

SANTIAGO, veintinueve de septiembre de dos mil nueve.

PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO

ROL NC N° 313-08

SOLICITANTE: EMPRESA PORTUARIA VALPARAISO.

OBJETO: RESPECTO DE LAS CONDICIONES PARA LA LICITACIÓN PÚBLICA DEL FRENTE DE ATRAQUE N° 2 DEL PUERTO DE VALPARAISO.

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 INTERVINIENTES

II) PARTE CONSIDERATIVA

4. PROCEDENCIA LEGAL

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA

6. EN CUANTO A LOS CUESTIONAMIENTOS DE ASONAVE

7. MERCADO RELEVANTE

8. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE

9. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN

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

11. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES.

1.1. Solicitante:

- Empresa Portuaria Valparaíso, en adelante EPV.

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 18, número 1), del Decreto Ley N° 211 (D.L. 211), aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de informe de autos, en adelante la Solicitud, las siguientes entidades y personas:

- Sindicato N° 1 de EPV
- Asociación Nacional de Agentes de Nave de Chile A.G. (ASONAVE)
- Sistema de Empresas (SEP)
- Valparaíso Terminal de Pasajeros S.A. (VTP)
- Puerto de Lirquén S.A.
- Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. (TPS)
- Fiscalía Nacional Económica (FNE)
- Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. (Cámara)

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

2.1. A fojas 107, con fecha 23 de octubre de 2008, Empresa Portuaria Valparaíso (EPV) formuló consulta respecto de las condiciones que propone para la licitación pública de una concesión portuaria para la explotación del Frente de Atraque N° 2 (también llamado Espigón) del Puerto de Valparaíso, compuesto por los sitios Nos 6, 7, y 8, y sus correspondientes áreas de respaldo, y la ampliación de unos y otras, bajo el sistema monooperador (Licitación).

2.2. EPV señala que, en la especie, no se cumplen las condiciones que establecen los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en adelante, la Ley) para la procedencia de un informe por parte de este Tribunal, ya que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la Región de Valparaíso existen otros frentes de atraque estatales mono y multioperados, distintos del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso capaces de atender la nave de diseño de este último.

No obstante, EPV también indica que el actual concesionario del Frente de Atraque N° 1, esto es, Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. (TPS), le solicitó el alzamiento de la regla de integración horizontal establecida en el Dictamen N° 1045 de 1996 de la Comisión Preventiva Central (Dictamen 1045), que limita a un 15% la participación de esa empresa –de sus accionistas y de sus personas relacionadas- en el capital accionario del concesionario de otro frente de atraque ubicado en el mismo puerto.

Afirma que EPV debe pronunciarse respecto de esa solicitud de TPS, lo cual hace por esta vía, solicitando el alzamiento condicional de la restricción a la integración horizontal intraportuaria establecida en el Dictamen 1045, en virtud del esquema de licitación que somete a consideración de este Tribunal y que se describe más adelante.

2.3. Explica que el Directorio de EPV, conforme lo autoriza la Ley, ha adoptado la decisión de entregar en concesión, previa licitación pública, el Frente de Atraque N°2 del Puerto de Valparaíso, para ser operado bajo un esquema monooperador, debido a la urgente necesidad de ampliar la actual capacidad de transferencia de dicho puerto, que es de unas 10,5 a 11 millones de toneladas anuales.

Al respecto, señala que de la actual capacidad de transferencia del Puerto de Valparaíso, se ocupan entre 8 y 9,7 millones de toneladas anuales, y que la transferencia de carga en dicho terminal ha crecido a una tasa del 13,8% anual (considerando el periodo 2000-2007). Por lo anterior, EPV espera que entre 2010 y 2011 se alcancen umbrales de congestión en el Puerto de Valparaíso.

Agrega que, aunque no está en condiciones de cuantificar el impacto que en sus proyecciones tendría el proceso de desaceleración económica, el proceso de licitación y las inversiones necesarias requieren de un tiempo considerable.

Por todo lo anterior, EPV estima urgente realizar inversiones con el fin de ampliar a unos 20 millones de toneladas anuales la capacidad de transferencia del Puerto de Valparaíso, para lo cual sería necesario dotar de mayor profundidad y longitud los tres sitios de su Frente de Atraque N° 2 (extendiéndolos hacia el sur oriente) e incorporar 20 hectáreas de áreas de respaldo nuevas. Explica que, de acuerdo con la Ley, estas inversiones deben realizarse preferentemente por privados.

2.4. En cuanto al plazo de la concesión, EPV señala que la licitación del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso se otorgará por 20 años, pero en el evento de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que el concesionario decida construir el tercer sitio opcional, el contrato se prorrogaría por 10 años adicionales.

2.5. Por otra parte, EPV justifica su opción de licitar bajo el esquema monooperador en razones económicas y evidencia empírica.

Desde el punto de vista económico, EPV señala que dicho sistema: (i) permite alcanzar eficiencias operativas derivadas de una mayor coordinación; (ii) produce aumentos de eficiencia derivados de economías de especialización y de diversidad o ámbito; y (iii) genera incentivos adecuados a la inversión en infraestructura y equipamiento que permiten incrementar los volúmenes y velocidades de transferencia de la carga, reduciendo los costos medios de operación. En otras palabras, el esquema monooperador genera incentivos adecuados de inversión a la vez de obtener eficiencias en la operación que permitirían mantener los costos y tarifas en niveles competitivos.

En cuanto a la evidencia empírica, EPV indica que el esquema monooperador ha mostrado ser exitoso tanto en Chile como el extranjero, según muestran evaluaciones técnicas y económicas, pronunciamientos de los órganos de defensa de la libre competencia (Dictamen 1045), y el informe del panel de expertos portuarios.

Por último, EPV dice contar con instrumentos efectivos para evitar los eventuales riesgos de este sistema de operación, tales como el Reglamento de Uso de Frentes de Atrache (RUFA), el Manual de los Servicios, las Bases y el Contrato de Concesión, proponiendo incorporar al contrato de concesión todas aquellas reglas que se estimen necesarias.

2.6. A continuación, y en relación con el mercado portuario de la Región de Valparaíso, EPV se refiere a los tipos de carga y volúmenes que transfieren los puertos públicos y privados de la mencionada región, insertando el siguiente cuadro:

Puerto Frente de atraque		Tipo de carga transferida	Administración y uso
Puerto de Valparaíso	Frente de Atraque N°1 (TPS)	Contenedores y carga fraccionada	Concesionado (monooperado) y de uso público
	Frente de Atraque N ° 2 Espigón	Contenedores y carga fraccionada	Estatat (multioperador) y de uso público
Puerto de San Antonio	Molo Sur (STI)	Contenedores, Carga fraccionada y graneles	Concesionado (monooperado) y de uso público
	Espigón (TEM)	Contenedores, Carga fraccionada y graneles	Estatat (multioperador) y de uso público
	Sitio 8 (Panul)	Graneles sólidos	Concesionado (monooperado) y de uso público
	Sitio 9	Graneles líquidos	Estatat y de uso público
Puertos en la Bahía de Quinteros	Ventanas	Graneles sólidos y líquidos	Particular y de uso público
	Terminal Quintero	Graneles líquidos	Particular y de uso privado
	Oxiquim	Graneles líquidos	Particular y de uso privado

Fuente: Consulta EPV, pág. 18.

2.7. Luego, EPV describe el Puerto de Valparaíso, indicando que éste se compone de ocho sitios distribuidos en dos Frentes de Atrache, cada uno de los cuales está especializado por tipo de carga.

Así, indica que el Frente de Atrache N° 1, concesionado a TPS y operado bajo un esquema monooperador, se compone, a su vez, de cinco sitios -1, 2, 3, 4 y 5- y se especializa en transferir contenedores, aunque también transfiere, en menor y decreciente medida, carga fraccionada y atiende cruceros turísticos en temporada.

Por su parte, el Frente de Atrache N° 2 o Espigón, operado directamente por EPV bajo un esquema multioperador, se compone, como ya se señaló, de tres sitios que son los Nos 6, 7 y 8, y se especializa en la transferencia de carga fraccionada y, en menor medida, moviliza carga en contenedores.

Lo anterior, debido a que las características estructurales del Espigón (pequeño tamaño y bajo calado) le impiden atender naves portacontenedores de diseño actual e incorporar el equipamiento que permita la transferencia eficiente de carga en contenedores, tales como grúas pesadas o *Gantry*, en especial después del terremoto de 1985. Además, EPV está impedida, por ley, de hacer las inversiones para la reconstrucción de dicha infraestructura, debiendo licitar el frente mismo.

2.8. Con respecto al mercado relevante, EPV señala que el mercado de producto corresponde a los frentes de atraque que ofrecen servicios de transferencia de contenedores y que son capaces de atender la misma nave de diseño del frente de atraque que se pretende licitar, esto es, del Frente de Atrache N° 2.

EPV justifica esta definición en que el grado de sustitución de un puerto por otro que transfiere un tipo de carga distinto (graneles, contenedores) es muy limitado, si no inexistente.

En este contexto, EPV argumenta que, por un lado, no es económicamente eficiente transportar materias primas –que naturalmente constituyen carga a granel- en contenedores, atendidos los costos que ello implica. Por otro, existe una tendencia mundial a la especialización en los puertos, que hace que –en los hechos- los frentes especializados en carga a granel no transfieran contenedores y los especializados en contenedores no movilicen graneles. Además, los equipamientos específicos que se requieren en función de los distintos tipos de carga representan importantes inversiones.

En cuanto al mercado geográfico, EPV considera que se circunscribe a la Región de Valparaíso, atendido lo dispuesto en la Ley y la jurisprudencia de la Comisión Preventiva Central.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Atendido lo anterior, EPV concluye que el mercado relevante corresponde a los puertos de uso público que transfieren contenedores en la Región de Valparaíso y que pueden atender a la nave de diseño del proyecto del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso.

2.9. En lo relativo a las barreras de entrada, EPV señala que las posibilidades de entrar en el mercado en análisis son restringidas y se limitan principalmente a dos: (i) adjudicarse en una licitación un frente de atraque de un puerto estatal; o (ii) construir un puerto privado capaz de competir con los que están actualmente en operaciones.

Con respecto a la alternativa (i) anterior, EPV señala que las licitaciones que se aproximan relativas a los espigones de los puertos de Valparaíso y San Antonio son la oportunidad para ingresar al mercado de la transferencia de contenedores en la Región de Valparaíso, ya que no conoce de ningún otro proyecto portuario de contenedores a realizarse y no se ha construido un nuevo puerto en la región en décadas.

En cuanto a la alternativa (ii) anterior, EPV señala que resulta poco factible, toda vez que la costa chilena se caracteriza por ser abierta, desabrigada y de poca profundidad.

2.10. En relación con la oferta en el mercado relevante, EPV inserta el siguiente cuadro que resume las características actuales de los frentes de atraque que transfieren contenedores en la Región de Valparaíso y los volúmenes de carga que transfiere cada uno:

Características de los puertos que transfieren contenedores en la Quinta Región y carga movilizada en el año 2007.

Puerto y Frente de Atraque		Longitud (mts)	Calado (mts)	Carga Contenedores (ton)	Carga fraccionada (ton)
Puerto de Valparaíso	Frente de Atraque N° 1 (TPS)	628 337.5	11.4 9.4	8.149.518	723.891
	Espigón (actual) (EPV)	245 120 240	8.5 6.2 8.8	288.868	551.443
	Espigón (post licitación y habilitaciones de sitios obligatorias)	359 296	15 15	-----	-----
Puerto de San Antonio	Frente de atraque Molo Sur (STI)	>290* 486	>13* 11.38	5.003.407	479.928
	Frente de atraque Espigón (EPSA)	237 190 227	9.45 7.93 6.28	1.561.449	547.74

* En trámite.

Fuente: Consulta EPV, pág. 22.

A partir de los datos del cuadro anterior, EPV concluye que las participaciones en el mercado de la transferencia de carga de contenedores de los oferentes (medida en toneladas), son actualmente de un 54,3% para TPS, un 33,4% para STI, un 10,4% para el Espigón de San Antonio y un 1,9% para el Espigón de Valparaíso.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.11. A su vez, en cuanto a la situación proyectada o post-licitación, EPV inserta los siguientes cuadros con las estimaciones de transferencia de carga desarrolladas por su asesor financiero (BBVA):

CARGA CONTENEDORIZADA	2010 (ton)		2015 (ton)		2020 (ton)		2025 (ton)	
TPSV	9.487.691	48%	9.693.989	33%	12.963.520	32%	13.402.890	25%
Espigón VAP	437.893	2%	4.971.036	17%	7.160.940	18%	13.688.322	25%
STI	7.581.615	38%	8.608.633	29%	11.832.924	29%	13.441.166	25%
Espigón SAI	2.343.969	12%	6.056.393	21%	8.291.536	21%	13.650.045	25%
CARGA FRACCIONADA	2010 (ton)		2015 (ton)		2020 (ton)		2025 (ton)	
TPSV	388.888	16%	746.746	29%	1.336.151	50%	1.241.074	45%
Espigón VAP	853.479	34%	541.391	21%	0	0%	145.453	5%
STI	948.977	38%	756.159	29%	1.336.151	50%	1.386.527	50%
Espigón SAI	293.390	12%	531.977	21%	0	0%	0	0%

Fuente: Consulta EPV, pág. 23

2.12. En cuanto a las condiciones de competencia en el mercado relevante, EPV señala que existen dos dimensiones de competencia. Por un lado, la competencia entre puertos o interportuaria y, por otro, competencia entre los frentes de atraque de un mismo puerto o competencia intraportuaria.

2.12.1. Con respecto a la competencia interportuaria, EPV señala que la evolución de las participaciones de mercado de ambos puertos en los últimos años da cuenta de la intensa competencia interportuaria.

Agrega que San Antonio y Valparaíso están a corta distancia entre sí, son equidistantes de Santiago y que sus respectivos frentes concesionados (STI y TPS) tienen equipamientos y longitudes lineales similares que les permiten atender naves de diseño actual; todo lo cual favorece la competencia entre puertos.

Sin embargo, en la medida que el Puerto de Valparaíso se acerque a su capacidad máxima, el de San Antonio enfrentará menor competencia, pudiendo captar sin mayor esfuerzo la demanda del primero.

2.12.2. En lo relativo a la competencia intraportuaria, EPV afirma que los frentes de atraque estatales de ambos puertos también son similares entre sí, pero no pueden competir con los concesionados por las deficiencias que tienen en términos estructurales y de equipamiento, y que -de acuerdo con la Ley- deben ser superadas con inversiones provenientes del sector privado.

2.13. EPV describe el proyecto de expansión del Puerto de Valparaíso, indicando que el Frente de Atraque N° 2 será expandido hacia el Sur Oriente, donde se construirá una explanada marítima de aproximadamente 20 hectáreas, destinada principalmente al almacenamiento de contenedores.

El proyecto, contempla tres sitios de atraque de naves dispuestos sobre una longitud de aproximadamente 1000 metros, y la ejecución de proyectos obligatorios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(habilitación de sitios 1 y 2) y de carácter opcional (habilitación del sitio 3), que tienen por objeto transformar el Frente de Atraque N° 2 en uno especializado en contenedores, definiendo características mínimas de naves de diseño portacontenedores del tipo panamax y post-panamax.

Agrega que, adicionalmente, el Frente de Atraque N° 2 movilizará carga fraccionada (mayoritariamente fruta) y acogerá cruceros turísticos durante la temporada en que éstos recalán en Valparaíso.

El proyecto deberá permitir movilizar un volumen cercano a 10,5 millones de toneladas, adicionales a los 10,5 u 11 millones de capacidad con que el Puerto de Valparaíso cuenta actualmente.

Para la construcción de los proyectos obligatorios estima una inversión de US\$ 190 millones, y para la habilitación del tercer sitio opcional, de US\$ 157 millones.

2.14. Como factor económico de adjudicación, EPV propone utilizar el “Pago Unitario Adicional”, esto es, la mayor cantidad de dinero ofertada por cada tonelada transferida; y, en el evento de que dos o más postulantes ofrezcan el “Pago Unitario Adicional Máximo”, la concesión se adjudicará al que oferte el mayor “Pago de Desempate”.

EPV explica que éste es el único criterio que puede adoptar de conformidad con el contrato de concesión suscrito con TPS, que señala: *“Empresa Portuaria Valparaíso por este acto se obliga a que el único factor económico de adjudicación que se utilizará para adjudicar la licitación, en el caso que Empresa Portuaria Valparaíso, antes del décimo aniversario de la Fecha de Firma, otorgue una concesión con respecto al Espigón, será la cantidad de dinero ofertado”* (Sección Siete, punto Seis). El señalado plazo de diez años se cumple en noviembre de 2009.

2.15. En lo relativo al esquema de licitación y a las restricciones a la integración horizontal, EPV propone un esquema de licitación que contemple *Un Solo Proceso Licitatorio con Dos Grupos de Propuestas*, precisando que en el Grupo Uno se incluirían las ofertas de personas no afectas a las restricciones establecidas en el Dictamen 1045 o que podrían participar sujetándose a ellas; mientras que en el Grupo Dos estaría la oferta del actual concesionario del Terminal N° 1 (TPS), sus accionistas o personas relacionadas.

Explica que se abrirán primero las propuestas del Grupo Uno y, sólo si ninguno de los oferentes de ese grupo resulta adjudicado, se abrirán las propuestas del Grupo Dos. De esta manera y sólo en este último caso, sería necesario alzar las restricciones a la integración horizontal intraportuaria que establece el Dictamen 1045.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

No estima conveniente alzar desde el inicio del proceso (a todo evento) las restricciones a la integración horizontal que afectan a TPS atendido que ello inhibiría la participación de nuevos actores en la Licitación, atendidas las economías de escala y ámbito que podrían darse y al mejor conocimiento y experiencia que tiene un concesionario que opera desde hace años en el puerto.

EPV advierte que su solicitud sólo se refiere a la restricción a la integración horizontal intraportuaria, porque estima que el alzamiento de la restricción interportuaria establecida en el mismo dictamen, que afecta al actual concesionario del Molo Sur del Puerto de San Antonio, esto es, San Antonio Terminal Internacional S.A. (STI), afectaría seriamente la competencia entre los puertos de la Región de Valparaíso, que ha sido el motor fundamental del desarrollo y modernización del sector portuario.

2.16. Como ventajas del esquema propuesto, EPV señala que éste permite compatibilizar diversos de sus objetivos, porque:

- (i) Garantiza un proceso de licitación altamente competitivo: Asegura la concurrencia del mayor número de los mejores operadores portuarios del mundo, porque no está presente un factor que puede ser inhibitorio de la participación de nuevos interesados. De esa forma, reduce también el riesgo de que el puerto no preferido sea Valparaíso, en el evento de que la licitación de San Antonio se efectúe de manera coetánea.
- (ii) Incrementa la competencia intraportuaria: Como resultado se espera potenciar la infraestructura y equipamiento del frente licitado, que quedará entonces en mejores condiciones para competir con el terminal concesionado.
- (iii) Aumenta la probabilidad de que la licitación sea exitosa: Permite explorar todos los escenarios posibles en un solo proceso licitatorio, reduciendo el riesgo de que la licitación sea declarada desierta y permitiendo la expansión del puerto en el más breve plazo.

2.17. Con respecto a la integración vertical, EPV propone mantener la regla establecida en el Dictamen 1045, sin perjuicio de que, transcurridos 5 años desde la celebración del contrato, el concesionario o EPV puedan requerir su modificación a este Tribunal si las condiciones de competencia sufren variaciones o existen otras situaciones que lo ameriten.

No obstante, EPV propone excluir de la definición de usuario relevante contenida en el señalado dictamen a los agentes de nave y a los agentes de muellaje. Los primeros, porque son mandatarios que no deciden el puerto de destino, y los segundos porque en el esquema monooperador, es el concesionario quien realiza las labores de estiba y desestiba.

2.18. Desde el punto de vista conductual, EPV somete a consideración de este Tribunal, las siguientes reglas destinadas a evitar discriminaciones arbitrarias o conductas de abuso de posición dominante por parte del concesionario:

- (i) En materia de tarifas, sujetar los servicios básicos (incluyen transferencia de carga y la provisión de cierta infraestructura) y ciertos servicios especiales debidamente identificados, a una tarifa máxima definida en el contrato de concesión, que será idéntica a la del actual concesionario del Frente de Atraque N° 1. El concesionario podrá otorgar descuentos sobre las tarifas basado en criterios objetivos y no discriminatorios. Tratándose de servicios especiales, la tarifa será determinada libremente por el concesionario.
- (ii) En cuanto a la calidad de los servicios, EPV señala que en el contrato de concesión se establecen tiempos de ocupación y de espera máximos, y multas en casos de que éstos sean sobrepasados.
- (iii) Con respecto a las transferencias, establecer que las concesiones o acciones de sociedades concesionarias sólo podrán ser transferidas a quienes cumplan con los requisitos y limitaciones establecidas en la Ley (art. N° 17), en las bases de licitación y en el contrato de concesión.
- (iv) En lo atinente al acceso y publicidad de la información, EPV propone establecer la obligación del concesionario de otorgar a terceros acceso libre y expedito a la información y en la forma que EPV determine. Además, el concesionario deberá proporcionar a EPV la información que esta le pida con el objeto de supervisar el cumplimiento del contrato, y entregarle trimestralmente copia de la FECU.
- (v) Por último, se establecerá un procedimiento contractual de solución de conflictos, conforme con el cual el concesionario deberá respetar las instrucciones de EPV destinadas a resolver las controversias entre el concesionario y los usuarios que aleguen actos de discriminación, sin perjuicio de otros derechos.

