

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

INFORME N° 20/2021

Santiago, dos de septiembre de dos mil veintiuno.

PROCEDIMIENTO: No contencioso

ROL: NC N° 470-20

SOLICITANTE: Empresa Portuaria Valparaíso

OBJETO: Fijar las condiciones de competencia para la licitación pública del Terminal N° 2 del Puerto de Valparaíso, considerando para ello el Informe N° 5/2009 y la modificación del Informe N° 8/2012, en particular, la eliminación en este último de la condición N° 4 y su aclaración.

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 Valparaíso (en adelante, “EPV” 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 13, prorrogado a folio 67, aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de Informe de autos (en adelante, también, la “Solicitud”) las siguientes entidades:

- Asociación de Exportadores de Frutas de Chile A.G.
- Neltume Ports S.A.
- Sistema de Empresas – SEP
- Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones
- Fiscalía Nacional Económica
- Agencias Universales S.A.
- SSA Holdings International Chile Limitada y SAAM Puertos S.A.
- Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G.

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

2.1. A folio 11, EPV 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 del Terminal N° 2 del Puerto de Valparaíso, compuesto por el llamado Espigón y sus sitios números 6, 7 y 8 (en adelante, “Espigón”), considerando para ello, el Informe N° 5/2009 (en adelante, “Informe N° 5/2009”) y la modificación del Informe N° 8/2012 (en adelante, “Informe N° 8/2012”), ambos de este Tribunal. En particular, la solicitud refiere a la eliminación de la regla y aclaración contenida en la condición N° 4 del Informe N° 8/2012, de las conclusiones del Tribunal, o en subsidio, se dicten las condiciones que procedan para este efecto, para la etapa de transición que se licitará (“fase de transición”).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.2. A continuación, EPV señala el contexto en el que se enmarca la licitación objeto de este Informe y que justifica la urgencia de ésta. De esta manera, da cuenta, en primer lugar, del retraso en los proyectos de ampliación de infraestructura portuaria para el mercado de carga general de Valparaíso, lo que se provocó, por un lado, por el término anticipado y unilateral del contrato de concesión por la empresa Terminal Cerros de Valparaíso S.A. (“TCVAL”) del Espigón, por lo que ésta no ejecutará la obra de ampliación contenida como inversión obligatoria de la concesión que se había adjudicado. En segundo lugar, por el retraso en la tramitación del Puerto a Gran Escala de San Antonio (en adelante, “PGE San Antonio”), el cual, conforme al estado de la tramitación de la resolución de calificación ambiental (“RCA”), podría entrar en operación al inicio de la próxima década.

2.3. EPV también afirma que las proyecciones de demanda para el mercado relevante se encuentran próximas a alcanzar el límite de capacidad, por lo que se hace imprescindible tomar decisiones que mejoren la capacidad de los puertos de la región.

2.4. Atendido el escenario anteriormente descrito, la Solicitante propone un proceso de licitación en dos fases para el Espigón. La primera fase de la licitación objeto de este Informe, considera licitar la operación y mantención del Espigón por un periodo de transición, entre el término de la operación de TCVAL y el inicio de la concesión de la segunda fase. En esta licitación de la fase de transición se eliminan las exigencias de realizar significativas inversiones en infraestructura por parte del concesionario de la licitación (“Concesionario”) cuyo borrador de bases es objeto de este Informe y así enfocar sus esfuerzos en la explotación del Espigón bajo el sistema monooperador.

2.5. Esta licitación de la fase de transición debió quedar lista antes del 15 de abril de 2021, por cuanto dicha fecha corresponde al término de la concesión de TCVAL. Atendida dicha urgencia, EPV plantea que para esta licitación se utilicen las reglas de competencia ya definidas para el mercado relevante de carga general de la Región de Valparaíso, contenidas en los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, con la sola eliminación de las obligaciones de inversiones al Concesionario, lo que a su juicio es la solución más simple.

2.6. Luego, en una segunda fase, mediante una nueva consulta, se deberá iniciar un nuevo proceso de licitación, el cual supone la incorporación sustantiva de infraestructura al Espigón, con el consiguiente aumento de capacidad al sistema portuario de la Región de Valparaíso.

2.7. A continuación, la Solicitante se refiere a las condiciones necesarias para modificar los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, en lo que dice relación a eliminar las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

exigencias de realizar significativas inversiones en infraestructura. Al respecto, señala que este Tribunal ha sostenido que las conclusiones de los informes que emite pueden modificarse en la medida de que exista variación en las circunstancias consideradas al momento de emitirse dichos informes o conclusiones, tal como lo permite el artículo 32 del D.L. N° 211. Indica que si bien la presente solicitud dice relación con el mismo mercado relevante fijado en los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, la ausencia de inversión en infraestructura y el carácter transicional de la presente licitación, alteran significativamente la composición o el *mix* de carga que deberá ser observado por el Tribunal.

2.8. Asimismo, destaca la necesidad de que el Espigón, durante este tiempo de transición, sea operado bajo el sistema monooperador. Al respecto sostiene que, según experiencia de los últimos años, se puede concluir que el modelo más eficiente de operación es la monooperación. Añade que la lógica de la Ley de Puertos es que una vez que se haya concesionado un frente de atraque y se concluya dicha concesión, se deberá licitar nuevamente por la empresa portuaria a cargo, con la anticipación suficiente para evitar la interrupción del servicio. Así, solo de forma excepcional debe volver el terminal portuario a la operación de la empresa portuaria.

2.9. EPV prosigue arguyendo que es urgente fomentar la competencia en el mercado relevante, puesto que, conforme a proyecciones de demanda del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de abril de 2020, se estiman periodos de congestión a partir del año 2022 considerando la infraestructura portuaria existente. Esa proyección podría verse afectada si con la actual infraestructura se reduce la capacidad portuaria debido a una gestión deficiente.

2.10. La Solicitante concluye que es necesario mantener la continuidad operativa del Espigón dado que el sistema portuario de la Región de Valparaíso no cuenta con suficiente capacidad excedentaria, como también que el Puerto de Valparaíso sigue cercano a su límite de capacidad. Ello porque se ha observado una recuperación rápida finalizada la crisis sanitaria y que, si bien existe disponibilidad respecto de la carga fraccionada, la contenedorización de las cargas hacen prever cada vez menor disponibilidad de la primera.

2.11. EPV también se refiere brevemente a la relación con el PGE San Antonio señalando que la primera fase de la licitación del Espigón durará aproximadamente cuatro años o más, solo en cuanto no se encuentre adjudicada la licitación que sí contempla inversión en infraestructura y, por tanto, solo la segunda fase de la licitación competirá con el PGE San Antonio. Indica que para esta segunda fase se propondrá una mayor flexibilidad para el diseño del frente de atraque y se analizará la posibilidad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de licitar el Puerto de Valparaíso como un solo frente de atraque, lo que permitiría desafiar a los operadores que el Puerto de San Antonio proyecta.

2.12. Luego, EPV revisa los informes N° 5/2009 y N° 8/2012, relacionados con esta licitación. Respecto del Informe N° 5/2009 señala que las principales condiciones establecidas fueron las siguientes: (i) la licitación debe adjudicarse al menor índice de tarifas por servicios básicos; (ii) las bases deben establecer la metodología de ponderación de las tarifas; (iii) se podrá cobrar por concepto de Canon Anual el mínimo que establece el artículo 6° del Decreto N° 104, de 24 de abril de 1998, de la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones, que establece normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 19.542 (en adelante, el “Reglamento de Licitaciones Portuarias” o simplemente el “Reglamento”); (iv) los demás cobros al Concesionario deben estar razonablemente asociados a costos de la licitación o a los costos necesarios para asegurar la operación eficiente de EPV; (v) se debe determinar capacidad de la infraestructura y estándares de calidad de servicios que debe cumplir el adjudicatario; (vi) la prestación de los servicios se deberá efectuar en condiciones generales y no discriminatorias; (vii) las tarifas deberán estar registradas con la debida anticipación antes de su entrada en vigencia; (viii) los usuarios relevantes de la cadena de transporte marítimo de carga, no podrán poseer en conjunto, más del 60% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 60% de las utilidades de la sociedad concesionaria; (ix) la sociedad que se adjudique la concesión, y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores (“Ley de Mercado de Valores”), no podrán participar directa o indirectamente en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque público de la Región de Valparaíso, que provea servicios portuarios a carga general; y (x) las reglas de integración horizontal y vertical tendrán vigencia por todo el periodo de concesión, sin embargo, se podrá solicitar su modificación, transcurridos cinco años desde la celebración del contrato de concesión.

2.13. A continuación, revisa las condiciones y la aclaración impuestas por el Informe N° 8/2012, el cual se pronunció respecto de la Solicitud de alzamiento de las restricciones a la integración horizontal contenidas en el Informe N° 5/2009. La primera condición fue que la licitación se debía realizar mediante el mecanismo de dos universos de propuestas, uno compuesto por los incumbentes y el segundo por los nuevos entrantes. La segunda condición establecía que todas las ofertas competían entre sí, debiendo adjudicar al menor índice tarifario que se propusiera en las ofertas presentadas. Con todo, si la mejor oferta correspondía a un incumbente, se le permitía al mejor nuevo entrante la posibilidad de igualar la oferta, en cuyo caso éste último se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adjudicaba la licitación. La condición tercera establecía que en caso de adjudicarse la licitación un incumbente, éste quedaba eximido de las reglas relativas a las restricciones a la integración horizontal contenidas en el Informe N° 5/2009. Por último, la condición cuarta establecía que en caso de resultar adjudicada la licitación a un incumbente, EPV debía informar cada dos años a la Fiscalía Nacional Económica del cumplimiento del cronograma de inversiones comprometido por el adjudicatario y se aclaraba que el incumplimiento culpable del adjudicatario en concluir y poner en servicio las obras de inversión dentro de los plazos estipulados constituía una infracción a las condiciones del Informe N° 5/2009 y, por lo tanto, era causal de término del contrato de concesión.

2.14. Solicita en definitiva que en ejercicio de sus atribuciones, el Tribunal se pronuncie favorablemente respecto de Solicitud resolviendo la eliminación de la condición N°4 y de la aclaración, contenidas en las conclusiones del Informe N° 8/2012 que fuese dictado para la concesión del Espigón, para los efectos que EPV proceda a licitar para adjudicar dicho frente, en base a las consideraciones contendidas en los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, con prescindencia de la condición y aclaración antes dichas, o en subsidio, se dicten las condiciones que procedan para este efecto, para la fase de transición que licitará EPV.

2.15. Por último, la presentación de la solicitante contempla cuatro anexos relativos a antecedentes del proceso de licitación objeto de la solicitud de EPV, las condiciones impuestas por los informes N° 5/2009 y 8/2012, la proyección de la demanda para la Región de Valparaíso, y a su vez el estado del PGE de San Antonio.

2.16. A folio 22, el 16 de septiembre de 2020, EPV acompañó el borrador de las bases de licitación objeto de la Solicitud y sus anexos (en adelante, el “borrador de las Bases”).

2.17. A folio 57, EPV solicitó tener presente que, respecto del requisito de experiencia, la referencia a “carga general” contenida en el punto 2.7 letra a) del borrador de las Bases, no constituía una restricción y debía entenderse pura y simplemente referida a “carga”.

2.18. A folio 126, EPV presentó el informe económico titulado “Consulta TDLC sobre Licitación del Frente de Atraque N° 2 de Puerto de Valparaíso”, elaborado por Econsult Capital.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

3.1. Asociación de Exportadores de Frutas de Chile A.G. (“ASOEX”)

A folio 73, ASOEX aportó antecedentes, señalando que es una entidad gremial de carácter privado que representa a los exportadores de frutas y hortalizas frescas de Chile y, a continuación, revisa los antecedentes de la actual solicitud de EPV, en particular, los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, la licitación anterior y el término anticipado del contrato de concesión de TCVAL.

Señala que el proyecto actual de concesión del Espigón es totalmente distinto al que se licitó en el año 2012, pues esta nueva licitación solo contempla la operación y mantención del Espigón, sin inversiones en infraestructura, por un periodo de cuatro años, renovable por periodos anuales. Dado lo anterior, no le parece correcto solo eliminar la obligación de invertir en infraestructura y, por otro lado, mantener aquellos mecanismos que fueron considerados críticos para asegurar dicha inversión, especialmente, la posibilidad de realizar la licitación considerando dos universos de propuestas, las de nuevos entrantes e incumbentes.

Destaca, en relación con los aspectos económicos, que el puerto es uno de los eslabones estratégicos de la cadena de servicios que permiten el desarrollo de la actividad de exportación y que, a su vez, las condiciones que le imponga el puerto a la empresa naviera afectarán el contrato de ésta con el exportador. Atendido ello, las prácticas anticompetitivas en un puerto tienen un gran impacto en la economía ya que se afecta la competitividad del producto nacional en el mercado de destino.

De esta forma, en cuanto a las condiciones de la licitación, ASOEX sostiene la necesidad de limitar la integración vertical y la horizontal. En relación con la integración horizontal, afirma que debe fijarse una prohibición absoluta ya que, si bien fue necesario anteriormente permitir la participación de incumbentes, en la licitación actual ya no lo sería. Y respecto a la integración vertical, afirma que, dado que se observa una fuerte concentración en la industria naviera a nivel mundial, junto con el aumento de las inversiones tanto en terminales como en barcos, permitirle representa un mayor riesgo. Puesto que el poder de mercado de un puerto podría extenderse al transporte marítimo o viceversa, y una disminución en la condición de competencia del transporte unido a la condición de facilidad esencial de la infraestructura portuaria, hace recomendable adoptar un criterio restrictivo en esta materia.

Por lo tanto, ASOEX solicita que se mantenga la restricción vertical original de un 40% –del Dictamen N° 1045/1998 de la Comisión Preventiva Central (“Dictamen N° 1045”)– y, en subsidio, que ésta en ningún caso supere el 60%. Lo anterior, sumado a la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

restricción absoluta a la integración vertical del futuro Concesionario del Espigón con cualquier concesionario a cargo de la administración o transporte de carga por ferrocarril hacia y desde el puerto (así como se consideró en el Informe N° 18/2020).

3.2. Neltume Ports S.A. (“Neltume”)

A folio 82, Neltume aportó antecedentes, indicando, en primer lugar, que es controlador del Terminal Pacífico Sur de Valparaíso S.A. (“TPS”), sociedad concesionaria del Terminal N° 1 de Valparaíso y describe la solicitud presentada por EPV.

A continuación, da cuenta de las variaciones en las condiciones de competencia consideradas en los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, para complementar o reforzar lo señalado por EPV, afirmando que se han evidenciado las siguientes variaciones desde la oferta de servicios portuarios en el mercado de carga general de la Región de Valparaíso: (i) la adjudicación en el año 2013 de la concesión del Espigón por un entrante, OHL Concesiones, quien constituyó TCVAL como operador del Espigón; (ii) luego, el decaimiento de TCVAL como oferente de servicios portuarios por falta de inversiones en infraestructura y equipamiento portuario, la consecuente concentración de su oferta en atención a la carga fraccionada (especialmente, fierro), y su posterior decisión de terminar anticipada y unilateralmente su contrato de concesión con EPV; y (iii) la consolidación de Puerto Central S.A. (“PCE”), actual concesionario del Terminal Costanera Espigón del Puerto de San Antonio, como oferente de servicios portuarios para la transferencia de todo tipo de cargas (contenedorizada y no contenedorizada, en especial, carga fraccionada). Neltume afirma que, dichos cambios, han derivado en un aumento del nivel e intensidad de la competencia en relación aquella revisada en los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, incluso considerando el decaimiento de TCVAL.

Adicionalmente, Neltume sostiene que, desde el punto de vista de la demanda, también se observan cambios en el mercado: (i) la consolidación de la creciente concentración experimentada en la industria naviera y (ii) el continuo y permanente crecimiento del tamaño de las naves, especialmente, portacontenedores hacia buques más grandes con capacidad de 24.000 “TEUs”.

En cuanto al mercado relevante, Neltume arguye que éste debe circunscribirse al tipo de naves y cargas aptas para ser atendidas y transferidas por el Espigón durante la fase de transición, por ello solicitan que se considere como mercado relevante el de servicios portuarios básicos prestados a la carga no contenedorizada y especialmente, a la carga fraccionada por terminales portuarios de uso público en la Región de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Valparaíso o, al menos, considerar mayor relevancia para este tipo de carga en la definición de mercado relevante.

Prosigue su aporte revisando las eficiencias que se derivarían de la adjudicación de la licitación del Espigón a TPS o a una persona relacionada con ella. Así, en primer lugar, sostiene que dicha adjudicación mejoraría la capacidad de transferencia del Terminal N° 1 del Puerto de Valparaíso, por cuanto su capacidad actualmente se encuentra limitada por la escasa área de almacenamiento o respaldo que tiene dicho frente, por lo tanto, si TPS se adjudica la licitación del Espigón, directa o indirectamente, podría integrar las áreas de almacenamiento de ambos terminales del Puerto de Valparaíso, fortaleciendo el nivel y la intensidad de la competencia en el mercado. Asimismo, en este escenario, la capacidad de los terminales de Valparaíso se acercaría a la capacidad que actualmente tienen cada uno de los terminales de San Antonio. Otros beneficios de esta integración serían: (i) la utilización de las aguas abrigadas del Puerto de Valparaíso; (ii) el aumento de la tasa de ocupación de dicho puerto, en general; (iii) la mejor adaptabilidad a nuevos requerimientos operativos de los clientes o usuarios de este por mayor disponibilidad y variedad de los sitios de atraque; y (iv) el ahorro fiscal derivado de la no ejecución -de forma inmediata- del proyecto “Mejoramiento Accesibilidad Puerto Valparaíso” que actualmente se encuentra en tramitación en el Servicio de Evaluación Ambiental.

Neltume sostiene que las anteriores eficiencias son coherentes con los objetivos de EPV para la licitación de transición, y que, mirados en conjunto, no solo asegurarían, a su juicio, la continuidad operativa y los actuales niveles de eficiencia del Espigón, sino que sería la alternativa que genera una mayor eficiencia de la infraestructura portuaria disponible en dicho terminal, lo que mejoraría la capacidad de transferencia del Puerto de Valparaíso, según lo expuesto precedentemente. Adicionalmente, argumenta que si TPS se adjudica la licitación de transición del Espigón servirá como un “experimento natural” del comportamiento del mercado previo a la realización de la segunda fase de la licitación del Espigón.

Por otro lado, Neltume da cuenta de los riesgos derivados de la adjudicación de la licitación del Espigón a concesionarios del Puerto de San Antonio o sus personas relacionadas. Así, el primer riesgo sería la concentración de San Antonio Terminal Internacional S.A. (“STI”) y PCE, actuales concesionarios de los frentes de atraque del Puerto de San Antonio, del mercado de atención y transferencia de carga no contenedorizada en la Región de Valparaíso. Es más, si el adjudicatario de la licitación de transición es PCE, esto conllevaría la consolidación de este operador como el principal y cuasi exclusivo oferente de servicios portuarios a la carga fraccionada. Un segundo riesgo sería el aumento de la brecha competitiva existente entre los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesionarios portuarios del Puerto de San Antonio y del Puerto de Valparaíso, pues esta adjudicación implicaría que el Puerto de San Antonio aumentaría las áreas de acopio para los usuarios o clientes, a pesar de la distancia entre ambos puertos. Un tercer riesgo sería la mayor participación agregada de mercado de los concesionarios del Puerto de San Antonio y una mayor participación individual de mercado del Concesionario que se adjudique el Espigón en desmedro del único concesionario que quedará en el Terminal N° 1 de Valparaíso, TPS, que quedará como oferente inframarginal o, al menos, no estará en condiciones de competir en igualdad de condiciones. Por último, sostiene que no se advierten incentivos para el caso de que cualquiera de los concesionarios actuales del Puerto de San Antonio que se adjudique la fase de transición, desarrollen y logren la mayor eficiencia de la infraestructura disponible del Espigón.

En relación con el análisis anterior, Neltume desarrolla algunas modificaciones para la propuesta de EPV. En primer lugar, solicita revisar la condición N° 2 del Informe N° 8/2012, y que se permita que TPS y sus personas relacionadas compitan en igualdad de condiciones con los entrantes, en un mismo universo de propuestas. En segundo lugar, solicita que se revise la condición N° 3 del Informe N° 8/2012, estableciéndose que para evitar los riesgos de la participación de STI y PCE en esta licitación, se mantengan vigentes las restricciones a la integración horizontal interportuaria de conformidad con el Dictamen N° 1045 y el Informe N° 6/2009, sin que se les exima de su cumplimiento. En tercer lugar, solicita que se exceptúe a TPS o a sus personas relacionadas de la regla contenida en el punto 3.9.5 del borrador de las Bases – referido a servicios entre concesionarios– en caso de que alguno de éstos se adjudique la licitación, ya que, a su juicio, dicha regla restringe la integración y operación conjunta de ambos terminales permitiéndose de forma excepcional en caso de congestión.

En caso de que este Tribunal rechace las anteriores propuestas, Neltume, en forma subsidiaria, solicita que se mantengan las condiciones contenidas en los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, en los términos solicitados por EPV y, en cualquier caso, se modifique el punto 3.9.5, anteriormente señalado, en caso de que TPS se adjudique la licitación de transición.

Al folio 152, Neltume complementó su presentación revisando el mercado relevante para esta licitación de la fase de transición, así como las eficiencias y riesgos de que dicha licitación sea adjudicada a TPS o alguna relacionada, a STI o a PCE. Solicita que se permita a TPS o a sus personas relacionadas competir en igualdad de condiciones con los nuevos entrantes; que en caso de que se adjudique la licitación a STI o PCE, o sus respectivas personas relacionadas, se mantengan vigentes las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

restricciones a la integración horizontal interportuaria; y que, respecto de la sección 3.9.5. se incluya una excepción que no haga exigible la condición de congestión para la prestación de servicios entre el Terminal N° 1 y el Terminal N° 2 del Puerto de Valparaíso.

3.3. Comité Sistema de Empresas Públicas - SEP (“SEP”)

A folio 89, 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 portuarias y cómo 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.

Luego, respecto del contexto de la licitación de transición, afirma que se observa que el mercado relevante de la Región de Valparaíso presentará un escenario de escasez de oferta de infraestructura portuaria por, al menos, cinco años según datos del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Dado lo anterior, sostiene que se hace imprescindible adoptar las medidas disponibles y pertinentes para evitar que decrezca la capacidad existente y, en lo posible, contribuir a la mejora en eficiencia y productividad de los modelos existentes. Explica que, hasta el año 2018, EPV resolvía la necesaria ampliación de infraestructura portuaria a través de la ejecución del proyecto de inversiones en el Espigón, pero que, con el término anticipado del contrato de concesión anunciado por TCVAL y los distintos recursos que aun impugnan la resolución de calificación ambiental (“RCA”) del proyecto de infraestructura en dicho terminal, su materialización es incierta.

Agrega que, de conformidad al artículo 17 de la Ley de Puertos, EPV está obligada a licitar nuevamente la concesión una vez terminado el contrato de concesión con TCVAL, con la antelación suficiente para no interrumpir los servicios portuarios que presta el Espigón.

El SEP sostiene que el escenario actual de la región obliga a tomar medidas para lidiar con la escasez de la oferta y la conveniencia de que la operación del Espigón sea mediante el sistema monooperador. Lo anterior, pues hoy no es conveniente licitar sin tener resuelta y firme la RCA del proyecto o sin contar con las mejores condiciones de certidumbre posibles, pero, por otro lado, en este caso esperar que la RCA de las inversiones requeridas para el Espigón se encuentre firme puede llevar al mercado de la macrozona central a sufrir serios problemas de congestión. Dado ello, considera correcta la propuesta de EPV de licitar sin esas inversiones y bajo el sistema monooperador, pues éste ha demostrado ser de mayor productividad y eficiencia en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el uso de la infraestructura portuaria. En cuanto a la extensión del contrato de concesión, afirma que al quedar la decisión a cargo de la empresa portuaria se atenúa el riesgo de no contar con la debida flexibilidad frente a situaciones futuras.

Por tanto, el SEP coincide con la propuesta de EPV, pues ésta maximizaría las posibilidades de éxito de la segunda fase de la licitación del Espigón. Además, a su juicio, generar una propuesta de dos fases para la licitación del Espigón resulta una alternativa que permite reducir o limitar el riesgo de que no haya oferentes, o bien, que quien resulte adjudicatario no pueda desarrollar el proyecto definido. El SEP comparte que, en la fase de transición, lo relevante será dar atención a las cargas fraccionadas y administrar las áreas de respaldos correspondientes, siendo una concesión acotada y de mera transición, pues tendrá una duración de cuatro años, prorrogable anualmente solo en tanto no se encuentre afinado y adjudicado el proceso de licitación de la segunda fase.

