció que ningún usuario relevante podría poseer más de “un 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% de las utilidades de la sociedad concesionaria”, el mismo Dictamen señaló que el umbral tenía: “... el propósito de asegurar la transparencia y evitar subsidios cruzados, promoviendo la existencia de intereses independientes suficientemente fuertes al interior de las sociedades concesionarias, de modo de propender al manejo de la concesión como un negocio independiente, que maximice su propio beneficio económico”.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Shleifer (1999), *Corporate ownership around the world*, The Journal of Finance 54, 471-517).

7. En segundo lugar, está asentado en la literatura sobre competencia que para que exista un problema asociado a la relación vertical no basta con que exista la posibilidad de realizar conductas anticompetitivas (haya poder monopólico), sino que también deben existir los incentivos para ejecutarlas (véase, “Testing Vertical Mergers for Input Foreclosure – Note by Carl Shapiro”, Roundtable on Vertical Mergers in the Technology, Media and Telecom Sector, DAF/COMP/WD, 75, 2019). En esta línea, el foco del análisis ha sido precisamente el problema de agencia asociado a la disociación entre controlador y dueño. Así, el Informe de Aprobación de la Adquisición de las acciones de Grupo Empresas Navieras, SAAM Puertos y Ransa Comercial en el Terminal Puerto Arica por Inversiones Neltume e Inversiones y Construcciones Belfi, elaborado por la subdivisión de fusiones de la FNE en enero de 2019, fundamentó dicha aprobación en el poder de contrapeso que ejercería Belfi como accionista no relacionado en el Directorio del puerto. Ello le permitió concluir, en el punto 115 del Informe, que la Operación no genera incentivos para que Ultramar beneficie a sus agentes de nave relacionados pues la habilidad para incurrir en dichas prácticas se encontraría limitada por los contrapesos que enfrenta en la administración del TPA.

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

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

11. De esta manera, aceptando el control vertical, pero donde se limita la propiedad de usuarios relevantes en el puerto, se favorece con un gobierno corporativo que vele solo con los intereses del puerto. Ello es consistente con una visión positiva respecto de los resguardos conductuales que existen en la ley y respecto de las condiciones conductuales impuestas por este TDLC, que finalmente impiden que un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesionario portuario pueda discriminar, excluir y sabotear a cualquier usuario. Tal visión positiva se apoya en la evidencia pues, habiéndose en los hechos aceptado que exista influencia decisiva sobre las decisiones del puerto por agentes verticalmente relacionados, la historia de puertos concesionados no muestra denuncias de conductas como las temidas.

12. Por su parte, la flexibilidad a la participación en la propiedad de usuarios relevantes que, en los hechos permitirían alcanzar el control del puerto, habría posibilitado lograr las eficiencias relacionadas con el manejo conjunto puertos-navieras y que la literatura especializada ha venido dando cuenta (véase, por ejemplo, Shengda Zhu, Shiyuan Zheng, Ying-En Ge, Xiaowen Fu, Breno Sampaio & Changmin Jiang (2019) Vertical integration and its implications to port expansion, *Maritime Policy & Management*, 46:8, 920-938).

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

14. En síntesis, el resguardo conseguido con la limitación a la propiedad de un usuario relevante se logra asegurando que en el Directorio de la empresa portuaria haya directores independientes del accionista controlador y ello se puede lograr con una exigencia directa de integrarlos al Directorio de la sociedad concesionaria, sin imponer restricciones a una estructura de propiedad. En virtud a que ambos caminos serían equivalentes en términos de limitar conductas anticompetitivas, pero

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que la restricción a la participación accionaria es sustancialmente más gravosa, por cuanto reducir la participación del accionista controlador: i) se exacerba el problema de agencia que originaría las prácticas anticompetitivas que se procuran reducir; ii) reduce la entrada de competidores en el proceso de licitación; y iii) arriesga el aprovechamiento de eventuales eficiencias que progresivamente ha recogido la literatura, es que se justifica imponer exclusivamente una restricción a la conformación del Directorio y no hacerlo respecto de la participación accionaria.

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° 469-20.

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



0B3FF1C6-FEC0-4DF9-87D9-4EBE26D221E7

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.