2.19. Por todo lo anterior, EPV solicitó a este Tribunal dictar una Resolución que apruebe los términos y condiciones propuestas para la licitación del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso comprendido por los sitios Nos. 6, 7 y 8, con dos grupos de propuestas, bajo un esquema monooperador.

2.20. EPV acompañó: A fojas 107 y a fojas 420: (i) Borrador de las Bases de la Licitación y sus anexos (versión pública y versión confidencial); (ii) Borrador del

Contrato de Concesión y sus anexos (versión pública y versión confidencial); y, (iii) Lámina que grafica la situación actual y proyectada de los sitios que se pretende entregar en concesión. A fojas 1067: (iv) Informe de Ronald Fisher “Efectos de la participación del actual concesionario en la nueva licitación en el Puerto de Valparaíso”; (v) Estudio de la Universidad de Valparaíso de medición del aporte económico del puerto a la comuna de Valparaíso (o de impacto del puerto en la ciudad), en formato electrónico; (vi) Informe de la OECD “*Economic Outlook*” de septiembre de 1999, que da cuenta de los impactos de la crisis mundial y de las proyecciones de recuperación del comercio internacional que se espera que suceda el 2010; (vii) D.S. N° 90 de 13 de septiembre de 1999; (viii) Carta del Subdirector General del Puerto de Barcelona, de 11 de marzo de 2009; (ix) Opiniones del asesor financiero contratado por EPV para la Licitación BBVA que dan cuenta del efecto inhibitorio que tendría la participación de TPS y de los costos de participar (versión pública y versión confidencial); y, (x) Documento que contiene las horas de espera mensuales en el Puerto de Valparaíso, desde el año 2000 en adelante (versión pública y versión confidencial).

2.21. A fojas 1302, en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 28 de abril de 2009, EPV informó: (i) los usuarios relevantes de cada uno de los frentes de atraque del Puerto de Valparaíso (versión pública y versión confidencial) Frente de Atraque N° 2; y (ii) los propietarios, accionistas y personas relacionadas al concesionario del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Valparaíso, hasta el controlador final (versión pública y versión confidencial), precisando las actividades marítimas y/o portuarias que desarrollan.

2.22. A fojas 1308, en respuesta a lo pedido mediante resolución de 19 de mayo de 2009, EPV señaló no contar con información acerca de las personas relacionadas a los usuarios del Puerto de Valparaíso, explicando, por una parte, que solicitó dicha información al TPS, quien informó no contar la misma y, por otra, que el contrato de concesión suscrito con TPS sólo obliga a este último a formular determinadas declaraciones trimestrales sobre cumplimiento de las normas de integración vertical en el Dictamen 1045. EPV añadió que la información pedida por este Tribunal, a su juicio, excede lo necesario para dar cumplimiento al Dictamen 1045.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES.

3.1. Sindicato N° 1 de EPV.

A fojas 566, con fecha 9 de diciembre de 2008, aportó antecedentes el Sindicato N° 1 de EPV, que señaló que reconoce la imperiosa necesidad de invertir en el Puerto de Valparaíso, atendida la congestión que le afecta y las dificultades del actual Espigón

para competir con TPS (obsoleta infraestructura y equipamiento), pero que considera fundamental garantizar el mayor número de concesionarios distintos.

Destaca que el proyecto de expansión de EPV involucra una gran inversión que distingue esta licitación de otras anteriores, ya que permitirá la construcción de infraestructura a beneficio del país y potenciará la ciudad de Valparaíso, presumiendo que EPV requerirá mano de obra para su construcción y supervisión.

En cambio, la congestión del Puerto de Valparaíso supondrá disminución de la actividad, pérdida de empleo y pobreza social.

Sostiene que mientras antes se desarrolle el proyecto, más intensa será la competencia entre los puertos de la región, ya que el Puerto de San Antonio se beneficiaría del retraso en la expansión del Puerto de Valparaíso, con riesgo para los precios y la calidad de los servicios portuarios

Por último, opina que deben existir a lo menos dos puertos públicos modernos y fuertes en la Región de Valparaíso, lo que no ocurrirá si el puerto de San Antonio, con condiciones naturales y áreas de respaldo superiores a las de Valparaíso, acomete su modernización antes.

3.2. Asociación Nacional de Agentes de Nave de Chile A.G. (ASONAVE).

3.2.1. A fojas 596, con fecha 9 de diciembre de 2008, aportó antecedentes la Asociación Nacional de Agentes de Nave de Chile A.G. (ASONAVE), quien cuestionó el esquema monooperador fundamentalmente por dos razones. Por un lado, porque la licitación conjunta de concesiones de infraestructura y de servicios portuarios confunde dos tipos de concesiones distintas, contraviniendo la Constitución y la Ley, y por otro, porque la Licitación genera barreras de entrada, desincentiva la libre competencia y promueve situaciones de posición dominante.

3.2.2. Con respecto a lo primero, esto es, que la licitación bajo un esquema monooperador es contraria a la Constitución y a la Ley, Asonave explica que la Ley da un tratamiento distinto a las concesiones de infraestructura y a las de servicios portuarios, disponiendo que estos últimos puedan ser concesionados a una sola persona sólo por vía de excepción.

Relata que a partir de la Ley 18.966 de 1990, que modificó el DFL N° 290 de 1960, se excluyó la actividad de muellaje del objeto de Emporchi, la cual quedó radicada en los privados.

Expone que la actividad de muellaje está sujeta a las garantías que la Constitución establece, estando prohibido al legislador restituirla al Estado en virtud de los

principios y garantías constitucionales de subsidiariedad y libertad económica. En este caso, los agentes de muellaje quieren, pueden y de hecho desarrollan la actividad económica de muellaje.

Por lo tanto, EPV está disponiendo de bienes que no le pertenecen al licitar bajo un esquema monooperador.

Añade que una sociedad cuyo giro exclusivo debe ser el desarrollo, mantención y explotación del frente de atraque concesionado, no puede ser a la vez prestadora de servicios de muellaje.

Además, la Licitación implica que los servicios de muellaje los pasará a prestar quien no es “agente de muellaje habilitado”, porque las agencias de muellaje habilitadas no pueden participar ya que no están en condiciones de invertir en infraestructura y por esta vía se les impondría un requisito que no está en la Ley

Por otra parte, la Ley exige que ambos tipos de licitaciones (de infraestructura y de servicios) se efectúen por separado, no pudiendo hacer más atractiva una concesión de obra pública, por la vía de incluir en ella los servicios portuarios.

Por todo lo anterior, concluye que este Tribunal es incompetente para conocer y pronunciarse respecto de las dos licitaciones en forma conjunta.

3.2.3. Con respecto a lo segundo, esto es, que la Licitación genera barreras de entrada, desincentiva la libre competencia y promueve situaciones de posición dominante, Asonave argumenta que el esquema monooperador: (i) no conlleva eficiencias, porque la actividad de muellaje tiene principalmente costos variables, siendo un error evaluar la infraestructura y los servicios de muellaje en conjunto; (ii) el crecimiento de la transferencia portuaria que se atribuye al esquema monooperador es un reflejo del crecimiento del comercio exterior; (iii) la regla general a nivel mundial es el esquema multioperador; y, (iv) cuando se ha implementado un esquema monooperador, el servicio de muellaje lo han continuado prestando las agencias de muellaje, que son subcontratadas por el monooperador.

En cuanto a la creación de barreras de entrada, señala que el esquema monooperador es en sí mismo una barrera de entrada (ilegal y arbitraria), añadiendo que los requisitos para participar en la Licitación –exigencia de inversión en infraestructura– son una barrera de entrada.

Por último, afirma que la licitación promueve situaciones de abuso de posición dominante, porque produce una integración vertical (infraestructura-servicios) que es contraria a la libre competencia.

3.2.4. Por todo lo anterior, Asonave solicita que el Tribunal se declare incompetente y, en subsidio, que ordene a EPV realizar dos licitaciones: una para inversión en infraestructura y otra para implementar los servicios portuarios.

3.2.5. A fojas 596, Asonave acompañó: (i) Boletín Estadístico Marítimo, Edición 2008 de la Directemar, con información marítimo portuaria de enero a diciembre de 2007, en formato electrónico; (ii) Copia del libro “La Nueva Teoría del Comercio Internacional y la Política Comercial Estratégica”, de Federico Steinberg, en formato electrónico; (iii) Algunos artículos de la Ley Española 48/ 2003, sobre el régimen económico y prestación de servicios en los puertos españoles, en formato electrónico; y, (iv) Copia de facturas emitidas a TPS por San Francisco Empresa de Muellaje S.A.

3.3. Comité del Sistema de Empresas (SEP).

A fojas 652, con fecha 9 de diciembre de 2008, aportó antecedentes el Comité del Sistema de Empresas (SEP), indicando que comparte la decisión de EPV de licitar bajo el esquema monooperador, atendidos los beneficios de ese sistema y el éxito que ha tenido su implementación.

Está de acuerdo con el esquema de licitación en dos rondas y con el alzamiento condicional de las restricciones a la integración horizontal, porque ante un escenario de congestión es preferible una licitación exitosa, y considerando, además, la intensa competencia interportuaria, los resguardos legales y los adicionales que ha propuesto EPV.

En cuanto a las reglas de integración vertical, el SEP opina que: (i) es fundamental garantizar una fuerte competencia en la industria portuaria; (ii) no existen fundamentos suficientemente poderosos como para modificar esa regla en los que se refiere a la transferencia de contenedores en la Región de Valparaíso; (iii) asegura que el Terminal, aunque operado por privados, sea un recinto de uso público; (iv) la experiencia muestra que tal regla no fue un obstáculo a la intensa competencia observada en las primeras licitaciones de 1998; (v) los mecanismos de fiscalización contemplados en la Ley pueden ser costosos e ineficaces, dadas las diversas formas que pueden asumir tales conductas; (vi) su flexibilización respecto de SAAM en San Antonio tuvo por fundamento el buen comportamiento de STI, por lo que nada obsta a su revisión transcurridos 5 años; (vii) el Puerto de San Valparaíso tiene un significativo rol como “*cluster* logístico”, lo cual supone fomentar la participación de actores que privilegien ante todo el negocio portuario propiamente tal; y, (viii) la evidencia mundial da cuenta de exitosos casos de operadores portuarios puros.

Opina que el monto de las multas debe ser suficientemente significativo de modo que actúen como un mecanismo efectivo que desincentive conductas anticompetitivas.

Adicionalmente, el SEP sugiere incorporar reglas para aumentar las facultades fiscalizadoras de EPV, en particular, dotándola de la atribución de actuar de oficio ante situaciones de discriminación arbitraria, y no sólo a solicitud de terceros.

Asimismo, y con el objeto de fortalecer los controles de no discriminación, el SEP propone que, cualquiera sea el patrimonio de la respectiva sociedad concesionaria del Frente de Atraque, sus estatutos contemplen la existencia de un Comité de Directores en los términos previstos en el artículo 50 bis de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas.

Por último, solicita modificar el Dictamen 1045 en cuanto a que transcurridos 5 años desde la suscripción del contrato de concesión pueda solicitarse la revisión de las reglas de integración vertical y horizontal a solicitud de la respectiva empresa portuaria, de la empresa concesionaria o de sus accionistas controladores, ya que en la actualidad la modificación de tales restricciones sólo puede ser solicitada por la respectiva empresa portuaria.

3.4. Valparaíso Terminal de Pasajeros S.A. (VTP).

A fojas 663, con fecha 9 de diciembre de 2008, aportó antecedentes Valparaíso Terminal de Pasajeros S.A. (VTP), señalando que comparte el diagnóstico de EPV en cuanto a la necesidad de licitar, pero estima que debe tenerse en consideración la actual situación económica mundial que reducirá los volúmenes de carga transferida y postergará el momento de invertir.

Por lo anterior, y porque considera inaceptable la propuesta de alzamiento condicional de la restricción horizontal intraportuaria, ya que solo los oferentes del primer grupo estarán afectos a tales restricciones, estima preferible que se realicen dos procesos licitatorios diferentes.

3.5. Puerto de Lirquén S.A.

3.5.1. A fojas 719, con fecha 9 de diciembre de 2008, aportó antecedentes Puerto de Lirquén S.A., señalando que opera un puerto privado de uso público ubicado en la bahía de Concepción de la VIII Región, que transfiere carga en contenedores, fraccionada y a granel, y que está interesado en participar en las licitaciones que se realizarán en la Región de Valparaíso.

3.5.2. Afirma que la oferta de transferencia de carga contenedorizada en la Región de Valparaíso, está concentrada y se restringe actualmente a un duopolio compuesto por STI y TPS, que existen barreras de entrada a dicho mercado, que presenta riesgos de abuso y de coordinación tanto en la Licitación como con posterioridad a ésta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agrega que las tarifas por los servicios portuarios en la Región de Valparaíso han tendido al alza en el último año, que se ha incrementado la importancia de los servicios no regulados de difícil fiscalización, y que existen relaciones entre los concesionarios y líneas navieras, agencias navieras, de estiba y de depósito de contenedores, y que los incumbentes perciben “utilidades relevantes”.

Sostiene que, de alzarse las restricciones a la integración horizontal impuestas en el Dictamen 1045: (i) se renunciaría a la competencia intraportuaria, que es uno de los objetivos de la Ley, porque TPS se adjudicaría la Licitación atendidas las economías de escala y ámbito que podría alcanzar; (ii) se desincentivaría la participación de terceros en la Licitación atendido que los incumbentes tienen incentivos a sobreofertar para excluir; y, todo ello en un contexto en el que estaría ausente la amenaza disciplinadora de licitación de los espigones.

Añade que el modelo de licitación propuesto por EPV no resulta funcional a una mayor competencia en el mercado portuario de la Región de Valparaíso y, muy especialmente, en lo que respecta al Puerto de Valparaíso, porque no genera los incentivos adecuados para que EPV diseñe e implemente un contrato que incentive el ingreso de un nuevo operador. Lo anterior, a su juicio, contraviene el espíritu de la Ley, de su Reglamento y del Dictamen 1045, que consiste, precisamente, en garantizar un régimen de mayor competencia.

En cambio, los resguardos que este Tribunal adopte para garantizar el ingreso de un nuevo operador al Puerto de Valparaíso, necesariamente redundarán en: (i) mayores incentivos a la inversión en infraestructura; (ii) mejora en la calidad de los servicios portuarios en la Región de Valparaíso; (iii) reducción de riesgos de conductas anticompetitivas en otros puertos del país; y, (iv) una probable disminución en los valores asociados a tarifas reguladas y no reguladas.

3.5.3. Por lo anterior, considera que es necesario mantener e incluso reforzar las restricciones a la integración horizontal, por la vía de: (i) reducir el porcentaje de participación máxima de los concesionarios monooperadores incumbentes en otros puertos de la Región de Valparaíso, a un porcentaje inferior al 10%; o, (ii) a lo menos, someter las relaciones societarias a una adecuada fiscalización que reduzca los riesgos de coordinación ilícita, abuso de posición de dominio conjunta o aprovechamiento de las asimetrías de información derivadas de tales integraciones.

En materia de integración vertical, Puerto de Lirquén S.A. entiende que es plausible flexibilizar las reglas de restricción a la integración vertical, por ejemplo en una medida similar a la resuelta por este Tribunal (Resolución N°11), aunque sólo en la medida en que se garantice una óptima competencia a nivel horizontal, tanto intraportuaria como interportuaria. Pero esto, bajo la condición de que las restricciones verticales

subsistentes sean adecuadamente fiscalizadas, a diferencia de lo que ha sucedido hasta la fecha.

Lo anterior, en todo caso, debiera acompañarse de otras medidas, como una especial fiscalización, así como la fijación de medidas *ex ante* para evitar conductas predatorias de los actuales concesionarios TPS y STI en perjuicio de sus potenciales nuevos competidores.

De la misma manera, debieran revisarse los incentivos negativos para la entrada de nueva competencia que representan algunas de las exigencias previstas por EPV para la Licitación, como son los plazos excesivamente cortos para iniciar las operaciones; la discriminación en la modalidad de desembolso exigida para el pago adicional; el criterio de desempate injustificado y discriminatorio; y, la barrera de entrada que originan las deficiencias en la regulación de la devolución del valor residual de las inversiones al término del contrato;

Estima que cualquiera modificación relevante que EPV pretenda incorporar a la regulación de la concesión que se otorgue respecto del Espigón –en relación a la regulación actualmente vigente para los incumbentes-, debe realizarse irrestrictamente conforme al principio de no discriminación arbitraria y cuidando los incentivos para la participación de nuevos actores en la licitación.

3.5.4. A fojas 719, Puerto de Lirquén acompañó: (i) Certificación notarial del hecho de que el sitio web www.tps.cl contiene las tarifas que TPS cobra por prestación de servicios básicos y no regulados; (ii) Certificación notarial del hecho de que el sitio web www.stiport.com contiene las tarifas que STI cobra por prestación de servicios básicos y no regulados; (iii) Certificación notarial del hecho de que el sitio web www.tps.cl contiene las tarifas que TPS cobra por concepto de servicios de almacenaje; y, (iv) Certificación notarial del hecho de que el sitio web www.stiport.com contiene las tarifas que STI cobra por concepto de almacenaje.

3.6. Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. (TPS).

3.6.1. A fojas 844, con fecha 9 de diciembre de 2008, aportó antecedentes Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. (TPS), solicitando que se ordene el alzamiento incondicional de las restricciones que impiden a TPS, sus accionistas, controladores o a aquellos que controlen más del 15% de participación en las primeras, participar con más del 15% en una eventual concesión portuaria de otros frentes de atraque del Puerto de Valparaíso.

3.6.2. Sostiene que la estrategia y el esquema de Licitación propuestos por EPV no aseguran los objetivos planteados por ésta, ya que: (i) no garantizan un procedimiento de licitación expedito; (ii) no incrementan la tensión competitiva en la licitación; (iii)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sacrifican la competitividad de los frentes de atraque de la Región de Valparaíso; y, (iv) no aseguran la expansión del puerto, que se producirá de todos modos.

Con respecto a lo primero (i), TPS afirma que la urgencia por licitar no justifica el alzamiento condicional de las restricciones a la integración horizontal.

En cuanto a (ii), TPS argumenta que habrá mayor tensión competitiva si se permite participar a TPS y todos los interesados compiten entre sí, sin discriminaciones.

Afirma estar en condiciones de promover la competencia en la licitación, generando ofertas que garanticen un uso eficiente de la infraestructura portuaria, producto de su conocimiento y experiencia. Sin embargo, la propuesta de EPV establece un privilegio artificial que no asegura la participación de nuevos actores y que discrimina a una empresa que cuenta con condiciones de experiencia, calidad, conocimientos y otros beneficios susceptibles de ser traspasados a los usuarios.

Agrega que, para promover la competencia en la licitación –actualmente debidamente resguardada- no se debe privilegiar a “nuevos actores” sino “elegir la mejor oferta”. Tampoco se pueden presumir actuaciones abusivas de parte de los concesionarios actuales.

Por lo tanto, el esquema propuesto por EPV evita que sea el mercado quien determine la mejor oferta, y EPV podría adjudicar la concesión sin siquiera abrir la propuesta de TPS, desechando la que podría ser la mejor oferta para el licitante, el mercado y los usuarios.

En relación a (iii), esto es, que EPV sacrifica la competitividad de los frentes de atraque de la Región de Valparaíso, TPS sostiene que la calidad de un puerto no se mide por el número de actores, sino por su productividad y eficiencia.

Agrega que los niveles de competitividad del mercado no se han logrado por la competencia intraportuaria (TPS y Terminal 2), sino interportuaria (TPS y STI), y para preservarlos y fortalecerlos se debe dar vigor a esta última y a los resguardos conductuales existentes.

Además, la competencia entre operadores al interior de un mismo puerto reduce los incentivos que ambos tienen para invertir, mientras que un único concesionario podría obtener economías y eficiencias de la operación conjunta que podría traspasar a los usuarios vía tarifas o calidad.

Por último, TPS indica que ya visualiza dificultades para extender su capacidad (por lo que ha pedido el alzamiento de las restricciones horizontales que le afectan) y que el

esquema propuesto por EPV transformaría a TPS y a STI en actores menos competitivos.

En cuanto a (iv), TPS sostiene que la expansión del puerto se producirá de todos modos, sea que se condicione o no su participación, de manera que no es cierto que el esquema propuesto por EPV asegure la expansión del puerto.

3.6.3. En segundo lugar, TPS señala que la proposición de EPV discrimina arbitrariamente en su perjuicio, infringiendo las garantías de igualdad ante la ley, igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y no discriminación en materia económica.

Explica que la arbitrariedad se debe a que las razones en las que EPV justifica la limitación de TPS y el privilegio que otorga a “nuevos actores” carecen de sustento fáctico, económico y jurídico en los términos ya expuestos.

Cita la Resolución N° 27 de este Tribunal, que había autorizado la participación de los concesionarios de telefonía móvil en la licitación de nuevo espectro, precisando que esta situación es análoga a la resuelta por esa decisión.

3.6.4. En tercer lugar, TPS sostiene que se han cumplido las condiciones para el alzamiento puro y simple de la restricción horizontal que le afectan.

TPS recuerda que la restricción a la integración horizontal no tuvo su origen en el deseo de incentivar la competencia intraportuaria, sino en razones de prudencia con que la autoridad traspasó a los privados la operación y explotación de la infraestructura portuaria estatal, y se concibieron con un carácter esencialmente temporal (revisables después de 5 años)

Afirma que de acuerdo con el Dictamen 1045, debía acreditarse que “los puertos compiten entre sí en igualdad de condiciones” y “que sean concebidos y operados como negocios independientes de otros negocios vinculados al comercio exterior”.