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

A folio 91, aportó antecedentes el MTT, dando cuenta, en primer lugar, de la situación actual de la industria portuaria en el país, las principales características del marco normativo que regula la industria y el concepto de Red Logística, además de los lineamientos de política pública para el desarrollo logístico portuario contenidos en el Decreto Supremo N° 1.809, de 2017, del MTT que imparte lineamientos de política portuaria y criterios de buenas prácticas aplicables al sistema portuario estatal de la Ley de Puertos.

También revisa el desarrollo del Espigón desde la adjudicación a OHL Concesiones (la que constituyó TCVL). A este respecto, el MTT considera que la licitación de la fase de transición constituye una modificación relevante a la situación del año 2012, cuando se consultó por la modificación del Informe N° 5/2009, ello pues EPV promueve en este caso una nueva licitación de carácter transitorio centrada en la operación de la infraestructura existente y no en la generación de nueva infraestructura de atraque de naves y de acopio de contenedores.

En cuanto a la oferta portuaria señala que es una condición imprescindible para la competencia y eficiencia portuaria la oportuna disponibilidad de infraestructura. Destaca que, según la propuesta de EPV, eventualmente coexistirán dos concesionarios del Espigón: el Concesionario de la fase de transición y el concesionario que invertirá en infraestructura, atendido ello, afirma que deben adoptarse los resguardos necesarios para que la fase de transición no obstruya dicha ampliación de infraestructura y se facilite una extracción de renta en un potencial periodo de congestión. Lo anterior, debido a que una inversión tardía en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

construcción de la nueva infraestructura en el Espigón daría lugar a un aumento de poder de mercado de los actuales actores y a condiciones de congestión, pudiendo conllevar a alzas en las tarifas de servicios especiales, la introducción de cargos por congestión por parte de las empresas navieras o la decisión de los usuarios de cambiar el uso de los puertos de la región por otros más distantes encareciendo los costos del comercio exterior.

Indica que la carga que transfiere actualmente el Espigón corresponde a carga fraccionada y que la transferencia efectiva de este tipo de carga estuvo por debajo de las proyecciones en los años 2018 y 2019.

Señala que este Tribunal no ha precisado anteriormente el significado de que un frente de atraque sea de “uso público”, el cual, sin embargo, tal como se ha visto en el caso de las concesiones portuarias de la Ley de Puertos, posee un significado preciso, el que aborda aspectos de no discriminación, publicidad de las tarifas, regulación, designación de infraestructura, estándares de servicio, entre otros.

Respecto del mercado relevante, el MTT arguye que la situación analizada en los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012 correspondía a un área de concesión con un proyecto de inversión para competir con el Terminal N° 1 de Valparaíso y, en cambio, la fase de transición no contempla inversiones mayores en infraestructura y mantiene su foco en la atención de la carga fraccionada. Añade que este nuevo escenario debe ser analizado en profundidad por el Tribunal estableciendo las condiciones y resguardos que estime pertinentes para proteger los intereses de los usuarios especialmente por el rol de TCVAL, el cual para el año 2019 transfirió un 57% de la carga fraccionada total de la región. Adicionalmente, considerando que la principal carga fraccionada transferida en el Espigón es fierro y otras cargas relacionadas con la siderurgia, el MTT sostiene que el índice tarifario por servicios básicos debiese analizarse teniendo a la vista la conformación de la carga que atenderá el Espigón.

En cuanto a la integración horizontal, el Ministerio da cuenta de que la propuesta de EPV permite la participación de los tres operadores de los terminales de contenedores de la región (STI, PCE y TPS) y del actual concesionario del Espigón (TCVAL). Sobre esto, el MTT afirma que esta licitación de transición debe considerar el diferente escenario frente al de los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, en particular la aplicabilidad de lo dispuesto en este último, ya que, al no involucrar inversiones, permitir la participación de incumbentes parece no ser necesario.

Afirma que existen riesgos asociados a la integración horizontal como: (i) reducir el número de actores en tensión competitiva *ex post*, y (ii) conferir al concesionario integrado un poder de mercado significativo durante un periodo en que existe riesgo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de congestión portuaria. Añade que, además, en ningún terminal de la región se permite esta figura.

Señala que la política de desarrollo de terminales actualmente en implementación persigue, entre otras, resguardar la existencia de cuatro terminales en competencia a nivel regional, por lo que eventuales cambios en el tamaño de las unidades de negocio existentes en cualquier puerto solo podrían materializarse una vez haya entrado en operaciones en la región la primera unidad de mayor tamaño a la cual desafiar, lo que ocurriría cuando la segunda etapa del Terminal Mar inicie operaciones.

En particular, respecto a la prestación de servicios del Espigón al Terminal N° 1 del Puerto de Valparaíso, el MTT señala que la propuesta podría generar beneficios a los usuarios de carga contenedorizada, pues podría maximizar la utilización de algunos espacios físicos del área de concesión del Espigón. No obstante, considera que para su implementación exitosa requiere que se estudien y se adopten los resguardos necesarios debido a la existencia de riesgos para los usuarios del Espigón derivados de estar dedicando, al menos, parte de los espacios de una unidad de negocio contemplada como competidora del Terminal N° 1, como lo es el Espigón, a potenciar la operación del terminal adyacente, más si el borrador de las Bases contempla la posibilidad de prórroga de manera indefinida de esta fase de transición -más allá de cuatro años- y en un escenario de congestión portuaria. Así también, observa los siguientes riesgos como consecuencia de la prestación de servicios entre los concesionarios del puerto de Valparaíso: (i) que se genere un eventual detrimento de la carga fraccionada (negocio central y actual del Espigón) en favor a la carga en contenedores; (ii) que la facultad de dar término a la figura contractual solicitada por EPV no ha sido definida, por tanto se desconoce sus criterios y mecanismos; y (iii) que las tarifas asociadas a esta prestación de servicio serían especiales y, por tanto, no sujetas a regulación.

Debido a lo anterior, el MTT considera que se debe analizar la conveniencia o no de innovar en la prestación de servicios cruzados entre terminales y los potenciales resguardos en favor del interés de los usuarios que movilizan contenedores y carga fraccionada que podrían requerirse en caso de autorizarse la figura propuesta por EPV. Incluso sostiene que debe revisarse si esta prestación de servicios pudiera tratarse de una operación de concentración.

Sobre la integración vertical, el Ministerio sostiene la necesidad de realizar un análisis por cada tipo de usuario y su potencial riesgo de conductas contrarias a la libre competencia para definir los umbrales de participación para cada uno. Además, considera necesario dotar a las empresas portuarias estatales y a la FNE de acceso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a información relativa a mallas societarias y cargas movilizadas, que esta obligación se incluya en el Manual de Verificación de Indicadores y que se considere como causal de incumplimiento del contrato de concesión la entrega de información inexacta, errónea o falsa.

Por otro lado, propone incluir en esta licitación los resguardos contemplados en el Informe N° 18/2020 de este Tribunal (en adelante, "Informe N° 18/2020"), en particular, los siguientes: (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 la participación accionaria en relación a los resguardos estructurales; (iii) la extensión de los estándares de calidad de servicios a la interfaz terrestre; (iv) el deber de informar a la FNE sobre cambios de prioridades de atención a las naves; (v) la prohibición explícita de ventas atadas de servicios básicos y especiales; (vi) un mecanismo para la eventual recalificación de servicios especiales a básicos; (vii) la adecuación de contrato previa autorización del TDLC o de la FNE según el tema que se requiera modificar; y (viii) el fortalecimiento de los mecanismos de control y ampliación de la solicitud de información y destinatarios.

Adicionalmente, respecto de la verificación del cumplimiento de los resguardos estructurales propone que ésta se realice mediante 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 EPV en los plazos previstos en el Manual de Verificación de Indicadores.

Por otro lado, el MTT advierte que, a diferencia de lo dispuesto en el Informe N° 8/2012, el que establecía que se consideraba incumbente a quien cumplía ciertos requisitos a la fecha de licitación, el borrador de las Bases presentado por EPV no hace referencia a un momento para definir la calidad de "incumbente", dejando abierta la posibilidad de que dicha calidad se evalúe en otro momento.

En cuanto a los servicios denominados especiales u opcionales, el MTT propone exigir al momento del registro o la modificación de cada tarifa especial, una memoria de cálculo que acredite que el servicio se ajusta a las condiciones de mercado imperantes.

Finalmente, respecto del plazo de la fase de transición, señala que el borrador de las Bases establece un plazo de cuatro años, renovable por periodos de doce meses a solicitud de EPV. Ello, si bien otorga flexibilidad para un adecuado traspaso al concesionario de la segunda fase del Espigón, presenta el riesgo de que la fase de transición se extienda por un periodo indeterminado. Lo anterior, podría agravarse

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ante un eventual escenario de congestión portuaria de la carga contenedorizada, toda vez que podría existir una natural presión en favor de las condiciones de servicio o volúmenes atendidos por este tipo de carga, en eventual detrimento de la atención de la carga fraccionada.

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

A folio 97, aportó antecedentes la FNE, en los cuales, 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. En particular, respecto de los actores portuarios, presenta la siguiente tabla:

Puerto	Terminal Portuario (concesionario)	Propiedad	Fin concesión	Renovable
Bahía Quintero	Oxiquim	Privado	No aplica	No aplica
	Puerto Ventanas	Privado	No aplica	No aplica
Puerto San Antonio	Sitio N°9 (QC Policarpo Toro)	Público	dic-29	Cierre terminal
	Sitio N°8 (Puerto Panul)	Público	2029	Cierre terminal
	Costanera-Espigón (PCE)	Público	2031	Por 10 años más
	Molo Sur (STI)	Público	dic-24	Por 5 años más
	Terminal Mar (a licitar)	Público	Postergado su ingreso, de 2026 a 2030	
Puerto Valparaíso	Frente N°1 (TPS)	Público	2029	No
	Frente N°2 (TCVAL)	Público	15-abr-21	No. Término anticipado
	Frente N°2 (a licitar para Fase 1)	Público	2025	Cada 12 meses indefinidamente

Fuente: Aporte de antecedentes de la FNE (folio 97, p. 14)

La Fiscalía enfatiza que en el año 2029 se producirá la salida de dos terminales en San Antonio especializados en la carga a granel (Puerto Panul y QC Policarpo Toro), la que deberá ser absorbida por los demás terminales de San Antonio (PCE y STI).

En cuanto a la capacidad de los puertos en la Región de Valparaíso, señala que las restricciones de capacidad en el Puerto de Valparaíso estarían relacionadas con limitaciones de áreas de respaldo (caso del Terminal N° 1) y las dimensiones de sus sitios de atraque (caso del Espigón), mientras que para los terminales del Puerto de San Antonio las restricciones estarían determinadas por las rutas de acceso al puerto como la configuración de las operaciones al interior de este.

Por su parte, respecto al escenario de congestión, si bien EPV sostiene que la Región de Valparaíso enfrentará congestión a partir del año 2022, la FNE señala que, de los antecedentes recabados, en términos generales no se advierten grandes problemas de congestión en los últimos años en dicha región. Además, casi la totalidad de los actores del mercado no advierten potenciales escenarios de congestión para los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

siguientes cuatro o cinco años, principalmente por la reducción de la demanda atendido el conflicto comercial China-EE. UU., y la crisis económica y sanitaria debido al Covid-19 a nivel global.

A continuación, la Fiscalía revisa las características de la carga transferida en la región aseverando que, del total de carga general transferida en 2019, un 85% corresponde a carga en contenedor, y la restante corresponde, principalmente, a carga fraccionada. Agrega que este porcentaje se ha mantenido durante los últimos seis años, pues: (i) existen productos que no es factible –rentable– movilizar en contenedores (acero o vehículos); y (ii) la necesidad de transportar productos hortofrutícolas altamente perecibles en menores tiempos de traslados que aquellos de las naves portacontenedores. Además, destaca que parte de los servicios prestados por los terminales del Puerto de San Antonio están destinados a la atención de carga a granel, pero que esto representa un porcentaje menor en relación con la carga movilizada en contenedores y carga fraccionada.

Sobre el mercado relevante, la FNE destaca la definición contenida en el Informe N° 5/2009, a saber, el de *“servicios portuarios básicos en frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso que puedan atender la nave de diseño del proyecto a licitar, para cada uno de los tipos de usuarios de carga general, esto es, carga en contenedores por un lado y carga fraccionada por otro”* y agrega que en el Informe N° 8/2012 no modificó dicha definición. Sostiene que si bien la propuesta de licitación de la fase de transición es diferente a aquella conocida en los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, pues no contempla inversiones sobre la infraestructura del Espigón que le permitan atender una nave portacontenedores, a su juicio, no ha habido un cambio sustantivo de las formas de provisión de los servicios básicos portuarios en la región que modificaran los antecedentes considerados en el Informe N° 5/2009. De esta forma, existiría cierto grado de sustitución entre el transporte de carga fraccionada y en contenedores, tanto desde la perspectiva de la oferta como por el lado de la demanda. Lo anterior amerita una definición de mercado relevante que considere a los servicios portuarios provistos a usuarios que movilizan carga general, pero dado que hay un segmento de usuarios para los cuales no es sustituible el tipo de transporte de carga, se deben considerar por separado los dos segmentos. Por todo lo anterior, señala que el mercado relevante del producto, para esta licitación, debería definirse como el de *“servicios portuarios básicos en frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso que puedan atender la nave de diseño actual del Terminal N°2 [Espigón], para cada uno de los tipos de usuarios de carga general, esto es, carga en contenedores por un lado y carga fraccionada por otro”*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Continuando su aporte, la FNE revisa las características de la oferta y la demanda de los servicios portuarios de la región. En cuanto a la oferta de los servicios portuarios destaca que los terminales operados por TPS, STI y PCE, son los que podrían ejercer presión competitiva en el Espigón y que tienen la aptitud de ser considerados como sustitutos para sus clientes o usuarios, tal como se consideró los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012. Afirma que en el segmento de carga contenedorizada, STI y TPS son los principales competidores, mientras que PCE, ha experimentado un crecimiento importante desde el año 2017. Por su parte, en el segmento de carga fraccionada, indica que TCVAL ha adquirido mayor relevancia en los últimos años, seguido por PCE, y que el Espigón opera como terminal especializado en la transferencia de acero, a diferencia de otros frentes. De esta forma, concluye que, en carga en contenedores, se destaca la especialización de STI y, por otro lado, la especialización de TCVAL en movilización de carga fraccionada, y que la mayor competencia por la carga en contenedores se observa entre los concesionarios STI, PCE y TPS.

En cuanto a la demanda de los servicios portuarios en la Región de Valparaíso, señala que los principales usuarios son: las empresas navieras, los agentes de nave, los importadores, los exportadores y los transportistas. Sostiene que los tres últimos grupos se encuentran altamente atomizados. Respecto de las empresas navieras, distingue entre aquellas especializadas en transporte de contenedores y aquellas multipropósito, aclarando que dicha diferencia no solo se produce por el tipo de nave sino porque en el caso de las especializadas en carga en contenedores se asocian a prestación de servicios de línea o regulares, y las otras, a transporte de carga *spot*. Añade que los principales armadores o navieras del mercado son aquellos especializados en carga en contenedor y se observa que dos de éstas se encuentran integradas verticalmente con terminales portuarios en la región, a saber: Hapag-Lloyd con STI y MSC con TPS.

Respecto de los agentes de nave, indica que sus servicios tienen relación con la coordinación y atención de la nave al interior del terminal en que ella finalmente recalca y que, en el mercado relevante, se observa que Ultramar es un actor relevante, a pesar de que ha ido disminuyendo su participación (30-40% en 2019). Por su parte, Ian Taylor ha incrementado su participación (20-30% en 2019). Mientras que, las agencias del grupo GEN, han perdido participación considerablemente en el tiempo (menor al 5% en 2019). Por último, en cuanto a la participación de los agentes en la carga movilizada Espigón, señala que la relevancia de Ultramar es aún mayor (50-60%).

Respecto de las barreras a la entrada al mercado relevante, mantiene lo señalado en el Informe N° 18/2020, en relación con la escasez de bahías naturales y los altos costos de construir bahías abrigadas en la Región de Valparaíso. Además, indica que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en los próximos cinco años no se verificaría el ingreso de nueva infraestructura portuaria en la región, mientras que para los años 2025 a 2030 existe aún incertidumbre al respecto (incluyéndose la eventual inversión en el Espigón). La Fiscalía señala que, en este escenario, los eventuales ingresos de nuevos actores al mercado relevante podrían verificarse si actuales terminales especializados de la región realizaran inversiones para atender otro tipo de carga, pero considera que ello sería poco probable y a la vez podría no ser suficiente para evitar congestión. De esta forma, concluye que en el mercado relevante persisten barreras a la entrada de una entidad tal que ameritan la mantención de los resguardos de competencia, tanto estructurales como conductuales impuestos en los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012.

En cuanto al análisis de las condiciones de competencia establecidas en el borrador de las Bases propuestas por EPV, la FNE, en términos generales, señala que dicha propuesta no presenta modificaciones sustanciales en relación con los resguardos considerados en el Informe N° 5/2009, lo que es consistente con el alcance restringido de esta licitación de la fase de transición. Con todo, afirma que existen aspectos que pueden mejorarse. Así, respecto de los requisitos que deben cumplir los oferentes, la FNE está de acuerdo en que, atendidas las características de la presente licitación y los volúmenes de carga transferidos por TCVAL, exigir experiencia como “operador calificado” es una restricción razonable. Por su parte, respecto de la limitación a miembros del consorcio de acumular experiencias, señala que esto no afectaría significativamente la participación de interesados y es coherente con el Informe N° 18/2020.

Sobre el patrimonio mínimo determinado según las inversiones de equipamiento que el Concesionario debería realizar en el Espigón (cuyo monto no está definido en el borrador de las Bases), la FNE señala que, según antecedentes derivados de su investigación, el monto de patrimonio mínimo exigido sería menor al incorporado en Informes anteriores del Tribunal (Informes N° 9/2013, N° 10/2014 y N° 11/2014) y al de las bases de licitación adjudicada a TCVAL. Por tanto, sostiene que dicho monto sería razonable, pues varias empresas estarían posibilitadas de participar y se garantiza que los oferentes puedan financiar las inversiones menores necesarias para mantener la operación del Espigón con los actuales niveles de eficiencia.

En cuanto a la exigencia de una boleta de garantía por seriedad de la oferta por un monto mínimo (no informado en el borrador de las Bases), la FNE establece que se debe considerar lo señalado por el Tribunal en cuanto a que las garantías exigidas no deben ser excesivas, para evitar desincentivar la entrada de nuevos participantes, para ello su monto no debe superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A continuación, la Fiscalía revisa las condiciones de competencia del borrador de las Bases propuestas por EPV. En primer lugar, sobre el mecanismo de adjudicación, esto es el menor índice ofertado de tarifas por los servicios básicos, siempre que no supere el Índice Máximo (“Imax”) definido por EPV, la FNE considera que se trata de una restricción razonable atendidas las características de la licitación y los volúmenes de carga transferidos por TCVAL. Observa que las diferencias entre los ponderadores en la fórmula de cálculo de dicho índice contenido en el borrador de las Bases en relación con la concesión vigente con TCVAL, podrían deberse al cambio en el tipo de carga más relevante que atenderá el Concesionario del Espigón durante la fase de transición.

Sobre las sanciones y multas contempladas, afirma que en el borrador de las Bases se incluye la exigencia del pago total de multa aplicada, previo a la posibilidad de reclamarla, exigencia que fue cuestionada en el Informe N° 18/2020 y que se ordenó eliminar de las bases de licitación definitivas del PGE de San Antonio. Así, sugiere su eliminación del borrador de las Bases.

En cuanto a las reglas aplicables a la provisión de servicios portuarios, explica que la propuesta de EPV mantiene todos los resguardos establecidos en el Informe N° 5/2009 y que permanecen vigentes en la actual concesión. Al respecto, la FNE no tiene mayores reparos y no advierte la necesidad de incorporar reglas adicionales. Además, destaca que en el borrador de las Bases se incorporan los estándares más recientes fijados por el Tribunal en cuanto a las obligaciones de información que debe cumplir el Concesionario (entre otros, 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 sobre Sociedades Anónimas (“Ley N° 18.046”).

Posteriormente, la FNE revisa el análisis de riesgos realizado en el Informe N° 8/2012 en relación con la restricción a la integración horizontal definida en el Informe N° 5/2009. Respecto del primer riesgo referido en dicho informe, esto es, la posibilidad de una menor competencia en la licitación, pues los nuevos entrantes podrían inhibirse de presentar ofertas ya que los incumbentes estarían dispuestos a pagar más para evitar la competencia en la oferta de servicios portuarios, el Informe N° 8/2012 consideró que la regla relativa al derecho del “mejor nuevo entrante” de igualar la oferta del incumbente mitigaría de manera suficiente y efectiva este riesgo. La FNE añade que, según su investigación, los actores del mercado afirmarían que la participación de TCVAL podría desincentivar la participación de nuevos entrantes y, en consecuencia, debería ser considerado -al menos- en calidad de incumbente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sobre este último punto, la FNE señala que no existen argumentos de peso para considerar a TCVAL como un incumbente debido a su salida del mercado y la ausencia de riesgos a la competencia. Además que, si TCVAL incurre en menores costos para la formulación de la oferta por su experiencia, es un desincentivo tanto si TCVAL es considerado como un incumbente o como un nuevo entrante. Por otro lado, tampoco existirían razones para aplicar la regla de adjudicación de forma subsidiaria, pues dicha entidad no tendría incentivos para realizar una oferta que tenga como resultado una mayor concentración de mercado, habida cuenta de su inminente salida.

El segundo riesgo estudiado en el Informe N° 8/2012 fue la menor intensidad competitiva en el mercado *ex post* atendida una eventual integración horizontal. Al respecto, la FNE estima que en la licitación de la fase de transición no se contemplan inversiones en infraestructura importantes y que resulta especialmente relevante adjudicarla y mantener el actual nivel de eficiencia en la operación del Espigón, con el objetivo de no perder las dinámicas competitivas, de lo contrario podría aumentar la probabilidad de congestión.

El tercer riesgo revisado en el Informe N° 8/2012 era el potencial retraso de las inversiones para agregar más capacidad de oferta como consecuencia de una reducción de la intensidad competitiva. Sin embargo, indica que este riesgo no sería aplicable a este caso, pues la licitación de la fase de transición no establece la obligación de realizar inversiones relevantes. Ahora bien, respecto de si los incumbentes podrían operar el Espigón de manera menos eficiente que un nuevo entrante, la FNE considera que ello no reviste mayor preocupación, pues en el mercado relevante existirían otros actores con la aptitud de disciplinar el comportamiento del incumbente integrado horizontalmente, además de la existencia de estándares de prestación del servicio durante la concesión (puesto que, si se afectan sustantivamente los niveles de atención y eficiencia, estaría incumpliendo el contrato de concesión). No obstante lo anterior, la FNE recomienda agregar expresamente que en el caso de una integración horizontal intraportuaria, el uso de áreas de respaldo del Espigón con carga del Terminal N° 1 de Valparaíso no puede conllevar una afectación –en términos generales– a la atención de naves en el Espigón.

Un cuarto riesgo considerado en el Informe N° 8/2012 era la reducción de las alternativas de los usuarios de los servicios portuarios para cambiarse de frente de ataque ante una eventual discriminación. Sobre este riesgo, la FNE explica que en el Informe N° 8/2012 se ponderó un escenario con menos alternativas de provisión de servicios y otra con congestión debido a la menor capacidad disponible y se concluyó

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que el escenario con integración horizontal era el mejor escenario comparativamente. La FNE comparte dicha conclusión.

A continuación, respecto de los eventuales riesgos de conductas explotativas y exclusorias para el caso de integración horizontal intraportuaria, la FNE sostiene que para la licitación de la fase de transición ello resulta menos probable en comparación al escenario revisado en el Informe N° 8/2012, pues el terminal integrado de Valparaíso mantendría una capacidad menor a la de los dos terminales de San Antonio por lo que difícilmente contaría con un poder de mercado incontrarrestable.

En relación con los riesgos de arbitraje regulatorio y de subsidios cruzados por parte del concesionario integrado horizontalmente (administración de dos terminales portuarios con regulación asimétricas), la FNE explica que el Informe N° 8/2012 determinó que tales riesgos se encontraban limitados por las normas legales, reglamentarias y contractuales aplicables. Señala que comparte tal conclusión, pero sugiere que, en la licitación objeto de esta Solicitud, se defina expresamente el alcance de la integración horizontal tanto para las partes interesadas en participar, como para la FNE como ente fiscalizador.

En cuanto a las eventuales eficiencias asociadas a la posibilidad de una integración horizontal, indica que el Informe N° 8/2012 señaló que no se formó convicción respecto de la existencia y magnitud de dichas eficiencias, pero indicó que su principal ventaja sería incrementar el número de potenciales interesados en la licitación. Al respecto, en el caso de integración horizontal interportuaria, la FNE sostiene que no se recabaron antecedentes y que, en cuanto a la integración horizontal intraportuaria, considera que se debe aclarar la regla contenida en el punto 3.9.5 del borrador de las Bases, en particular, si es que este tipo de integración se considera beneficiosa, pues según la regla contenida en el borrador de las Bases solo permite la administración conjunta de los terminales únicamente en casos de congestión. Ello determinará las ventajas que tendrá TPS para participar, las que no podrán ser replicadas por los demás oferentes. Además, concluye que bajo un esquema de administración conjunta se observa una serie de eficiencias generadas por la integración horizontal intraportuaria que otorgarían a TPS una mayor flexibilidad para competir con STI y PCE, pero que parece poco probable que esto genere beneficio para los actuales clientes de TCVAL.

En cuanto a la integración vertical sostiene que no existen mayores modificaciones en relación al análisis de los riesgos y las conclusiones establecidas en el marco del Informe N° 5/2009, a pesar de las especiales características de esta licitación, por lo tanto, sostiene que se deberían mantener las restricciones contenidas en dicho

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

informe, junto con la regla para la determinación de la calidad de usuario relevante aplicadas específicamente para el Espigón, independiente de si su administración es adjudicada o no a otro incumbente.

A modo de conclusión, la Fiscalía señala que la propuesta de EPV establece condiciones de competencia acordes con la necesidad de que el Espigón sea administrado bajo un esquema monooperador durante la vigencia de la fase de transición. Asimismo, sostiene que, atendido el cambio de condiciones en el mercado relevante y la licitación, los riesgos de la afectación a la libre competencia son menores, pues existirían al menos dos actores capaces de ejercer presión competitiva y disciplinar al adjudicatario del Espigón, incluso si se trata de un incumbente.

Finalmente, indica que debe existir pronunciamiento expreso del Tribunal sobre: (i) la definición de la calidad de nuevo entrante o incumbente de TCVAL; (ii) el nivel de integración horizontal permitido para el Espigón (administración conjunta, administración independiente de cada concesión, o bien, un sistema intermedio con la supervisión de EPV); (iii) la definición de un área de respaldo suficiente para la operación continua del Espigón, que no pueda ser afectada por las futuras obras para la implementación de la segunda fase de la licitación del Espigón; (iv) el establecimiento expreso de que, en caso de que se verifique una integración horizontal intraportuaria, no se afectará, en términos generales, la atención de naves en el Espigón por el uso de áreas de respaldo con carga del Terminal N° 1; y (v) el establecimiento de condiciones explícitas para facilitar la fiscalización que corresponde a EPV en relación al cumplimiento de las obligaciones del Concesionario en general y en lo relativo a las reglas de integración vertical para esta licitación.

3.6. Agencias Universales S.A. (“AGUNSA”)

A folio 98, AGUNSA aportó antecedentes, señalando que es una empresa chilena que participa dentro de la cadena logística que utiliza la infraestructura del Espigón, prestando, entre otros, servicios de agenciamiento marítimo y operación de terminales portuarios. Luego, describe la solicitud de EPV y del mercado relevante de la licitación, indicando que comparte la definición contenida en el Informe N° 5/2009, que luego fue reiterada por el Informe N° 8/2012.

Al respecto, afirma que si un incumbente se adjudica la licitación (TPS, STI, PCE o TCVAL), aumentará su poder de mercado y logrará un mayor control de la capacidad total de transferencia en la Región de Valparaíso, reduciéndose, de esta forma, la intensidad competitiva.

Sostiene que la adjudicación de esta licitación a TPS presenta los mayores riesgos, pues TPS conseguiría el control total del Puerto de Valparaíso (en otras palabras,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

obtendría un monopolio sin justificación jurídica ni económica que lo avale). Lo anterior no solo afectaría esta licitación, inhibiendo la participación de nuevos entrantes, sino que también el incumbente adjudicatario podría manejar estratégicamente la segunda licitación del Espigón, atendido que al ser el Concesionario de ambos frentes tendrá una ventaja irremontable en esa futura licitación.

De esta forma, la participación de cualquier incumbente genera riesgos tanto *ex ante*, excluyendo participantes, como *ex post*, reduciendo la intensidad competitiva versus el ingreso de un nuevo competidor.

AGUNSA afirma que el diseño licitatorio para esta fase de transición reduciría la barrera de entrada para la participación de nuevos entrantes, que fue el principal temor que se tuvo en cuenta en el Informe N° 8/2012 y que, debido a ello, permitió la participación de incumbentes. Sin embargo, en este caso, al no existir inversiones en infraestructura que se deben desarrollar, no se justificaría mantener la posibilidad de participación de incumbentes, pues la licitación sería atractiva para nuevos entrantes. En cambio, si se mantiene el modelo del Informe N° 8/2012, es más probable que la licitación sea adjudicada a un incumbente, ya que estos aprovechan las ventajas que les genera el hecho de ya estar instalados en la región. De esta forma, afirma que el “derecho a igualar el menor índice ofertado” para los nuevos entrantes (regla contenida en el Informe N° 8/2012) no garantiza la participación de los nuevos entrantes ni menos su adjudicación. Añade que, además, la prohibición de la integración horizontal ha sido la tónica en los procesos de licitación en la Región de Valparaíso (Informes N° 5/2009, N° 6/2009 y N° 18/2020).

AGUNSA también da cuenta de los riesgos derivados de permitir la integración horizontal. De esta forma, señala que, en la competencia *ex ante*, disminuirá la participación de potenciales nuevos entrantes, pues creerán que los incumbentes presentarán mejores ofertas, subofertando, ya que éstos internalizarán los costos que le traería la entrada de un nuevo competidor. Mientras que, en la competencia *ex post*, se observa un mayor riesgo si el adjudicatario es TPS, esto pues, esta empresa, además de quedar como controladora del Puerto de Valparaíso, podría tener incentivos de negociar estratégicamente con EPV cualquier modificación al contrato de concesión, con posterioridad a su adjudicación.

Respecto a este punto, AGUNSA afirma que esto ya ha ocurrido antes, dado que, en el año 2012, se modificó el contrato de concesión de TPS, entre la concesionaria y EPV, respecto de las condiciones para optar a una extensión a la concesión. En principio, el aumento del plazo de concesión requería determinadas inversiones y mediante la modificación del contrato dicha obligación fue sustituida, modificándose

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el área de concesión y sustituyéndose el tipo y características de las obras que TPS debía ejecutar, con el consentimiento de EPV. Esto habría significado una alteración *ex post* del objeto de la concesión, incrementando el plazo de concesión de TPS y perjudicando el acceso a parte del Espigón, lo que le restó valor a la licitación de EPV.

De esta forma, EPV podría verse incentivada a propiciar un futuro proyecto de licitación que solo resulte factible de ejecutar al incumbente que eventualmente resulte adjudicatario del Espigón.

Por su parte, si PCE o STI se adjudicaran la licitación del Espigón, les permitiría controlar una parte relevante de la carga total transferida en la Región de Valparaíso, lo que reduciría la intensidad competitiva de la región.

En otro orden de materias, AGUNSA señala que resulta improcedente que TCVAl pueda participar en esta licitación, ya que constituiría incentivos perversos para futuras concesiones. Lo anterior, por cuanto se premiarían conductas oportunistas de quienes, obligados a invertir no cumplen las obligaciones definidas en el contrato de concesión, con conocimiento de que luego podrían adjudicarse nuevamente la concesión del terminal sin que se involucre dichas inversiones.

Y finalmente, AGUNSA solicita que se elimine la restricción que impide participar en la licitación a quienes tengan juicios pendientes contra EPV contemplada en el artículo duodécimo del Anexo N° 1 del borrador de las Bases, letra j) - en donde se exige que los interesados en la licitación deben declarar no tener acciones, juicios o procesos que estén pendientes contra o que afecten a EPV, que razonablemente podría esperarse que afectara sustancialmente y en forma adversa la capacidad de EPV o del Concesionario, para cumplir y llevar a cabo sus obligaciones en conformidad al contrato. Lo anterior, por cuanto el establecimiento de este impedimento implicaría aceptar que EPV pueda excluir de manera arbitraria la entrada de un potencial competidor al mercado portuario de la región. Además, dicha restricción no obedecería a ningún fundamento económico, pues no se entiende cómo ello podría afectar el desenvolvimiento competitivo, ni tampoco tendría fundamento legal, ya que ni la Ley de Puertos o su reglamento contemplan esta inhabilidad.

3.7. SAAM Puertos S.A. y SSA Holding International Chile Limitada (“SAAM y SSAHI”)

A folio 101 aportaron antecedentes SAAM y SSAHI, en forma conjunta y en calidad de accionistas de STI, empresa que opera la concesión del frente de atraque Molo Sur del Puerto de San Antonio (sitios 1, 2 y 3). En primer lugar, dan cuenta de los antecedentes de la solicitud de EPV y de su interés en intervenir en este proceso.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Luego revisan la situación del sistema portuario de la Región de Valparaíso y la situación del Espigón.

Señalan que no se oponen a la “re-licitación” del Espigón en régimen monooperador como lo plantea EPV, pues concluyen que el grueso de los elementos del borrador de las Bases que inciden en el diseño competitivo de la licitación y en la explotación de la concesión parecen, en principio, adecuados para mitigar los eventuales riesgos anticompetitivos, pues aseguran la participación de todos los eventuales interesados. También permiten disipar riesgos *ex post* que se podrían producir durante la explotación de la concesión, habida cuenta del conjunto de obligaciones, reglas y mecanismos de supervisión a los que deberá someterse el Concesionario.

En cuanto al mercado relevante sostienen que se debe considerar solo la carga fraccionada en el Puerto de Valparaíso, atendido de que se trata de una licitación de urgencia, transitoria, sin desarrollo de infraestructura y, por tanto, limitada a carga fraccionada y de mero mantenimiento de los servicios del Espigón, en su estándar actual. Afirman que el Espigón ha debido especializarse en cierto tipo de carga fraccionada (fierro) y que su capacidad de transferir otro tipo de carga fraccionada sería muy baja, lo que se mantendría durante la fase de transición.

Ahora bien, sostienen que hay elementos del borrador de las Bases que requieren una mirada más detenida, pues no son coherentes con la naturaleza transitoria de la presente licitación. En primer lugar, señalan que el plazo de la concesión, el que considera una renovación del contrato por periodos indefinidos luego del plazo original de cuatro años, no coincide con el propósito transitorio de esta licitación y podría convertirse en una solución permanente e ineficiente para el desarrollo portuario.

Luego, en cuanto a los límites y contornos del objeto licitado, afirman que el borrador de las Bases permite la posibilidad de ampliar el área de concesión (incorporación de terrenos aledaños y la posibilidad de prestar servicios a otros concesionarios del Puerto de Valparaíso en casos de congestión calificada por EPV). Sostienen que lo anterior, sumado a la prórroga indefinida del contrato de concesión, podría generar que el Espigón sea una eventual extensión para TPS y que esto puede ocurrir incluso si TPS no se adjudica el Espigón, porque podría contratar los servicios que le preste el adjudicatario (punto 3.9.5). Adicionalmente, y relacionado con lo anterior, cuestiona la posibilidad contemplada en dicho borrador que permite al Concesionario explotar el “terminal intermodal en el área de concesión”. Señalan que, con ello, el Concesionario del Espigón podría ampliarse hacia el sector El Barón del Puerto de Valparaíso para instalar y operar -sin una licitación previa- un Terminal Intermodal Ferroviario, generándose un escenario de integración vertical.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En relación con los factores que componen el índice ofertado, SAAM y SSAHI señalan que algunos de los factores considerados carecerían de sentido, pues se trata de un terminal que solo atenderá carga fraccionada, en cambio, en dicho índice se incluyen factores relativos a la transferencia de carga en contenedores.

Respecto del mecanismo de reembolso de inversiones al término de la concesión, contemplado en el borrador de las Bases, afirman que tal mecanismo permite un subsidio encubierto para el Concesionario, quien no estará obligado a efectuar inversiones en el área, pero si realiza inversiones voluntarias aprobadas por EPV, puede obtener un reembolso del valor residual de ellas al momento de finalizar la concesión.

Atendido lo anterior, sugieren considerar la adopción de las siguientes medidas: (i) limitar el plazo de la concesión del Espigón a cuatro años, sin renovación; (ii) suprimir las cláusulas que permiten ampliar la concesión adjudicada (puntos 3.5.1 y 3.5.2 del borrador de las Bases); (iii) establecer expresamente que el Concesionario no deberá prestar servicios a otras concesionarias del Puerto de Valparaíso, o en subsidio, permitirlo solo en casos excepcionales de congestión, calificado por EPV (como se indica en el punto 3.9.5), y, adicionalmente, se deberá incluir la obligación de informar a la FNE; (iv) eliminar como componentes del Índice Tarifario ofertado y del I_{max} aquellos factores relativos a la transferencia de carga en contenedores, o en subsidio, reducir significativamente su ponderación en el cálculo de ambos índices; (v) eliminar de la definición “Uso Terminal Intermodal” (punto 1 del borrador de las Bases), la referencia a medios de transporte ferroviario, y al mismo tiempo incorporar en las bases definitivas una exclusión para que el Concesionario no pueda desarrollar ni operar un terminal intermodal ferroviario en el área de concesión o en los terrenos con que ésta eventualmente se amplíe; y (vi) suprimir de las bases la posibilidad de que EPV reembolse al Concesionario las inversiones voluntarias que éste efectúe en el área de la concesión (punto 3.7.5 del borrador de las Bases).

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

A folio 105, aportó antecedentes Campport, revisando, en primer lugar, los fundamentos de la solicitud de EPV, destacando la escasez de capacidad de transferencia en la Región de Valparaíso y la terminación unilateral del contrato por TCVAL.

Luego realiza una síntesis de la consulta de EPV que dio origen a los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, revisando los riesgos relativos a la integración horizontal que se estudiaron en ese último informe, y que en éste se constató una intensa competencia en las actividades portuarias en la Región de Valparaíso que se materializaron en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

movimientos de usuarios entre frentes de ataque, evolución de indicadores de eficiencia operacional y evolución de tarifas efectivas.

Sostiene que para la presente licitación no se justifica ningún tipo de restricción estructural. De hecho, afirma que las reglas propuestas por EPV son insuficientes para asegurar el éxito de la licitación de la fase de transición. De forma tal, que no bastaría con la eliminación de la condición N° 4 y su aclaración, ambas del Informe N° 8/2012 y relativas a las obligaciones de invertir en infraestructura, sino también se debería eliminar las restricciones a la integración horizontal y la integración vertical para esta licitación. Lo anterior, por cuanto considera que los objetivos de EPV debieran ser lograr una licitación exitosa y generar las menores tarifas para los servicios portuarios que presta dicho terminal, sin importar si quien se adjudica el Espigón es un incumbente o no.

Asevera que ninguno de los riesgos identificados en el Informe N° 8/2012 se presentarían en esta licitación y que no se debe confundir el objetivo de obtener las menores tarifas posibles en la adjudicación de la licitación, con el objetivo de hacer todo lo posible para que ingrese un nuevo competidor al mercado. Sostiene que el primer objetivo es compartido por todos los aportantes y la Solicitante, sin embargo, el segundo no se justificaría para esta urgente e inesperada licitación de la fase de transición.

Añade que este es un mercado que no está abierto a cualquier interesado dada las exigencias de experiencia -reconocida experiencia en la transferencia de carga en terminales marítimos- y que los únicos que cumplen con tal requisito son los tres incumbentes de la Región de Valparaíso, los operadores de los puertos privados de Coronel, Oxxean y AGUNSA. Agrega que apostar a que postularía alguna empresa extranjera a esta licitación no se ajustaría a la realidad.

Arguye que el Espigón, en sentido estricto, no compite con los otros terminales de la Región de Valparaíso atendida la diferente carga que transfieren cada uno de ellos. De esta forma, los demás terminales están especializados en carga en contenedores, a diferencia del Espigón que no lo está y solo transfiere carga fraccionada. Además, este escenario no cambiaría para la fase de transición.

Insiste en que no deberían existir restricciones a la integración vertical en esta licitación por cuanto cualquier regla restrictiva no solo disminuiría el número de oferentes si no que podría hacer fracasar la licitación de la fase de transición del Espigón. Señala que tanto en el Informe N° 6/2009 como en el Informe N° 18/2020, se establecieron ciertos resguardos conductuales que debía observar el concesionario para evitar los riesgos de discriminación (obligación de prestar de servicios en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

condiciones públicas y no discriminatorias: observancia a instrucciones de empresa portuaria, entre otros), los que podrían incorporarse en esta licitación. Además, sostiene que la incorporación de tecnologías dificulta e incluso descarta la existencia de conductas discriminatorias (secuencia de carga o descarga, almacenamiento y distribución de áreas están dirigidos por *softwares* especializados, no pudiendo ser manipulados). Por último, señala que no existen incentivos para incurrir en conductas explotativas y exclusorias, puesto que el Concesionario difícilmente podría recuperar los costos de excluir.

Finalmente, sostiene que el peor escenario posible es que fracase esta licitación de la fase de transición y el Espigón sea administrado por EPV en un esquema multioperador, por cuanto, en dicho esquema no se alcanza ninguna de las eficiencias que fueron constatadas en el Dictamen N° 1045 y ratificadas, empíricamente, luego de la operación de los principales puertos públicos del país. Este escenario conllevaría una pérdida de eficiencias operativas, de economías de especialización y diversidad, y de la posibilidad de alcanzar economías de escala. Lo anterior, además de otros efectos negativos al interior del propio puerto que pueden afectar la operación de otros frentes de atraque, en especial si no existe un uso racional de los espacios comunes.

II) PARTE CONSIDERATIVA

4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME

1. La Solicitud de EPV 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 Espigón del Puerto de Valparaíso.

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

3. Por su parte, el artículo 23 de la misma ley exige a las empresas portuarias estatales (en este caso EPV) 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ataque 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 del Espigón 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.

5. En el caso de autos, atendido que no existe en la Región de Valparaíso 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 mantener el carácter monooperado del Espigón, se cumple el supuesto del artículo 23 citado precedentemente para que este Tribunal emita el informe correspondiente.

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME

6. Según se adelantó en la Sección 4 anterior, este Informe tiene por objeto establecer los términos y condiciones de la licitación a los que EPV debe sujetarse para entregar en concesión el Espigón, de acuerdo con lo que establece el artículo 23 de la Ley de Puertos.

7. Como se ha indicado en la parte expositiva, a folio 11, EPV presentó una consulta solicitando la modificación del Informe N° 8/2012 y su aplicación, en conjunto con el Informe N° 5/2009, a la nueva licitación de la fase de transición del Espigón, o que este Tribunal defina las condiciones para dicha licitación. Al respecto, como se indicó en la resolución de inicio de folio 13, atendido que se presentan bases de licitación distintas a aquellas revisadas en los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, como también que se trata de una nueva licitación del Espigón con requisitos de infraestructura distinta a la revisada también en dichos informes, corresponde, por tanto, pronunciarse como si fuera una solicitud de un nuevo informe en los términos del artículo 23 de la Ley de Puertos.

8. La propuesta de la Solicitante es que la presente licitación tenga un carácter transitorio, por cuanto su objetivo es que el Espigón se mantenga funcionalmente operativo entre la salida del actual concesionario TCVL y el ingreso del nuevo Concesionario de la segunda fase de la licitación (“segunda fase de la licitación”). En esta licitación de transición, no se realizarán mayores inversiones en infraestructura, atendido su objetivo, a diferencia de la segunda fase de la licitación. Por esta misma razón, EPV solicita que se aplique a dicha licitación los Informes N° 5/2009 y N°

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8/2012, eliminando en este último la condición N° 4 y su aclaración, o en subsidio, se dicten las condiciones que este Tribunal estime que procedan para esta licitación.

9. Por lo tanto, la infraestructura a concesionar en la primera fase será la concesión bajo el esquema monooperador del Espigón, que incorpora un operador, quien manteniendo los niveles de eficiencia en el mercado en que actualmente se desenvuelve, mediante ajustes menores al modelo de operación, debe ser además capaz de proveer al mercado de una parte de la oferta de capacidad en áreas de respaldo. Esta fase se plantea como acotada y de mera transición, ya que se entrega la operación de la infraestructura por un periodo de cuatro años, eventualmente prorrogable, en tanto no se encuentre afinado y adjudicado el proceso de licitación del Espigón que consideraría la obligación de inversión.

10. La segunda fase no es parte de esta solicitud y deberá ser licitada en los términos que permite la Ley N° 19.542. En este caso sí se impondrá al adjudicatario la obligación de ejecutar un proyecto de inversión que sea capaz de incorporar una capacidad adicional significativa a la oferta de infraestructura del mercado relevante, la que se estima podría entrar en operación, con un primer sitio, durante la segunda mitad de esta década.

11. De conformidad al punto 3.5. del borrador de las Bases y el Anexo IV de las mismas bases (“Anexo IV”), el área de concesión del Espigón corresponde a la superficie conformada por el frente de atraque ubicado en el sector central del recinto portuario del Puerto de Valparaíso entre el extremo suroriente del Muelle Prat y la proyección de la calle Edwards hacia el mar, el cual debido a sus características, en particular, su forma de “L”, ha sido tradicionalmente dividido en dos sectores: (i) el sector “Espigón propiamente tal”, que comprende los sitios de atraque 6 y 7 y 8, más el área de explanada comprendida entre dichos sitios y (ii) el sector “Costanera”, franja de forma cóncava y de ancho prácticamente uniforme, delimitada por el cerco con la vía férrea, el malecón, el “Espigón propiamente tal” y la proyección de la calle Edwards (sección 1 del Anexo IV). En cuanto a los servicios prestados, se indica que “[e]l Espigón [propiamente tal] corresponde al área de operación de naves mayores, en tanto el sector Costanera ha sido utilizado sólo para el atraque de embarcaciones menores (remolcadores de alta mar y naves de cabotaje), acopio de carga (contenedorizada y de proyecto), para la operación ferroviaria, y para el parqueo de camiones a la espera de ingresar a los terminales” (punto 1.1 del Anexo IV). En cuanto a las características operacionales de los sitios del sector “Espigón propiamente tal”, éstas son individualizadas en la siguiente tabla:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 1: Características operacionales del “Espigón propiamente tal”

Sitio	Longitud (m)	Calado máximo (m)	Delantal Muelle (m)
6	245	8,5	14,4
7	120	6,2	14,4
8	240	9,3 entre las bitas N° 53 – 5 y la N° 59 8,9 entre las bitas N° 59 y la N° 60 + 12 para cualquier tipo de faena	14,4

Fuente: Anexo IV del borrador de las Bases (punto 2.2.2, p. 37).

12. Por su parte, el sector Costanera sería utilizado para las operaciones de transferencias de naves menores, normalmente de cabotaje a Isla de Pascua y Juan Fernández, estimándose su profundidad máxima en unos cinco metros al Nivel de Reducción de Sondas (Anexo IV, punto 2.2.2).

13. De esta forma, el área a concesionar será aquella que comprende el sector “Espigón propiamente tal”, el sector del embarcadero y el área del sector Costanera, incluyendo en ésta última el área del malecón. Con todo, en ese mismo punto del borrador de las Bases, se indica que esa área puede ser aumentada previo análisis y aprobación de EPV, para desarrollar cualquier actividad propia del giro y que sirva para cumplir la finalidad de la concesión, debiendo ajustarse el Canon Anual en la misma proporción.

14. Aclarado lo anterior, la estructura de este Informe y que ordena los argumentos a resolver por la presente Solicitud, es la siguiente: (i) en la Sección 6 de este Informe se identificará y caracterizará el mercado relevante en el que participará el Concesionario del Espigón a que se refiere la licitación propuesta por EPV; (ii) luego, en la Sección 7, 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 de la fase de transición; (iii) posteriormente, en la Sección 8, se abordarán los mecanismos de resguardo de la competencia en la provisión de servicios portuarios; y (iv) por último, la Sección 9 se refiere a la conveniencia de establecer restricciones a la integración horizontal o vertical al Concesionario, según aquellas establecidas en los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012.

15. En la tercera y última parte de este Informe (“Conclusiones”), se establecen las condiciones que deberán cumplir las bases de licitación definitivas para la fase de transición en la concesión del Espigón.

6. MERCADO RELEVANTE

16. El Espigón que será licitado por EPV, corresponde, como se ha indicado, a la infraestructura portuaria operada por TCVAL conforme a las reglas fijadas en los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012. Según han señalado los antedichos informes, se trata de un puerto público, porque es de propiedad estatal, y de uso público, ya que presta servicios a cualquier usuario que lo requiera, constituyendo una actividad independiente y no accesoria al giro principal de su propietario. Los puertos públicos de uso público deben prestar servicios en forma continua, permanente y no discriminatoria, los que están sometidos a ciertas exigencias, tales como velocidades de transferencias, tiempos de espera y publicidad de tarifas, entre otras.

17. Como el Espigón es un puerto 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. En este sentido, tal como se ha estimado en anteriores informes sobre licitaciones portuarias (v.gr., Informes N° 9/2013, N° 11/2014 y N° 18/2020), deberán incorporarse dentro del mercado relevante no solo los frentes de atraque ubicados en puertos públicos de uso público, sino también aquellos localizados en puertos privados que sean de uso público, que se encuentren dentro del mercado geográfico (cuya determinación se explicita más adelante) y que presten los servicios portuarios que deberá ofrecer el futuro Concesionario del frente de atraque licitado para la nave de diseño considerada. Los frentes de atraque privados de uso privado no constituyen una alternativa o un sustituto de los terminales de uso público, toda vez que solo prestan servicios a los usuarios que ellos mismos determinan, los que usualmente corresponden a empresas con las que están verticalmente integrados.