Así, la intensa competencia entre los puertos de la Región de Valparaíso (STI-TPS) se evidencia por: (i) aumento de la participación de los operadores concesionados respecto de los espigones y especialización en carga de contenedores; (ii) inversiones en infraestructura y equipamiento que les han permitido alcanzar escalas y eficiencias operacionales; (iii) los beneficios han sido traspasados al mercado tanto en precios como en calidad, según evidencian la caída en los ingresos medios de TPS por sus servicios regulados (situándose entre las tarifas más bajas del mundo y que son un 30% más bajas que las tarifas reguladas) y los niveles de productividad alcanzados; (iv) Alta movilidad de clientes de un terminal a otro, por condiciones de precio o calidad, atendida la inexistencia de barreras a la movilidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, y con respecto a la segunda condición, TPS afirma que opera el Terminal N° 1 como un negocio independiente de otros vinculados al comercio exterior

3.6.5. En cuarto lugar, TPS señala que la restricción a la integración horizontal intraportuaria carece de pertinencia en la actualidad y su alzamiento produciría una serie de beneficios, tales como: (i) incrementar la competencia en la licitación ya que habrá un mayor número de competidores; (ii) introducir eficiencias en el proceso de inversión, ya que un nuevo operador debería construir simultáneamente dos sitios, mientras que TPS podría invertir de manera gradual, de acuerdo a la demanda efectiva; (iii) minimizar interrupciones del servicio durante la construcción; (iv) alcanzar eficiencias en la asignación de los volúmenes de carga, ya que éstos están distribuidos en pocos clientes y no son eficientemente particionables entre 3 o 4 concesionarios; (v) incrementar las eficiencias y reducir los tiempos de espera, ya que se podrían obtener beneficios derivados de la operación conjunta de los dos frentes de atraque, tales como asignación de sitios, equipamiento y áreas de respaldo; (vi) economizar en los costos de administración y equipos; (vii) obtener ventajas de la mejor coordinación de flujos en áreas comunes (acceso y áreas de respaldo); (viii) vigorizar la competencia interportuaria, lo que permitiría traspasar a precio y calidad las economías de escala y ámbito que se generarán.

TPS cita un informe de Galetovic y Sanhueza presentado en la solicitud de informe de EPSA, que señala que es preciso hacer una diferencia entre ambos puertos, ya que en el Puerto de Valparaíso el Terminal N° 2 es una extensión del Terminal N° 1, lo que no ocurre en San Antonio, donde el frente concesionado está físicamente separado del que se pretende licitar.

3.6.6. Además de lo anterior, estima que la restricción a la integración horizontal que le afecta debe alzarse pura y simplemente, considerando la existencia de los resguardos legales, reglamentarios y contractuales que evitan conductas anticompetitivas, tales como las prohibiciones de discriminación y de cobro de tarifas superiores a las máximas, y que establecen niveles de servicios mínimos. Esa reglamentación incluye la Ley, el Reglamento, los contratos de concesión, el Dictamen 1045, los Manuales de Servicio y el RUFA.

3.6.7. En cuanto a la Integración horizontal interportuaria, TPS estima que debe precisarse el mercado relevante en el que ésta debe operar, atendida la especialización por tipo de carga de los frentes de atraque y la inexistente sustitución que existe desde el punto de vista de la demanda entre la transferencia de carga general y los distintos tipos de graneles.

3.6.8. TPS acompañó: A fojas 488: (i) Solicitud de alzamiento de restricciones a la integración horizontal que formuló TPS a EPV; y, (ii) Primitiva consulta presentada por

EPV a este Tribunal, ingresada con el Rol NC N° 239-08. A fojas 844: (iii) Informe de Jorge Quiroz “Restricciones a la Integración Horizontal en los Terminales Portuarios de la V Región: Análisis Económico”, de mayo de 2007; (iv) Informe de Jorge Quiroz “Sector Portuario V Región: Nueva Concesión en Valparaíso y Competencia”, de diciembre de 2008. Y, a fojas 1156: (v) Documento denominado “Capacidades actuales y futuras de los terminales de contenedores en los puertos de Valparaíso y San Antonio.

3.6.9. A fojas 844, TPS solicitó que se traiga a la vista el expediente Rol NC N° 239-08, a lo que se accedió mediante resolución de 10 de diciembre de 2008 (fojas 874).

3.7. Informe presentado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE).

3.7.1. A fojas 887, la Fiscalía Nacional Económica informó al tenor de la solicitud de autos, efectuando, en primer lugar, una descripción general de la industria portuaria, de los distintos esquemas de operación de los frentes de atraque y de los criterios utilizados para asignar las primeras concesiones al amparo de la Ley (índice de tarifas de los 4 servicios básicos y desempate por canon).

3.7.2. A continuación, la FNE señala que los frentes de atraque han tendido a la especialización de acuerdo con el tipo de carga que atienden, describiendo las cargas que se movilizan en cada uno de los frentes de la Región de Valparaíso y su importancia relativa en el sistema portuario nacional.

3.7.3. En cuanto a los ingresos de los operadores portuarios, la FNE indica que el servicio de transferencia de carga representa el 56% de los ingresos totales, y destaca el incremento de la participación de los ingresos por servicios especiales dentro de los ingresos totales (26 a 32% de 2005 a 2007), siendo aquellos relacionados con contenedores frigorizados los más importantes (11%).

3.7.4. Además, la FNE proporciona información respecto de volúmenes de carga movilizada en la Región de Valparaíso, desagregada por tipo de carga (general y granel), indicando que los proyectos a desarrollar en los espigones de Valparaíso y San Antonio están orientados a carga general, tanto fraccionada como en contenedores.

3.7.5. Con respecto al mercado relevante, la FNE señala que éste corresponde a los servicios portuarios básicos, ofrecidos por puertos de uso público destinados a carga general en la Región de Valparaíso y que pueden atender la nave de diseño de los proyectos a licitar (post-panamax), el cual está altamente concentrado y liderado por las concesionarias STI y TPS.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, en dicho mercado existen importantes barreras de entrada, fundamentalmente por la escasez de bahías abrigadas, y la improbabilidad de que los puertos privados graneleros de la región transfieran carga general. Lo anterior hace probable el ejercicio de poder de mercado.

3.7.6. Cita el Dictamen 1045, indicando que los riesgos que éste buscaba prever mediante el establecimiento de las restricciones a la integración vertical y horizontal se mantienen vigentes.

3.7.7. Con respecto al eventual alzamiento de las restricciones horizontales, la FNE afirma que: (i) el efecto disciplinador de la conducta de los operadores concesionados que produce la posibilidad de licitación de los espigones desaparecería en caso de que éstos sean adjudicados a los mismos concesionarios; (ii) se incrementarían los costos de cambio de los usuarios que tienen inversiones en el puerto que hoy utilizan; (iii) los concesionarios establecidos estarán dispuestos a ofrecer un monto superior al competitivo si se les permite participar en la licitación, puesto que arriesgan una reducción de sus ingresos (licitación en base a ofertas económicas favorece a los incumbentes); (iv) para que las eficiencias del esquema monooperador sean traspasadas a los usuarios se requiere que compitan múltiples operadores independientes; y, (v) no visualiza economías significativas que justifiquen la participación de los concesionarios establecidos en los nuevos terminales.

3.7.8. En cuanto a las restricciones a la integración vertical, la FNE afirma que los concesionarios tienen incentivos para beneficiar a una relacionada, discriminando en precios o calidad y traspasando poder de mercado desde los servicios portuarios al servicio integrado. Sin embargo, el alzamiento de tales restricciones -pero manteniendo las horizontales- permitiría el ingreso de operadores capaces de disciplinar a los concesionarios actuales, incrementando la competencia.

3.7.9. Atendido lo anterior, la FNE concluye que, deben mantenerse las restricciones a la integración horizontal, impidiendo que TPS controle el Terminal N° 2 del Puerto de Valparaíso. Afirma que, si la licitación no resulta adjudicada a un tercero, es preferible que fracase y se mantenga la posibilidad de concesionar el Terminal N° 2 cuando las condiciones lo ameriten.

Con respecto a las restricciones a la integración vertical, la FNE sostiene que, al promoverse el ingreso de nuevos actores, se hace posible el relajamiento parcial de las restricciones a la integración vertical, permitiendo la participación de un mayor número de actores independientes en los procesos licitatorios

En lo atinente al criterio de adjudicación, la FNE cuestiona la propuesta de EPV – monto de dinero ofertado por tonelada transferida- ya que estima que desincentiva la

competencia y produce una distorsión que reduce la eficiencia asignativa. En todo caso, considera que en este caso la adjudicación en base a la mayor oferta monetaria no generaría distorsiones, de manera que el criterio de adjudicación no necesariamente debiera ser el menor índice de tarifas máximas ofrecido por los servicios portuarios básicos. Lo anterior, porque: (i) el adjudicatario de todas maneras enfrentaría competencia; (ii) las tarifas máximas son poco efectivas en presencia de servicios no afectos a ellas; y, (iii) el respecto al contrato entre EPV y TPS.

En cualquier caso, la FNE asevera que el pago por la infraestructura que se licita debe reflejar su valor económico, ajustándose a lo establecido en el Dictamen 1045.

Asimismo, estima necesario asegurar el respeto de las obligaciones de los concesionarios destinadas a precaver abusos con multas efectivas que desincentiven tales comportamientos y mejorar las atribuciones de EPV en materia de acceso a la información para permitir una mejor fiscalización.

Respecto de la calificación de servicios como servicios básicos, la FNE sugiere que se ordene a EPV consultar al Tribunal cada vez que se identifiquen servicios que no se prestan en condiciones de competencia.

Por último, la FNE señala en su informe que la licitación conjunta de los frentes de San Antonio y Valparaíso estimularía la participación de un mayor número de empresas.

3.7.10. A fojas 1326, en respuesta a lo pedido mediante resoluciones de 8 de junio de 2009 y 28 de julio de 2009, la FNE informó: (i) los antecedentes relativos a las personas relacionadas –en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores- con cada uno de los principales usuarios de los frentes de atraque del Puerto de Valparaíso, para cada una de las categorías de usuarios señaladas por EPV a fojas 1302 (versión pública y versión confidencial); y (ii) los volúmenes de carga general transferidos por cada uno de los principales usuarios de cada categoría (incluyendo sólo compañías navieras, agencias de nave y de muellaje), que han atendido, respectivamente, los Frentes de Atraque N° 1 y Espigón del Puerto de Valparaíso, y Molo Sur y Costanera Espigón del Puerto de San Antonio, durante el año 2008 (en toneladas).

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

3.8.1. A fojas 1140, con fecha 20 de abril de 2009, encontrándose fuera del plazo establecido para ello, la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. (Cámara) solicitó ser admitida como interviniente en estos autos y, subsidiariamente, pidió que este Tribunal tuviese en cuenta su opinión. El Tribunal, por resolución de 21 de abril de 2009, negó lugar a lo primero, pero accedió a la petición subsidiaria, ordenando incorporar a los antecedentes la opinión de la Cámara.

3.8.2. En su presentación, la Cámara recordó haber cuestionado en diversas oportunidades las restricciones a la integración vertical y horizontal, establecidas en el Dictamen 1045, por estimar que:

- (i) Las particulares características de tarifas y servicios exigidos a los concesionarios, hacen que no sea procedente, conveniente ni necesario establecer restricciones.
- (ii) Los puertos importantes de alta productividad y eficiencia se gestionan bajo el esquema monooperador y no están sujetos a restricciones.
- (iii) La discriminación por parte de un concesionario es técnicamente imposible, dado que se trata de actividades controladas por *softwares*.
- (iv) Tales restricciones impiden alcanzar mayores economías de escala disminuyen la competitividad de las exportaciones de Chile.

Considera que la mejor forma de evitar las complejidades mencionadas es eliminar todas las restricciones y que desde el punto de vista de la equidad entre los concesionarios, todas las licitaciones debieron hacerse al mismo tiempo.

3.8.3. A fojas 1140, la Cámara acompañó un extracto de su Memoria de 1999 en la que se desarrolla su opinión.

II) PARTE CONSIDERATIVA

4. PROCEDENCIA LEGAL.

Empresa Portuaria Valparaíso (en adelante, EPV) solicitó a este Tribunal pronunciarse respecto de los términos y condiciones que propone para la licitación del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso bajo un esquema monooperador (en adelante la Licitación), aduciendo que su petición sería voluntaria, porque no concurrirían los presupuestos de procedencia de los informes que exigen los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en adelante la Ley), ya que en la región existirían, aparte del Frente de Atraque N° 2, otros frentes mono y multioperados capaces de atender la misma nave de diseño que éste.

Al respecto, cabe tener presente que, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley, las empresas portuarias estatales (en este caso, EPV) deben contar con un informe de la Comisión Preventiva Central para proceder a 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.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

Cabe precisar que este Tribunal estima que la nave de diseño que se debe considerar para evaluar la procedencia de los informes preceptivos mencionados, no corresponde a la que actualmente es capaz de atender el Frente de Atraque N° 2, sino a la que podrá atender el frente objeto de licitación una vez entregado en concesión y efectuadas las inversiones que el adjudicatario comprometerá en el respectivo contrato de concesión.

Por consiguiente, y dado que la nave de diseño del proyecto de expansión del Frente de Atraque N° 2 será de tipo panamax o post-panamax, dependiendo del año de vigencia de la concesión de que se trate, no sería posible considerar como sustitutos a los otros frentes de la Región de Valparaíso, ya que éstos no son actualmente aptos para atender naves de tipo panamax y post-panamax, tal como, por lo demás, lo reconoce EPV en su presentación.

Cabe agregar que, si bien el Frente Costanera Espigón del Puerto de San Antonio es un frente estatal de la Región de Valparaíso actualmente operado bajo un esquema multioperador, dicho frente estatal podrá atender en el futuro naves de tipo panamax o post-panamax sólo una vez que sea licitado para su operación bajo un esquema monooperador, de acuerdo con la decisión adoptada por el directorio de Empresa Portuaria San Antonio de que da cuenta la causa tramitada ante este Tribunal con el rol NC 317-08, que fue tenida a la vista.

Por lo tanto, dado que la Licitación pretende implementar un esquema monooperador en el Frente de Atraque N° 2, cuya nave de diseño es de tipo panamax o post-panamax, dependiendo del año de vigencia de la concesión de que se trate, y que no existe ni se espera que exista en la Región de Valparaíso ningún otro frente de atraque estatal, operado bajo un esquema multioperador capaz de atender naves de ese tipo, es forzoso concluir la procedencia de un informe de este Tribunal -como sucesor legal de la Comisión Preventiva Central- respecto de los términos y condiciones de la Licitación, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley.

En consecuencia, en adelante, este informe se referirá a EPV como la Solicitante, y a la presentación por medio de la cual se dio inicio al procedimiento de autos como la solicitud de informe o simplemente la Solicitud.

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA.

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 Frente de Atrache N° 2 del Puerto de Valparaíso bajo un esquema monooperador.

Cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley, corresponde al Directorio de EPV decidir entre un esquema multioperador o monooperador, de manera que este informe no tiene por objeto autorizar la implementación de un esquema monooperador o pronunciarse respecto de la decisión del Directorio de EPV de adoptar tal sistema.

Por lo tanto, el informe de autos se circunscribe a los términos que deben incorporarse a la licitación que determinará la persona del concesionario monooperador del Frente de Atrache N° 2 del Puerto de Valparaíso, y a las condiciones de competencia a que éste deberá sujetar su actividad, con el objeto de sustituir la competencia *en* el frente de atraque, por la competencia *por* el frente de atraque.

Para ello, en la Sección 6 de este informe se efectuarán algunas consideraciones jurídicas preliminares relacionadas con los cuestionamientos formulados por Asonave. Luego, en las Secciones 7 y 8 se identificará y caracterizará el mercado en el que participará el concesionario del frente de atraque a que se refiere la Licitación. Posteriormente, en las Secciones 9 y 10 se abordarán los mecanismos de resguardo de la competencia, tanto en la Licitación como en el mercado en el que participará el adjudicatario de la misma. Por último, la Sección 11 se referirá a las restricciones estructurales propuestas por EPV.

De esta forma, las conclusiones de este informe estarán orientadas a asignar competitivamente el frente de atraque en cuestión a fin de que el adjudicatario sea un operador eficiente, que pueda proporcionar servicios a precios competitivos, de buena calidad y en cantidad suficiente y, a asegurar que tenga los incentivos que permitan traspasar dichas eficiencias a los usuarios, estando limitadas sus posibilidades de abusar de una posición dominante.

6. EN CUANTO A LOS CUESTIONAMIENTOS DE ASONAVE.

Según se señaló en la Sección 3.2, Asonave cuestionó el esquema monooperador que EPV pretende implementar, porque contravendría la Constitución Política de la República y la legislación sectorial aplicable, y también, porque infringiría el Decreto Ley N° 211.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Con respecto al primer capítulo de impugnación, basado en la supuesta inconstitucionalidad e ilegalidad del esquema monooperador, es preciso señalar que el Excmo. Tribunal Constitucional, mediante sentencia de 14 de noviembre de 2006 (agregada a fojas 2318 de los autos Rol NC 317-08), rechazó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 23º de la Ley, que estaba fundado en argumentos análogos a los planteados por Asonave en esta sede.

A partir de lo resuelto al respecto por el Excmo. Tribunal Constitucional, es posible concluir que: (i) el artículo 23º de la Ley autoriza a las empresas portuarias a implementar un esquema monooperador en los frentes de atraque estatales, previa licitación pública; (ii) las licitaciones efectuadas al amparo del artículo 23º de la Ley no implican que el Estado vaya a desarrollar las labores de movilización de carga, ya que la actividad de muellaje continúa siendo realizada por particulares; (iii) la implementación de un esquema monooperador no implica que los servicios de muellaje pasen a ser prestados por quien no sea “agente de muellaje habilitado”, sino sólo una modalidad de ejercicio de la actividad que consiste en que tales servicios son provistos por una única empresa.

Por otra parte, este Tribunal no advierte la existencia de norma alguna que exija realizar dos licitaciones diferentes o sucesivas, una para entregar en concesión la infraestructura y otra para implementar el esquema monooperador. Lo que ocurre, es que dos artículos diferentes -14º y 23º de la Ley- reglamentan la forma como EPV debe entregar a los particulares la administración de frentes de atraque estatales y el mecanismo a que debe ceñirse para implementar el esquema monooperador.

Por lo tanto, la circunstancia de que el artículo 23º disponga que el esquema monooperador ha de ser implementado en frentes de atraque “concesionados en conformidad a la ley” implica que el esquema monooperador sólo puede realizarse en frentes de atraque públicos administrados por particulares, pero no conlleva exigencias legales de orden temporal.

Con respecto al segundo capítulo de impugnación de Asonave, basado en que el esquema monooperador sería contrario al Decreto Ley N° 211, cabe tener presente que el legislador exige un informe de este Tribunal precisamente para precaver los riesgos para la libre competencia que conlleva la implementación de dicho esquema de operación. En otras palabras, la implementación de un esquema monooperador no sería por sí sola apta para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, en la medida que la competencia en la licitación sustituya efectivamente a la competencia en el mercado, que es lo que este informe está orientado a lograr.

En este contexto, resulta improcedente cuestionar en sí mismo el esquema monooperador que el artículo 23º de la Ley autoriza a EPV a implementar, o la

competencia de este Tribunal para informar y establecer las condiciones a que deberá sujetarse la correspondiente licitación pública, de acuerdo con lo previsto en la misma norma legal.

7. MERCADO RELEVANTE.

7.1. Mercado de Producto.

7.1.1. Los Puertos de uso Público.

El Puerto de Valparaíso, por disposición de la Ley (artículo 3º), es un puerto público de uso público. Lo primero, porque es de propiedad estatal, y lo segundo, porque presta servicios indistintamente a cualquier usuario que lo requiera y porque la prestación de dichos servicios constituye una actividad independiente y no accesoria a la industria principal de su propietario. Este tipo de puertos –públicos de uso público– deben prestar servicios ininterrumpidos y sometidos a determinadas exigencias, tales como velocidades de transferencias, tiempos de espera, publicidad de tarifas y otras condiciones no discriminatorias de la prestación de los mismos.

En contraposición, los puertos de propiedad privada pueden ser de uso público o privado. Estos últimos, prestan servicios sólo a los usuarios que determinen, los que usualmente corresponden a empresas con las que están verticalmente integrados. Así, dado que los puertos de uso privado no prestan servicios a terceros, éstos no constituyen una alternativa o sustituto de los terminales públicos.

Adicionalmente, y sin perjuicio de la definición de mercado geográfico que se adoptará en la Sección 7.2, se debe tener presente que no existen antecedentes en autos que permitan suponer que los actuales puertos privados de uso privado de la Región de Valparaíso –Oxiquim y Terminal Quinteros– puedan llegar a operar como puertos de uso público en plazos razonables, si así se lo propusieran.

7.1.2. Los servicios portuarios básicos.

Establecido lo anterior, es preciso identificar los servicios que podrán ser provistos por el adjudicatario de la licitación que es objeto de este informe. Al respecto, se debe tener en cuenta que los frentes de atraque constituyen infraestructuras destinadas a prestar servicios portuarios que, desde el punto de vista de la libre competencia, pueden ser de dos tipos: (i) servicios básicos; y, (ii) servicios opcionales.