18. Para poder determinar los frentes de atraque ubicados en puertos públicos o privados de uso público que deberán considerarse como eventuales competidores del futuro Concesionario del Espigón, es necesario determinar, en primer lugar, los servicios que prestará bajo su concesión, luego la nave de diseño capaz de atender el frente de atraque que se entrega en concesión y, seguidamente, el alcance geográfico de dicho frente de atraque y su eventual sustitución por otros de la región o de zonas aledañas, todo lo cual se analiza a continuación.

6.1. Mercado del producto

19. El mercado del producto dice relación con los servicios que podrán ser provistos por el adjudicatario de la licitación. 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,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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. 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.

20. En términos generales, los aportantes de antecedentes en este proceso y EPV han seguido el criterio de anteriores informes en esta materia, señalando que el mercado del producto estaría constituido solamente por los servicios básicos. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de reclasificación de los servicios básicos o de los especiales que trata la Sección 8.

21. No obstante, a diferencia de los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012 que consideraron la carga general -esto es, carga en contenedores y fraccionada- en la determinación del mercado relevante del producto, junto a las eventuales inversiones en infraestructura que permitirían atender naves *post panamax*, la Solicitante señala que este Informe debiese considerar que el actual proceso no contempla aumentar de manera significativa la capacidad de la infraestructura, por lo que el mercado relevante del producto debe enmarcarse en la actual infraestructura, esto es, la capacidad de atender carga general para una nave de diseño del tipo *panamax*. De este modo, en los párrafos siguientes se analizará esta situación.

6.2. Capacidad de la infraestructura

22. Como se ha indicado, al momento de definir el mercado relevante del producto se debe considerar la nave de diseño que podrá atender el Concesionario a la luz de las inversiones en infraestructura que consideren en las bases de licitación. Sin embargo, la Solicitante señala que el borrador de las Bases consultado en este proceso no considera inversiones significativas en infraestructura que permitan modificar la nave de diseño que actualmente es capaz de atender el Espigón, por lo que la nave de diseño está determinada por la actual longitud y profundidad de los sitios que conforman el Espigón.

23. Asimismo, como se indicó en el párrafo 11, EPV refiere que las actuales dimensiones de los sitios 6, 7 y 8 del frente de atraque en este momento concesionado a TCVAL son de 245, 120 y 240 metros de longitud, respectivamente, con calados de entre 6,2 y 9,3 metros, lo que permite la atención de naves de hasta 235 metros de eslora, de acuerdo con lo autorizado por la Resolución C.P.(V.) Ordinario N°12.000/_150_VRS de febrero de 2019 de la Directemar, esto es, naves del tipo *panamax*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

24. En línea con lo expuesto en informes anteriores se ha determinado que dentro del mercado relevante se deben considerar no solamente los frentes de atraque que sean capaces de atender la nave de diseño objeto de la licitación, sino también aquellos que potencialmente puedan hacerlo (Informes N° 9/2013, N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 18/2020). En el presente Informe se seguirá el mismo criterio, por lo que los posibles sustitutos del frente de atraque objeto de la licitación son todos aquellos que actualmente atienden a una nave de tipo *panamax* y aquellos que potencialmente puedan hacerlo.

6.3. Tipo de carga

25. Un tercer aspecto para tener en cuenta al momento de definir el mercado relevante del producto es la carga que se transportará a través del Espigón. Como se indicó, los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012 consideraron la carga general en la definición del mercado relevante, por cuanto se observó cierto grado de sustitución entre los segmentos de carga en contenedores y carga fraccionada. Al respecto, EPV señala que se mantendrán las actuales condiciones o capacidad de atención de carga general, no obstante, debe considerarse que el mercado se mueve hacia la contenedorización (folio 11, p. 22).

26. Por su parte, la FNE indica que, considerando la ausencia de nuevas inversiones, el Espigón continuará con la atención de naves multipropósito en el periodo que dure el modelo de operación de transición (folio 97, pp. 32 y 33). Además, la FNE no observó un cambio sustantivo en las formas de provisión de los servicios de carga general en la Región de Valparaíso que modificaran los antecedentes tenidos a la vista por este Tribunal al momento de definir el mercado relevante en los Informes indicados en el párrafo precedente, por lo que considera debe mantenerse su definición (folio 97, pp. 33 y 34).

27. En contraposición, a juicio de Neltume (folio 82, p. 10), el mercado relevante debe circunscribirse al tipo de naves y de cargas aptas para ser atendidas y transferidas por el Espigón durante la fase de transición, por lo que considera que su definición debe circunscribirse al mercado de los servicios portuarios básicos prestados por los terminales portuarios de uso público de la Región de Valparaíso a la carga no contenedorizada y, especialmente, a la carga fraccionada. Lo anterior, por cuanto la actual infraestructura y equipamiento del Espigón no son aptos para carga en contenedores ni para todo tipo de carga fraccionada. En esta línea, el MTT (folio 91, p. 8) solicita prestar especial atención a este hecho, pues TCVAl movilizó en 2019 el 57% de la carga fraccionada total de la región, principalmente fierro. Adicionalmente, Neltume sostiene que el 95% de la carga movilizada por TCVAl en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los últimos tres años fue de tipo fraccionada, lo que se explicaría, en parte, por la falta de inversiones en infraestructura (folio 152, p. 2).

28. A juicio de este Tribunal, la especialización en carga fraccionada observada en el caso del Espigón corresponde a una consecuencia de las estrategias de inversión seguidas por el actual operador y que difícilmente serán modificadas por el nuevo Concesionario en lo que dure el contrato de transición. Sin perjuicio de lo anterior, el Concesionario puede atender carga contenedorizada en el Espigón, aunque ello sea un porcentaje reducido de su operación. Por lo anterior, este Tribunal mantendrá la definición de mercado relevante de producto de los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, pero acotándola a la actual nave de diseño, es decir, el mercado relevante de producto es el de los servicios básicos prestados en frentes de atraque de uso público que sean capaces de atender una nave del tipo *panamax* para carga general, esto es, carga en contenedores y fraccionada.

6.4. Mercado geográfico

29. No ha existido mayor controversia en estos autos respecto de la definición del mercado relevante geográfico. En términos generales, los aportantes de antecedentes y EPV han seguido el criterio de anteriores informes en esta materia, señalando que el mercado geográfico se acota a la Región de Valparaíso, conteste con lo señalado en informes anteriores emitidos a propósito de concesiones otorgadas en dicha región. Al respecto, este Tribunal, siguiendo también los criterios establecidos en dichos informes, mantendrá la misma definición de mercado relevante geográfico.

6.5. Definición del mercado relevante

30. De acuerdo con lo señalado precedentemente, el mercado relevante para los efectos de este Informe corresponde al de la provisión de servicios portuarios básicos en frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso que puedan atender la nave de diseño actual del Espigón, es decir, nave del tipo *panamax*, para carga general, incluyendo tanto carga en contenedores como carga fraccionada.

31. Por consiguiente, los puertos y frentes de atraque que forman parte del mercado relevante así definido son aquellos que se muestran en el siguiente cuadro, donde también se detallan sus características y el tipo de carga en que se han especializado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 2: Características de los terminales de la Región de Valparaíso

Puertos y frentes de atraque		Administración y uso	Tipo de Carga transferida	Eslora Máxima	Calado Máximo	Nave de diseño
Puerto de San Antonio	Molo Sur (STI)	Concesionado de uso público	Contenedores, fraccionada y graneles	363 m	13,5 m	Post Panamax
	Costanera-Espigón (PCE)	Concesionado de uso público	Contenedores, fraccionada y graneles	367 m	13,5 m	Post Panamax
Puerto de Valparaíso	Terminal N° 1 (TPS)	Concesionado de uso público	Contenedores y fraccionada	366 m	13,8 m	Post Panamax
	Terminal N° 2 o Espigón de Valparaíso (TCVAL)	Concesionado de uso público	Contenedores y fraccionada	235 m	9,3 m	Panamax

Nota: Se excluye del cuadro el Terminal Mar del PGE de San Antonio a licitar bajo las reglas del Informe N° 18/2020 por cuanto no entrará en operación durante el periodo de concesión del Espigón objeto de este Informe. Respecto del Espigón, solo las naves portacontenedores *panamax* de primera generación tienen un calado de nueve metros; las generaciones posteriores tienen un calado de hasta 12 metros, por lo que al Espigón no le sería posible atender a cualquier clase de nave portacontenedor *panamax*.

Fuente: elaboración propia en base a información disponible en el Informe N° 18/2020 (p. 37).

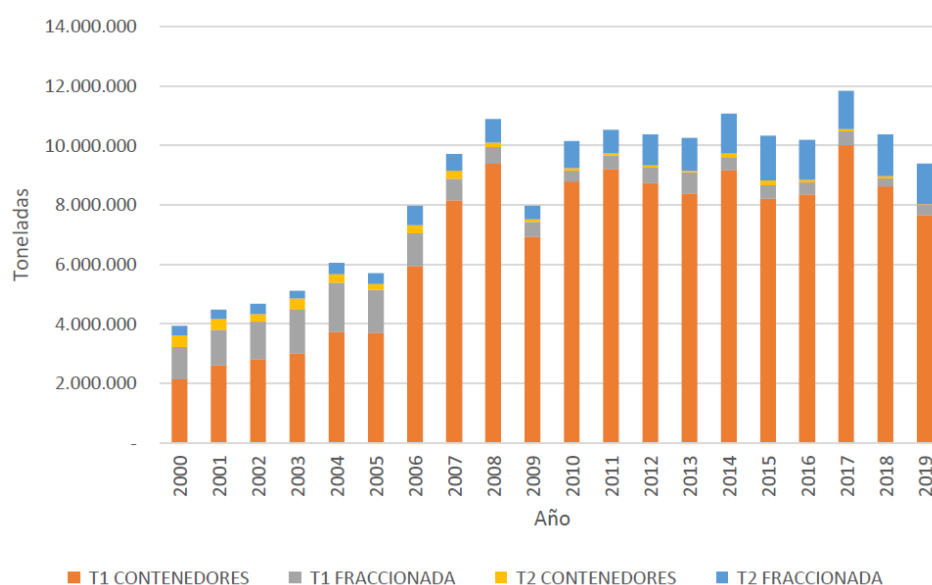
6.6. Carga general transferida en la Región de Valparaíso

32. Habiéndose determinado el mercado relevante en el que incide la licitación, a continuación, se evaluarán las condiciones de competencia en el mismo con el fin de realizar un análisis prospectivo de las posibilidades de ejercer poder de mercado por parte del Espigón, toda vez que el solo estudio de los niveles de concentración en un mercado no es suficiente para llegar a conclusiones sobre esta materia. Para estos efectos, se presenta a continuación el análisis de las condiciones de competencia en la transferencia de carga en la Región de Valparaíso, sin distinción por tamaño de nave atendida, dado que no se cuenta con los datos desagregados por tipo de nave, donde participan TPS, TCVAL, STI y PCE.

33. EPV expone que tras el cambio a un modelo monooperado del Espigón a fines de 2013, las toneladas promedio anuales transferidas en este frente de atraque durante el periodo 2013-2019 aumentaron en un 83% respecto de las del periodo 2000-2013. Adicionalmente, constató un aumento de las toneladas anuales transferidas en el Puerto de Valparaíso, según muestra el gráfico a continuación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico N° 1: Toneladas transferidas en el Puerto de Valparaíso



Fuente: Solicitud de Informe de EPV (folio 11, p. 17).

34. La siguiente tabla muestra la carga movilizada en toneladas, correspondiente al año 2019 para el mercado relevante definido, con las respectivas participaciones de mercado de cada terminal.

Tabla N° 3: Carga general movilizada en la Región de Valparaíso en 2019

	TPS	TCVAL	STI	PCE
Contenedor	7.652.144	24.139	10.948.619	5.272.780
Participación Contenedor	32,02%	0,10%	45,81%	22,06%
Fraccionada	352.452	1.368.808	1.773	691.992
Participación Fraccionada	14,59%	56,68%	0,07%	28,65%
Participación Total	30,42%	5,29%	41,62%	22,67%

Fuente: elaboración propia en base al informe económico acompañado por EPV a folio 126.

35. Se desprende de la tabla anterior que el Puerto de San Antonio ha consolidado su participación en la Región de Valparaíso, siendo el principal actor del mercado STI con una participación de 41,62%, seguido de TPS con un 30,42% del total de carga general movilizada. Como indica la FNE (folio 97, p. 36), esta situación difiere de la observada por el Tribunal con ocasión del Informe N° 8/2012, en la que TPS tenía una participación levemente superior a la de STI, y en la que, en conjunto, movilizaban un porcentaje importante de la carga fraccionada de la región. En la actualidad, se evidencia que existe una mayor competencia por la carga en contenedores entre los concesionarios STI, PCE y TPS. Asimismo, TCVAL y PCE son los que atienden mayoritariamente carga fraccionada en sus respectivos puertos, y resulta evidente que TCVAL se ha especializado en el movimiento de este tipo de carga que constituyó el 98,27% de su operación en 2019. No obstante, la carga fraccionada que transporta PCE y TCVAL no son del mismo tipo. En el caso de PCE, principalmente, se trata de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vehículos y carga de proyectos, mientras que TCVAL se especializa en la importación de fierro o acero, además de exportación hortofrutícola.

36. En lo referente a la antedicha especialización de carga fraccionada, se ha señalado que las principales cargas que son transferidas en los sitios del Espigón corresponden a carga fraccionada de aceros y hortofrutícolas (Neltume -folio 82, p. 6; MTT -folio 91, p. 9; FNE -folio 97, pp. 27 y 39-; y SAAM y SSAHI, folio 101, p. 3 y 17). Respecto de estas, la FNE realizó un ejercicio teórico en base al Manual de Servicios de cada concesionario y llegó a la conclusión de que *“los clientes con primera prioridad en alguno de los sitios de TCVAL, se encuentran en el tercer, quinto e incluso último lugar de las prioridades en los otros terminales de la región. Dichos clientes actualmente mantienen con TCVAL condiciones de prioridad únicas para su atención, que disminuyen los tiempos de espera y, por tanto, optimizan su operación”* (folio 97, p. 64).

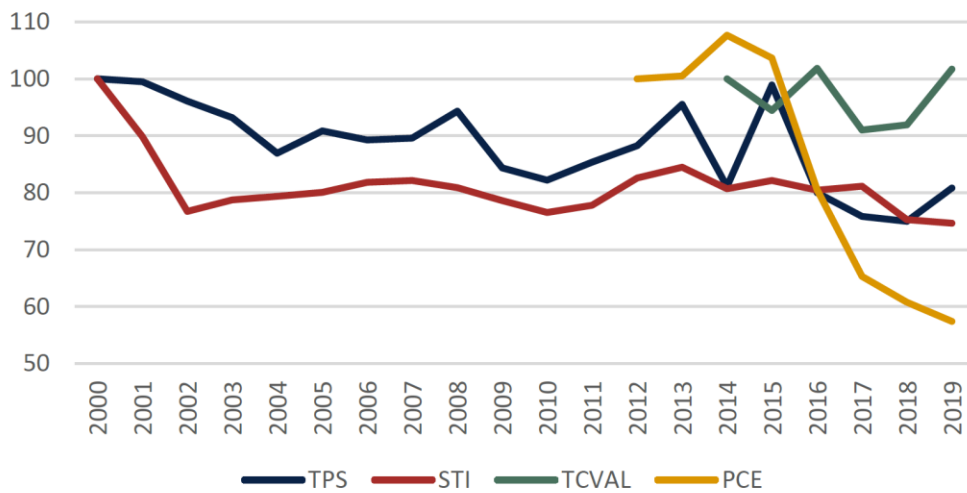
37. Sin perjuicio de lo anterior, según lo indicado por la FNE, *“en los últimos años cierto tipo de carga fraccionada movilizada por TCVAL -como la fruta movilizada en pallets y los automóviles- se ha desviado hacia otros terminales de la región, los cuales, al enfrentar holguras de capacidad importantes, han fortalecido la competencia en carga fraccionada”* (folio 97, p. 81).

6.7. Niveles de competencia en la carga general en la Región de Valparaíso

38. En cuanto a los niveles de competencia en el mercado, según el informe económico acompañado por EPV a folio 126, estos mostrarían mejoras en el tiempo que se evidencian en: (i) la entrada de nuevos competidores; (ii) la disminución de los ingresos por tonelada transferida en tres de los cuatro concesionarios; y (iii) en la disminución de los márgenes EBITDA (utilidad antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización) en dos de los cuatro concesionarios. Respecto de los concesionarios PCE y TCVAL, señala que, si bien sus márgenes EBITDA son superiores a los de TPS y STI, los mismos estarían por debajo de la cota superior exhibida por empresas portuarias internacionales en 2019. En los siguientes gráficos se observa lo indicado en los puntos (ii) y (iii).

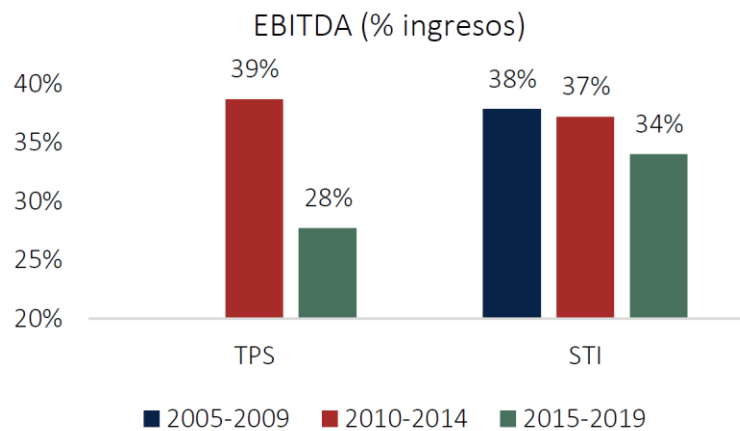
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico N° 2: Ingreso medio real por tonelada para cada concesionario de la Región de Valparaíso



Fuente: Informe Económico acompañado por EPV a folio 126 (p. 60).

Gráfico N° 3: Margen EBITDA promedio por quinquenio



Fuente: Informe Económico acompañado por EPV a folio 126 (p. 63).

39. Respecto de las preocupaciones por eventuales cambios en estos niveles de competencia, los mismos se relacionan más bien con (i) la posible congestión que presentaría el Puerto de Valparaíso en la eventualidad de que el Espigón no siga en operación, o bien, que en el futuro no se realicen nuevas inversiones en infraestructura, y (ii) en los efectos que tendría una eventual integración vertical u horizontal, los cuales se detallan y analizan en la Sección 9.

40. En conclusión, de lo expuesto se puede desprender que la actual licitación de transición del Espigón no modificaría las condiciones de competencia observadas en los últimos años, por cuanto no considera inversiones significativas en infraestructura, y es de esperar que, dada la capacidad e infraestructura disponible, el futuro Concesionario continúe con la especialización en carga fraccionada de TCVAL.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.8. Condiciones de ingreso

41. En lo relativo a las condiciones de entrada al mercado, se ha señalado en los Informes N° 5/2009, N° 6/2009, N° 8/2012 y N° 18/2020, que la Región de Valparaíso cuenta con escasas bahías naturales aptas para la instalación de nuevos puertos y que la construcción artificial de una bahía tiene altos costos hundidos, por lo que sería altamente improbable que un entrante realice una inversión de estas características.

42. 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 en autos. Sin perjuicio de ello, es importante notar que los terminales del Puerto de San Antonio cuentan con, al menos, el triple de áreas de respaldo y acopio respecto de los terminales del Puerto de Valparaíso, lo que redundaría en menores costos operacionales, especialmente en lo que respecta al apilamiento de contenedores (*stacking*). El cuadro siguiente muestra la disponibilidad de áreas de acopio para cada terminal:

Tabla N° 4: Disponibilidad de áreas de acopio para terminales de la Región de Valparaíso

Puerto	Terminal Portuario	Áreas de acopio (ha)	Altura <i>stacking</i>¹
San Antonio	PCE	35	6
	STI	29	6
Valparaíso	TCVAL	2,3	5
	TPS	8	6+1 ²

Nota 1: Altura *stacking* medida en contenedores.

Nota 2: 6+1 corresponde a 6 contenedores llenos y 7 vacíos.

Fuente: Antecedentes aportados por la FNE a folio 97 (p. 35).

43. Por otro lado, solo la FNE alude a las condiciones de ingreso y plantea la existencia de cierto grado de incertidumbre en el análisis de las condiciones de competencia futuras puesto que, en primera instancia, en los próximos cinco años no se verificaría el ingreso de nueva infraestructura portuaria en la región, mientras que para el periodo 2025-2030 existiría un grado de incertidumbre importante ya que se desconoce: “(i) si finalizará de manera exitosa la tramitación ambiental del proyecto de inversión del Terminal N°2¹²²; (ii) si la licitación de la Fase 2 se adjudicará y si, con ello, al año 2025 se iniciarán sus operaciones y se incrementará la capacidad del sistema portuario¹²³; (iii) si STI realizará nuevas inversiones y extenderá su periodo de concesión; y (iv) qué pasará con la operación del Terminal N°1 del Puerto de Valparaíso a partir del año 2029, cuya concesión llegará a su fin” (folio 97, p. 107).

44. Asimismo, analiza la posibilidad de que otros frentes de atraque especializados en carga a granel realicen inversiones para atender carga general, especialmente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

carga fraccionada. Al respecto, la FNE indica que el Puerto Ventanas, puerto de uso público especializado en granel sólido, no podría asegurar una atención ininterrumpida y óptima para la carga en general por las condiciones marítimas de la Bahía de Quintero, y tampoco resultaría evidente que los clientes de TCVAL lo consideren como una alternativa atractiva, por lo cual considera que su entrada es poco probable (folio 97, pp. 108-109).

45. En suma, lo expuesto en los párrafos anteriores da cuenta que este mercado presenta condiciones desfavorables al ingreso, tal como lo señalaran los Informes N° 5/2009, N° 6/2009, N° 8/2012 y N° 18/2020, pues se observan significativas barreras y costos de entrada al mercado relevante.

7. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN

7.1. Introducción

46. Tal como se señaló en los Informes N° 5/2009, N° 11/2014 y N° 18/2020, cuando se trata de asignar derechos exclusivos para la explotación de infraestructuras escasas a través de una licitación, es preciso resguardar dos ámbitos de competencia: (i) las condiciones de competencia en la licitación, o competencia *ex ante*, cuya finalidad es asegurar la participación y libre concurrencia de distintos oferentes y la asignación óptima del recurso escaso; y (ii) las condiciones de competencia en la provisión de los servicios portuarios a los usuarios, o competencia *ex post*. Esta sección aborda las primeras.

47. Respecto de las condiciones de competencia en la licitación resulta imprescindible que, dadas las restricciones que se pudieran imponer respecto de ciertos participantes, el mecanismo de asignación de la concesión sea lo más competitivo posible, incluso en la licitación de la fase transición. Para lograr el objetivo propuesto, esto es, maximizar la competencia en la licitación, a continuación, se analizará el marco regulatorio aplicable a la asignación en concesión de frentes de atraque estatales, las propuestas de EPV y, finalmente, los resguardos adicionales que este Tribunal estima necesario incorporar para maximizar la competencia en la licitación o competencia por el puerto. Cabe mencionar que las condiciones que se apliquen en esta etapa, es decir, los resguardos que maximizan la competencia por la cancha también pueden determinar el desempeño del Concesionario en la cancha. Por este motivo se analiza la variable o criterios de adjudicación de la concesión.

7.2. Marco regulatorio aplicable a la licitación de frentes de atraque estatales y proposición de EPV

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

49. 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 del uso de frentes de atraque estatales; (ii) modalidad de licitación y criterios de evaluación; (iii) criterios de adjudicación; (iv) Canon Anual; (v) otros pagos establecidos en el borrador de las Bases del Concesionario a EPV; y (vi) contenidos mínimos, plazos, garantías y sanciones.

50. En cada una de estas materias se señalará, primero, el marco regulatorio aplicable, cuyas normas deben entenderse incorporadas en las bases de licitación definitivas por el solo ministerio de la ley; segundo, la propuesta de EPV; y, finalmente, aquellos términos o condiciones complementarias que este Tribunal estima necesarias para propender a una mayor competencia en la asignación del frente de atraque objeto de la concesión.

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

51. 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 Ley N° 19.542, la prestación de los servicios en los recintos portuarios estatales debe efectuarse por privados o con participación de éstos, y solo subsidiaria o excepcionalmente por las empresas portuarias estatales.

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

(ii) Modalidad de licitación y criterios de evaluación

53. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Reglamento, corresponde al Directorio de EPV determinar las distintas modalidades del proceso de licitación (sobre cerrado, a mano alzada, de primer o segundo precio, entre otros) y si contemplará una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

o más etapas, señalando los aspectos mínimos que debería abordar una primera etapa.

54. El borrador de las Bases consultado 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 2.9.6 del borrador de las Bases, 21 días corridos luego de la apertura de los sobres con la “Oferta de Antecedentes Generales”, procederán a abrirse las “Ofertas Económicas”, pero solo respecto de quienes no se hubiere rechazado la “Oferta de Antecedentes Generales”.

55. Respecto de la “Oferta Económica”, el borrador de las Bases presentado sigue lo decidido en el Informe N° 8/2012, en cuanto presenta un concurso con dos universos o grupos de propuestas; el Grupo 1, para los nuevos entrantes y el Grupo 2, para los incumbentes en el mercado relevante definido por dicho Informe. Adicionalmente dicho borrador establece (punto 2.9.2) que el Grupo 1 deberá entregar sus ofertas un día hábil después de la fecha de entrega de las ofertas del Grupo 2.

56. Las “Ofertas de Antecedentes Generales” de ambos grupos se abrirán de manera simultánea, luego de recibidas las ofertas económicas del Grupo 1 (punto 2.9.3). EPV rechazará *ipso facto* las “Ofertas de Antecedentes Generales” (punto 2.9.3) si es que ellas no acompañan la boleta de garantía de seriedad de la oferta; si no acompañan el sobre de la “Oferta Económica”; si el oferente tiene un miembro que participa en más de un oferente (y no cumple la prohibición señalada en el punto 2.8.1 letra a) del borrador de las Bases); y si el licitante hubiere infringido la prohibición de dirigirse a otros órganos del Estado (según lo indicado en el punto 2.14).

57. Por su parte, el punto 2.9.4 del borrador de las Bases establece que EPV deberá rechazar las ofertas que sean presentadas en un grupo que no corresponda, esto es, si un incumbente presenta su oferta en el acto de recepción del Grupo 1, o si un nuevo entrante presenta su oferta en el acto de recepción del Grupo 2.

58. Como lo ha establecido previamente este Tribunal, es esencial que se establezcan con claridad y objetividad los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, 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. De la revisión que este Tribunal ha tenido a la vista del borrador de las Bases consultado, se puede concluir que la evaluación de las propuestas y las razones por las cuales pueden ser desestimadas están bien abordados en dicho documento.

59. Respecto de la posibilidad de declarar desierta la licitación, el borrador de las Bases establece que en caso de persistir el empate entre dos “Ofertas Económicas”

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

válidas de un mismo grupo, los interesados pueden repetir el proceso de desempate hasta que se resuelva el empate o que EPV decida desestimar todas las ofertas, dando por concluida la licitación y declarándola desierta (punto 2.9.7 “Procedimiento de desempate” del borrador de las Bases), así también en caso que no se presenten ofertas que cumplan con lo solicitado, el borrador de las Bases dispone que EPV declarará desierta la licitación (punto 2.10 “Adjudicación de la Concesión”).

60. Respecto de este último caso no se observan problemas, pues, en efecto, la no presentación de ofertas que cumplan lo exigido en las bases de licitación, es una condición objetiva para declarar la licitación desierta. Sin embargo, respecto del primer caso, tal como se ha dispuesto en otros informes (Informe N° 10/2014), se ordenará a EPV no incorporar en las bases de licitación definitivas la posibilidad de desestimar todas las ofertas y declarar desierta la licitación en caso de empate dentro de un mismo grupo. Ello, por la incertidumbre que genera, lo cual afecta la competencia por la cancha. En su lugar, deberá incluirse, como criterio de desempate la presentación de una nueva oferta final que mejore la oferta original por parte de los oferentes cuyas ofertas hayan empatado, la que no podrá contener tarifas más altas que las inicialmente ofertadas, y debiéndose escoger en el grupo, al oferente que presente el menor Índice Tarifario. Si utilizando el mecanismo precedente en dos oportunidades, no se logra obtener el desempate, EPV deberá elegir entre las ofertas finales al oferente que proponga la menor tarifa para la atención de carga de contenedores.

(iii) Criterios de adjudicación

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

62. El borrador de las Bases consultado indica que se procederá a asignar el proyecto a quien ofrezca el menor Índice Tarifario, siempre que este sea inferior al I_{max} (punto 2.10) y que sus componentes no superen los valores máximos indicados en el Anexo I letra m) de la “Oferta Económica”.

63. La fórmula del Índice Tarifario por los servicios básicos propuesta en el borrador de las Bases presentado es la siguiente:

$$I = \frac{0,202}{22} \times TTR + 0,020 \times TTH + \frac{0,633}{10} \times TTC + 0,144 \times TTF + TMC + 0,314 \times TMN$$

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Donde:

- I* = Índice de Tarifas por los Servicios Básicos [US\$/Ton].
- TTC* = Tarifa de Transferencia de Contenedores No Reefer ofertada por el Oferente, en [US\$/TEU].
- TTF* = Tarifa de Transferencia de Carga Fraccionada No Hortofrutícola ofertada por el Oferente, en [US\$/Ton].
- TTH* = Tarifa de Transferencia de Carga Fraccionada Hortofrutícola ofertada por el Oferente, en [US\$/Ton].
- TTR* = Tarifa de Transferencia de Carga Contenedores Refrigerados ofertada por el Oferente, en [US\$/FEU].
- TMC* = Tarifa de Uso de Muelle a la Carga ofertada por el Oferente, en [US\$/Ton].
- TMN* = Tarifa de Uso de Muelle a la Nave ofertada por el Oferente, en [US\$/meh].

64. El borrador de las Bases agrega que, en el evento que el menor Índice Tarifario ofertado corresponda a una oferta válida del Grupo 2, se dará el derecho a igualar ese menor Índice Tarifario ofertado al oferente del Grupo 1 que hubiere ofertado el menor Índice Tarifario (punto 2.9.8). Si el oferente del Grupo 1 manifiesta que no igualará el menor Índice Tarifario ofertado, o si nada dijere en un plazo de tres días hábiles, a quien haya ofertado el menor índice del Grupo 2 se le adjudicará la concesión.

65. Tal como se ha determinado en los Informes N° 5/2009 y N° 18/2020, es positivo, desde una perspectiva de resguardo a la libre competencia, que el factor de adjudicación sea el menor Índice Tarifario consistente en el menor promedio ponderado de cada una de las tarifas por los servicios básicos.

66. Asimismo, el borrador de las Bases presenta una fórmula de ponderación de las tarifas de cada uno de los servicios básicos, tal como este Tribunal lo ordenara en el Informe N° 5/2009. Dichas ponderaciones han sido previamente definidas por EPV y ellas debieran reflejar la importancia relativa que tendrá cada servicio básico en los ingresos del Concesionario durante los años que dure la concesión.

67. Respecto de dichos ponderadores, la FNE indica que existirían diferencias entre éstos y aquellos considerados en el contrato de concesión vigente de TCVAl; con todo, señala que dicha diferencia podría ser consecuencia del cambio del tipo de carga más relevante que atenderá el Concesionario del Espigón (folio 97, pp. 54 a 56).

68. Por su parte, los aportantes SAAM y SSAHI, señalan que, con el objetivo de ajustarlos a la realidad de la mínima transferencia de carga en contenedores dentro

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del Espigón, deberían eliminarse del Índice Tarifario ofertado y del I_{max} aquellos factores relativos a la transferencia de carga en contenedores, o en subsidio, disminuir de manera significativa su ponderación en el cálculo de ambos índices (folio 101, p. 21).

69. En relación con la eliminación de las tarifas relacionadas con servicios para carga en contenedores, se debe estar a lo señalado en los párrafos 62 y 63, es decir, con los servicios básicos que actualmente se prestan con la infraestructura que se dará en concesión. Estos son el transporte de carga general, la cual incluye carga fraccionada y en contenedores. Por este motivo, este último tipo de carga no se eliminará de la fórmula tarifaria. Por su parte, respecto de los ponderadores, es efectivo que estos deberían reflejar la proyección de la carga transferida en el Espigón, la que debe guardar relación con la efectiva. De esta manera, se ordenará que los ponderadores de transferencia de carga de contenedores -refrigerados y no refrigerados- contemplados para esta licitación de la fase de transición sea de, al menos, un 5%.

70. Según el borrador de las Bases (punto 2.9.5), y siguiendo lo indicado por este Tribunal en el Informe N° 5/2009, se agrega un I_{max} el que será determinado por el Directorio de EPV y será secreto. Este se abrirá justo en el momento antes de iniciarse la apertura de las ofertas económicas.

71. En caso de empate entre oferentes con ofertas válidas de un mismo grupo, se le solicitará a cada uno que mejore su "Oferta Económica" y presente una "Oferta Final" de Índice Tarifario ofertado (punto 2.9.7 del borrador de las Bases). Esta no podrá contener tarifas más altas que las inicialmente ofertadas. El borrador de las Bases indica que, de persistir el empate, este procedimiento se repetirá hasta que este se resuelva o hasta que EPV decida desestimar todas las ofertas, dando por concluida la licitación y declarándola desierta. Respecto de este punto, se debe estar a lo señalado en el párrafo 60.

72. En caso de empate entre dos ofertas de distintos grupos, no se aplicará el procedimiento anterior, sino que se adjudicará la concesión al oferente del Grupo 1 que hubiere propuesto el menor índice tarifario ofertado (punto 2.10 del borrador de las Bases).

(iv) Canon Anual

73. El inciso tercero del artículo 7° de la Ley de Puertos señala que, para el establecimiento del monto mínimo de la renta o canon de la concesión portuaria, servirá de referencia el valor económico del activo objeto de esta. Lo mismo se señala en el inciso primero del artículo 6° del Reglamento, en donde se establece que el pago

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

anual equivalente mínimo por concepto de renta o canon para el periodo de un año (“Canon Anual”) para el primer 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 EPV 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, pero en su reemplazo se emiten Bonos *Bullet* en UF (BCU).

74. 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 de dicho pago, 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. Al respecto, el Anexo XIII del borrador de las Bases indica que el valor económico de los activos de la concesión se determinará en función de la estimación del contrato de construcción adicionando los costos de ingeniería, control y administración asociados. Dicho valor incluirá los enrocados de cierre, rellenos, terreno, redes eléctricas, de agua y otros activos, los que se determinarán una vez concluida la ingeniería de detalle del proyecto.

75. Al respecto, el borrador de las Bases (punto 3.12) establece que el Concesionario deberá pagar a EPV un Canon Anual en dólares, monto que se reajustará al inicio de cada nuevo año contractual multiplicándolo por el factor de ajuste US PPI (“*Producer Price Index-PPI-for Finished Good, not seasonally adjusted*”). Este se pagará en dos cuotas iguales cada año. El borrador de las Bases no especifica el monto en dólares americanos (“US\$”) que deberá pagarse por este concepto, solo se indica que este cumplirá con lo señalado en el inciso primero del artículo 6º del Reglamento.

76. Adicionalmente, se establece en el borrador de las Bases que en el evento que el Concesionario opte por incorporar al área de concesión un área propuesta por EPV,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el Canon Anual será ajustado según el pago anual equivalente mínimo determinado para la respectiva área (punto 3.12.1 letra b).

77. Respecto de este punto, el Tribunal solicitará que los montos aparezcan especificados en las bases de licitación definitivas y que el Canon Anual no solo tenga un valor mínimo sino también que su monto diga relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión desde el segundo año en adelante, ya que el primer año se rige conforme a lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento. De esta manera, el cálculo adecuado del monto del Canon Anual facilitará que las ganancias en eficiencia del Concesionario se puedan traducir en mejores condiciones de precio, cantidad y calidad para todos los usuarios, y no se traduzcan en un eventual traspaso de rentas monopólicas desde el Concesionario a la empresa portuaria. Tal como se señaló en el Informe N° 18/2020, para que el Canon Anual que EPV cobre por la infraestructura que entrega en concesión sea en definitiva compatible con las normas de libre competencia, el “valor económico de los activos” no debería considerar un valor total que incluya rentas monopólicas con los activos concesionados, lo que de hacerlo, frustraría los resultados procompetencia y de mayor eficiencia asignativa que se esperan del sistema de concesiones portuarias.

78. En cuanto a la posibilidad de ampliar el área de concesión y la consecuente modificación del Canon Anual, dado que se trata de una licitación de transición y que este Tribunal establecerá que comprende un plazo de cuatro años, que podrá ser renovable solo por un año adicional, se ordenará a EPV que elimine del borrador de las Bases la posibilidad de ampliar el área de concesión. Atendido lo anterior, tampoco será necesario modificar el Canon Anual.

(v) Otros Pagos del Concesionario a EPV establecidos en el borrador de las Bases

79. El borrador de las Bases contempla otros pagos a EPV, además del Canon Anual, por concepto de derecho a explotar la concesión. Estos son: el Pago Estipulado y el Pago Anual.

80. El Pago Estipulado es un monto único y total que se deberá pagar a EPV al momento de la entrega de la concesión. El borrador de las Bases no especifica el monto a pagar a EPV por este concepto (punto 3.12.1 letra a). Sin perjuicio de que el objeto del Pago Estipulado no está lo suficientemente determinado, se aceptará en la medida que esté claramente definido en las bases de licitación definitivas y se trate de un pago inicial que el Concesionario debe pagar por única vez al momento de suscribir el contrato de concesión y que está pensado como mecanismo de financiamiento para reembolsar los gastos incurridos por la empresa portuaria en las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tareas, asesorías y estudios necesarios para preparar el proceso de licitación, así como el monto a pagar a los trabajadores portuarios eventuales con el fin de cumplir las mitigaciones a que éstos tengan derecho.

81. Por su parte, el Pago Anual cumple el objetivo de financiar la operación eficiente de EPV. Este pago no está definido en el borrador de las Bases consultado. Solo se indica que se reajustara anualmente y que se pagará en dos cuotas iguales, al término de cada semestre, durante el tiempo que dure la concesión (punto 3.12.1 letra c).

82. Respecto del Pago Anual, tal como lo ha señalado el Tribunal en los Informes N° 4/2009, N° 5/2009 y N° 6/2009, los pagos deberán especificarse en las bases de licitación definitivas y estar razonablemente asociados a los costos en los que incurrirá la empresa portuaria.

83. Adicionalmente, el borrador de las Bases incorpora un “Abono Anual al Fondo de la Mesa de Responsabilidad Social Empresarial” (punto 3.12.3). El borrador de las Bases no singulariza a cuánto asciende dicho pago. Solo se especifica que el destino y uso de este fondo deberá ser aplicado a través de uno o más proyectos, que deberán ser aprobados por la Mesa de Responsabilidad Social Empresarial. Los administradores de este fondo serán la Empresa Portuaria Valparaíso, la Ilustre Municipalidad de Valparaíso y el Concesionario.

84. En relación con este punto, se estima que los aportes de empresas relativos a su rol en la sociedad no pueden justificarse a partir de mayores cobros que finalmente pagarán sus clientes. Cabe señalar que, en una licitación competitiva, los mayores pagos que deba hacer el concesionario a EPV, se traducirán en mayores tarifas, por lo que este pago no deberá ser contemplado en las bases de licitación definitivas.

(vi) Contenidos mínimos, plazos, garantías y sanciones

85. El artículo 3° del Reglamento exige la elaboración de una Memoria Explicativa por parte de EPV 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 EPV debe elaborar en concordancia con su Memoria Explicativa.

86. Al respecto, y tal como ya se ha señalado en informes anteriores, es indispensable que tanto la capacidad de la infraestructura a concesionar como los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes se encuentren predefinidos con claridad y precisión en dicha Memoria Explicativa. De esta manera, la competencia por tarifas que se propone en este Informe se producirá entre servicios de calidad y características de infraestructura equivalentes, y con ello los postulantes estarán en mejores condiciones de evaluar los costos y riesgos de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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.

87. Adicionalmente y respecto de esta licitación de transición, también adquiere relevancia el plazo de concesión establecido en el borrador de las Bases y si este cumple con el objetivo de esta licitación. Sin embargo, tanto el área de concesión como el plazo de esta misma no quedan predefinidos en el borrador de las Bases, como se verá a continuación.

Plazo de la concesión de la fase de transición

88. Respecto del plazo de la concesión, el borrador de las Bases establece en su punto 3.4 que este será de cuatro años, renovable por periodos de 12 meses si fuera necesario, a sola discreción de EPV, debiendo esta última informarlo 180 días antes de la fecha de término del contrato. Es decir, el borrador de las Bases no incorpora una fecha tope para dicha renovación.

89. Al respecto, el MTT sostiene que si bien el plazo contemplado podría otorgar flexibilidad para un adecuado traspaso entre la fase de transición y la segunda fase, también se presenta el riesgo que la fase de transición se extienda indeterminadamente (folio 91, p. 13). Por su parte, SAAM y SSAHI han señalado que la no determinación de un máximo de renovaciones puede implicar, en el extremo, que la licitación sea una *“solución permanente e ineficiente para el desarrollo portuario de Valparaíso; y a lo menos introduce un factor de incertidumbre para los interesados en la licitación”* (folio 101, p. 18). Mientras que el SEP está de acuerdo con la propuesta de EPV para esta fase de transición, pues se plantea como acotada ya que se entregaría la infraestructura por un periodo de cuatro años, eventualmente prorrogable por un año, solo en tanto no se encuentre afinada y adjudicada la segunda fase de licitación del Espigón (folio 89, pp. 6 y 7). Esta última condición para la renovación de la concesión se encuentra expresada en la Solicitud de EPV, mas no en las Bases.

90. Este Tribunal coincide con el MTT en cuanto a que esto se podría extender indefinidamente, y por esto solicitará a EPV acotar el plazo de la licitación de la fase de transición a cuatro años, con la posibilidad de una prórroga por un año, luego de lo cual EPV deberá adjudicar la licitación de la segunda fase la que incluye el proyecto de ampliación y la realización de la inversión en el frente de atraque.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Capacidad de la infraestructura a concesionar y posibilidad de ampliación

91. Tal como se indica en el punto 3.5 del borrador de las Bases, el área originalmente otorgada en concesión corresponde a la superficie conformada por el frente de atraque descrito en el Anexo IV (y los lotes singularizados en el punto 2.1 de dicho Anexo), pero este se puede ampliar con terrenos de EPV o del Concesionario, previo análisis y aprobación de la empresa portuaria. Esto hace que el objeto a ser concesionado no esté previamente definido en su totalidad, sino que este pueda crecer en tamaño una vez adjudicado el proyecto. Adicionalmente, incluir nuevas áreas a la superficie concesionada genera un ajuste (incremento) en el Canon Anual, tal como se indica en el punto 3.12.1 letra b) del borrador de las Bases.

92. Sobre este punto, los aportantes SAAM y SSAHI, consideran que el borrador de las Bases contempla elementos con incidencia competitiva y que no se ajustan al objetivo de esta licitación de transición, como la posibilidad de ampliar el área de concesión por cuanto con ello se podría desdibujar los límites de la licitación de la fase transitoria (folio 101, pp. 18 y 19).

93. Al respecto se considera adecuado establecer claramente los límites y contornos del objeto licitado por cuanto la posibilidad de ampliar el área de concesión (incorporando terrenos aledaños con la aprobación de EPV) introduce incertidumbre para los oferentes y desincentiva la participación en el concurso. Por este motivo, y dado que se trata de una licitación de un plazo corto, se ordenará a EPV que determine en las bases de licitación definitivas el área total que se entregará en concesión, no pudiendo esta ampliarse a su sola discreción una vez adjudicada la concesión. Ello evitará que se produzcan renegociaciones posteriores, una vez adjudicada la concesión, que afecten el valor de esta y las condiciones competitivas de la licitación. Por su parte, respecto de la posibilidad de la ampliación del área de concesión, esta podrá evaluarse en la licitación que incluya la correspondiente inversión en infraestructura de este frente de atraque, es decir, para la licitación de largo plazo o de segunda fase.

Nuevas inversiones dentro de la licitación de la fase de transición

94. Respecto de nuevas inversiones, esta concesión transitoria no exige la construcción de infraestructura adicional a la necesaria para poder operar de manera eficiente el Espigón y su área de respaldo. Es decir, no contempla la ampliación de dicho frente de atraque como sí se exigía en el Informe N° 5/2009. Sin embargo, esto no queda claro de la lectura del borrador de las Bases, el cual incorpora la posibilidad de que el Concesionario haga nuevas inversiones y estas le sean reembolsadas por parte de EPV (punto 3.7.5). Dicho reembolso será a justo precio respecto de los bienes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

muebles que adquiriera el Concesionario, y a su valor residual si se trata de obras y mejoras que no puedan separarse sin detrimento de los bienes concesionados, y cuya inversión no haya sido posible amortizar durante la explotación de la concesión.

95. Sobre este punto, SAAM y SSAHI sostienen que el reembolso de inversiones al término de la concesión en esta fase de transición debería eliminarse por cuanto constituiría, en los hechos, un subsidio encubierto para la concesionaria, la que, de conformidad al objetivo de la fase de transición, no está obligada a realizar inversiones en el área de concesión (folio 101, p. 20).

96. Al respecto, el Tribunal coincide en que la posibilidad de que el Concesionario haga nuevas inversiones que le puedan ser reembolsadas con posterioridad, excedería el objeto de esta fase de transición que es, precisamente, operar el Espigón para evitar una eventual congestión portuaria y no realizar inversiones para su expansión o que modifiquen las características de dicho frente de atraque. Por lo anterior, se ordenará a EPV eliminar las letras b) y c) del punto 3.7.5 de las bases de licitación definitivas que permiten la realización de inversiones y su posterior reembolso de bienes distintos a los bienes muebles adquiridos.

Prestación de Servicios entre Concesionarios

97. Adicionalmente, el punto 3.9.5 del borrador de las Bases se refiere a los servicios que podrán prestarse entre concesionarios, no especificando qué concesionarios podrían contratar estos servicios del Espigón.

98. Es así como se especifica que se permitirá la prestación de servicios de manejo, traslado de cargas y de almacenamiento entre concesionarios, solo cuando se presente algún evento de congestión, eventos que serán determinados por EPV a través de la planificación logística diaria. Adicionalmente, se expone que el Concesionario definirá las tarifas que estime conveniente para dichos servicios y que deberá cumplir con los indicadores de calidad de servicio.

99. SAAM y SSAHI manifestaron su preocupación al respecto dado que con ello se podría poner en riesgo la calidad de los servicios de carga que otorga actualmente el Espigón. En efecto, éste podría priorizar los servicios al Terminal N° 1 operado por TPS y así convertirse en una eventual extensión de dicho terminal o de su área de respaldo (folio 101, p. 19). Por su parte, el MTT señaló que la propuesta de prestación de servicios del Espigón al Terminal N° 1 de Valparaíso, podría generar un beneficio a los usuarios de carga contenedorizada, por cuanto éste último podría maximizar la utilización de espacios físicos del área del Espigón. Con todo, agrega que la implementación exitosa de esta propuesta requiere que sea estudiada en detalle, pues existen algunos riesgos potenciales para los usuarios del Espigón, en particular de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

carga fraccionada. Un primer riesgo sería el menor espacio a la atención del Espigón a su propia carga por dedicarlo al uso por el Terminal N° 1. Un segundo riesgo, deriva del hecho de que la facultad de poner término a este contrato de servicios entre concesionarios solicitada por la propia EPV no ha sido especificada en cuanto a sus criterios o mecanismos. Por último, un tercer riesgo sería que las tarifas asociadas a los servicios que se otorguen mediante este contrato corresponderán a tarifas especiales y no a tarifas básicas. Finalmente, señala que debe evaluarse si un contrato de este tipo podría calificar como una operación de concentración, sujeta al procedimiento de revisión por la FNE (folio 91, pp. 10 y 11).

100. Por su parte, Neltume (folio 82, p. 21) sostiene que la cláusula contenida en el punto 3.9.5 del borrador de las Bases, debe complementarse incluyendo una excepción que no haga exigible dicha condición de congestión para la prestación de servicios entre los concesionarios del Terminal N° 1 del Puerto de Valparaíso y del Espigón, en caso de que esta licitación de transición sea adjudicada a TPS o a sus personas relacionadas, ya que en los términos que actualmente está contemplada en el borrador de las Bases restringe la integración u operación conjunta de ambos terminales del Puerto de Valparaíso.

101. En consecuencia, este Tribunal ordenará que la prestación de servicios entre concesionarios se rija por las tarifas máximas para la transferencia del tipo de carga correspondiente, que se definan de conformidad al índice señalado en el párrafo 63, por ser considerados servicios básicos. Asimismo, se eliminará el requisito de que exista congestión para poder prestar dichos servicios, sin perjuicio de que los mismos no pueden implicar una afectación -en términos generales- a la atención de naves en el Espigón. Por tanto, EPV deberá adecuar la cláusula relativa a la prestación de servicios entre concesionarios en las bases de licitación definitivas.