EPV recoge esta distinción en su Solicitud, utilizando como criterio diferenciador si los servicios portuarios son o no indispensables para el atraque de las naves y la movilización y acopio de la carga.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sin perjuicio de que este Tribunal comparte el principio de esta definición, estima que la misma requiere de algunas precisiones para armonizarla con aquellas utilizadas previamente por la H. Comisión Preventiva Central y por este Tribunal.

Al respecto, los “servicios opcionales” se definieron en el Dictamen N° 1045 de 21 de agosto de 1998 de la Honorable Comisión Preventiva Central (en adelante Dictamen 1045) como aquellos que *“no son indispensables para el atraque de las naves, la movilización y el acopio de la carga”*, concepto que este Tribunal precisó en su informe N° 3 de 15 de abril de 2009 sobre Licitación del frente de atraque Sitio N° 9 del Puerto de San Antonio (en adelante Informe 3), señalando que corresponden a aquellos *“para cuya provisión no es necesaria la infraestructura entregada en concesión, de manera que el concesionario enfrenta o puede enfrentar competencia en el frente de atraque licitado”*.

En contraposición, los “servicios básicos” han sido definidos por este Tribunal, tanto en su Informe 3, como en su Informe N° 4 de 14 de mayo de 2009 sobre Licitación Pública del Frente de Atraque del Puerto de Coquimbo (en adelante Informe 4), como aquellos *“que son indispensables para el atraque de las naves, la movilización y el acopio de la carga, o para cuya provisión es necesaria la infraestructura entregada en concesión, de manera que el concesionario los presta o puede prestar en condiciones de monopolio en el frente de atraque licitado.”*

Asimismo, en el Informe 4 se precisó que, a juicio de este Tribunal, para efectos de los conceptos antes señalados -“servicios básicos” y “servicios opcionales”- la expresión “el concesionario” se refiere no sólo al titular de la concesión portuaria y sus relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18045 sobre Mercado de Valores, sino también a cualquier tercero que sea designado o deba ser autorizado por éste para prestar tales servicios, en términos que no pueda ser considerado un agente independiente de la voluntad del adjudicatario de la licitación; esto es, cualquier tercero que, en la práctica, pueda cobrar la potencial renta monopólica del concesionario.

Por lo tanto, esta distinción entre servicios portuarios básicos y opcionales no se refiere a dos conjuntos de servicios portuarios que se puedan enumerar taxativamente para todos los puertos, ni tampoco se relaciona con el hecho de que su prestación sea o no obligatoria para el concesionario, tal como se señala en el borrador de las Bases de la Licitación materia de este informe y de otras licitaciones portuarias realizadas al amparo de la Ley. En cambio, la diferencia entre unos y otros que resulta relevante desde el punto de vista de la libre competencia, alude a dos categorías de servicios que pueden incluir diferentes componentes en distintos casos, dependiendo de las particulares condiciones de competencia de cada frente de atraque.

Así, este Tribunal estima que EPV deberá ajustar a lo anterior la definición de servicios básicos que utiliza en el borrador de contrato de concesión acompañado a fojas 107 que actualmente incluye: (i) muellaje a la nave; (ii) muellaje a la carga; y (iii) transferencia de los distintos tipos de carga, agregando a dicho conjunto todos aquellos servicios que el concesionario, prestará o podrá prestar en condiciones de monopolio en el frente de atraque licitado, atendiendo a las particulares características del frente objeto de concesión.

Lo anterior, a fin de que todos los servicios en los que, por las particulares condiciones de las áreas e infraestructuras objeto de concesión, no exista la posibilidad de una provisión alternativa por parte de empresas distintas e independientes del concesionario, queden sujetos a una tarifa máxima determinada por la competencia en la licitación, debiendo por lo tanto, corresponder la definición de servicios básicos a la de servicios sujetos a tarifas máximas que singulariza el Anexo II del Borrador de Contrato de Concesión.

Por su parte, al conjunto de servicios opcionales sólo pertenecerán aquellos que podrán continuar prestando empresas distintas e independientes del concesionario y cuya tarifa, por lo tanto, no requiere ser regulada y debe, en cambio, ser determinada libremente según las condiciones de competencia en el mercado. En consecuencia, los servicios opcionales, en los términos definidos por este Tribunal, no forman parte del mercado relevante de producto que será analizado en este informe.

En todo caso, tal como se indicará en la Sección 10 de este informe, y sea que se trate de servicios básicos u opcionales, las tarifas que cobre el concesionario por su provisión deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias, aclarándose que, en adelante, cada vez que en este Tribunal utilice el término “discriminar” o “discriminatorio”, lo hará entendiendo por tal aquella que sea arbitraria.

7.1.3. Capacidad de la infraestructura.

Otro elemento que se debe considerar al momento de definir el mercado relevante es la nave de diseño que podrá atender el adjudicatario de la Licitación; lo que depende, de la longitud y profundidad de los sitios que conforman actualmente el Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso y su aptitud de expansión, como también -y fundamentalmente- de las inversiones que el concesionario realizará.

En efecto, es un hecho público y notorio que cada vez son más grandes las naves que se emplean para el transporte marítimo de carga, lo que reduce los costos de transporte por economías de escala. Sin embargo, lo anterior también requiere invertir en infraestructura y equipamiento en los puertos, para permitir el atraque de las naves e incrementar las velocidades de transferencia de carga.

De acuerdo a lo indicado por la Solicitante, el Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso cuenta actualmente con tres sitios de 245, 120 y 240 metros de largo y entre 6 y 9 metros de calado, de lo cual se desprende que la actual nave de diseño es de menos de 245 metros de eslora y de menos de 9 metros de calado.

No obstante, y como la nave de diseño a considerar es aquella que podrá atender el concesionario una vez que realice las obras de expansión obligatorias comprometidas en su contrato de concesión, es preciso tener en cuenta que, de acuerdo a lo señalado en la Solicitud, las Bases contemplan la obligación del concesionario de realizar obras de expansión de la infraestructura actual, a fin de permitir el atraque de naves del tipo panamax (de 230 metros de eslora y 11 de calado) y post-panamax (de 300 metros de eslora y 13,6 metros de calado).

En este sentido, las Bases establecen que, dentro de los primeros 3 años debe estar operativo el primer sitio capaz de atender naves de tipo panamax o superior, y que dentro de los primeros 10 años debe construirse el segundo sitio capaz de atender naves de tipo post-panamax o superior.

Por consiguiente, la nave de diseño que se debe tener en cuenta para los efectos de determinar la aptitud del concesionario del Frente de Atraque N° 2, para competir con otros frentes de atraque que eventualmente formen parte del mismo mercado relevante, es del tipo panamax para los primeros 10 años de concesión, y post-panamax para los años siguientes.

7.1.4. Tipos de carga o segmentos de usuarios.

De acuerdo con lo señalado por la Solicitante, dentro de los servicios portuarios es posible distinguir los siguientes segmentos de clientes según el tipo de carga que transportan: (i) carga general, que a su vez puede ser transportada en contenedores o fraccionada en otro tipo de unidades que se manejan individualmente; y, (ii) carga a granel, que se puede clasificar en graneles sólidos y graneles líquidos.

Por consiguiente, este Tribunal procederá a determinar si los servicios portuarios de los distintos tipos de carga forman o no parte de un mismo mercado relevante, esto es, si desde el punto de vista de la demanda es posible sustituir los servicios provistos a los usuarios que transportan distintos tipos de carga y, desde el de la oferta, si la infraestructura que administra el operador portuario puede ser usada indistintamente para atender a los usuarios que transportan uno y otro tipo de carga.

7.1.4.1. Sustitución entre los servicios portuarios provistos a usuarios que transportan carga general y carga a granel.

En relación a la sustitución entre los servicios portuarios provistos a usuarios que transportan carga general y carga a granel, es preciso tener en cuenta que, desde el punto de vista de la demanda, tal sustitución no existe. En efecto, tal como señala EPV en su Solicitud, en formato a granel se transportan principalmente materias primas y, por lo tanto, el costo logístico de transportarlas en contenedores u otro tipo de unidades sería muy alto.

Por otra parte, y desde el punto de vista del operador portuario, sólo sería posible para éste movilizar carga general y graneles utilizando un mismo sitio, en la medida que disponga de infraestructura adecuada para cargar y descargar uno y otro tipo de carga.

Al respecto, se debe tener presente que en el Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso actualmente se moviliza sólo carga general, y que según el proyecto de inversión previsto en la Licitación, dicho frente continuará atendiendo carga general una vez entregado en concesión, no obstante que se especializará en el transporte de carga en contenedores, según se señala en la Solicitud.

Por lo tanto, este Tribunal estima que no existe sustitución entre los servicios portuarios provistos a usuarios que transportan carga general y carga a granel, por lo que estos últimos no forman parte del mercado relevante de producto para los efectos de este informe.

Adicionalmente, y sin perjuicio de la definición de mercado geográfico que se adoptará en la Sección 7.2, se debe tener presente que el puerto privado de uso público de Ventanas está especializado en graneles. Así, aunque al año 2007 un 4,5% del total de la carga que este puerto moviliza es de tipo fraccionada¹, este Tribunal considera que el Puerto Ventanas no desarrolla el negocio de carga general de manera principal ni cuenta con la capacidad necesaria para disciplinar conductas anticompetitivas de los incumbentes en este mercado, sin que existan antecedentes en autos que den cuenta de su futura expansión en el negocio de la transferencia de carga general.

Por lo anterior, y considerando además lo señalado por la FNE a fojas 905, en cuanto a que Puerto Ventanas no posee las características requeridas para atender naves portacontenedores -ya que la ola máxima con la que pueden operar naves de contenedores sería de 0,5 metros, condición que no es cumplida por este puerto- no será considerado parte del mercado relevante.

7.1.4.2. Sustitución entre los servicios portuarios provistos a usuarios que transportan carga en contenedores y carga fraccionada.

¹ Memoria Anual Puerto Ventanas S.A. año 2008.

En relación a la sustitución entre los servicios portuarios provistos a usuarios que transportan carga en contenedores y carga fraccionada, desde el punto de vista de la demanda, se debe tener presente que la FNE señaló a fojas 897 que ambos tipos de carga “*serían considerados como sustitutos*” ya que se ha observado una tendencia, entre los años 2000 y 2005, a sustituir el transporte de frutas frescas desde carga fraccionada a contenedores.

En el mismo sentido, el Informe del Panel de Expertos del Sistema de Empresas SEP de enero 2008 señala que: “*es una realidad que más del 88,6% del comercio internacional se transfiere vía marítima y una serie de productos emblemáticos para nuestro país, como los cátodos de cobre, celulosa y toda la producción hortofrutícola, están en un franco e irreversible proceso de contenedorización, lo que aumentará la necesidad de mejorar e incrementar nuestros terminales portuarios especializados en este tipo de carga*”.

Por su parte, la Solicitante también señala que están siendo movilizados en contenedores productos que normalmente se transportaban como carga fraccionada (cobre, productos hortofrutícolas y automóviles). Así, EPV señala en su Solicitud que “*incluso en el último tiempo se observa que hasta el cobre tiende a exportarse crecientemente en contenedores*”. Argumenta que esta migración se debería a las ventajas de los contenedores en cuanto a: i) seguridad de la carga, lo que disminuye los daños; ii) posibilidad de usar lugares descubiertos para su almacenamiento; y, iii) la estandarización en el equipo destinado a su manipulación, todo lo cual implica una rebaja en los costos y facilita el transporte multimodal².

Asimismo en el informe de fojas 972 bis se indica que “los contenedores están desplazando a las demás formas de carga general, incluso para cargas como cobre (75% contenedorizado en TPS) o frutas (más del 65 % en la V Región). En los puertos de Valparaíso y San Antonio los contenedores representan más de un 80% del tonelaje de carga general, porcentaje que es creciente en el tiempo. La carga general restante corresponde sobre todo a automóviles, y a frutas que aún se envían en naves reefer”³.

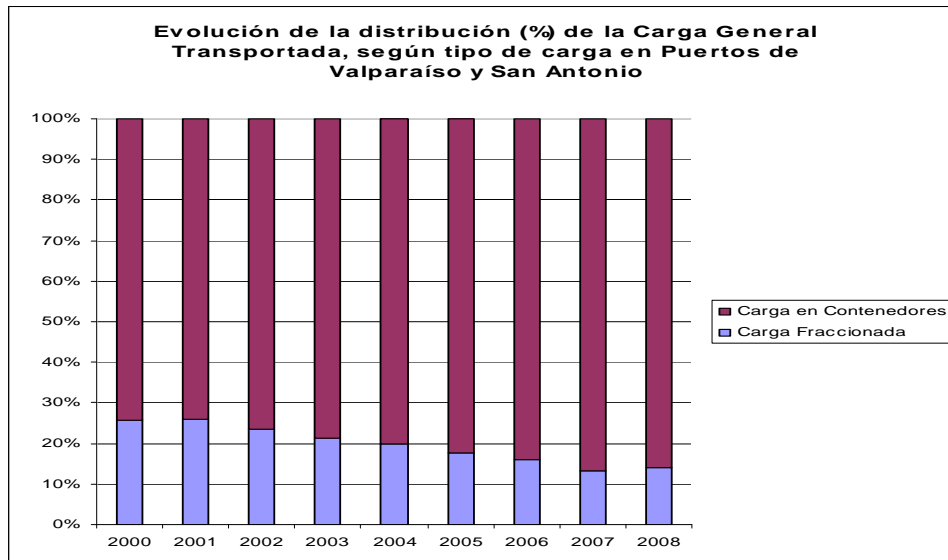
Relacionado con lo anterior, el siguiente gráfico muestra la evolución de la participación relativa de carga en contenedores y carga fraccionada dentro del total de carga general transportada por los puertos de Valparaíso y San Antonio.

² El transporte de mercancías por a lo menos dos medios diferentes de transporte.

³ Nave refrigerada.

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

Gráfico 1: Evolución de la Distribución de Carga General Transportada (tons) 2000-2008, según tipo de carga en Puertos de Valparaíso y San Antonio

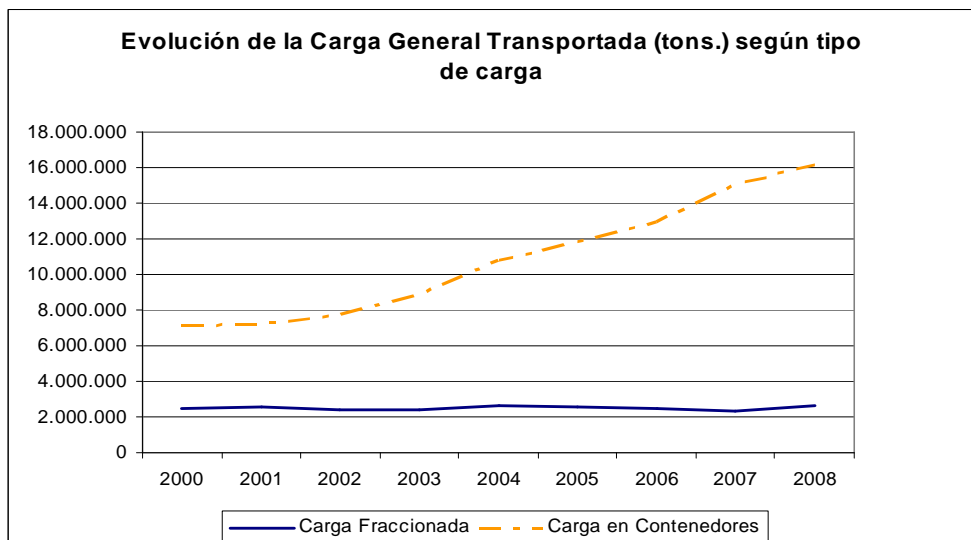


Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud, del informe de fojas 143 del expediente Rol NC 317-08, e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio web www.subtrans.cl.

Así, en el año 2000 un 74% de la carga general se transportaba en contenedores, mientras que al año 2008 tal participación relativa se incrementó a un 86%. La carga fraccionada redujo su participación dentro del total de la carga general en el mismo período, de un 26% a un 14%. De esto se deduce que la demanda de transporte por contenedores ha ido adquiriendo mayor y creciente importancia relativa en el total de la carga general.

Por su parte, el gráfico siguiente muestra la evolución de los volúmenes (medido en toneladas) de cada tipo de carga general –fraccionada y en contenedores– transportada por los puertos de uso público de la Región de Valparaíso.

Gráfico 2: Evolución de la Carga General Transportada (en tons.) 2000-2008, según tipo de carga en Puertos de Valparaíso y San Antonio



Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud, del informe de fojas 143 del expediente Rol NC 317-08, e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio web www.subtrans.cl

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Se observa que el volumen de carga en contenedores transportada por puertos de uso público de la Región de Valparaíso (medido en toneladas) se ha incrementado en forma significativa, mientras que el volumen de carga fraccionada se ha mantenido relativamente constante.

A partir de lo anterior es posible concluir que, desde el punto de vista de la demanda, existen segmentos de clientes para los cuales existe sustitución entre el transporte de uno y otro tipo de carga general. No obstante, a partir del gráfico anterior, también se puede inferir que el transporte en contenedores no sería una alternativa para un determinado segmento de clientes de carga fraccionada.

En cualquier caso, no existe información detallada en autos, sea por tipo de producto transportado o por tipo de clientes, que permita a este Tribunal identificar los distintos segmentos de clientes para los cuales existe o no sustitución entre el transporte de carga fraccionada y en contenedores.

En relación a la sustitución desde el punto de vista de la oferta, es decir, en qué medida una determinada infraestructura portuaria puede ser usada para atender uno y otro tipo de carga, EPV argumenta a fojas 125 que ambos tipos de carga *no son sustituibles*, ya que la especialización portuaria requiere de inversiones diferentes en equipamiento según el tipo de carga, y que éstas son mayores en el caso de la carga en contenedores, donde destaca la inversión en grúas *Gantry*. Sostiene asimismo que *“el Terminal N°2 transfiere mayor tonelaje de carga fraccionada que de contenedores debido a la imposibilidad estructural de incorporar estas pesadas grúas para operar contenedores, dadas las limitaciones físicas del terreno”*. Luego, es precisamente por esta razón que el proyecto de inversión referencial de EPV contempla como obligación del concesionario realizar inversiones en infraestructura específica para movilizar carga en contenedores.

Por lo tanto, existen antecedentes en autos que permiten concluir que el operador portuario requiere realizar mayores inversiones en infraestructura y de carácter específico para la atención de naves portacontenedores (dragado de sitios, grúas *Gantry*, entre otros).

Ahora bien, una vez realizadas esas inversiones sí sería posible atender, en un mismo sitio, naves portacontenedores y naves de carga fraccionada, tal como se desprende del Manual de los Servicios, tanto de STI como de TPS.

No obstante lo anterior, dados los antecedentes disponibles en autos, a este Tribunal no le es posible determinar con precisión el grado de tal sustitución.

Sin embargo, y atendido que existen ciertos grados de sustitución entre el transporte de carga fraccionada y en contenedores, tanto por el lado de la demanda como de la

oferta, este Tribunal finalmente concluye que el mercado relevante corresponde al de los servicios portuarios provistos a usuarios que movilizan carga general.

De forma consistente con lo anterior, y en particular atención a que existe un determinado segmento de usuarios para los cuales no sería posible sustituir un tipo de transporte por otro, en adelante, este Tribunal tendrá además en consideración que el mercado relevante de servicios portuarios provistos a usuarios que transportan carga general está compuesto por dos segmentos, que son carga en contenedores y carga fraccionada.

7.1.5. Conclusión.

De acuerdo con lo razonado precedentemente, el mercado relevante de producto para los efectos de este informe es el de los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de uso público que puedan atender la nave de diseño del proyecto a licitar, para carga general, incluyendo tanto carga en contenedores como carga fraccionada.

7.2. Mercado Geográfico.

En cuanto al mercado geográfico, la Ley presume que éste está delimitado por la Región de Valparaíso, es decir, que no existe sustituibilidad entre los servicios prestados por los frentes de atraque de puertos de uso público ubicados en otras regiones del país.

En el mismo sentido se ha argumentado, tanto por la Solicitante como por la FNE, que el mercado geográfico para efectos de este informe corresponde precisamente a la Región de Valparaíso.

Por otra parte, el Puerto de Coquimbo, que es el más cercano a la Región de Valparaíso, no podría ser considerado parte del mercado relevante por las razones ya señaladas en el Informe 4, sin que existan en autos antecedentes adicionales que permitan delimitar ámbitos geográficos distintos.

Por lo tanto, desde un punto de vista geográfico, el mercado relevante está conformado por los puertos de uso público de la Región de Valparaíso que movilicen carga general, fraccionada o en contenedores.

7.3. Definición de mercado relevante:

En base a lo expuesto precedentemente, para efectos del presente informe este Tribunal estima que el mercado relevante corresponde a: *los 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 carga general, esto es, carga en contenedores por un lado, y carga fraccionada por otro.

8. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE.

Con el objeto de establecer las condiciones de competencia en el mercado relevante, la Sección 8.1 efectúa una descripción general de la industria del transporte marítimo de carga. Las Secciones 8.2 y 8.3 analizan la oferta en cada uno de los segmentos del mercado relevante antes definidos y las condiciones de ingreso, respectivamente. Finalmente, la Sección 8.4 caracteriza la demanda en el mercado relevante.

8.1. Descripción general.

Atendido que los servicios portuarios constituyen un eslabón de la industria del transporte marítimo, es preciso identificar el rol que ellos desempeñan en esta industria, como también los distintos actores con los que se relacionan los operadores portuarios.