Exigencias en materia de experiencia, patrimonio mínimo y otras

102. El punto 2.7 letra a) del borrador de las Bases indica la experiencia mínima que deberá tener el oferente como operador calificado, el que deberá acreditar haber prestado servicios en calidad de operador de infraestructura portuaria por un mínimo de un millón de toneladas anuales de carga general en cada uno de los años 2017, 2018 y 2019, en puertos públicos o privados. Para acreditar la experiencia en el ámbito señalado, según se establece en dicha sección del borrador de las Bases, “*el Oferente o Miembro deberá usar su propia experiencia o, alternativamente, la de su sociedad matriz o, alternativamente, la de otra filial de esa matriz, o alternativamente, la de su filial respecto de la cual el Oferente o Miembro sea el controlador*”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

103. Asimismo, en el borrador de las Bases, para acreditar la experiencia como operador calificado no se consideran las participaciones minoritarias sin control en la operación portuaria y tampoco se podrá sumar la experiencia de dos o más miembros para alcanzar la experiencia mínima exigida.

104. El punto 2.7 letra b) del borrador de las Bases indica que el oferente deberá acreditar un patrimonio mínimo, pero no se señala su monto. Asimismo, se exige que, si está integrado por varios miembros, cada uno de ellos también deberá acreditar un patrimonio mínimo -el cual tampoco está singularizado en el borrador de las Bases-, además de señalar su participación accionaria en la sociedad concesionaria. Adicionalmente, se agrega que podrán cumplir con el patrimonio exigido mediante su propio patrimonio o la fianza solidaria de otro miembro o de la sociedad matriz respecto de la cual son filiales.

105. Tal como lo ha señalado este Tribunal en informes anteriores, las exigencias de experiencia y patrimonio mínimo (v.gr. Informes N° 10/2014, 11/2014 y 18/2020), no deben ser desmedidas pues, de serlo, podrían constituir un desincentivo a la entrada de nuevos participantes o interesados en la concesión. Sin perjuicio de lo anterior, parece razonable la exigencia de un nivel mínimo de experiencia y patrimonio, con el fin de evitar ofertas que puedan generar problemas con posterioridad.

106. De esta forma, respecto de la exigencia de experiencia, es razonable la propuesta contenida en el borrador de las Bases y, en lo que se refiere al patrimonio mínimo exigido, las bases de licitación definitivas deberán indicar el monto que el oferente deberá acreditar.

Garantías

107. Conforme con el artículo 13 del Reglamento, EPV 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 EPV por concepto de Canon.

108. En el borrador de las Bases sometido a consulta se incluyen ambas garantías y, además, se agrega una Garantía de Pago Estipulado.

109. Respecto de la Garantía de Seriedad de la Oferta, esta se incorpora en el punto 2.8.1 letra d) del borrador de las Bases, pero no se singulariza a cuánto ascenderá. Por otra parte, en el punto 3.13 del borrador de las Bases se indica la exigencia de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

entregar una Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato (que cubra el valor del Canon Anual y del Pago Anual) y otra Garantía de Pago Estipulado, que cubra este último. En estos casos, tampoco se singulariza el monto en el borrador de las Bases.

110. El borrador de las Bases también especifica cuáles son las circunstancias en que EPV tendría el derecho a hacer efectivas las boletas de garantía recién descritas, a título de indemnización de perjuicios y cuándo éstas serán restituidas al Concesionario (puntos 2.8.1 letra d), 3.13.1, 3.13.2 y 3.20.3 del borrador de las Bases).

111. Al respecto, y desde el punto de vista de la libre competencia, es deseable que las garantías no sean excesivas, esto es, que no disuadan innecesariamente la participación de los interesados, para lo cual su monto no debiera superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una. Por este motivo se ordenará a EPV que singularice el monto de las boletas de Garantía de Seriedad de la Oferta, de Fiel Cumplimiento del Contrato y de Pago Estipulado.

Régimen de sanciones y multas

112. 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.

113. Al respecto, cabe señalar que el borrador de las Bases indica bajo qué circunstancias EPV podrá poner término anticipado a la concesión portuaria (punto 3.25). Adicionalmente, quedan razonablemente especificadas en el borrador de las Bases las causales de incumplimiento grave de las obligaciones de parte del Concesionario (punto 3.25.1 letra c)).

114. Respecto de las multas y sanciones, el borrador de las Bases incorpora multas específicas en función de la entidad de cada tipo de incumplimiento (véase el punto 3.20 del borrador). Ellas podrán disuadir eficazmente el incumplimiento de las obligaciones del Concesionario, tal como se indicó en los Informes N° 5/2009, N° 9/2013, N°10/2014 y N° 18/2020.

115. Por su parte, el borrador de las Bases establece (punto 3.20.2) que es requisito para poder reclamar de la aplicación de una multa, el pago previo de la misma, lo que este Tribunal considera inconveniente por razones de debido proceso. Además, en el extremo, podría desincentivar la participación en la licitación y la competencia *ex ante*. Por tanto, dicha exigencia debe ser eliminada del punto 3.20.2 del borrador de las Bases. Lo anterior es sin perjuicio del plazo para pagar la multa señalado en el artículo 23 del Reglamento.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Imponderables y fuerza mayor

116. El borrador de las Bases señala en el punto 3.16, que se entiende por destrucción total del frente de ataque por caso fortuito o fuerza mayor cuando la capacidad de operación de éste (medida en el momento inmediatamente anterior al evento de fuerza mayor) haya sido reducida en más del 66%. En este caso, EPV notificará ello y solicitará al Concesionario la entrega del área de concesión en un plazo de 12 meses.

117. El borrador de las Bases agrega que, si producto de un caso fortuito o fuerza mayor, la capacidad de operación del frente de ataque se ve afectada en menos de un 33%, las respectivas obligaciones de las partes continuarán inalteradas.

118. Finalmente, indica que, si un evento de fuerza mayor reduce la capacidad de operación del frente de ataque entre un 33% y 66%, el Concesionario podrá elegir entre terminar el contrato o no poner término a éste, en cuyo caso sus obligaciones permanecerán inalteradas. Sin embargo, agrega que, en este último caso, se reducirá el Canon Anual a pagar a EPV para el año siguiente al del Evento de Fuerza Mayor (definido en el punto 1 del borrado de las Bases), en el mismo porcentaje en que se reduzca la capacidad de operación del frente de ataque.

119. Finalmente, se especifica que, si las partes no llegan a acuerdo con respecto al porcentaje de la reducción de capacidad de operación del frente de ataque, ello será resuelto por el experto independiente designado en los términos previstos en la sección 3.28.1 del borrador de las Bases.

120. Los imponderables derivados de casos fortuitos o fuerza mayor se regulan adecuadamente en el borrador de las Bases, toda vez que no establecen que el Concesionario se haga responsable de las consecuencias negativas de casos fortuitos o fuerza mayor que reduzcan la capacidad de operación del frente de ataque, especificando qué sucede en cada uno de esos eventos, todo lo cual da certeza jurídica a los partícipes de la licitación.

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

8.1. Introducción

121. El borrador de las Bases bajo análisis debe promover condiciones de provisión de los servicios portuarios básicos lo más cercanos posible a las que prevalecerían en un mercado competitivo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

122. De esta manera, en esta Sección se abordan las condiciones de competencia en la provisión de los servicios portuarios y, de ser necesario, se impondrán algunas medidas para evitar eventuales abusos por parte del Concesionario. Para lo anterior se analizará el marco regulatorio aplicable a la prestación de los servicios portuarios, las propuestas de EPV y los resguardos conductuales adicionales que este Tribunal estima necesario incorporar.

8.2. Marco regulatorio aplicable a la prestación de servicios portuarios y resguardos conductuales propuestos por EPV

123. Como se ha señalado, la administración y operación del frente de atraque licitado por parte del Concesionario está regulada por la Ley N° 19.542, su Reglamento y por el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque (RUFA) de EPV (Resolución Exenta N° 440 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de fecha 30 de marzo de 1999, publicada en el Diario Oficial el 12 de abril de 1999); como también el Informe N° 5/2009, que fijó las condiciones de competencia de la licitación del año 2012 del Espigón, y el Informe N° 8/2012, que alzó la restricción a la integración horizontal establecida en el Informe N° 5/2009.

124. Este conjunto de normas constituye el marco regulatorio aplicable a la prestación de servicios portuarios que es obligatorio para el Concesionario por mandato legal, el que se analizará sistemáticamente agrupándolo en las siguientes materias, con el objeto de evaluar si es necesario incorporar obligaciones adicionales para resguardar la competencia en la provisión de dichos servicios.

125. Para analizar sistemáticamente ese marco regulatorio, los deberes del Concesionario -sea cual sea su origen- se agruparán en: (i) acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios; (ii) mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros; (iii) obligaciones en relación a las tarifas; (iv) normas de calidad; (v) reglas de asignación de capacidad 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

126. Como se ha expresado, el Puerto de Valparaíso, dentro del cual se encuentra el frente de atraque a licitar, es 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 y en el artículo 19 letra d) del Reglamento.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

127. Por otra parte, el RUFA de EPV 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 las 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 y un desarrollo armónico y sustentable en el largo plazo de la actividad portuaria.

128. Tal como lo ha determinado este Tribunal en informes anteriores, se establecerá que las condiciones para la prestación de los servicios por parte del Concesionario deberán ser generales y no discriminatorias y estar contenidas en documentos públicos (como puede ser el mencionado Manual de Servicios) que se encuentren a disposición de los interesados tanto en las oficinas que el Concesionario de este frente mantenga en Valparaíso, 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

129. El RUFA de EPV establece en sus artículos 56 y 57 que los usuarios de los frentes de atraque podrán someter al conocimiento o resolución del gerente general de dicha empresa portuaria, las controversias que se susciten con los concesionarios respecto de la prestación de los servicios contratados con éstos.

130. EPV podrá sancionar a aquellos concesionarios que infrinjan las normas o procedimientos establecidos en el respectivo Reglamento o en el Manual de Servicios, lo que deberá establecer en las bases de licitación definitivas. Sin perjuicio de lo señalado y al igual como lo ha resuelto en informes anteriores (v.gr. Informe N° 5/2009 e Informe N° 18/2020), la posibilidad de que EPV actúe de oficio, sin previa solicitud o denuncia ante situaciones de discriminación puede contribuir a la eficacia y eficiencia de la fiscalización de conductas contrarias a la libre competencia. Así, las bases de licitación definitivas o el contrato de concesión deberán facultar a dicha empresa pública para actuar ante las situaciones de discriminación que observare, sin perjuicio del derecho del Concesionario de acudir al árbitro, o al experto independiente, según la naturaleza de la cuestión en disputa, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse por la aplicación de sanciones por parte de EPV, tal como se establece en el borrador de las Bases (punto 3.28).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iii) Obligaciones en relación con las tarifas

131. Según el artículo 14 inciso final de la Ley, el Concesionario debe establecer tarifas públicas y no discriminatorias que, conforme al artículo 19 letra e) del Reglamento, no podrán ser superiores a las acordadas en el contrato de concesión.

132. A su vez, el artículo 20 del Reglamento dispone que el Concesionario percibirá como contraprestación por sus servicios las tarifas establecidas para los mismos, según lo definido en las bases de licitación o en el contrato sobre el particular. Para el caso en que se consideren tarifas máximas, les serán aplicables a éstas los reajustes que correspondan, de acuerdo con lo que estipulen las bases de licitación o los respectivos contratos.

133. En este contexto, EPV propone en el punto 3.11.2 De las Tarifas de los Servicios Sujetos a Valores Máximos del borrador de las Bases, establecer que las tarifas que cobre el Concesionario por los servicios que preste, en ningún caso puedan resultar en un Índice de Muellaje o Índice de Transferencia, durante cualquier Año Contractual, mayor que el Índice Tarifario Máximo de Muellaje o del Índice Tarifario Máximo de Transferencia, respectivamente, ajustado para ese año contractual. Se entiende que, “en caso de existir niveles tarifarios”, para el fin de calcular el referido índice se aplicará la tarifa más alta registrada en relación con cada Servicio Básico, como también el derecho del Concesionario a registrar tarifas básicas que resulten en un índice menor o igual al Índice Tarifario Máximo de Muellaje o Índice Tarifario Máximo de Transferencia, según corresponda, para ese Año Contractual. El Índice de Muellaje y el Índice de Transferencia será calculado durante cada Año Contractual, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$IM = TMC + TMN \times \left(\frac{\sum_{i=1}^N esl_i \times t_i}{AT} \right)$$

$$IT = \alpha \times TTF + \beta \times TTH + \gamma \times TTR + \delta \times TTC$$

Donde:

IM = el Índice de Muellaje.

IT = el Índice de Transferencia.

TTF = la TTF vigente, según se publicó y expresada en dólares por Tonelada.

TTH = la TTH vigente, según se publicó y expresada en dólares por Tonelada.

TTR = la TTR vigente, según se publicó y expresada en dólares por FEU.

TTC = la TTC vigente, según se publicó y expresada en dólares por TEU.

TMC = la TMC vigente, según se publicó y expresada en dólares por Tonelada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TMN = la TMN vigente, según se publicó y expresada en dólares por metro eslora por hora.

α = 0,144

β = 0,020

γ = 0,009

δ = 0,063

i = la i -ésima nave atendida en el Frente de Atraque durante el Año Anterior.

N = es el número total de naves atendidas en el Frente de Atraque durante el Año Anterior.

esl_i = es la eslora total (en metros) de la i -ésima nave atendida en el Frente de Atraque durante el Año Anterior.

t_i = es el Tiempo de Ocupación en el Frente de Atraque de la nave i -ésima atendida en el Frente de Atraque durante el Año Anterior.

AT = Tonelaje Anual.

Para el primer Año Contractual, la expresión $\left(\frac{\sum_{i=1}^N esl_i \times t_i}{AT}\right)$ será igual a 0,744.

134. También se propone que, en la identificación y fijación de las tarifas de los Servicios Sujetos a Valores Máximos, el Concesionario deberá cumplir las condiciones siguientes:

a) No se podrá realizar cobros adicionales por actividades y/o recursos implícitos y necesarios para prestar alguno de los Servicios Sujetos a Valores Máximos.

b) La tarifa de cualquier servicio que incluya alguna actividad propia de un Servicio Sujeto a Valor Máximo no podrá exceder de la tarifa más alta fijada por el Concesionario para el Servicio Sujeto a Valor Máximo que incluye esa actividad.

c) La suma de las tarifas de servicios que incluyan una o más actividades comprendidas en un Servicio Sujeto a Valor Máximo no podrá exceder a la tarifa más alta fijada por el Concesionario para ese Servicio Sujeto a Valor Máximo.

d) Podrá ofrecer grupos de servicios, sin que lo anterior implique venta atada de servicios básicos y especiales.

e) El usuario siempre podrá contratar un servicio registrado, sea básico o especial, en forma individual, pagando la tarifa registrada por el Concesionario.

f) Las tarifas serán públicas y no discriminatorias.

g) Los premios o descuentos que consideren las tarifas serán objetivos, públicos y no discriminatorios, y no podrán quedar sujetos a exclusividad de servicios ni referidos a la carga transferida o metas cumplidas respecto de otros terminales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

135. Como se ha señalado, EPV podrá establecer, a partir de las tarifas de adjudicación, tarifas máximas para cada servicio, o bien, índices tarifarios máximos que puedan incluir más de un servicio, como se estipula actualmente en el borrador de las Bases. En cualquier caso, la elección de tarifas máximas o índices máximos deberá estar claramente establecida en las bases de licitación definitivas, creando un índice tarifario para carga general y uno o más para la carga a granel, según lo determine la empresa portuaria.

136. Por su parte, el artículo 28 del RUFA de EPV señala que el Reglamento y los Manuales de los Servicios deberán incluir, al menos, ciertos elementos, entre los cuales se incluyen la identificación de los servicios, la forma, contenido y oportunidad en que pueden ser solicitados y las tarifas aplicables, entre otros. En este mismo orden de consideraciones, el borrador de las Bases consultado señala que las tarifas con las cuales resulte adjudicada la licitación serán las tarifas máximas que el Concesionario podrá cobrar por los servicios básicos que preste, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de tarifas que EPV determine.

137. Asimismo, todas las tarifas que el Concesionario cobre por sus servicios, sean básicos o especiales, deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias. A su vez, se indica en el borrador de las Bases que cualquier acuerdo particular entre el Concesionario y un determinado usuario, que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas, deberá ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas de manera que todos los que se encuentren en una misma situación puedan acceder a ellas.

138. Como se señaló y según se establece en el punto 3.11.3 del borrador de las Bases, las tarifas que fije el Concesionario, tanto de servicios básicos como para servicios especiales, serán públicas y deberá entregarlas a la empresa portuaria para su registro, el que, a su vez, será público y podrá ser consultado por todos los interesados. Las tarifas que el Concesionario determine deberán ser registradas ante EPV con, al menos, 30 días de anticipación a su entrada en vigencia, teniendo un plazo mínimo de duración de 60 días. En cuanto al momento de la entrada en vigencia de las tarifas, éste será determinado por el Concesionario, pero no podrá ser antes de 30 días corridos desde el referido registro ni antes de 30 días corridos contados desde la fecha de publicación del aviso de su modificación, en la forma sugerida por el Concesionario y aprobada por EPV.

139. El borrador de las Bases contempla también el caso del primer registro de tarifas, indicando que el Concesionario debe entregar a EPV el valor de las tarifas por los servicios que prestará, incluyendo aquellos servicios descritos en el Anexo II del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

borrador de las Bases, como máximo con 30 días de anticipación al primer día del segundo mes que sigue a la fecha de firma del contrato de concesión (“Fecha de Entrega”). En caso de que el Concesionario no cumpla con ello, EPV fijará las tarifas de los Servicios Sujetos a Valores Máximos. Agrega que este primer registro regirá a contar de la Fecha de Entrega y que tendrá una vigencia mínima de 60 días corridos.

140. Al respecto el Tribunal está de acuerdo con las propuestas presentadas por EPV en el borrador de las Bases. Ahora bien, respecto de las tarifas especiales, con el objeto de transparentar los aportes que los servicios especiales representan a los ingresos del concesionario, se ordenará que las bases de licitación definitivas contemplen la obligación del Concesionario de indicar en sus estados financieros qué servicios se clasifican como básicos y cuáles se clasifican como especiales. Asimismo, se le solicitará que en una nota de los estados financieros exprese el aporte total de los servicios especiales. Lo anterior, permitirá tener un mejor control respecto de la correcta clasificación entre servicios especiales y básicos, la que podrá ser revisada conforme a lo señalado en esta sección.

(iv) Normas de calidad

141. Si bien es cierto que la Ley N° 19.542 no establece estándares mínimos de calidad aplicables a los concesionarios, en este caso, tanto en el RUFA de EPV como en el borrador de las Bases presentado si se establecen. 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.

142. A su vez, el borrador de las Bases ofrecido por EPV 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. Asimismo, el Tiempo de Espera de cada nave no deberá superar las seis horas, cuyo cumplimiento deberá ser supervisado por EPV. 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 promedio.

143. EPV 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”), el Tiempo de Ocupación Máximo Anual (“TOMA”) y el Tiempo de Espera Máximo. Sin embargo,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

atendido que en el Espigón se atiende naves de distintas características (naves graneleras que contienen depósitos para transferir carga fraccionada y naves portacontenedores), se ordenará a EPV que, de ser necesario, se establezcan distintos indicadores, específicos para cada tipo de nave.

144. 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), EPV deberá 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)).

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

145. El RUFA de EPV no establece un orden específico para la asignación de la capacidad del puerto, 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 deberá hacerse sobre la base de reglas de prioridad técnicas y objetivas, orientadas a un uso técnico-económico eficiente de los sitios y a asegurar un trato no discriminatorio de los usuarios. De este modo, se mencionan algunos criterios que deberán cumplir las reglas de prioridad, identificando los sitios a los cuales son aplicables, la forma y contenido de la solicitud de atraque, la antelación con que debe presentarse y los procedimientos de programación, entre otros. Sin perjuicio de esto, en el RUFA de EPV se establece que el Reglamento y el Manual de Servicios del Concesionario deberán contemplar, al menos, la asignación de prioridad por estricto orden de arribo de las naves al puerto.

146. Asimismo, el RUFA de EPV señala que el Reglamento o el respectivo Manual 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.

147. Este Tribunal estima que deberán establecerse 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, incluyendo la capacidad de almacenaje de contenedores vacíos, debiendo realizarse en términos objetivos y no discriminatorios.

148. De igual forma, en las bases de licitación definitivas deberán establecerse multas por el mal uso o por la demora en la prestación de servicios a los diversos usuarios del puerto, las que también deberán responder a criterios objetivos. Tales criterios deberán extenderse también a la reserva de capacidad o de uso de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

infraestructura por los usuarios, debiendo establecerse los plazos máximos de duración de dichas reservas y las multas que se aplicarán a quienes no hagan uso de éstas, siempre que dicha falta sea imputable a ellos.

149. En el Informe N° 18/2020 se incorporó la obligación de la empresa portuaria de 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 ésta pueda velar por su conformidad con las normas de resguardo de la libre competencia. Lo anterior, también deberá ser incorporado por EPV en las bases de licitación definitivas.

(vi) Deberes de transparencia e información

150. 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 de Puertos. Asimismo, el artículo 19 letra g) del Reglamento obliga al Concesionario a realizar los controles, mediciones y estadísticas que las bases de licitación y el contrato de concesión le exijan.

151. De acuerdo con lo establecido por este Tribunal en sus informes anteriores, EPV deberá establecer la periodicidad con la que el Concesionario deberá entregarle la información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, tales como precios y cumplimiento de estándares de calidad. Asimismo, dicha información deberá ponerse a disposición de cualquier interesado, tanto en las oficinas que éste mantenga en el Puerto de Valparaíso, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio *web* u otro).

152. El borrador de las Bases ofrecido, siguiendo también lo señalado en informes anteriores, establece, en el punto 3.2.6, 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 de Mercado de Valores. Asimismo, en dicho punto se contempla la obligación del Concesionario y de sus accionistas de proporcionar al Directorio de EPV cualquier información -legal o económica- que éste le requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la ley, de las bases de licitación, del contrato de concesión y de las condiciones establecidas en este Informe; información que el Concesionario o sus accionistas no podrán negar a EPV amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. De ser información que corresponda a una de estas categorías, la empresa portuaria deberá adoptar los resguardos correspondientes para asegurar que se mantenga en dicha calidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

153. Por su parte, el punto 3.22 del borrador de las Bases, contempla la obligación anual del Concesionario de entregar información relativa a las mallas societarias de sus accionistas y sus empresas relacionadas, señalando las toneladas movilizadas en los frentes de atraque, en los 12 meses anteriores a cada fiscalización, desagregada por tipos de carga y también por modalidades o categorías de usuarios, tanto a la Solicitante como a la FNE. Lo anterior de conformidad a lo señalado en el Informe N° 18/2020 y que el MTT propone mantener (folio 91, p. 12).

(vii) Control de no discriminación – Comité de Directores

154. El borrador de las Bases establece la obligación de la sociedad concesionaria de constituir el Comité de Directores a que se refiere el artículo 50 bis de la Ley 18.046, cualquiera sea su patrimonio, pero en la medida que tenga accionistas independientes del controlador que permitan hacerlo. EPV podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores que se constituya de conformidad con dicho artículo. Lo anterior, es coherente con lo señalado por el Tribunal en anteriores informes (v.gr., Informe N° 18/2020).

(viii) Modificaciones del contrato de concesión

155. 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 concurran las condiciones que permiten la modificación de contratos precedidos de una 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 y no podrán ser implementadas por las partes sino contando con el informe favorable de dicho organismo. Asimismo, respecto de la reclasificación de servicios especiales a básicos, el borrador de las Bases establece que ésta solo podrá efectuarse transcurrido al menos un año contado desde la Fecha de Entrega; y cuando este Tribunal hubiese constatado las variaciones en las condiciones de competencia en el mercado, en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes.

156. De lo señalado anteriormente, se advierte que la propuesta de la Solicitante recoge parcialmente el mecanismo de modificación del contrato de concesión propuesto en el Informe N° 18/2020, puesto que de él solo considera el mecanismo de reclasificación de servicios básicos y especiales. Respecto de dicho mecanismo, este Tribunal comparte la propuesta de EPV así como la observación del MTT, el que considera que dicho mecanismo es uno de los resguardos conductuales que deberían ser incorporados en las bases de licitación definitivas para esta fase de transición (folio 91, p. 12).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

157. Ahora bien, en cuanto a la modificación de otros aspectos establecidos en las bases o en el contrato de concesión, EPV propone que ésta se realice de común acuerdo entre las partes. Dicha propuesta es distinta a aquella establecida por el Informe N° 5/2009, en el que se indicó que EPV debería establecer un mecanismo de adecuación del contrato de concesión que previniera la eventual ocurrencia de cambios relevantes en las condiciones de competencia que no hubieren sido previstos al momento de diseñar la licitación y que hicieran imprescindible efectuar adecuaciones al contrato. Con todo, señala dicho informe, la modificación de aspectos establecidos en la bases de licitación o en el contrato de concesión relativos a los resguardos para la prestación de los servicios solo podría efectuarse cuando “(i) hubieren transcurrido a lo menos diez años de vigencia del contrato de concesión; y, (ii) una vez que este Tribunal hubiere constatado la variación de las condiciones de competencia en el mercado, en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Cumplidos los requisitos anteriores, la modificación correspondiente se efectuará de común acuerdo o mediante el procedimiento de resolución de controversias que se establezca en el contrato” (Informe N° 5/2009, p. 78).

158. Al respecto, el MTT sostiene que debería aplicarse para esta licitación de la fase de transición que las adecuaciones del contrato de concesión deberían esperar el pronunciamiento de este Tribunal, en caso de que se afecten aspectos que requieren ser consultados, o de la Fiscalía, si se trata de aspectos que no requieren consulta al Tribunal, de conformidad al mecanismo propuesto en el Informe N° 18/2020 (folio 91, p. 12).

159. Considerando lo resuelto en anteriores informes (v.gr., Informes N° 5/2009 y N° 18/2020), así como la naturaleza transitoria de esta licitación y el acotado plazo de concesión, se ordenará que las bases de licitación definitivas contemplen que el contrato de concesión solo podría modificarse en materias esenciales directamente relacionadas con las variables de adjudicación, una vez transcurrido un plazo razonable, por ejemplo, tres años, y ser autorizada por este Tribunal en el procedimiento establecido en el artículo 18 N° 7 y el artículo 31 del D.L. N° 211. Se considerarán materias esenciales aquellas directamente relacionadas con las variables de adjudicación, entre otras, las siguientes: (a) la extensión del plazo de la concesión; (b) las precisiones sobre aspectos técnicos contenidas en las bases de licitación; (c) modificaciones que afecten al concesionario, como por ejemplo la venta del derecho de concesión o los cambios en los miembros del consorcio original, siempre que alteren los criterios de adjudicación; y (d) las garantías de ingreso mínimo o similares otorgadas al Estado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

160. Finalmente, las modificaciones de aspectos establecidos en el contrato de concesión no incluidas en los párrafos anteriores podrán realizarse de común acuerdo por las partes, o mediante arbitraje en caso de desacuerdo, una vez que: (i) hubieren transcurrido a lo menos dos años desde que haya entrado en operaciones el Espigón de acuerdo con lo dispuesto en el contrato de concesión, y (ii) las modificaciones propuestas se hayan notificado previamente a la Fiscalía con, al menos, 90 días de anticipación a su implementación.

9. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

9.1. Integración Vertical

(i) Introducción

161. Los riesgos de la integración vertical en la industria naviera han sido latamente descritos en informes anteriores. En suma, ellos dicen relación con la posibilidad de que el concesionario integrado aguas arriba o aguas abajo, niegue el acceso al terminal portuario, discrimine entre sus usuarios o incurra en prácticas de sabotaje. Con el objeto de mitigar estos riesgos se han establecido reglas sobre la integración vertical, junto a otras medidas conductuales. En el caso de los sitios 1 a 5 del Terminal N° 1 del Puerto de Valparaíso, el Dictamen N° 1045 estableció un umbral de un 40% de integración vertical, es decir, el conjunto de usuarios relevantes no puede 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. Este resguardo se estableció también para las licitaciones públicas de los siguientes frentes de atraque: a) Sitios 1, 2 y 3, “Molo Sur” del Puerto de San Antonio; b) Sitio 8, “Panul” del Puerto de San Antonio; y c) Sitios 1 al 3 del Puerto de San Vicente. Esta regla fue posteriormente modificada en la Región de Valparaíso para los frentes de atraque del Puerto de San Antonio (Resolución N° 11/2006 e Informe N° 6/2009, en los que se aumentó el umbral de dicha integración a un 60%) y para el Espigón del Puerto de Valparaíso (Informe N° 5/2009, en el que también se aumentó el umbral a un 60%). Por tanto, tres frentes de atraque de la Región de Valparaíso tienen una restricción a la integración vertical del 60% y solo el Terminal N° 1 de Valparaíso mantiene la restricción original del 40%.

(ii) Opinión de los intervinientes

162. Respecto de las restricciones a la integración vertical, la Solicitante pide la aplicación de la regla contenida en el Informe N° 5/2009, esto es, que el conjunto de usuarios relevantes no posea más del 60% del capital, ni más del 60% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 60% de las utilidades de la sociedad concesionaria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

163. Por su parte, ASOEX sostiene que la integración vertical debería ser más restrictiva, llevándose a un 40%, tal como lo estableció el Dictamen N° 1045, y que, en ningún caso, el umbral debería superar el 60%. Lo anterior, por cuanto se observa una fuerte concentración de la industria naviera a nivel mundial, junto con el aumento del monto de inversiones en terminales y en barcos, siendo este un escenario en donde una mayor integración vertical representaría un mayor riesgo (folio 73, pp. 6 y 7).

164. Neltume no se refiere expresamente a la restricción a la integración vertical, pero solicita de forma subsidiaria la aplicación de los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012 (folio 82, p. 21).

165. El MTT plantea que se debe realizar un análisis profundo de cada usuario relevante y su potencial riesgo de conductas contrarias a la libre competencia para definir los umbrales para su participación en la sociedad concesionaria. Lo anterior por cuanto los riesgos asociados a distintos usuarios relevantes serían diversos según su actuación en el mismo Espigón, como, por ejemplo, los importadores de carga asociada a la industria siderúrgica que es, actualmente, la carga predominante en el Espigón (folio 91, p. 11). Adicionalmente, el MTT propone que la verificación del cumplimiento de los resguardos estructurales, tanto de la integración horizontal como vertical, sea realizada por una empresa auditora externa al concesionario cuyo informe sea suscrito por el Directorio de ésta, con la finalidad de que el certificado de la auditoría, así como la memoria de cálculo sean entregados regularmente a EPV en los plazos que se establezcan en el Manual de Verificación de Indicadores (folio 91, p. 12).

166. Camport, por su parte, solicita que se eliminen las restricciones tanto a la integración vertical como a la integración horizontal, por cuanto afirma que existirán serios problemas de capacidad de transferencia de carga en la Región de Valparaíso, por lo que se debería ser cuidadoso a la hora de evaluar la incorporación de rigideces al proceso, ya que nada asegura que existirán oferentes para esta licitación, considerando la mala relación existente entre el puerto y la ciudad de Valparaíso, la polémica surgida con el proyecto del Espigón, el hecho que la concesión solo durará cuatro años y la ausencia de inversiones relevantes en ella. En particular, sobre las restricciones a la integración vertical, Camport sostiene que el análisis debe realizarse caso a caso, teniendo en cuenta las ventajas frente a los riesgos a la competencia y que, además de las ventajas de la integración vertical que el Tribunal ha reconocido, por ejemplo, en el Informe N° 6/2009, y se debería considerar también: (i) los estrictos resguardos conductuales que se han impuesto en los Informes N° 6/2009 y N° 18/2020; (ii) la incorporación de nuevas tecnologías en la secuencia del proceso de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

carga o descarga, de almacenamiento y distribución de área que hacen muy difícil que pueda alterarse su control para perjudicar a un determinado usuario en desmedro de otros; y (iii) que, a su juicio, no existirían incentivos para incurrir en conductas explotativas y exclusorias (folio 105, pp. 10 a 12).

167. Finalmente, respecto del umbral de integración vertical para esta licitación, la Fiscalía sostiene que no existen mayores modificaciones respecto del análisis de riesgos y las conclusiones establecidas en el marco del Informe N° 5/2009, a pesar de las especiales características de esta licitación y los cambios de condiciones de competencia en la Región de Valparaíso para la provisión de servicios básicos en cuestión y, por tanto, debería mantenerse el límite a la integración vertical definido en dicho informe, así como las reglas para la determinación de la calidad de usuario relevante aplicadas especialmente para este frente, independiente de si su administración es o no adjudicada a otro incumbente. Con todo, sostiene que atendida la breve duración de esta concesión es relevante fortalecer y procurar el cumplimiento de las reglas de información y fiscalización contenidas en dicho informe y en el borrador de las Bases propuesto por EPV (folio 97, pp. 76 y 77). En similar sentido, el SEP señala, de modo general, estar de acuerdo con la aplicación de las reglas de los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012 a esta licitación de transición, en los términos señalados por la Solicitante (folio 89, p. 7).

(iii) Opinión del Tribunal

168. En cuanto a la integración vertical, este Tribunal coincide con la FNE en cuanto a que no existen mayores modificaciones en relación con el análisis de los riesgos y las conclusiones establecidas en el marco del Informe N° 5/2009. Por ello, se mantendrán las restricciones contenidas en dicho informe para la licitación de la fase de transición del Espigón. Respecto de las reglas para la determinación de la calidad de usuario relevante, estas deberán aplicarse específicamente para este frente, independiente de si su administración es adjudicada o no a otro incumbente.

(iv) Regla de integración vertical con el concesionario de Ferrocarril

169. Según el Anexo IV del borrador de las Bases en su punto 2.6, este Espigón *“cuenta con vías ferroviarias tanto al costado del Sitio 8 como en la parte central del Espigón, las que se conectan con el acceso al recinto portuario ubicado al costado de la estación Puerto de Merval. Ambas vías cuentan con dos ramales, siendo la trocha de las vías de 1.676 mm. Los rieles se encuentran insertos en el pavimento de hormigón. La vía del costado sitio 8 es más reciente, pues fue rehabilitada en 1989, con posterioridad al sismo de 1985. La vía central del Espigón se encuentra recubierta en forma parcial por algunos recapados de asfalto para nivelación”*. Por su parte, el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

punto 3.2.2 “Objeto y duración de la Sociedad Concesionaria” del borrador de las Bases señala que la Concesionaria deber tener por objeto exclusivo el *“desarrollo, mantención, reparación y explotación del Frente de Atraque adjudicado, incluyendo la prestación de servicios de muellaje, almacenamiento y operación del terminal intermodal en el Área de Concesión”*.

170. En relación con lo anterior, SAAM y SSAHI se pronunciaron (folio 101, p. 19), solicitando que se elimine esta posibilidad por cuanto la conjunción entre la eventual ampliación del área de concesión, revisado en el párrafo 93, y la posibilidad de explotar el “terminal intermodal en el Área de Concesión” le permitiría al Concesionario ampliar el Espigón hacia el sector Barón para instalar un terminal intermodal ferroviario, el que, a su juicio, sería operado por el mismo concesionario sin que exista una licitación previa, generándose en los hechos, un escenario de integración vertical, similar al caso del Terminal Intermodal Barrancas (causa Rol NC 464-20). Asimismo, solicitan incorporar en las bases de licitación definitivas que el Concesionario no pueda desarrollar ni operar un terminal intermodal ferroviario en el área de concesión o en los terrenos con que ésta eventualmente se amplíe (folio 101, pp. 19 y 20).

171. Por su parte, ASOEX considera que debería mantenerse una prohibición absoluta de integración vertical con el concesionario a cargo de la administración o transporte de carga por ferrocarril hacia y desde el puerto, tal como se estableció en el Informe N° 18/2020 (folio 73, p. 7).

172. Atendido los riesgos propios de la integración vertical entre el concesionario del Espigón y el operador del ferrocarril, se ordenará a EPV eliminar del borrador de las Bases de la fase de transición la posibilidad de que exista una operación intermodal entre quien opera la concesión del Espigón y la operación de un futuro ferrocarril. Dicha posibilidad podrá ser evaluada en las bases de licitación de la segunda fase de concesión del Espigón, la cual incluirá inversiones en infraestructura del frente de atraque.

(v) Regla de Integración Vertical

173. En consecuencia, para esta licitación de la fase de transición del Espigón se impondrá la misma regla de integración vertical que establece el Informe N° 5/2009 y el Informe N° 8/2012 de este Tribunal, es decir, que los usuarios relevantes de la cadena de transporte marítimo de carga, no podrán poseer en conjunto, más del 60% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 60% de las utilidades de la sociedad concesionaria.

174. Para estos efectos, serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

175. 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.

9.2. Integración Horizontal

(i) Introducción

176. Los riesgos de carácter horizontal en la industria naviera se relacionan con la posibilidad de eventuales coordinaciones entre los terminales portuarios del área geográfica determinada. En el mismo sentido, al permitir que un actor que ya está presente en el mercado definido 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.

177. En el caso del Puerto de Valparaíso, el Dictamen N° 1045, respecto del Terminal N° 1, estableció un umbral de un 15% de integración horizontal, es decir, la sociedad que se adjudique un frente de atraque estatal, sus controladores y accionistas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas podían tener,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

directa o indirectamente, no más del 15% del capital accionario, no podrán participar con más del 15%, directa o indirectamente, en una sociedad concesionaria de otro frente de atraque estatal de la misma región. Por su parte, el Informe N° 5/2009 estableció una regla de prohibición absoluta a la integración horizontal para la sociedad concesionaria -Espigón- y sus relacionadas, las que no pueden participar directa o indirectamente en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público en la misma región -sea público o privado- que provea servicios portuarios a carga general. Las condiciones de integración horizontal impuestas en el Informe N° 5/2009 fueron posteriormente revisadas y modificadas por este Tribunal en el Informe N° 8/2012, en el cual se establecieron las condiciones para permitir dicha integración.

178. La primera condición fue que la licitación se debía realizar mediante el mecanismo de dos universos de propuestas, uno compuesto por los incumbentes -*“las personas que, a la fecha de la licitación, participen directa o indirectamente, por sí o por intermedio de personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, en la sociedad concesionaria de algún frente de atraque de uso público de la Región de Valparaíso -sea público o privado- que provea servicios portuarios a carga general”*- y el segundo por los nuevos entrantes (Condición N° 1 del Informe N° 8/2012). La segunda condición establecía que todas las ofertas competían entre sí, debiendo adjudicar al menor índice tarifario que se propusiera en las ofertas presentadas. Con todo, si la mejor oferta correspondía a un incumbente, se le permitía al mejor nuevo entrante la posibilidad de igualar la oferta, en cuyo caso éste último se adjudicaba la licitación. La tercera condición establecía que en caso de adjudicarse la licitación un incumbente, éste quedaba eximido de las reglas relativas a las restricciones a la integración horizontal contenidas en el Informe N° 5/2009 y en el Dictamen N° 1045. Por último, la condición cuarta establecía que en caso de resultar adjudicada la licitación a un incumbente, EPV debía informar cada dos años a la FNE del cumplimiento del cronograma de inversiones comprometido por el adjudicatario y se aclaraba que el incumplimiento culpable del adjudicatario en concluir y poner en servicio las obras de inversión dentro de los plazos estipulados, constituía una infracción a las condiciones del Informe N° 5/2009 y, por lo tanto, era causal de término del contrato de concesión.

(ii) Opinión de la Solicitante y los intervinientes

179. En cuanto a la restricción a la integración horizontal, EPV solicita aplicar la regla señalada en el Informe N° 5/2009, en conjunto con el procedimiento establecido en el Informe N° 8/2012, denominado “Un Proceso con Dos Universos de Propuestas”. Por consiguiente, para esta licitación de transición se debería considerar como excepción a la regla de integración horizontal del Informe N° 5/2009 el caso en que, en definitiva,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el adjudicatario sea un incumbente y se haya adjudicado la concesión mediante el modelo anteriormente citado.

180. Respecto a la restricción a la integración horizontal, ASOEX señala que *“no parece correcto sólo eliminar la obligación de inversiones y mantener el resto de las condiciones establecidas para un proyecto que no se hizo, especialmente aquellos mecanismos que en su momento fueron considerados críticos para asegurar una inversión importante. En este sentido, no hay justificación para mantener la posibilidad de realizar una licitación con dos grupos de oferentes, contradiciendo las políticas de resguardo de la competencia que el H. TDLC ha mantenido en materia de integración vertical y horizontal, tal como recién lo hizo en su Informe N°18 de 2020”* (folio 73, p. 4). Arguye que el criterio asentado en los informes del Tribunal respecto a integración horizontal ha derivado hacia la total prohibición de esta y que, si bien hace una década hubo cierta flexibilidad, actualmente no sería necesario en regiones donde hay varias opciones y competencia efectiva.

181. Neltume considera que existirían eficiencias derivadas de la adjudicación del Espigón a TPS, o alguna persona relacionada a ella, por cuanto se podrían integrar las áreas de almacenamiento o respaldo de los dos terminales del Puerto de Valparaíso y, con ello, fortalecer el nivel y la intensidad de la competencia en el mercado de carga general de la Región de Valparaíso. En efecto, con dicha adjudicación, TPS -o su relacionada- podría homologar la capacidad de transferencia del Terminal N° 1 del Puerto de Valparaíso -determinada a partir de la extensión de sus sitios de atraque- con aquella capacidad de transferencia definida a partir de sus áreas de almacenamiento, lo que actualmente, no ocurre por las limitaciones en sus áreas de acopio o almacenamiento. Adicionalmente, a partir de la integración la capacidad de transferencia de los terminales portuarios del Puerto de Valparaíso se acercaría a la capacidad de transferencia del Puerto de San Antonio, lo que le permitiría desafiar de mejor manera a los concesionarios del Puerto de San Antonio, tanto en carga contenedorizada como en el segmento de carga no contenedorizada, especialmente la fraccionada (folio 82, pp. 12 a 14). Además, señala que se generarían otros beneficios, según se expuso en el párrafo 3.2 de la parte expositiva. Neltume argumenta que estos beneficios y eficiencias irían en línea con el objetivo expuesto por EPV para esta licitación. Por último, sostiene que permitir esta integración en el Puerto de Valparaíso serviría como “experimento natural” del comportamiento del mercado previo a la realización de la segunda fase de la licitación del Espigón.

182. Ahora bien, respecto de la integración horizontal interportuaria, Neltume sostiene que debería prohibirse atendido los riesgos derivados de: (i) la concentración

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de dos actores, STI o PCE, en el mercado de atención y transferencia de carga no contenedorizada en la Región de Valparaíso; aún más, y en caso que el adjudicatario sea PCE, este se consolidaría como el principal y casi exclusivo oferente de servicios portuarios a la carga fraccionada en la región; (ii) un aumento de la brecha competitiva existente entre TPS y los concesionarios del Puerto de San Antonio, pues esta adjudicación implicaría que éste último aumentaría las áreas de acopio para los usuarios o clientes, a pesar de la distancia entre ambos puertos; y (iii) la mayor participación agregada de mercado de los concesionarios del Puerto de San Antonio y una mayor participación individual de mercado del Concesionario que se adjudique el Espigón en desmedro del único concesionario que permanecerá en el Terminal N° 1 de Valparaíso, que quedará como oferente inframarginal o, al menos, no estará en condiciones de competir en igualdad de condiciones. Por último, sostiene que no se advierten incentivos en caso de que cualquiera de los concesionarios actuales del Puerto de San Antonio se adjudique la fase de transición, desarrollen y logren la mayor eficiencia de la infraestructura disponible del Espigón (folio 82, pp. 17 y 18).

183. Atendido, los anteriores argumentos, Neltume solicita que se permita a TPS y sus personas relacionadas a competir con los entrantes, en un mismo universo de propuestas (modificándose la condición N° 2 del Informe N° 8/2012); que se prohíba la integración horizontal interportuaria (modificándose la condición N° 3 del Informe N° 8/2012, en el sentido de no alzar las restricciones a la integración horizontal contenidas en el Dictamen N° 1045 y en el Informe N° 6/2009); y exceptuar a TPS y sus relacionadas de la regla contenida en el punto 3.9.5 del borrador de las Bases, ya que restringiría la integración y operación conjunta de los terminales del Puerto de Valparaíso. En cualquier caso, en subsidio, solicita la aplicación de las reglas de los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, y que, en cualquier caso, se modifique el punto 3.9.5 del borrador de las Bases en los términos señalados (folio 82, pp. 18 a 21).

184. El SEP, como se señaló en el párrafo 167, está de acuerdo con la aplicación de los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012, según lo solicitado por EPV, mientras que el MTT destaca que la propuesta de EPV permite la participación de los tres operadores de la Región de Valparaíso y de TCVAL. Sin embargo, aduce que el escenario de la fase de transición es distinto al de los Informes N° 5/2009 y N° 8/2012 y, por consiguiente, debe estudiarse si se aplica el mecanismo de dos universos de propuestas, ya que, a su juicio, no sería necesaria la participación de incumbentes en esta licitación de la fase de transición y existirían riesgos relevantes al permitir la integración horizontal, como se indica en el párrafo 3.4 de la parte expositiva. Añade también que la política de desarrollo de terminales en implementación persigue resguardar, entre otros, la existencia de cuatro terminales en competencia a nivel

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

regional, por lo que eventuales cambios en el tamaño de las unidades de negocio existentes solo podría materializarse una vez que la segunda etapa del Terminal Mar del PGE de San Antonio inicie operaciones (folio 91, p. 10).

185. Respecto de los riesgos estudiados en el Informe N° 8/2012 sobre una eventual integración horizontal, la Fiscalía considera que dichos riesgos se encuentran mitigados y comparte que un escenario con integración horizontal es mejor comparativamente a uno con congestión debido a la menor capacidad disponible. Ahora bien, en relación con las eventuales eficiencias relativas a la integración horizontal interportuaria, señala que no se recabaron antecedentes, mientras que, respecto de la integración intraportuaria señala que se debe aclarar la regla contenida en el punto 3.9.5 del borrador de las Bases ya que, si ese tipo de integración se considera beneficiosa, se estaría restringiendo únicamente a escenarios con congestión. Afirma que, bajo un esquema de administración conjunta, se observa una serie de eficiencias generadas por la integración horizontal intraportuaria que otorgarían a TPS una mayor flexibilidad para competir con STI y PCE, pero que parece poco probable que esto genere beneficio para los actuales clientes de TCVAL (folio 97, p. 75).

186. La Fiscalía solicita que el Tribunal se pronuncie especialmente respecto de: (i) la definición de la calidad de nuevo entrante o incumbente de TCVAL, para efectos de la aplicación del mecanismo establecido en el Informe N° 8/2012; (ii) el nivel de integración horizontal permitido para el Espigón, si se trataría de una administración conjunta o independiente, o un modelo intermedio; (iii) la definición de un área de respaldo suficiente para la operación continua del Espigón, que no pueda ser afectada por las futuras obras para la implementación de la segunda fase de la licitación del Espigón; (iv) el establecimiento expreso de que, en caso de que se verifique una integración horizontal intraportuaria, no se afectará, en términos generales, la atención de naves en el Espigón por el uso de áreas de respaldo con carga del Terminal N° 1; y (v) el establecimiento de condiciones explícitas para facilitar la fiscalización que corresponde a EPV en relación al cumplimiento de las obligaciones del Concesionario en general y en lo relativo a las reglas de integración vertical para esta licitación (folio 97, p. 79).

187. AGUNSA (folio 98, pp. 8 y ss.), por su parte, considera que existen riesgos importantes si la licitación es adjudicada al actual concesionario del Terminal N° 1 de Valparaíso, pues éste obtendría un monopolio sin justificación jurídica ni económica. Esto no solo afectaría esta licitación de la fase de transición al inhibir la participación de nuevos entrantes, sino que también, el incumbente adjudicatario, podría manejar estratégicamente la segunda licitación del Espigón para quedarse con ella. Señala

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que, al no existir inversiones en infraestructura que se deban desarrollar en esta fase de transición, no se justificaría mantener la posibilidad de participación de incumbentes, pues la licitación sería atractiva para nuevos entrantes. En cambio, si se mantiene el modelo del Informe N° 8/2012, es más probable que la licitación sea adjudicada a un incumbente, ya que estos aprovechan las ventajas que les genera el hecho de ya estar instalados en la región.

188. SAAM y SSAHI (folio 101, p. 16) señalan que, en general, los resguardos incluidos en el borrador de las Bases permiten disipar en cierta medida los riesgos *ex post* que se podrían producir durante la explotación de la concesión, habida cuenta del conjunto de obligaciones, reglas y mecanismos de supervisión a los que deberá someterse el Concesionario, lo que mitigaría los riesgos discriminatorios o de negativa de prestar el servicio a terceros, que podrían verse en este caso incrementados en caso de que existieran relaciones horizontales entre oferentes, o entre el Concesionario del Espigón y otros concesionarios en Valparaíso. Sin perjuicio de ello, consideran que existen ciertos elementos que se deben ajustar al objeto de esta licitación de transición; en particular, en relación con la restricción a la integración horizontal, consideran que se debe establecer expresamente que el Concesionario no deberá prestar servicios a otras concesionarias del Puerto de Valparaíso, o en subsidio, permitirlo solo en casos excepcionales de congestión, calificado por EPV (como se indica en el punto 3.9.5). Finalmente, afirma que se deberá incluir la obligación de informar a la FNE (folio 101, p. 20).

189. Por último, Camport, como se indicó en el párrafo 166, considera que no deberían imponerse resguardos estructurales en esta licitación.