La demanda de servicios portuarios se deriva de la demanda de transporte marítimo. Así, los servicios portuarios básicos son un eslabón dentro de la cadena del transporte marítimo que, a su vez, forma parte del conjunto de servicios de transporte multimodal⁴ y de apoyo logístico que permiten desplazar bienes desde la bodega de un cargador o exportador hasta la de un consignatario o importador⁵.

Los usuarios finales corresponden a los exportadores y/o importadores, que cumplen las funciones de cargador⁶ y consignatario⁷ en el contrato de transporte marítimo regulado en el Libro III del Código de Comercio.

En el ámbito del transporte marítimo, delimitado por el tramo intermedio en que la carga es transportada entre un par determinado de puertos de origen y destino, existen numerosos intermediarios, lo que implica que los usuarios finales no se relacionan directamente con los transportistas o compañías navieras, ni tampoco con los proveedores de servicios portuarios.

Por regla general, en cambio, es un exportador o su representante (agente de embarque) quien se relaciona con el agente de naves de una compañía naviera y son, en general, el mismo exportador o su representante y el agente de naves quienes requieren -en representación del cargador y de la compañía naviera- los servicios portuarios en los puertos de de origen y destino, respectivamente.

⁴ La cadena de transporte multimodal de que forma parte el transporte marítimo normalmente contempla dos tramos terrestres que colocan las mercancías en el puerto de origen y la trasladan fuera del puerto de destino, respectivamente.

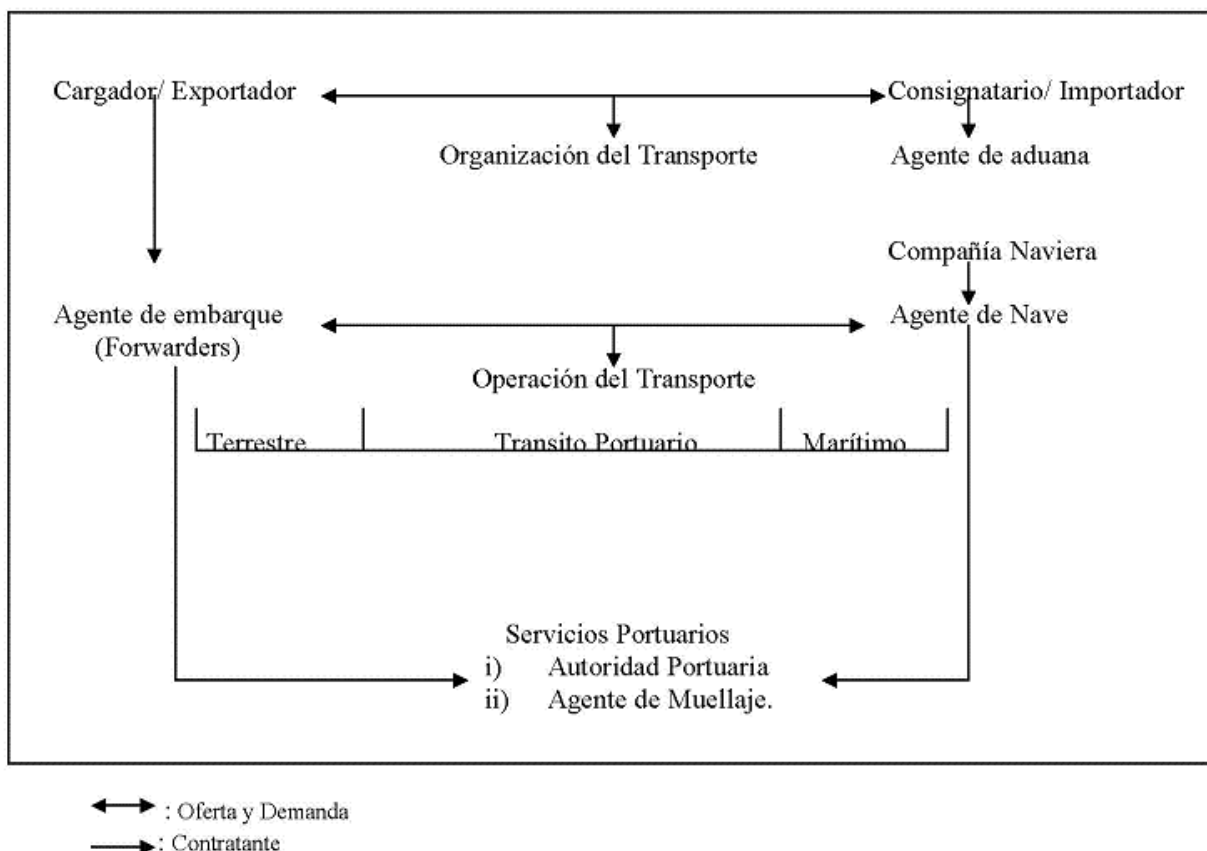
⁵ El cargador o exportador puede ser a la vez el consignatario o importador.

⁶ Persona que encarga la conducción.

⁷ Persona a la cual va dirigida la carga.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El diagrama siguiente ilustra lo anterior:



Fuente: Elaboración propia en base a diagrama de Frémont- *Discussion Paper* 2009-1 © OECD/ITF, 2009.

Es preciso señalar que es el cargador quien determina el puerto de origen y destino de las mercancías. No obstante, quienes se relacionan directamente con el operador portuario son los usuarios intermedios que corresponden a todas aquellas personas que efectúan, contratan o intervienen a cualquier título o modalidad en el transporte de carga por vía marítima, sea como empresas navieras⁸, fletadores⁹, porteadores, transportistas multimodales¹⁰, agentes¹¹, corredores, *forwarders*.

⁸ El transportador marítimo, empresa o línea naviera es el responsable de transportar la carga por vía marítima de un puerto a otro y se identifica con el "transportador" que regula el Título V del Libro III del Código de Comercio.

⁹ El fletador es la persona que presta servicios de transporte marítimo de carga en virtud de un contrato de fletamento regulado en el Título V del Libro III del Código de Comercio.

¹⁰ Véase Nota 1.

¹¹ Son diversos: (i) Agente de estiba y desestiba o agente de muellaje representa al cliente en la estiba y desestiba de naves y contenedores y, en general, en todos los actos y gestiones propias de la movilización de la carga entre la nave y los recintos portuarios o los medios de transporte terrestres, y viceversa. Se ocupan integralmente de la transferencia de carga entre la nave y el puerto. En el caso en que el frente posea un esquema multioperado distintas empresas otorgarán dichos servicios, mientras que en el esquema monoperado es una sola empresa; (ii) Agentes generales son los representantes de los armadores extranjeros, o sea de quienes explotan las naves o navieras; (iii) Agentes de naves o consignatarios de naves son los representantes del armador, dueño o capitán, para todos los actos concernientes a la atención de la nave en el puerto de su consignación. Representan a las líneas navieras para todos los fines y también atienden a las naves de su línea en sus requerimientos de provisiones, combustibles e información; y, (iv) Agentes de aduana: actúan por mandato de los consignatarios de la carga que las navieras transportan por mar, para facilitar su descarga, desaduanamiento y traslado al destino final.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Se debe considerar que todos estos actores son usuarios de los servicios portuarios básicos, no obstante que se relacionan con el operador portuario de diferentes maneras o en distintas etapas de la cadena de transporte marítimo.

Por otra parte, se observa una tendencia internacional a la integración horizontal entre compañías navieras, y vertical entre compañías navieras, operadores portuarios, empresas de muellaje, agencias navieras y servicios de transporte terrestre en los denominados “operadores globales” que brindan todos los servicios de la cadena de transporte marítimo o multimodal.

En efecto, la concentración horizontal en el negocio del transporte marítimo a nivel mundial ha aumentado considerablemente a partir del año 2000, producto de alianzas y/o fusiones entre compañías navieras. En el cuadro siguiente se puede apreciar que, al año 2000, las principales 20 compañías navieras transportaban el 52% de la carga en contenedores a nivel mundial, mientras que, al año 2008, este porcentaje se incrementó a 82%, en tanto que las 10 principales navieras concentraban el 60% de ese mercado mundial.

Cuadro 1: Participación de Mercado de las 20 principales Compañías Navieras en el Transporte de Contenedores a nivel Mundial

Año	%
2000	52,0
2004	62,3
2007	82,3
2008	82,0

Fuente: Elaboración Propia en base a Frémont-*Discussion Paper* 2009-1 © OECD/ITF 2009.

Cuadro 2: Participación de Mercado de las 10 principales Compañías Navieras en el Transporte de Contenedores a Nivel Mundial, 2008.

Ranking	Compañía Naviera	Nacionalidad	%
1	Maersk	Dinamarca	15,7
2	Mediterranean Shg Company	Italiana/ Sueca	11,1
3	CMA-CGM	Francia	7,6
4	Evergreen-Line	Taiwan	4,8
5	Hapag- Lloyd	Alemania	3,8
6	COSCO Container	China	3,8
7	APL	Singapur	3,8
8	CSCL	China	3,4
9	NYK	Japón	3,2
10	Hanjin/ Senator	Korea del Sur	2,9
Total			60,1

Fuente: Frémont-*Discussion Paper* 2009-1 © OECD/ITF 2009.

A su vez, a partir de 1980 se inició el proceso de integración vertical de los distintos eslabones de la cadena de transporte marítimo a nivel internacional, lo que contribuye

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a disminuir los riesgos involucrados en la prestación de los servicios asociados al transporte marítimo, por cuanto permite asegurar volúmenes de carga en los distintos eslabones de la operación, lo que se traduce en que la empresa integrada enfrente menores riesgos de inversión ya que tiene mayor certeza y conocimiento de la demanda que enfrentará, y a la vez reduce los costos de transacción y logísticos de proveer los diversos servicios asociados al transporte marítimo a un determinado cliente.

Como resultado de lo anterior, al año 2007, es posible observar en el cuadro siguiente que las principales compañías navieras están relacionadas con empresas que desarrollan actividades portuarias, de transporte terrestre y logísticas.

Cuadro 3: Principales Holdings a nivel Mundial Integrados Verticalmente para proveer Servicios en la Cadena de Transporte Marítimo, año 2007.

Grupo	Compañía Naviera	Operador Portuario	Transporte Intermodal	Logística
AP Moller Group	Maersk	APM Terminals	ERS	Maersk Logistics
CMA-CGM Group	CMA- CGM	--	RSC, Progeco, LTI France, CMA Rail	CMA-CGM Logistics TCX Multimodal Logistics
China Shipping Container Lines	CSCL	China Shipping Terminal	--	China Shipping Logistics
Neptune Orient Lines	APL	APL Terminal	--	APL Logistics
Nyk Group	NYK	Terminal & Harbour services	--	NYK Logistics
Mitsui OSK Lines	MOL	--	--	Logísticas
Hanjin	Hanjin shipping	--	--	Hanjin Logistics
Orient Overseas Internacional	OOCL	Terminal Operations	--	OOCL Logistics

Fuente: Frémont-Discussion Paper 2009-1 © OECD/ITF 2009.

En Chile, la Región de Valparaíso no ha estado exenta de esta tendencia, ya que por ejemplo, y tal como se desprende de los antecedentes aportados a fojas 742 del expediente Rol NC 317-08, el Concesionario de San Antonio (STI), está relacionado con la línea naviera CSAV por medio de SAAM, agencia naviera que, a su vez, mantiene alianzas con compañías navieras a nivel mundial. Asimismo, y tal como se desprende de los antecedentes aportados a fojas 1302, el Concesionario de Valparaíso (TPS) está relacionado con la Agencia Marítima Ultramar Ltda., agencia de naves que presta servicios en varios países del mundo, y a la vez con la agencia de naves Mediterranean Shipping Company Chile S.A. (MSC).

8.2. Oferta en cada uno de los segmentos del mercado relevante.

Los oferentes en los distintos segmentos del mercado relevante antes definido son los operadores de los cuatro frentes de atraque de uso público de los puertos de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Valparaíso y San Antonio, para cada uno de los tipos de carga general: el Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Valparaíso (Concesionado a TPS), el Frente de Atraque N° 2 de Valparaíso (Espigón de Valparaíso), el Frente de Atraque Molo Sur de San Antonio (Concesionado a STI), y el Frente Costanera-Espigón de San Antonio (Espigón de San Antonio).

A continuación se describe la importancia relativa que poseen los dos segmentos del mercado relevante en el total de la carga general movilizada el año 2008, en cada uno de los mencionados frentes de atraque.

Cuadro 4: Carga General Movilizada (en tons.), año 2008 - Puertos y frentes de atraque de la Región de Valparaíso

Puerto	Contenedores	%	Fraccionada	%	Total Carga General	%
Valparaíso	9.097.040	87,3	1.317.515	12,7	10.414.555	100
<i>Concesionado Valparaíso (TPS)</i>	8.967.494	94,1	564.799	5,9	9.532.293	100
<i>Espigón Valparaíso (EPV)</i>	129.546	14,7	752.716	85,3	882.262	100
San Antonio	7.051.771	84,2	1.319.322	15,8	8.371.093	100
<i>Concesionado San Antonio (STI)</i>	6.210.920	91,7	558.922	8,3	6.769.842	100
<i>Espigón San Antonio (EPSA)</i>	840.851	52,5	760.400	47,5	1.601.251	100
Total	16.148.811	86,0	2.636.837	14,0	18.785.648	100

Fuente: Elaboración propia en base a información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio web www.subtrans.cl.

Del cuadro anterior se desprende que: (i) Para los frentes concesionados la transferencia de carga en contenedores presenta claramente una mayor importancia relativa en el total de carga general transportada; (ii) Para el Espigón de Valparaíso la carga fraccionada es la que presenta mayor relevancia; y, (iii) Para el Espigón de San Antonio ambos tipos de carga presentan actualmente similar importancia.

A continuación se caracterizará la oferta en cada uno de los dos segmentos del mercado relevante, para lo cual es preciso considerar que existen diferencias entre la situación actual y la proyectada, toda vez que las licitaciones de los espigones de Valparaíso y San Antonio modificarán las actuales capacidades de la infraestructura y de transferencia de estos frentes.

En efecto, en cuanto a la capacidad de la infraestructura portuaria, la situación actual toma como referencia a la nave de diseño de tipo panamax, mientras que la proyectada se basa en la nave de tipo post-panamax. Lo anterior, toda vez que las licitaciones a realizarse en la Región de Valparaíso tienen por objeto, precisamente, aumentar la longitud y profundidad de los sitios que conforman los espigones, a fin de contar con la infraestructura adecuada para atender naves de mayor tamaño y así incrementar la capacidad total de transferencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Adicionalmente, una vez concesionados los actuales espigones, los cuatro frentes de atraque mencionados continuarán movilizand o carga general, tanto fraccionada como en contenedores. No obstante, los proyectos referenciales de expansión de las empresas portuarias de Valparaíso y San Antonio, persiguen especializar a los espigones en la transferencia de contenedores, lo cual impactará la estructura de la oferta de servicios portuarios en ambos segmentos del mercado relevante.

En relación a lo anterior, la proyección realizada por EPV sugiere que al realizarse las inversiones obligatorias definidas por los proyectos referenciales a ser licitados por las empresas portuarias de Valparaíso y San Antonio, los espigones y los actuales frentes concesionados transferirán principalmente carga en contenedores, mientras que la carga fraccionada será atendida, mayoritariamente, por STI y TPS. El siguiente cuadro reporta las futuras participaciones de mercado proyectadas por EPV.

Cuadro 5: Proyecciones de participación de mercado por frente de atraque.

	2010		2020		2025	
	Contenedores %	Fraccionada %	Contenedores %	Fraccionada %	Contenedores %	Fraccionada %
<i>Concesionario Valparaíso (TPS)</i>	96	4	91	9	92	8
<i>Espigón Valparaíso (EPV)</i>	34	66	100	0	99	1
<i>Concesionario San Antonio (STI)</i>	89	11	90	10	91	9
<i>Espigón San Antonio (EPSA)</i>	89	11	100	0	100	0
<i>Total (tons.)</i>	19.851.168	2.484.734	40.248.920	2.672.302	54.182.423	2.773.054
<i>Tasa crecimiento promedio anual</i>			7%	0,7%	6%	0,7%

Fuente: Elaboración propia en base a la Solicitud. EPV considera que la primera obra obligatoria estará en funcionamiento a partir del año 2012 y la segunda el año 2021 y distribuyendo la carga según la capacidad de servicio de cada Terminal.

Respecto de esta proyección en particular, este Tribunal no cuenta en autos con antecedentes para evaluar su robustez y, por tanto, su grado de validez.

Ahora bien, y a fin de determinar el impacto de la Licitación en la estructura de la oferta en el mercado relevante, a continuación se describirán aspectos relevantes tanto de la situación actual como la proyectada, en cada uno de los dos segmentos del mercado bajo análisis.

8.2.1. Carga en contenedores.

8.2.1.1. Situación Actual.

En el cuadro siguiente se muestran las características actuales de los frentes de atraque de uso público que movilizan carga general en la Región de Valparaíso:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro 6: Características de los Frentes de Atraque según Calado y Eslora Máxima Permitida

Frentes de Atraque	Longitud Frente de Atraque Total (mts)	Calado Máximo (mts) ^{*/}	Eslora Máxima Permitida (mts)
Concesionario Valparaíso (TPS)	984	11,4	628
Espigón Valparaíso (EPV)	610	8,8	235
Concesionario San Antonio (STI)	769	11,4	294
Espigón San Antonio (EPSA)	662	9,45	237

Fuente: Elaboración propia en base a información de las solicitudes de EPV y de EPSA en el expediente Rol NC 317-08. Nota. */: Se reporta el calado máximo que posee el frente de atraque considerando su sitio más profundo.

Como se observa del cuadro anterior, los frentes concesionados de Valparaíso y San Antonio pueden atender naves de tipo panamax (que tienen eslora de 230 m. y calado de 11 m.), por lo que pueden ser considerados sustitutos cercanos entre sí.

En cambio, los espigones no tienen las características necesarias para atender naves de tipo panamax. Por lo tanto, en la actualidad no es posible considerar a los espigones como sustitutos relevantes de los terminales concesionados, ya que sólo son capaces de atender naves de diseño de menor tamaño.

Por lo tanto, y dado que la capacidad de la infraestructura de un frente de atraque determina la nave de mayor tamaño que puede atender, es posible afirmar que existen más competidores en la oferta de servicios portuarios para naves de menor tamaño. Así, los frentes de atraque concesionados de Valparaíso y San Antonio son capaces actualmente de competir atendiendo tanto a las naves de menor tamaño como a la nave panamax, mientras que los espigones sólo podrían ser considerados sustitutos en el segmento de naves de menor tamaño.

Otro elemento relevante a considerar al comparar las condiciones de oferta de los servicios provistos a carga en contenedores, por los diferentes frentes de atraque, se relaciona con la eficiencia operacional alcanzada por cada operador portuario. Al respecto, y según el informe de fojas 143 del expediente Rol NC 317-08, un primer indicador de uso frecuente en la industria portuaria mundial se refiere a la transferencia de carga por metro de frente de atraque disponible, lo que usualmente se mide por el volumen de carga transferida, medido en TEUs¹², por metro lineal de muelle.

En el cuadro siguiente se reporta este indicador para los distintos frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso. Al respecto, resaltan las mayores eficiencias operacionales alcanzadas por los dos frentes actualmente concesionados, en relación al caso de los frentes estatales. Esta diferencia es una señal (indirecta) de que la calidad de los servicios ofrecidos a carga en contenedores ha ido creciendo en

¹² Equivale a la capacidad de un contenedor de 20 pies de largo cuyo volumen es de 33 metros cúbicos, siendo su capacidad máxima de carga, según el informe de fojas 781, del orden de 28 toneladas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el caso de los frentes actualmente concesionados, en términos absolutos y también en relación al correspondiente servicio de los espigones estatales. Más adelante se provee información sobre un par de otros indicadores, más directos, de la calidad de los servicios portuarios ofrecidos, para carga en contenedores, por los dos frentes actualmente concesionados en la Región de Valparaíso.

Cuadro 7: Indicador de Eficiencia Operacional: TEUs/metro lineal de muelle

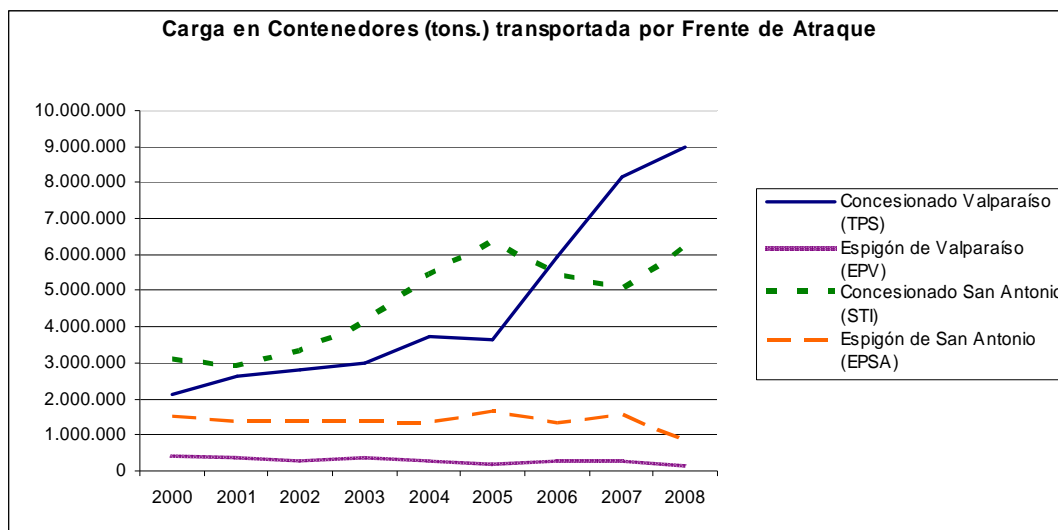
Esquema de Operación	Frente de Atraque	2000	2005	2007
Frentes Monooperados	Concesionario Valparaíso (TPS)	332	567	1.304
	Concesionario San Antonio (STI)	880	1.081	657
Frentes Multioperados	Espigón Valparaíso (EPV)	210	108	148
	Espigón San Antonio (EPSA)	456	476	426

Fuente: fojas 143 del expediente Rol NC 317-08.

Nota: este indicador sólo se refiere a carga transferida en contenedores

A su vez, e influido por la evolución de las eficiencias operacionales relativas en los servicios prestados por cada uno de los cuatro frentes de atraque del mercado relevante, en el gráfico siguiente se observa la evolución de los volúmenes de carga en contenedores movilizados por cada uno de éstos, entre los años 2000 y 2008.

Gráfico 3: Carga de Contenedores Transportados por frentes de Atraque, 2000-2008 (tons.)



Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud, del informe de fojas 143 del expediente Rol NC 317-08, e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio web www.subtrans.cl.

Así, y en base a la información con la cual se elaboró el gráfico anterior, la carga en contenedores movilizada en total en la Región de Valparaíso aumentó en 126% entre los años 2000 y 2008, lo que equivale a un aumento promedio anual en el período de 11%. En el mismo período, los frentes concesionados incrementaron sustancialmente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sus respectivos volúmenes movilizados de carga en contenedores, mientras que los espigones presentaron una disminución en el mismo segmento.

El cuadro siguiente muestra la evolución de las participaciones de mercado resultantes, para cada frente de atraque que forma parte del mercado relevante, en la transferencia de contenedores:

Cuadro 8: Participación relativa (%), por Frente de Atraque, en la Movilización de Carga en Contenedores (medida en tons.), período 2000-2008.

Año	Puerto de Valparaíso		Puerto de San Antonio		Total	
	Concesionario (TPS) %	Espigón (EPV) %	Concesionario (STI) %	Espigón (EPSA) %	%	Tons.
2000	29,9	5,6	43,1	21,4	100	7.141.616
2001	36,0	4,9	40,0	19,0	100	7.230.139
2002	36,0	3,3	42,7	17,9	100	7.789.316
2003	33,8	4,2	46,3	15,6	100	8.878.757
2004	34,6	2,6	50,5	12,3	100	10.782.100
2005	30,8	1,6	53,7	13,8	100	11.823.033
2006	45,8	2,2	41,8	10,3	100	12.966.239
2007	54,3	1,9	33,3	10,4	100	15.003.243
2008	55,5	0,8	38,5	5,2	100	16.148.811

Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud, del informe de fojas 143 del expediente Rol NC 317-08, e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio web www.subtrans.cl.

Del cuadro anterior se desprende que hasta el año 2005, el Frente Concesionario de San Antonio (STI) era el operador más relevante en la transferencia de contenedores en la Región de Valparaíso, con participaciones que variaban entre el 40 y 50%. El año 2006 la situación anterior se revirtió, toda vez que el Frente Concesionario de Valparaíso (TPS) superó la participación de mercado de STI, alcanzando 55% de este segmento en el año 2008.

En lo relativo a la competencia interportuaria, esto es, entre los frentes concesionados de los puertos de Valparaíso y San Antonio, será ilustrativo analizar a continuación los siguientes aspectos: (i) evidencia de movimientos de usuarios entre uno y otro frente de atraque; (ii) variaciones en los volúmenes relativos de carga transferida en contenedores, por uno y otro frente; (iii) evolución relativa, entre uno y otro frente, de variables relevantes de competencia, tales como el precio de los servicios portuarios y medidas de la calidad de estos servicios; y, (iv) restricciones de capacidad.

En primer lugar, con respecto a los movimientos de usuarios de carga en contenedores entre uno y otro frente de atraque, el cuadro siguiente muestra información al respecto (presentada en el informe de fojas 972 bis), considerando servicios regulares, durante el periodo 2000-2007. Del total de 12 casos mencionados en ese informe, a continuación se presentan aquellos con movimientos de carga de navieras especializadas en el transporte de contenedores.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro 9: Movimientos de Usuarios de carga en contenedores entre el Puerto de Valparaíso y San Antonio

Frente de Origen	Frente de destino	Año de Traslado	Tonelaje estimado del usuario, (promedio por año)	% c/r a carga total contenedores de la V región (tons) al año correspondiente	Naviera	Servicio o Ruta
Concesionario Valparaíso (TPS)	Concesionario San Antonio (STI)	2002	504.000	6,5%	MSC*/	Costa Este EEUU (USEC)
Concesionario San Antonio (STI)	Concesionario Valparaíso (TPS)	2006	504.000	3,9%	MSC*/	Costa Este EEUU (USEC)
Concesionario San Antonio (STI)	Concesionario Valparaíso (TPS)	2006	840.000	6,5%	MSC*/	Costa Este EEUU (USEC)
Concesionario San Antonio (STI)	Concesionario Valparaíso (TPS)	2006	641.200	4,9%	NYK	ALEX(Asian Latin Express)
Espigón San Antonio (EPSA)	Concesionario Valparaíso (TPS)	2006	616.000	4,8%	CCNI**, Hamburg Sud	North Asia Express Service (ex AMPAC)

Fuente: Elaboración propia en base al cuadro incluido en el Informe de fojas 972 bis e información agregada a fojas 1326¹³; Notas: */: empresa relacionada con el concesionario TPS; **: empresa relacionada con el concesionario STI.

Los traslados de usuarios reportados para el periodo 2000-2007 se concentran mayoritariamente en el año 2006. Nótese que no se reporta ningún traslado de usuario con servicios regulares durante el año 2007. Ello se explica, en buena medida, por la creciente aproximación del frente concesionado a TPS hacia una situación de pleno uso de su capacidad instalada (tal como se afirma en el Informe de fojas 972 bis); contexto que reduce el ámbito y capacidad de competencia del frente operado por TPS con el frente concesionado a STI.

Junto al número relativamente reducido de movimientos de usuarios con servicios regulares, entre el frente portuario de TPS y el operado por STI, también resalta que del total de 5 casos de traslado de carga en contenedores, desde uno de estos frentes hacia el otro, durante los 8 años considerados, en 4 casos la naviera involucrada en el cambio estaba relacionada con alguno de los dos concesionarios portuarios (sea STI o bien TPS).

En síntesis, de los antecedentes disponibles sobre traslados de usuarios entre los frentes concesionados a los operadores STP y STI, este Tribunal deduce que ellos proveen indicios sobre la existencia de algún grado de competencia interportuaria en la Región de Valparaíso, en la movilización portuaria de carga en contenedores. No

¹³ De los casos mencionados en el Informe, se consideraron sólo aquellos en que las compañías navieras están especializadas en carga en contenedores a nivel mundial. Adicionalmente, en la mayoría de los casos no considerados se señalaba que el tipo de productos transportados correspondía a automóviles, los que se movilizan principalmente como carga fraccionada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

obstante, a partir de esta evidencia parcial no es posible deducir nada concluyente sobre el grado de intensidad de dicha competencia.

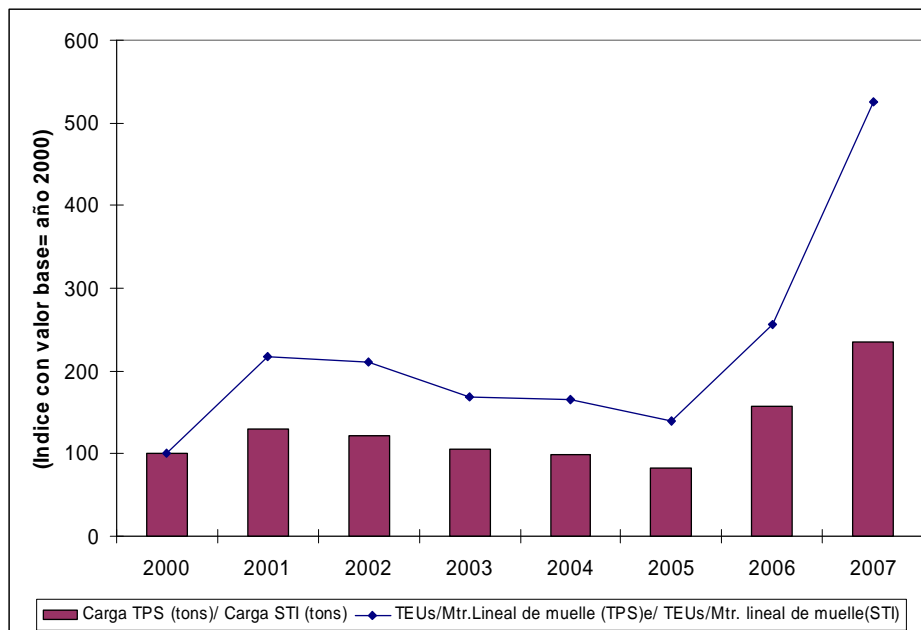
En segundo lugar, a continuación se provee información sobre la evolución relativa de los volúmenes de carga en contenedores movilizados por los concesionarios TPS y STI, durante el periodo 2000-2007. A su vez, dicha evolución se analiza en relación con las correspondientes evoluciones relativas en: (a) indicadores de la eficiencia operacional de los servicios portuarios provistos por uno y otro concesionario; y, (b) las tarifas promedio cobradas por TPS y STI, respectivamente, tanto para los servicios sujetos a tarifas máximas como también para el total de los servicios portuarios, que incluye servicios cuyas tarifas son libres.

Los siguientes cuadros reportan la evolución relativa de los volúmenes transferidos de carga por TPS y STI, junto con la correspondiente evolución (también relativa) en tres indicadores de la eficiencia operacional alcanzada en los servicios portuarios prestados por uno y otro concesionario. Respecto de cada variable en comparación, se define un índice con valor base igual a 100 para el primer año de concesión portuaria con información disponible. Cada índice mide, como promedio para cada año, el valor de la respectiva variable para el concesionario TPS en términos relativos al caso de STI. Así, si uno de estos índices alcanza en un año posterior un valor de 120, por ejemplo, ello indicará que la respectiva variable ha experimentado, a tal año, un incremento de 20% a favor de TPS, en términos relativos a la evolución experimentada por dicha variable en el caso de STI.

En términos de los volúmenes relativos de carga en contenedores movilizados por TPS y STI, se observa que STI incrementó su participación relativa en este segmento hasta el año 2005. Sin embargo, en los dos años siguientes TPS revirtió esta tendencia, incrementando a más del doble su participación relativa inicial (al año 2000). Estas tendencias de cambio en las participaciones relativas, de uno y otro concesionario, son consistentes con la evolución relativa en los tres indicadores de eficiencia operacional en los servicios portuarios prestados, por uno y otro concesionario, que se reportan en los gráficos siguientes.

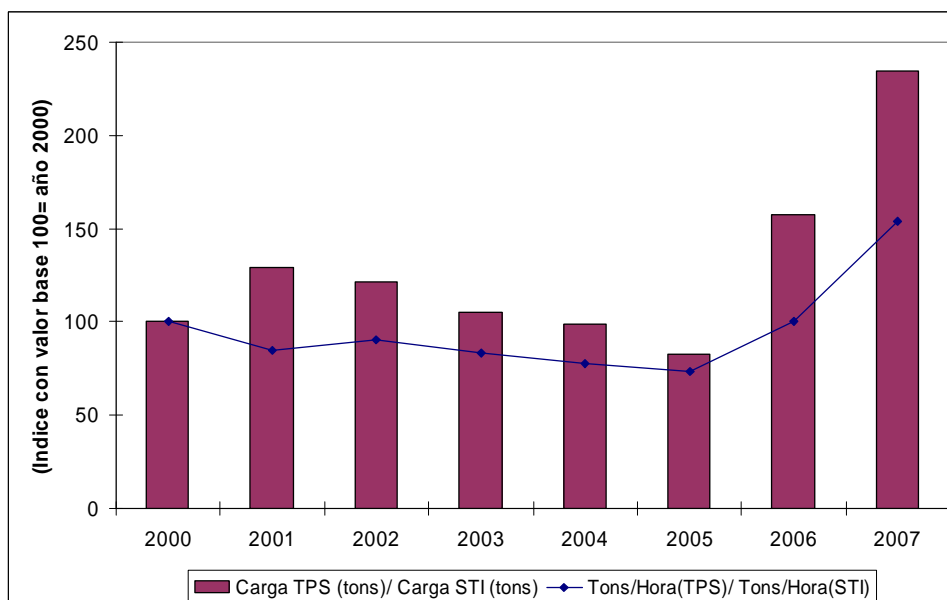
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico 4: Índices sobre evolución de los Volúmenes (relativos) de carga en contenedores transferidos por los operadores concesionados (TPS en términos relativos a STI), y de los respectivos rendimientos relativos (medidos en TEUs por metro lineal de muelle), período 2000-2007.



Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud de Informe, del informe de fojas 143 del expediente Rol NC 317-08 e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio www.subtrans.cl.

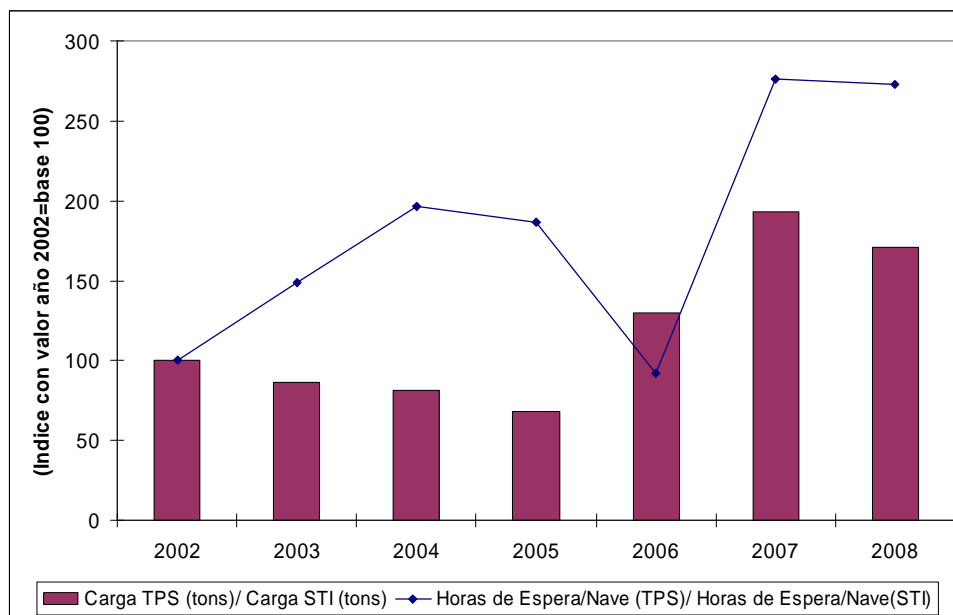
Gráfico 5: Índices sobre evolución de volúmenes (relativos) de carga en contenedores transferidos por los operadores concesionados (TPS en términos relativos a STI), y de los respectivos rendimientos relativos (medidos en toneladas transferidas por hora), período 2000-2007



Fuente: Elaboración propia en base a información de la solicitudes de EPV y de EPSA en el expediente Rol NC 317-08 e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio www.subtrans.cl.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico 6: Índices sobre evolución de los Volúmenes (relativos) de carga en contenedores transferidos por los operadores concesionados (TPS en relación a STI), y de las respectivas horas (también relativas) de espera por nave, período 2002-2008



Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud de Informe e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio www.subtrans.cl

Estos indicadores de eficiencia operacional miden, respectivamente: (a) los TEUs movilizados por metro lineal de frente de atraque, (b) el rendimiento en toneladas movilizadas por hora, por año y (c) las horas de espera promedio, por nave y por año. Debe tenerse presente, no obstante, que estos indicadores no sólo capturan los efectos operacionales de cambios y decisiones de propia iniciativa de las empresas concesionarias, sino también los efectos de cambios que, al menos en parte, son independientes de tales decisiones, como por ejemplo, cambios exógenos en los niveles y composición de la demanda por servicios portuarios. En este sentido, el indicador (c) probablemente está relativamente más influido por efectos no directamente dependientes de decisiones de propia iniciativa del concesionario portuario; mientras que, por otra parte, el indicador (a) captura, de forma residual y en total, los distintos cambios que afectan a los otros dos indicadores de eficiencia operacional.

Así, en los gráficos precedentes se constata, en general, una primera etapa, hasta el año 2005, de mejoría en la eficiencia operacional de los servicios portuarios prestados por STI, en términos relativos a la correspondiente evolución para TPS. En una segunda etapa, a partir del año 2006, tal situación se revierte a favor de TPS. Este patrón de cambio relativo, entre TPS y STI, se observa de forma especialmente evidente en la evolución de los indicadores de (a) TEUs movilizados por metro lineal de frente de atraque y (b) toneladas movilizadas promedio por hora. En el caso del indicador (c), esto es, las horas de espera promedio por nave, la interpretación de su evolución es menos directa. De hecho, deterioros en este indicador pueden ser reflejo,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

al menos en parte, de tener éxito en obtener una mayor proporción de la demanda relevante por servicios portuarios. Por ejemplo, la creciente congestión del frente portuario concesionado a TPS, a partir del año 2007, se ha reflejado no sólo en un rápido deterioro relativo de este indicador, en desmedro de TPS, sino además en una merma en la proporción de la carga en contenedores movilizada por TPS en el año 2008, en términos relativos al caso de STI.

Nótese, a mayor abundamiento, que de los tres indicadores de eficiencia operacional reportados en los gráficos precedentes, dos de ellos son más directamente asimilables a medidas relevantes de calidad de los servicios portuarios provistos, desde el punto de vista del usuario de dichos servicios: esto es, los indicadores (b) toneladas movilizadas promedio por hora y (c) horas de espera promedio por nave.

En tercer lugar, y ahora en relación con la evidencia disponible sobre la evolución experimentada por las tarifas cobradas por los concesionarios TPS y STI, a sus respectivos usuarios, sería deseable poder analizar separadamente el caso de los servicios sujetos a un esquema de tarificación, y el de los servicios cuyo precio es de libre determinación.

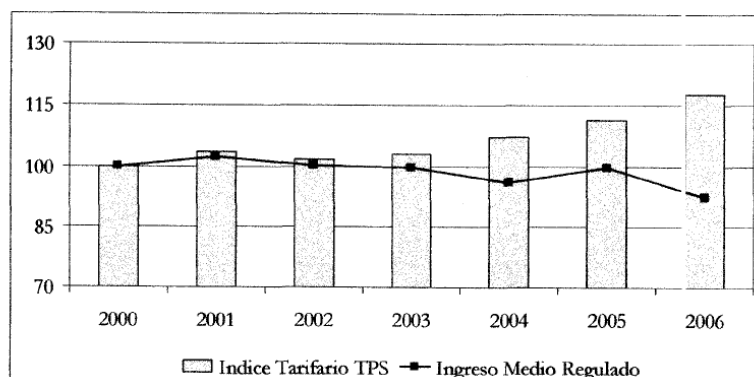
Sin embargo, al respecto este Tribunal cuenta en autos con evidencia parcial. En particular, y en primer lugar en relación con los servicios tarificados, se dispone de una estimación, reportada en el informe de fojas 781 y a fojas 844 a modo de un valor índice promedio año, del ingreso medio agregado para ese conjunto de servicios, prestados por el concesionario TPS. Sin embargo, las fuentes de esta información no explican el método de cálculo empleado en dicha estimación, ni tampoco este Tribunal cuenta con la información necesaria para poder replicar o verificar tales cálculos. Por ello, esta información se presenta, fundamentalmente, a modo de una primera referencia preliminar.

El siguiente gráfico, presenta, por un lado, la evolución de este índice del ingreso medio agregado para el conjunto de los servicios sujetos a tarifas máximas prestados por TPS, con su valor efectivo al año 2000 definido como valor base e igualado al guarismo 100 (entendiendo este Tribunal que los valores tarifarios efectivos considerados en cada año, para realizar este cálculo, están expresados en US\$/tonelada). Por otro lado, este gráfico también reporta la evolución indexada del índice tarifario máximo comprometido por TPS al momento de adjudicarse la concesión, calculándose este índice como un valor tarifario ponderado, único y máximo, de las tarifas efectivas cobradas por los cuatro servicios sujetos a este esquema de regulación tarifaria¹⁴.

¹⁴ Para más detalles al respecto, ver Sección 10.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico 7: Variación de Índice Tarifario e Ingreso Medio Regulado, caso de TPS



Fuente: Informe de fojas 781.

En relación con la información así graficada, el informe de fojas 781 señala que *“los ingresos medios de servicios regulados han evolucionado sistemáticamente a la baja, en contraste con el crecimiento tarifario. Esto es, si bien la regulación existente le habría permitido a TPS cobrar precios mayores, la propia dinámica del mercado actúo como un poderoso disciplinador”*.

Según esta fuente de información, el nivel del ingreso medio efectivo (por tonelada movilizada) cobrado en el año 2006, considerando el agregado de los servicios portuarios regulados vía tarificación, sería un poco más de 20% inferior al valor indexado del índice tarifario máximo al cual se comprometió TPS.