(iii) Opinión del Tribunal

190. A juicio de este Tribunal, luego de revisados los antecedentes presentados en la causa y los cambios existentes en el mercado relevante estudiado en informes anteriores, no resulta conveniente modificar lo resuelto en el Informe N° 5/2009 en materia de resguardos a la integración horizontal. No obstante lo anterior, se accederá a la aplicación del mecanismo regulado en el Informe N° 8/2012, esto es, el denominado “Un Proceso con Dos Universos de Propuestas”, permitiendo, de este modo, que tanto los incumbentes o sus personas relacionadas como los nuevos entrantes puedan participar en la licitación. Lo anterior se justifica en el carácter transitorio y urgente de esta licitación, así como las eventuales eficiencias que podrían lograrse con la integración interportuaria o intraportuaria del Espigón con alguno de los actuales incumbentes -las que deberían materializarse en ofertas más competitivas para participar en esta licitación- y cuyos riesgos son limitados atendida

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la existencia de al menos dos actores capaces de disciplinar la conducta del Concesionario, tal como lo señala la FNE (folio 97, pp. 62 y ss.).

191. En cuanto a las eventuales eficiencias, TPS podría hacer uso de las áreas de acopio y almacenamiento de contenedores de que dispone el Espigón, mientras que, STI podría beneficiarse de destinar carga fraccionada al Espigón y especializar aún más el Terminal N° 1 del Puerto de San Antonio en atención a contenedores. Ambos escenarios generarían eficiencias traspasables a los clientes.

192. Por su parte, dado que la prestación de servicios entre concesionarios, de manejo, traslado y almacenamiento de carga, estará sujeta a tarifa máxima, según se indicó en el párrafo 101, y que se les aplican las normas de libre competencia que sancionan el *boicot*, se minimizan los riesgos explotativos y exclusorios del operador del Espigón.

193. Por otra parte, no se observa mayor riesgo si el adjudicatario de la licitación de transición es PCE, a pesar de ser este un importante actor en transferencia de carga fraccionada en el Puerto de San Antonio. Lo anterior debido a que el tipo de carga fraccionada no es la misma que la que se transfiere por el Espigón de Valparaíso, como se indicó en el párrafo 35. En consecuencia, no hay riesgo de presión al alza de precios *ex post* y menos si la competencia por adjudicarse la licitación es en base al menor índice de tarifas a cobrar por los servicios básicos que preste.

194. Finalmente, respecto a la carga fraccionada transferida en el Puerto de Valparaíso, solo la carga hortofrutícola es transferida en la actualidad tanto por TPS en el Terminal N°1 como por TCVAL en el Espigón de Valparaíso. Para evitar que este servicio se deteriore, en caso de que exista integración horizontal intraportuaria, se impondrá una prohibición de afectación -en términos generales- a la atención de naves en el Espigón.

195. De esta forma, y advirtiendo las eventuales eficiencias que se podrían producir con la integración del Concesionario con algunos de los incumbentes y atendida la naturaleza transitoria de esta licitación, este Tribunal permitirá que todos los incumbentes puedan participar en la licitación de transición, puesto que los riesgos de conductas coordinadas y exclusorias se minimizan con las condiciones impuestas en este Informe y, a su vez, se prioriza la obtención de las mejores tarifas al momento de la competencia por la cancha.

196. Dicho lo anterior, en el caso particular de la participación de TCVAL en esta licitación, ello ha sido cuestionado por AGUNSA, quien sostiene que ésta empresa no debería participar atendida su renuncia anticipada a la concesión. Afirma que permitir su participación podría generar incentivos perversos para que, en casos posteriores,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesionarios puedan tener conductas oportunistas, ya que, obligados a invertir, se podrían desistir de hacerlo para luego adjudicarse una concesión sin dichas obligaciones (folio 98, p. 18).

197. Por su parte, la FNE considera necesario que este Tribunal se pronuncie respecto de la calidad de nuevo entrante o incumbente de TCVAL, ya que en su investigación detectó que no existe un consenso en relación con si TCVAL o sus relacionadas serían consideradas como incumbente o un nuevo entrante en el evento de que decidan participar como oferentes en la licitación de transición. En opinión de dichos actores del mercado, esta definición no sería indiferente, ya que podría incidir en el número de interesados en participar en el proceso (folio 97, pp. 58 y ss.). Ahora bien, la FNE considera que no existen argumentos de peso para considerar a TCVAL como un incumbente en la licitación de transición atendidas dos razones principales: su salida inminente del mercado en abril de 2021 -lo que excluiría, por tanto, el riesgo de concentración en el mercado- y la ausencia de riesgos a la competencia tanto *ex ante* (durante la licitación) como *ex post* (durante la provisión de servicios portuarios), producto de una mayor concentración de mercado (folio 97, p. 65).

198. Al respecto, es posible concluir que TCVAL ejerció un derecho legítimo incorporado en el contrato de concesión que le permitió declarar el término unilateral de la concesión, no existiendo argumentos que permitan justificar una prohibición de su participación en esta licitación. En cuanto a su calidad de incumbente, tal como se señaló en el párrafo 178, el Informe N° 8/2012 la define en los siguientes términos: *“personas que, a la fecha de la licitación, participen directa o indirectamente, por sí o por intermedio de personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, en la sociedad concesionaria de algún frente de atraque de uso público de la Región de Valparaíso –sea público o privado- que provea servicios portuarios a carga general. Los demás se considerarán ‘nuevos entrantes’”*.

199. Considerando la definición antes dicha, TCVAL es un incumbente y, de este modo, podrá participar en la licitación en el Grupo 2 del mecanismo “Un Proceso con Dos Universos de Propuestas”, conjuntamente con el resto de los incumbentes, en igualdad de condiciones. La definición de incumbente señalada en el Informe N° 8/2012 es, además, consistente con aquella indicada por la OCDE según la cual tiene ese carácter: “la compañía que actualmente abastece de bienes o presta servicios públicos y cuyo contrato está pronto a terminar” (traducción propia de “*the company currently supplying the goods or services to the public administration and whose contract is coming to an end.*” (OECD (2011) Competition and Procurement. Recuperado en: <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48315205.pdf> [última visita: 10 de agosto de 2021]).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iv) Regla de Integración Horizontal

200. En conclusión, considerando los razonamientos anteriores, este Tribunal acogerá la petición de la Solicitante, esto es, aplicar la regla de prohibición de integración horizontal, sin perjuicio de lo cual, para efectos de la licitación de la fase de transición, se permitirá la participación de los incumbentes de conformidad al mecanismo establecido en el Informe N° 8/2012, denominado “Un Proceso con Dos Universos de Propuestas”. En todo caso, la participación de los incumbentes no podrá realizarse de forma conjunta, es decir, a través de consorcios.

201. EPV deberá efectuar “Un Proceso con Dos Universos de Propuestas” conforme con el cual las ofertas de los incumbentes o sus personas relacionadas (Grupo 2) se presenten con antelación a las ofertas de nuevos entrantes (Grupo 1), con el objeto de evitar el riesgo de que los incumbentes, en caso de observar una baja o nula participación de entrantes, tengan incentivos a ofertar tarifas más altas (Informe N° 8/2012, p. 67).

202. Todas las ofertas competirán entre sí, resultando adjudicado aquel que - habiendo presentado una oferta técnicamente admisible- oferte el menor índice de tarifas por los servicios básicos. No obstante, en caso de que la mejor oferta corresponda a un incumbente, es decir, que participe del Grupo 2, se deberá proporcionar al mejor de los oferentes del Grupo 1 o nuevo entrante un término prudente para manifestar si está dispuesto a igualar dicho menor índice de tarifas. Si lo iguala, el nuevo entrante se adjudica la concesión. Si no lo iguala o nada expresa dentro del término preestablecido, el incumbente que hubiere ofrecido el menor índice de tarifas se adjudicará la concesión.

203. En el evento de que la licitación sea adjudicada a un incumbente conforme a la regla precedente, se eximirá a éste de cumplir con la restricción a la integración horizontal establecida en este Informe, en el Informe N° 6/2009 (Condición 22) o en el Dictamen N° 1045 (Numerales 7.1 y 7.2). Con todo, esta regla se mantendrá vigente para todos los demás incumbentes, los que no podrán acceder a la propiedad o el control de la Concesión del Espigón por una vía distinta a la licitación materia de este Informe. Tampoco el adjudicatario incumbente podrá, en caso alguno, transferir todo o parte de la concesión o integrarse, directa o indirectamente, con alguno de los otros operadores portuarios de la región, sin autorización previa de este Tribunal. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad que se puedan prestar servicios entre concesionarios, tal como se regulará en las bases de licitación definitivas.

204. Adicionalmente, este Tribunal agregará la siguiente condición, considerando la recomendación de la FNE (folio 97, p. 79): en el caso de una integración horizontal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

intraportuaria, el uso de áreas de respaldo del Espigón con carga del Terminal N° 1, no podrá implicar una afectación -en términos generales- a la atención de naves en el Espigón.

9.3. Reglas comunes para la restricción vertical y horizontal

205. 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

206. 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

207. 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, en caso que proceda, incumpla la regla de integración horizontal alcanzando una participación o vinculación con otro frente de atraque de uso público de la Región de Valparaíso, deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación, o bien 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.

208. Las bases de licitación definitivas y el contrato de concesión establecerán que, si pasados seis meses desde que EPV hubiere requerido 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 EPV tendrá derecho a poner término a la concesión, según lo dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19.542.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iii) Vigencia de las restricciones

209. Las reglas de integración vertical y horizontal tendrán vigencia durante todo el plazo de la Concesión de la fase de transición del Espigón.

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, 18, 19, 22, 23 y 50 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal; 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, 50 bis de la Ley N° 18.046, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 23 y 24 del D.S. N° 104 del 1998 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, las demás normas legales y reglamentarias citadas y pertinentes, se resuelve:

Evacuar el Informe solicitado a folio 11 por la Empresa Portuaria de Valparaíso, fijando las siguientes condiciones a las que deberá sujetarse la licitación de la fase de transición del Espigón, las que deberán incorporarse a las bases de licitación definitivas y al respectivo contrato de concesión:

A. Resguardos de la competencia en la licitación:

- 1)** Las bases de licitación definitivas deberán establecer con claridad y objetividad los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, así como 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, tal como se observa en el borrador de las Bases. En lo que respecta al caso del empate en las ofertas de un mismo grupo, se deberá estar a lo ordenado en la condición N° 5 siguiente;
- 2)** La licitación de la fase de transición deberá adjudicarse al postulante que ofrezca el menor Índice Tarifario, esto es, el menor promedio ponderado de las tarifas de cada uno de los servicios básicos;
- 3)** EPV deberá establecer una metodología o fórmula de ponderación de las tarifas de cada uno de los servicios que, de acuerdo con la Sección 7, deben ser considerados básicos, según la participación proyectada de cada tipo de carga respecto del total de la carga proyectada durante el periodo completo de la Concesión. Con todo, los ponderadores de transferencia de carga de contenedores -refrigerados y no refrigerados- contemplados para esta licitación de la fase de transición sea de, al menos, un 5%;
- 4)** EPV deberá establecer un Índice Tarifario Máximo de Reserva (“Imax”) secreto, en virtud del cual puedan ser rechazadas la o las ofertas que lo excedan y, en el caso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de que todas las ofertas se encuentren en esta situación, la licitación sea declarada desierta;

5) En caso de empate en las ofertas económicas de un mismo grupo, se deberá informar a los postulantes que se encuentren en esta situación el plazo de que disponen para mejorar su oferta, a efectos de que formulen a EPV una “Oferta Final” de Índice Tarifario que, en caso alguno, podrá ser más alto al ya ofertado, y tampoco puede superar el I_{max} definido por EPV. Si utilizando el mecanismo precedente en dos oportunidades no se logra obtener el desempate, EPV deberá elegir, entre las ofertas finales del grupo, al oferente que proponga la menor tarifa para la atención de carga en contenedores -refrigerados y no refrigerados-. Por su parte, si el empate fuera entre dos ofertas de distintos grupos, no se aplicará el procedimiento anterior, sino que se adjudicará la Concesión al oferente del Grupo 1 que hubiere propuesto el menor Índice Tarifario ofertado como se señala en el borrador de las Bases;

6) Por concepto de Canon Anual, EPV 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 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. Desde el segundo año en adelante, su monto debe relacionarse con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión. Atendido que se elimina del borrador de las Bases la posibilidad de ampliar la Concesión, ya no será necesario modificar el Canon Anual;

7) Los demás pagos que el Concesionario deba efectuar a EPV deberán estar asociados a costos, tales como aquellos que produzca la licitación o los necesarios para financiar la operación eficiente de la Solicitante. Además, EPV deberá establecer en las bases de licitación definitivas el monto a pagar por el Pago Estipulado y el Pago Anual. Por su parte, se deberá eliminar del borrador de las Bases el “Abono Anual al Fondo de la Mesa de Responsabilidad Social Empresarial”;

8) Las bases de licitación definitivas deberán señalar que el plazo máximo de esta licitación es de cuatro años, renovable por un periodo adicional de 12 meses;

9) EPV deberá especificar con claridad y precisión en las bases de licitación definitivas el área total que se entregará en concesión, así como la capacidad de infraestructura y los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes, tal como se observa en el borrador de las Bases. Por lo tanto, deberá eliminar del borrador de las Bases la posibilidad de ampliar el área de concesión;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10) EPV deberá eliminar las letras b) y c) del punto 3.7.5 del borrador de las Bases que permiten la realización de inversiones y su posterior reembolso de bienes distintos a los bienes muebles adquiridos;

11) Las bases de licitación definitivas deberán contemplar que la prestación de servicios entre concesionarios (punto 3.9.5), se regirá por las tarifas máximas para la transferencia del tipo de carga correspondiente, al considerarse servicios básicos prestados por el Concesionario. Asimismo, deberá eliminarse el requisito de que exista congestión para poder prestar dichos servicios, sin perjuicio de que los mismos no pueden implicar una afectación -en términos generales- a la atención de naves en el Espigón;

12) 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 en la concesión. En cuanto a la exigencia de experiencia, la propuesta de EPV se considera una exigencia razonable;

13) 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;

14) Las sanciones y multas aplicables por EPV deben quedar claramente establecidas en las bases de licitación definitivas o en el contrato de concesión. Asimismo, deberán ser suficientes para disuadir eficazmente el incumplimiento de las obligaciones del concesionario que tienen por objeto resguardar la libre competencia. Por su parte, deberá eliminarse la exigencia del pago de la multa para poder reclamar de ella, contenida en el punto 3.20.2 del borrador de las Bases;

B. Resguardos en la provisión de servicios portuarios

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

16) El Concesionario estará obligado, por las bases de licitación definitivas y por el contrato de concesión, a observar las instrucciones que le imparta EPV y que tengan por fin evitar o poner término a actos de discriminación. EPV actuará de oficio o a petición de cualquier interesado que alegue actos de discriminación del Concesionario. Nada obstará a los interesados a ejercer otras acciones y derechos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que les confiera la ley, ni al derecho del concesionario de acudir al árbitro o al experto independiente, según la naturaleza de la cuestión en disputa, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse en caso de estimar improcedente la aplicación de sanciones por parte de la empresa portuaria;

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

18) Las bases de licitación definitivas deberán contemplar que cada tarifa que determinó el Índice Tarifario que permitió ganar la licitación, se constituya en una tarifa máxima reajutable, o bien en la existencia de diversos Índices Tarifarios. De este modo, en el caso de establecerse Índices Tarifarios Máximos, las tarifas cobradas por el Concesionario por los servicios básicos en el frente de atraque concesionado no deberán superar dicho índice, reajustado anualmente de acuerdo con el factor de ajuste que EPV defina en las bases de licitación definitivas, el que deberá representar verazmente la variación en los costos de proveer dichos servicios;

19) Las tarifas que el Concesionario determine serán públicas y deberán ser registradas ante EPV, 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 EPV;

20) 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 lo señalado en la Sección 8;

21) EPV 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, diferenciándolos, en caso de ser necesario, por el o los tipos de carga que transfieran las naves. Asimismo, EPV deberá considerar sanciones eficaces para prevenir el incumplimiento de los estándares de calidad de servicio o los umbrales de ocupación que sean definidos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 22)** 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 EPV fije en su RUFA, todo lo cual deberá asegurar un uso eficiente de la infraestructura portuaria;
- 23)** Las bases de licitación definitivas deberán establecer multas por el mal uso o por la demora en la prestación de servicios a los diversos usuarios del frente de atraque, las que también deberán responder a criterios objetivos;
- 24)** EPV 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;
- 25)** EPV deberá establecer la periodicidad con la que el Concesionario deberá entregarle la información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios. Asimismo, se deberá incorporar 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;
- 26)** Las bases de licitación definitivas deberán establecer que el Concesionario y sus accionistas deberán proporcionar al Directorio de EPV, cualquier información legal o económica que éste 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, tal como se incorpora en el borrador de las Bases;
- 27)** Las bases de licitación definitivas, como se presenta en el borrador de las Bases, deberán contemplar la obligación anual del concesionario de entregarle información a EPV y a la Fiscalía Nacional Económica relativa a las mallas societarias de los accionistas de las concesionarias y sus empresas relacionadas, señalando las toneladas movilizadas en los frentes de atraque, en los 12 meses anteriores a cada fiscalización, desagregada por tipos de carga y también por modalidades o categorías de usuarios;
- 28)** La sociedad concesionaria, como se indica en el borrador de las Bases, deberá cumplir con todas las obligaciones establecidas en el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046, cualquiera sea su patrimonio, pero en la medida que tenga accionistas independientes del controlador que permitan hacerlo. EPV podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores constituido en conformidad a dicho artículo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

29) El contrato de concesión, así como las bases de licitación definitivas, solo podrán modificarse en materias esenciales directamente relacionadas con las variables de adjudicación, una vez transcurrido un plazo razonable, por ejemplo, tres años, y ser autorizada por este Tribunal en el procedimiento establecido en el artículo 18 N° 7 y el artículo 31 del D.L. N° 211. Se considerarán materias esenciales aquellas directamente relacionadas con las variables de adjudicación, entre otras, las siguientes: (a) la extensión del plazo de la concesión; (b) las precisiones sobre aspectos técnicos contenidas en las bases de licitación; (c) modificaciones que afecten al concesionario, como por ejemplo la venta del derecho de concesión o los cambios en los miembros del consorcio original, siempre que alteren los criterios de adjudicación; y (d) las garantías de ingreso mínimo o similares otorgadas al Estado;

30) Las modificaciones de aspectos establecidos en el contrato de concesión no incluidas en la condición anterior podrán realizarse de común acuerdo por las partes, o mediante arbitraje en caso de desacuerdo, una vez que: (i) hubieren transcurrido a lo menos dos años desde que haya entrado en operaciones el Espigón 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;

31) En cuanto a la reclasificación de los servicios básicos y especiales, ésta solo podrá efectuarse una vez que: (i) hubiere transcurrido a lo menos un año desde la Fecha de Entrega, definida en las bases de licitación definitivas, y (ii) este Tribunal hubiere constatado la variación de las condiciones de competencia en el mercado, en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, tal como se ha indicado en el borrador de las Bases;

C. Resguardos estructurales:

32) Integración vertical

32.1. Los usuarios relevantes de la cadena de transporte marítimo de carga general no podrán poseer, en conjunto, más de un 60% del capital, ni más del 60% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 60% de las utilidades de la sociedad concesionaria;

32.2. Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga general por vía marítima en puertos de uso público, sea como: (a) empresas navieras, (a.i) con más de un 10% del tonelaje de carga marítima movilizadas a nivel nacional, (a.ii) con más de un 15% de tonelaje

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

32.3. 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;

32.4. Sin perjuicio de lo anterior, se ordena a EPV eliminar del borrador de las Bases la posibilidad de que exista una operación intermodal entre quien opera la Concesión del Espigón y la operación de un futuro ferrocarril;

33) Integración horizontal:

33.1. La sociedad que se adjudique la Concesión del Espigón, y sus personas relacionadas, no podrán participar directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público en la misma región –sea público o privado- que provea servicios portuarios a carga general (entendida como carga fraccionada y carga en contenedores);

33.2. No obstante lo anterior, y para efectos de la adjudicación de esta licitación, se aplicará el mecanismo “Un Proceso con Dos Universos de Propuestas” de conformidad a las siguientes condiciones:

33.2.1. EPV deberá efectuar “Un Proceso con Dos Universos de Propuestas” conforme con el cual las ofertas de los incumbentes (Grupo 2) se presenten con antelación a las ofertas de nuevos entrantes (Grupo 1). Para ello, se deberá establecer un plazo diferenciado para recibir las ofertas del Grupo 2 y luego, las del Grupo 1. Para la determinación de incumbentes y nuevos entrantes, se debe estar a lo señalado en los párrafos 198 y 199 de este Informe;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

33.2.2. Todas las ofertas competirán entre sí, resultando adjudicado aquel que - habiendo presentado una oferta técnicamente admisible- oferte el menor Índice Tarifario por los servicios básicos. No obstante, en caso de que la mejor oferta corresponda a un incumbente, es decir, que participa del Grupo 2, se deberá proporcionar al mejor de los oferentes del Grupo 1 o nuevo entrante un término prudente para manifestar si está dispuesto a igualar el menor Índice Tarifario. Si lo iguala, el nuevo entrante se adjudica la Concesión. Si no lo iguala o nada expresa dentro del término preestablecido en las bases de licitación definitivas, el incumbente que hubiere ofrecido el menor Índice Tarifario se adjudicará la Concesión;

33.2.3. En el evento de que la licitación sea adjudicada a un incumbente conforme a la regla precedente, se exceptuará a éste de cumplir con la restricción a la integración horizontal establecida en este Informe, en el Informe N° 6/2009 (Condición 22) o en el Dictamen N° 1045 (Numerales 7.1 y 7.2). Con todo, esta regla se mantendrá vigente para todos los demás incumbentes, los que no podrán acceder a la propiedad o el control de la Concesión del Espigón por una vía distinta a la licitación materia de este Informe. Tampoco el adjudicatario incumbente podrá, en caso alguno, transferir todo o parte de la concesión o integrarse, directa o indirectamente, con alguno de los otros operadores portuarios de la región, sin autorización previa de este Tribunal. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad que se puedan prestar servicios entre concesionarios, tal como se regulará en las bases de licitación definitivas.

33.2.4. En el caso de una integración horizontal intraportuaria, el uso de áreas de respaldo del Espigón con carga del Terminal N° 1, no podrá implicar una afectación - en términos generales- a la atención de naves en el Espigón;

34) Reglas comunes a las restricciones a la integración horizontal y vertical

34.1. 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;

34.2. 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, en caso que proceda, incumpla la regla de integración horizontal alcanzando una participación o vinculación con otro frente de atraque de uso público de la Región de Valparaíso, deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación, o bien desvincularse de la manera que tales accionistas acuerden en los pactos que celebren, otorgándose, en todo caso, poder irrevocable al Directorio de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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;

34.3. Las bases de licitación definitivas y el contrato de concesión establecerán que, si pasados seis meses desde que EPV hubiere requerido 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 EPV tendrá derecho a poner término a la concesión, según lo dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19.542;

34.4. Las reglas de integración vertical y horizontal tendrán vigencia durante todo el plazo de la Concesión de la fase de transición del Espigón.

Se previene que los Ministros Sr. Paredes y Sr. Barahona, no obstante concurrir al acuerdo, consideran que, para los efectos de esta Solicitud, TCVAL no debiera considerarse incumbente. Ello en razón de que, si bien dicho operador estará formalmente participando en el mercado al momento de la adjudicación de la licitación, su eventual intervención de ninguna manera aumentará la concentración de mercado. En efecto, si TCVAL o sus relacionadas se adjudicaran nuevamente la concesión, la concentración de mercado será exactamente la misma a la que se producirá si cualquier nuevo entrante se la adjudicara. Ello, por cierto, no ocurriría en caso de que un participante actual del mercado, con operaciones en otro frente distinto al que se licita, se llegara a adjudicar el frente concesionado, en cuyo caso la concentración aumentará. De esta manera, se comparte la conclusión de la FNE sobre este punto.

Por otra parte, el que TCVAL conozca el funcionamiento del frente licitado tampoco impone riesgos para la libre competencia. Si bien su conocimiento le podría conceder ciertas ventajas de costo, en un proceso competitivo, al menos en parte, ellas debieran traspasarse a los clientes del frente de atraque.

Finalmente, la consideración de TCVAL como incumbente reviste un riesgo más general: que a todo operador, de una concesión que llega a su fin y que se relicita previo al vencimiento, pudiera limitársele su participación futura o permitírsele con limitaciones.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Solicitante y a los aportantes de antecedentes, salvo que estos autoricen notificación vía correo electrónico. De conformidad con el acuerdo del Tribunal adoptado con ocasión de la publicación de la Ley N° 21.226 y del estado de catástrofe, consolidado de 12 de julio de 2021, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada. Hecho, inclúyase en el estado diario y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 470-20.

Emitido por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzua y Sr. Rafael Pastor Besoain.

Autoriza la Sra. María José Poblete Gómez, Secretaria Abogada.