A modo de un chequeo alternativo —y por cierto imperfecto— sobre la magnitud estimada para las eventuales diferencias entre el valor del índice tarifario máximo comprometido por TPS y el valor de su ingreso medio efectivo (por tonelada), obtenido en la provisión de los servicios portuarios sujetos a un índice de tarifas máximas, este Tribunal ha calculado aproximaciones para ambos valores¹⁵ usando datos para el año 2009, respectivamente para TPS y STI.

Así, para calcular el valor del índice tarifario máximo, se ajustó anualmente el valor del correspondiente índice ofertado al año 2000 por cada concesionario, obtenido del informe de fojas 94 del expediente Rol NC 317-08, indexándolo según la variación porcentual anual del índice USPPI, a fin de obtener el índice de tarifas máximas correspondiente al año 2009. Por su parte, y como una forma de aproximar imperfectamente el ingreso medio efectivo obtenido por cada concesionario al proveer los cuatro servicios que se rigen por ese índice, se estimó un índice de tarifas efectivas, calculado en base a las tarifas publicadas actualmente por cada uno de esos cuatro servicios en las páginas web de TPS y STI, y aplicando a ellas la fórmula de ponderación señalada en el informe de fojas 94 del expediente Rol NC 317-08¹⁶.

¹⁵ Considerando la misma fórmula y esquema de ponderación definidos en el contrato de concesión, y cuyos detalles se explican en el informe de fojas 94 del expediente Rol NC 317-08.

¹⁶ Para el caso de STI, en la estimación de la tarifa efectiva se utilizó como ponderador de la tarifa de muellaje a la nave el parámetro lambda -que corresponde a la suma de las esloras de las naves

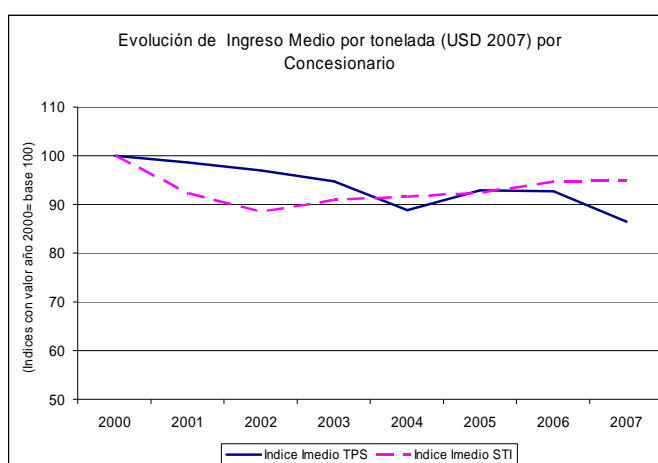
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Según este cálculo, al año 2009 el índice de tarifas efectivas se encontraría por debajo del índice de tarifas máximas comprometidas en torno a 8% de este último índice para el caso de TPS, y casi 6% en el caso de STI¹⁷.

Como tercer y último ejercicio de análisis sobre la evolución de las tarifas promedio efectivamente cobradas por los concesionarios TPS y STI, pero ahora además incluyendo lo ocurrido con las tarifas de los servicios que no están sujetos a tarifas o índices de tarifas máximas -- los que, como lo señala la FNE a fojas 887, equivaldrían al año 2007 aproximadamente a un 30% de los ingresos totales de los concesionarios, este Tribunal ha utilizado la estimación del ingreso medio (por tonelada) reportada en el informe de fojas 143 del expediente Rol NC 317-08, que considera los ingresos obtenidos en el total de los servicios portuarios provistos por uno y otro concesionario, incluyendo por lo tanto los servicios sujetos a tarifas máximas y también los que no lo están. A partir de estos datos, este Tribunal ha calculado los correspondientes índices del ingreso medio estimado para TPS y para STI, definiendo ambos índices con valor igual a 100 para los respectivos valores de los ingresos medios al año 2000. Así, si el valor de alguno de estos índices fuese igual a 90 al año 2007, por ejemplo, ello implicaría que esta estimación del ingreso medio efectivo, por tonelada movilizadora y considerando el total de servicios portuarios ofrecidos por cada concesionario, sería 10% inferior al valor del correspondiente ingreso medio al año 2000.

El siguiente gráfico reporta la evolución de los correspondientes índices, tanto para TPS como para STI.

Gráfico 8: Valores índice (año base 2000=100) del Ingreso Medio (total) por tonelada (USD 2007) de los operadores concesionados STI y TPS, período 2000-2007.



Fuente: Elaboración propia en base a información del expediente Rol NC 317-08 a fojas 143.

atendidas durante un año multiplicadas por su tiempo de estadía, divididas por la carga total transferida en un año- obtenido del informe de fojas 94 del expediente Rol NC 317-08 del año 2007. Por otra parte, para el caso de TPS se consideró el valor correspondiente al parámetro lambda del año 2008 reportado en el mismo informe. Todo lo anterior, naturalmente a modo de cálculo aproximativo, por cuanto este Tribunal no contó con el valor de estos dos parámetros para el año 2009.

¹⁷ Para el cálculo se consideró la mayor tarifa de Uso de Muellaje a la Nave reportada por STI en su página web, tal como se señala que deben ser consideradas en el cálculo del índice tarifario en el expediente Rol NC 317-08 fojas 277, la que corresponde a la tarifa de "Uso de Muelle a la Nave Otras Naves".

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Así, según esta estimación de los ingresos medios por tonelada movilizada, los precios promedios de ambos concesionarios habrían experimentado una tendencia decreciente, durante el periodo 2000-2007, siendo los ingresos medios al año 2007, de TPS y de STI, inferiores en 14% y 5%, respectivamente, en relación a sus ingresos medios estimados para el año 2000.

En definitiva, y considerando el conjunto de antecedentes analizados sobre las tarifas cobradas por STI y TPS, a partir del rango de valores obtenidos para las diferencias estimadas entre el índice tarifario máximo comprometido por cada concesionario y su correspondiente ingreso medio efectivo, este Tribunal infiere que ello es indiciario de algún grado de competencia interportuaria en el mercado relevante. Sin embargo, a partir de ello no le es posible concluir, o formarse convicción, sobre la intensidad de tal competencia.

En efecto, y en relación con esto último, cabe precisar que en sectores productivos con costos totales de producción fuertemente dependientes de costos fijos, es dable esperar que el nivel del costo promedio de producción evolucione en forma inversa a los cambios observados en el volumen total producido.

Esta deducción, de validez general, es de particular interés en el caso portuario, sobre todo en la transferencia de carga en contenedores. En efecto, como fue planteado en información provista por empresas portuarias chilenas ante la Comisión Preventiva Central, durante la primera fase de licitaciones de concesiones portuarias en Chile (año 1999), y según se indica en el informe de fojas 142 del expediente Rol NC 317-08: *“En el caso del manejo de contenedores, alrededor del 80% del costo total anual de un frente de atraque es independiente de la cantidad de carga movilizada. Por ello, en la medida que aumenta el volumen de carga transferida disminuye el costo medio de provisión de infraestructura...Así, hay estudios, basados en la experiencia inglesa, que demuestran que un aumento de 7,5 veces en la cantidad de contenedores transferidos por un frente, ocasiona una disminución de 7 veces en el costo unitario”*.

La cita previa plantea una correlación casi de 1:1, pero de signo negativo, entre cambios en el volumen total producido y el nivel del costo unitario. Al respecto, y considerando los muy significativos aumentos observados en los volúmenes de la carga movilizada en contenedores durante el periodo 2000-2008 (véase Gráfico 3), se podría entonces quizás pensar que los porcentajes estimados de reducción en las tarifas efectivas cobradas por TPS y STI podrían ser reflejo de un bajo grado de traspaso de los ahorros resultantes en costos, a los precios a nivel de usuario de los servicios portuarios; y ello, como resultado de una eventual baja intensidad de competencia en el mercado relevante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sin embargo, el planteamiento anterior no permite a este Tribunal extraer alguna deducción concluyente al respecto, por cuanto no considera que tanto TPS como STI han realizado inversiones durante el período 2000-2008, cuyos valores estimados se reportan en el cuadro 10, incrementado así el valor de sus costos fijos durante el periodo de su concesión. Adicionalmente, es probable que las inversiones realizadas hayan cambiado la tecnología de producción de los servicios portuarios.

Cuadro 10: Inversiones efectuadas por Concesionarios, período 2000-2008.

Frente de Atraque	MMUS\$
Concesionario Valparaíso (TPS)	64,6 ¹⁸
Concesionario San Antonio (STI)	99,5

Fuente: Elaboración Propia en base a información de fojas 844 y de fojas 797 del expediente Rol NC 317-08 y memorias 2007-2008 de TPS.

Así, y a modo de conclusión final en base a los diversos antecedentes considerados en esta Sección, este Tribunal infiere de la evidencia disponible en autos la presencia de algunos indicios parciales de competencia en la provisión de los servicios portuarios en el mercado relevante, sin que existan antecedentes suficientes que le permitan formarse convicción sobre la intensidad de competencia en dicho mercado.

Finalmente, un último aspecto que permite caracterizar las condiciones de competencia interportuaria en el mercado de autos son las restricciones de capacidad que enfrentan los dos actuales concesionarios. La intensidad o efectividad de tal competencia se verá restringida cuando alguno de los operadores portuarios alcance su límite de capacidad, ya que en ese caso toda o gran parte de la demanda residual será atendida por el operador con capacidad disponible, sin enfrentar para ello la competencia del operador con capacidad copada. Así, el precio de equilibrio del servicio portuario, en un escenario de oferta duopólica, estará determinado por el costo relevante de provisión del operador con capacidad copada, y ello independientemente de la capacidad disponible que tenga el otro operador.

Al respecto, la solicitante señaló a fojas 131 que la capacidad máxima de transferencia del Frente Concesionado de Valparaíso está próxima a ser alcanzada, considerando la tasa de crecimiento anual del volumen de carga en contenedores transferido en los últimos años por dicho frente. Según los datos que figuran en el Cuadro 8, esa tasa de crecimiento ha sido de un 21% anual en promedio durante los años 2000-2008. Por lo tanto, esta restricción de capacidad podría reducir la competencia interportuaria, en

¹⁸ Este monto considera la suma de las inversiones en activo fijo realizadas (a) en el período 2000 – 2006, equivalentes a US\$ 39MM, obtenidas del escrito aporte antecedentes TPS, y (b) las realizadas el año 2007 y 2008, equivalentes U\$12.3MM y U\$13.3MM, respectivamente, obtenidas de las Memorias de TPS correspondientes a los años 2007 y 2008.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tanto TPS no realice nuevas inversiones en su frente concesionado, y todavía no entren en operación algunas de las nuevas inversiones a que darán lugar las licitaciones de los dos espigones de los puertos estatales de la Región de Valparaíso.

El cuadro siguiente muestra las capacidades máximas y los volúmenes de carga transferidos por los cuatro frentes de atraque de uso público en la Región de Valparaíso, al año 2007.

Cuadro 11: Capacidad de Transferencia en la Región de Valparaíso por frentes de Atraque, al año 2007

Puertos	Frente de Atraque	Capacidad Transferencia Máxima Anual (TEUS/año) Estimación TPS	Capacidad Transferencia Máxima Anual (TEUS/año) Estimación en causa Rol NC 317-08	Transferencia efectiva, año 2007 (en TEUS)
Puerto de Valparaíso	Concesionario Valparaíso (TPS)	900.000	899.000	808.503
	Espigón Valparaíso (EPV)	150.000	50.000	36.714
Puerto de San Antonio	Concesionario San Antonio (STI)	1.400.000	1.115.050	501.458
	Espigón San Antonio (EPSA)	210.000	120.000	145.238

Fuente: Elaboración propia en base a información adjunta del informe de fojas 789 de los autos Rol NC 317-08 y fojas a 1151 – 1154.

Por lo tanto, y no obstante que STI presenta una ocupación de su frente concesionado que todavía no llega a la mitad de su capacidad máxima disponible, las restricciones de capacidad que enfrente TPS pueden reducir la competencia interportuaria en el mercado relevante, al menos hasta que no entren en operación nuevas inversiones en capacidad portuaria en este mercado, sea por parte de TPS en su actual frente concesionado, o bien aquellas a que darán lugar las licitaciones de los espigones de los puertos estatales de la Región de Valparaíso.

8.2.1.2. Situación Projectada

Los frentes de atraque que competirían directamente con el futuro Espigón de Valparaíso, una vez concesionado este último, son aquellos capaces de atender a la nave de diseño del proyecto de inversión a licitar, es decir, las naves de tipo panamax y post panamax, según se indicó en la Sección 7.1.3.

Es preciso recordar, tal como se ha dicho en la Sección 8.2.1.1 anterior, que los frentes de atraque capaces de atender naves de mayor tamaño, pueden prestar servicios a naves pequeñas, aunque lo inverso no ocurre; de manera que los frentes más grandes siempre pueden ser considerados sustitutos de los más pequeños, pero no lo inverso, dado que los frentes más pequeños sólo son capaces de competir con los más grandes en relación a las naves de menor tamaño relativo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El cuadro siguiente muestra las características y futuras capacidades máximas de transferencia de los frentes de atraque que forman parte del mercado relevante, suponiendo que se han ejecutado las obras obligatorias de los futuros concesionarios de los espigones, esto es, que han aumentado la longitud, calado y eslora máxima permitida de los espigones, en los términos que señalan las solicitudes de informe de las empresas portuarias de Valparaíso y San Antonio, Rol NC 313-08 y NC 317-08, respectivamente.

Cuadro 12: Características Futuras de los Frentes de Atraque según Calado, Eslora Máxima Permitida y Capacidad de Transferencia Máxima¹⁹

Frentes de Atraque	Longitud Frente de Atraque Total (mts.)	Calado (mts)	Eslora Máxima Permitida (mts)	Capacidad Transferencia Máxima Anual (TEUS/año) Estimación TPS	Capacidad Transferencia Máxima Anual (TEUS/año) Estimación en causa Rol NC 317-08
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
Concesionario Valparaíso (TPS)	984	14	628	900.000	1.015.000
Espigón Valparaíso (EPV) post Licitación	1.145	15	359	1.000.000	1.450.000
Concesionario San Antonio (STI)	900	15	294	1.500.000 ²⁰	1.305.000
Espigón San Antonio (EPSA) post Licitación	1.350	15	1.000	1.300.000	1.957.500

Fuente: (1) Solicitud de Informe EPV y Solicitud de Informe de EPSA Rol NC 317-08; (2) Solicitud de Informe EPV, Solicitud de Informe de EPSA Rol 317-08, Memoria Anual 2008 Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A y fojas 789 autos Rol NC 317-08; (3) Solicitud de Informe EPV y Solicitud de Informe de EPSA Rol NC 317-08. Para el caso de los frentes concesionados TPS y STI se consideran los datos de eslora máxima permitida actuales, ya que no se dispone de proyecciones sobre estos; (4) Información adjuntada por TPS a fojas 1152; (5) Informe de fojas 789, de los autos Rol NC 317-08.

Con respecto a las características de los frentes de atraque, el cuadro anterior muestra que los espigones dispondrán en general de mayor infraestructura (por ejemplo, calado) en relación a los frentes concesionados a TPS y STI. No obstante, se debe tener en cuenta que (a) es factible para estos últimos expandir en forma voluntaria la capacidad de los actuales frentes que operan, previa autorización de la empresa portuaria respectiva, y (b) que la probabilidad de que ello ocurra dependerá, por un lado, de la intensidad de la competencia existente y, por otro, de la aptitud y limitaciones naturales de expansión de cada sitio que conforma el frente de atraque.

Al respecto, y en base a la información disponible en autos, en el Informe del Panel de Expertos Portuarios titulado “Análisis de los planes de expansión de las empresas portuarias estatales de la V Región” de abril de 2007 (que rola a fojas 789 de los autos Rol NC 317-08), se señala que *“respecto a la potencial respuesta del Puerto de*

¹⁹ Los supuestos considerados para proyectar las capacidades máximas en el Informe de fojas 789 de los autos Rol NC N° 317-08 y por TPS no necesariamente son coincidentes. En el primer caso se considera que por cada metro lineal de muelle se transportan 1.450 TEUs, mientras que TPS no explicita en autos los supuestos utilizados para estimar la capacidad de transferencia máxima de cada frente.

²⁰ En la proyección de TPS aportada a fojas 1152 se señala que, al año 2011 STI alcanzaría esta capacidad de transferencia, y para el año 2026 estima que el Molo Sur tendría una capacidad de 3.200.000 (en TEUs). Esta última cifra incluye la capacidad del proyecto Dársena, el cual incrementaría la capacidad del Puerto de San Antonio pero no necesariamente la de STI, ya que no forma parte de sus proyectos opcionales (fojas 415), debiendo ser licitado por EPSA.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Valparaíso para enfrentar las restricciones de capacidad y sus efectos sobre la competencia interportuaria, es posible identificar las siguientes dificultades que presentan los proyectos de expansión existentes: i) el proyecto de TPS para modificar los sitios 4 y 5 no generan aumentos efectivos en la capacidad de transferencia (sólo produciría un aumento en el plazo de concesión)[...].”

No obstante, es factible para TPS incrementar los calados de los sitios 2 y 3, tal como se señala en su propia página web²¹ y en el “proyecto de impacto ambiental del frente concesionado de Valparaíso (TPS) para la profundización de los sitios 2 y 3”²². Por lo tanto, se podría afirmar que ambos frentes concesionados (TPS y STI) pueden incrementar su capacidad de transferencia por medio de nuevas inversiones en profundización de sus sitios, o de otra naturaleza, sin perjuicio de las diferencias que puedan existir entre las potencialidades naturales de expansión de uno y otro frente.

En cuanto a las posibles futuras participaciones de mercado, EPV proyecta las siguientes:

Cuadro 13: Proyecciones de participación de mercado por frente de atraque.

Carga en Contenedores	2010		2020		2025	
Concesionario Valparaíso (TPS)	9.487.691	48%	12.963.520	32%	13.402.890	25%
Espigón Valparaíso (EPV)	437.893	2%	7.160.940	18%	13.688.322	25%
Concesionario San Antonio (STI)	7.581.615	38%	11.832.924	29%	13.441.166	25%
Espigón San Antonio (EPSA)	2.343.969	12%	8.291.536	21%	13.650.045	25%
Total (tons)	19.851.168	100%	40.248.920	100%	54.182.423	100%

Fuente: Elaboración propia en base a la Solicitud. EPV considera que la primera obra obligatoria estará en funcionamiento a partir del año 2012 y la segunda el año 2021 y que la carga se distribuye según la capacidad de cada Frente de Atraque.

Este Tribunal no cuenta en autos con antecedentes para evaluar la robustez y, por tanto, el grado de validez de esta proyección.

No obstante lo anterior, este Tribunal estima que en definitiva las participaciones de mercado de cada operador portuario dependerán de la competencia entre éstos y, fundamentalmente, de las condiciones técnicas (por ejemplo, calidad del servicio, tiempos de espera) y comerciales (tarifas, descuentos por volumen, entre otras) de los servicios que ofrezcan a sus clientes, de manera no discriminatoria. Lo anterior sin perjuicio de que, como ya se señaló, las restricciones de capacidad de transferencia puedan afectar la aptitud de cada uno para competir en igualdad de condiciones.

8.2.2. Carga Fraccionada

²¹ En la página web de TPS se señala que en el año 2006 se habrían iniciado los trabajos de dragado en el sitio 3, para aumentar su profundidad a 15 metros, con el fin de atender a naves de mayor calado.

²² Informe obtenido del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Corporación Nacional de Medio Ambiente (CONAMA).

8.2.2.1. Situación Actual.

El siguiente Cuadro muestra la participación actual de los distintos frentes portuarios de uso público de la Región de Valparaíso que participan en la oferta de servicios portuarios de transferencia de carga fraccionada.

Cuadro 14: Carga Fraccionada Movilizada año 2008 - Puertos y frentes de atraque de la Región de Valparaíso

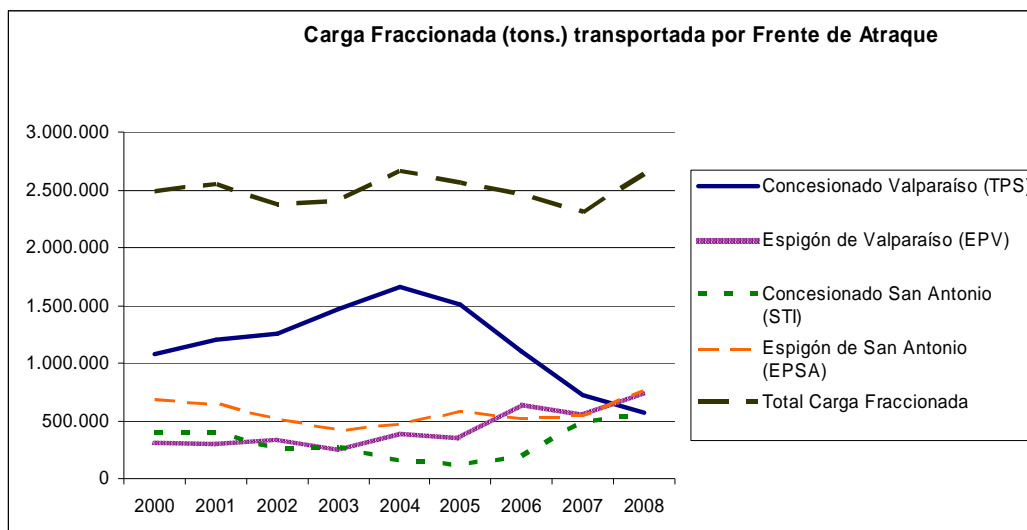
Puerto	Carga Fraccionada	
	Tons.	% del Total
Valparaíso	1.317.515	50,0%
Concesionario Valparaíso (TPS)	564.799	21,4%
Espigón Valparaíso (EPV)	752.716	28,5%
San Antonio	1.319.322	50,0%
Concesionario San Antonio (STI)	558.922	21,2%
Espigón San Antonio (EPSA)	760.400	28,8%
Total	2.636.837	100%

Fuente: Elaboración propia en base a información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio web www.subtrans.cl.

Del cuadro anterior se desprende que, tanto el Espigón de Valparaíso como el de San Antonio poseen participaciones de mercado equivalentes entre sí (29% cada uno). Asimismo, los Frentes de Atraque N° 1 de Valparaíso y Molo Sur de San Antonio también poseen participaciones casi idénticas entre sí, de 21% cada uno, en el total de la carga fraccionada movilizada en el año 2008.

Con respecto a la evolución de la carga fraccionada, en el siguiente gráfico se aprecia que la demanda total por este tipo de carga se ha mantenido relativamente constante entre los años 2000-2008, en términos de volumen.

Gráfico 9: Carga Fraccionada Transportada por frentes de Atraque, 2000-2008 (tons.)



Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud de Informe, del informe de fojas 143 del expediente Rol NC 317-08 e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio www.subtrans.cl.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El siguiente cuadro reporta las participaciones de mercado, de cada frente, en la movilización total de la carga fraccionada.

Cuadro 15: Participación relativa (%), por Frente de Atraje, en la Movilización de Carga Fraccionada (tons.), período 2000-2008.

Año	Puerto de Valparaíso		Puerto de San Antonio		Total	
	Concesionario (TPS) %	Espigón (EPV) %	Concesionario (STI) %	Espigón (EPSA) %	%	tons.
2000	43,5	12,7	16,0	27,7	100	2.475.550
2001	47,2	12	15,3	25,4	100	2.546.457
2002	53	14,4	10,6	21,9	100	2.372.755
2003	61	10,7	10,8	17,5	100	2.406.557
2004	62,3	14,6	5,7	17,4	100	2.654.322
2005	58,9	14	4,6	22,6	100	2.559.366
2006	44,9	26,4	7,5	21,2	100	2.458.697
2007	31,4	24	20,8	23,8	100	2.302.336
2008	21,4	28,5	21,2	28,8	100	2.636.837

Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud de Informe, del informe de fojas 143 del expediente Rol NC 317-08 e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio www.subtrans.cl

En el cuadro anterior se observa, tal como señala EPV en su Solicitud, que la participación del Frente Concesionario de Valparaíso en la transferencia de carga fraccionada ha disminuido considerablemente.

8.2.2.2. Situación Proyectada.

El siguiente cuadro ilustra la situación proyectada por EPV con respecto a las posibles futuras participaciones de mercado de los cuatro frentes de uso público que actualmente proveen servicios portuarios para carga fraccionada en la Región de Valparaíso.

Cuadro 16: Proyecciones de participación de mercado por frente de atraque.

CARGA FRACCIONADA	2010		2020		2025	
Concesionario Valparaíso (TPS)	388.888	16%	1.336.151	50%	1.241.074	45%
Espigón Valparaíso (EPV)	853.479	34%	0	0%	145.453	5%
Concesionario San Antonio (STI)	948.977	38%	1.336.151	50%	1.386.527	50%
Espigón San Antonio (EPSA)	293.390	12%	0	0%	0	0%
Total (tons)	2.484.734	100%	2.672.302	100%	54.182.423	100%

Fuente: Elaboración propia en base a la Solicitud. EPV considera que la primera obra obligatoria estará en funcionamiento a partir del año 2012 y la segunda el año 2021 y distribuyendo la carga según la capacidad de servicio de cada Terminal.

En el cuadro anterior, y de acuerdo a lo señalado por la Solicitante, es posible apreciar que EPV espera que, en el largo plazo, los principales actores en este mercado sean los actuales frentes concesionados, dado que los futuros espigones se especializarán en la atención de carga en contenedores, realizando inversiones específicas para ello,

y, en por lo tanto, EPV proyecta que estos últimos lograrán participaciones mayoritarias en este segmento del mercado.

Al respecto, este Tribunal no cuenta con antecedentes para evaluar la robustez y, por tanto, el grado de validez de esta proyección. No obstante lo anterior, estima que la evolución de la distribución de la demanda por servicios portuarios de carga fraccionada, entre los distintos operadores portuarios, dependerá de la intensidad de la competencia entre los respectivos frentes de atraque, ya que tanto los espigones como los frentes hoy concesionados estarán especializados en carga en contenedores.

8.3. Condiciones de ingreso.

Una vez caracterizada la oferta en el mercado relevante, es preciso referirse a las condiciones de ingreso o circunstancias que afectan la posibilidad, oportunidad y suficiencia de la entrada futura de nuevos competidores al mercado relevante.

En primer lugar, es necesario destacar que la Región de Valparaíso cuenta con escasas bahías naturales aptas para la instalación de nuevos puertos y que, si bien es técnicamente posible habilitar una bahía para estos efectos, ello implica costos de construcción muy significativos (por ejemplo, molo de abrigo, dragado) y con características de costos hundidos, por lo que resulta particularmente riesgoso para un potencial entrante replicar la infraestructura de los incumbentes.

Adicionalmente, y según los antecedentes de autos, a la fecha no se conoce de proyectos concretos destinados a instalar nuevos puertos de uso público en la Región de Valparaíso, por lo que este Tribunal no considera probable la entrada de nuevos competidores por la vía de instalar nuevos puertos de este tipo en la Región de Valparaíso, al menos en un plazo futuro que permitiese disciplinar eventuales conductas anticompetitivas, a corto y mediano plazo, del frente de atraque por licitarse.

En segundo lugar, tampoco existen en autos antecedentes concretos de proyectos de expansión de los Puertos de Valparaíso y San Antonio, en el corto y mediano plazo, distintos de los proyectos de inversión en los espigones de dichos puertos y de los proyectos de ampliación de los actuales operadores portuarios de los frentes ya concesionados, que permitan incorporar nuevos oferentes al mercado.

Lo anterior, no obstante que, de acuerdo a lo señalado por el plan de desarrollo de la Memoria Anual de EPV del 2008, existiría la posibilidad a más largo plazo de aumentar la oferta de servicios portuarios en el Puerto de Valparaíso, fuera de la poza de abrigo actual (esto es, los denominados proyectos Terminal 3 San Mateo y Terminal 4 Yolanda), lo cual incrementaría la capacidad de transferencia de ese puerto en 19 millones de toneladas (equivalente aproximadamente al 64% de la capacidad máxima

actual del Puerto de Valparaíso, estimada por TPS)²³. Por otro lado, según el Plan Maestro 2009 del Puerto de San Antonio, existe la posibilidad de ampliar a más largo plazo el Puerto de San Antonio a través de la construcción de un nuevo Frente de Atraque Exterior especializado en la transferencia de contenedores, lo cual incrementaría la capacidad de transferencia en 3.2 millones de TEUs anuales (lo que sería equivalente a dos veces la capacidad máxima actual del Puerto de San Antonio, estimada por TPS).

Además, tampoco existen antecedentes en autos que permitan suponer que, dentro de plazos futuros razonables, los puertos privados de uso privado de la Región de Valparaíso tengan intenciones de operar eventualmente como puertos de uso público, razón por la cual no se considera probable el ingreso de un nuevo competidor, por esta vía, en el mercado relevante de autos.

En conclusión, se observan significativas barreras de entrada al mercado relevante. Por ello, este Tribunal considera que, actualmente y sobre la base de los antecedentes disponibles en autos, las licitaciones de los espigones de Valparaíso y San Antonio son la única oportunidad de ingreso de nuevos competidores adicionales, en el corto y mediano plazo, al mercado relevante.

Por lo tanto, resulta imprescindible adoptar todos los resguardos necesarios para que el mecanismo de asignación que EPV finalmente utilice en la licitación del Frente de Atraque N° 2, promueva, en forma *ex post*, condiciones de provisión de los distintos servicios portuarios que se aproximen -en todo lo razonablemente posible- a las condiciones de oferta en un mercado competitivo, tanto en términos de cantidad, calidad y precio de dichos servicios.

8.4. La demanda.

Con respecto a los usuarios de los frentes de atraque de la Región de Valparaíso que movilizan carga general, es posible descartar que tanto los importadores como los exportadores sean usuarios relevantes para los efectos de este informe, ya que se encuentran bastantes atomizados, siendo en general poco significativos los porcentajes de carga transferidos en promedio por cada usuario.

En efecto, en el Frente Concesionado de Valparaíso (TPS) existen más de 4000 usuarios y el principal corresponde a la Corporación Nacional del Cobre (CODELCO), que representó menos de un 5% del tonelaje total movilizado durante el primer semestre del año 2009.

²³ Se utilizó para estimar el correspondiente porcentaje de toneladas de transferencia la regla de conversión señalada por el informe adjuntado a fojas 781, según el cual un TEU correspondería a un volumen máximo de carga del orden de 28 toneladas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Si bien se han descartado los exportadores e importadores como usuarios relevantes, son los usuarios intermedios -en particular, los agentes de nave y las compañías navieras— en donde se concentran los principales usuarios relevantes de los servicios portuarios de la Región de Valparaíso. En efecto, del siguiente cuadro se desprende que más del 70% del total de la carga general en el mercado relevante es movilizada por 7 agentes de nave.

Cuadro 17: Tonelaje Movilizado (total carga general) por Agente de Nave, por Frente, año 2008

Agentes de Nave	Puerto Valparaíso		Puerto de San Antonio		Total
	Concesionario (TPS)	Espigón (EPV)	Concesionario (STI)	Espigón (EPSA)	
SUDAMERICANA AGENCIAS AEREAS Y MARITIMAS S.A. (SAAM)	22,4%	38,8%	39,1%	40,5%	30,6%
AGENCIAS UNIVERSALES S.A. (AGUNSA)					
AGENTAL					
NYK SUDAMERICA (CHILE) LIMITADA	10,9%	1,0%	0,2%	3,6%	6,0%
ULTRAMAR AGENCIA MARITIMA LTDA.	49,9%	22,9%	11,7%	33,6%	33,8%
MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY (CHILE) S.A.					
GREEN ANDES CHILE SOCIEDAD ANONIMA					
COMPAÑÍA NAVIERA VALPARAÍSO	4,4%	1,4%	2,5%		3,2%
MARITIMA VALPARAISO CHILE S. A.					
A J BROOM Y CIA SAC	1,7%	3,4%	21,7%	10,6%	9,5%
MAERSK			24,1%		8,5%
OTROS	10,8%	32,4%	0,8%	11,7%	8,4%
Total %	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Total (tons)	9.950.103	953.226	6.764.709	1.601.251	19.062.521

Fuente: Elaboración propia en base a información de fojas 1302 y 1326.

Nota: Los porcentajes indicados suman la participación de las agencias de nave relacionadas entre sí.

Asimismo, y según la información reportada en el siguiente cuadro, más de un 60% de total de la carga general transportada en el mercado relevante es movilizada por 7 compañías navieras. Por otra parte, y en relación específicamente con el eslabón o segmento productivo de las empresas navieras, los niveles de concentración industrial varían según el frente de atraque del que se trate; por ejemplo, en el Espigón de Valparaíso (EPV), un 60% del total de la carga general es transportada por 4 compañías navieras.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro 18: Tonelaje Movilizado (total carga general) por Compañía Naviera por
Frente, año 2008

Usuario	Puerto Valparaíso		Puerto de San Antonio		Total
	Concesionario (TPS)	Espigón (EPV)	Concesionario (STI)	Espigón (EPSA)	
COMPAÑÍA SUDAMERICANA DE VAPORES S.A.	16,5%	31,6%	33,3%	20,5%	22,6%
COMPANIA CHILENA DE NAVEGACION INTEROCEANICA S.A.					
NYK LINE (NIPPON YUSEN KAISHA)	8,5%	2,9%	0,3%	5,0%	5,6%
MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY	24,2%				14,1%
HAMBURG SUD	13,8%		4,6%		9,4%
MAERSK			26,1%		7,7%
HAPAG LLOYD CHILE	9,0%				5,3%
EVERGREN	6,8%				4,0%
CMA-CGM CHILE S A	1,7%		8,2%	4,7%	3,7%
KAWASAKI KISEN KAISHA LTD (Kline)	5,9%		0,2%	1,4%	3,6%
MITSUI OSK LINE	4,2%			9,0%	3,0%
SEABOARD MARINE	4,4%	0,8%			2,6%
MARUBA			7,1%	2,3%	2,3%
GEAR BULK			2,9%	8,6%	1,4%
NYK COOL AB	2,3%				1,4%
A.P.L. AMERICAN PRESIDENT LIN			0,4%	17,6%	1,3%
ALIANCA TRANSP. MARIT. (H.S.)			4,1%		1,2%
TRANSMARES NAVIERA CHILENA	0,9%	9,8%		1,5%	1,2%
EMP MARITIMA DEL ESTADO			3,0%		0,9%
EUCOR CAR			0,6%	9,3%	0,8%
PACIFIC SEAWAYS	0,2%	10,0%			0,7%
BBC CHARTERING	0,1%	8,3%		1,4%	0,6%
CHARTER FIERRO		9,5%			0,5%
OTROS	1,5%	27,1%	9,2%	18,8%	6,4%
Total %	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Total (tons)	9.950.103	953.226	5.041.147	1.120.678	17.065.154

Fuente: Elaboración propia en base a información de fojas 1326.

Nota: Los porcentajes indicados suman la participación de las compañías navieras relacionadas entre sí.

En base a las participaciones de mercado así definidas, y bajo el supuesto de que se impusieran las mismas restricciones establecidas por el Dictamen 1045, los usuarios que no podrían participar con más del 40% de la propiedad de la futura concesión del espigón de Valparaíso son: las agencias de nave relacionadas SAAM, AGUNSA y AGENTAL ya que en conjunto son consideradas usuarios relevantes al transferir más de un 25% de la carga general en el frente a licitar y adicionalmente porque transfieren más de un 15% de la carga en el mercado relevante. Tampoco podría participar con más del 40% de la propiedad de la futura concesión por licitarse los agentes de nave relacionados ULTRAMAR, GREEN ANDES y MSC, ya que transfieren un 34% de la carga general transportada en el mercado relevante.

Asimismo, aquellas empresas navieras que tampoco podrían participar con más del 40% de la propiedad de la futura concesión del espigón de Valparaíso son: CSAV y CCNI, ya que son considerados usuarios relevantes al transferir más de un 25% de la carga general en el frente a licitar, y adicionalmente porque transfieren más de un 15% de la carga en el mercado relevante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por otra parte, es preciso tener en consideración que las compañías navieras no sólo se encuentran concentradas en términos de la participación que poseen en la transferencia de la carga general total, por frente de atraque y en la Región de Valparaíso en su conjunto, sino que también presentan significativa concentración en función de las rutas que atienden. Al respecto, y considerando algunos importantes puertos de destino para carga en contenedores, con origen de ésta en alguno de los frentes portuarios del mercado relevante de autos, el siguiente cuadro ilustra los correspondientes porcentajes de concentración, por puerto principal de destino, para el caso de volúmenes (cajas) de frutas exportadas desde la Región de Valparaíso durante la temporada 2007-2008.

Cuadro 19: Cajas de Frutas Exportadas en Contenedores desde Región de Valparaíso a algunos puertos de destino (temporada 2007-2008)

Puerto de Destino	Total Transportado al respectivo puerto de destino	Total Transportado por Compañía Naviera al respectivo puerto de destino	% del Total Transportado por Compañía Naviera al respectivo puerto de destino	
Algeciras	3.305.202	Maersk	3.303.023	99,9%
Barcelona	1.383.095	Maersk	886.812	64,1%
		CSAV	286.571	20,7%
Felixstowe, UK	3.648.467	Maersk	3.573.534	97,9%
Jeddah, Saudi Arabia	1.449.322	Maersk	1.211.158	83,6%
New York	2.414.988	Am Pres L	1.490.507	61,7%
Róterdam	23.569.134	Maersk	11.016.459	46,7%
		CSAV	5.902.071	25,0%
Hong Kong	4.989.248	CSAV	808.689	16,2%
		CCNI	1.337.091	26,8%
		Colombus	1.321.734	26,5%
Filadelfia	10.509.242	Maersk	2.863.841	27,3%
		CSAV	2.259.446	21,5%
		Mediterranean	2.132.577	20,3%
		Nykcool	2.400.316	22,8%

Fuente: Elaboración propia en base a información presentada a fojas 2502 del expediente rol NC 317-08.

A partir de lo anterior, y en la medida que existan límites a la desafiabilidad en el mercado del transporte marítimo que presentan elevada concentración, es posible inferir que las compañías navieras integradas verticalmente con el operador portuario tendrían incentivos para incurrir en conductas discriminatorias o exclusorias en el mercado relevante, debido a la alta concentración del mercado de transporte marítimo por rutas, tal como se señalará más adelante en la Sección 11.3.2.

Además, se debe tener en cuenta que los contratos existentes entre los concesionarios de los puertos y sus clientes o líneas navieras, generalmente poseen duraciones de un año o más, tal como señala TPS a fojas 844. Así, no sería del todo infrecuente que en este mercado prevalezcan relaciones contractuales, entre la empresa portuaria concesionaria y sus clientes, con plazos más largos que meras

transacciones spot.²⁴ Ello podría dificultar la competencia entre frentes portuarios, en caso de intentarse contratos con compañías navieras previamente servidas por la competencia. No obstante lo anterior, este Tribunal no cuenta con antecedentes respecto de las cláusulas de salida de estos contratos y, por lo tanto, no dispone de antecedentes suficientes para formarse convicción respecto de qué tan probable sería, en el mercado de autos, poder arrebatarse clientes a operadores portuarios rivales. En todo caso, los números relativamente bajos de traspasos de usuarios entre TPS y STI, reportados para un periodo total de 8 años (2000-2007), y referidos en la Sección 8, proveen indicios parciales de que los costos de cambio para los usuarios no serían del todo despreciables.

9. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN.

9.1. Introducción.

Tratándose de la asignación de derechos exclusivos sobre insumos o infraestructuras escasas destinadas a proveer servicios a usuarios finales, dos son los ámbitos de competencia que corresponde resguardar: (i) las condiciones de competencia en la licitación misma o competencia *ex ante*; y, (ii) las condiciones de la provisión de los servicios portuarios o competencia *ex post*.

En esta Sección se abordarán las condiciones de competencia *ex ante*, ya que la concesión resultante asignará a una única empresa el derecho exclusivo y excluyente de operar el frente de atraque objeto de la Licitación. Por lo tanto, es imprescindible que el mecanismo de asignación que EPV utilice finalmente promueva condiciones de provisión de los distintos servicios portuarios que se aproximen -en todo lo razonablemente posible- a las condiciones de oferta en un mercado competitivo, tanto en términos de cantidad, calidad y precio de dichos servicios.

La importancia de este último desafío adquiere, además, particular relevancia en el caso de la licitación de autos, y también para la futura licitación del espigón del puerto de San Antonio (causa Rol NC 317-08), por cuanto, una vez resueltas ambas licitaciones, los antecedentes disponibles en autos indican que, a corto y mediano plazo, no habrán frentes de atraque adicionales que se pudieran incorporar a la oferta

²⁴ S. Craig Pirrong (Journal of Law & Economics, vol. XXXVI, October 1993), al analizar evidencia sobre contratos entre firmas navieras y usuarios de carga a granel, concluye que esos contratos pueden estipular plazos bastante largos, en ocasiones con duración contractual de más de 15 años. Entre los factores que incentivarían un mayor uso de contratos a más largo plazo, se menciona la presencia de mayores economías de escala en el transporte entre un par de puertos y también cuán específico es el uso posible de dar a la nave que permite transportar un determinado tipo de carga. Al respecto, es un hecho público y notorio que las naves porta-contenedores permiten la apropiación de significativas economías de escala, y a la vez requieren diversas inversiones con valor de uso específico. Por ello, y siendo reconocida además la fuerte importancia de programaciones anticipadas para coordinar los tiempos y rutas de transporte de la carga en contenedores que debe movilizar una determinada naviera, es dable esperar y presumir que en el transporte marítimo de contenedores no sea del todo infrecuente el uso de contratos con duraciones superiores a 1 año.

relevante para el segmento de movilización portuaria, en la Región de Valparaíso, de carga en contenedores.

Así, para lograr el objetivo propuesto, a continuación se analizará primero el marco regulatorio aplicable a la asignación en concesión de frentes estatales, de acuerdo con la Ley y el respectivo Reglamento de Licitaciones Portuarias²⁵ (en adelante, el Reglamento), cuyas normas deben entenderse incorporadas a las Bases de la Licitación por el solo ministerio de la ley. Luego, se analizarán las proposiciones de EPV y, finalmente, se presentarán los resguardos adicionales que este Tribunal estima relevante incorporar para promover la libre competencia en la Licitación y de esta manera incentivar a su vez la ocurrencia de condiciones asimilables a la libre competencia en la provisión de servicios portuarios en el mercado relevante.

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

Los principales resguardos para la competencia, que resultan aplicables a la asignación en concesión de frentes de atraque estatales, serán agrupados por materias, de la siguiente forma: (i) subsidiariedad y mecanismos de asignación de uso de frentes de atraque estatales; (ii) criterios de adjudicación; (iii) modalidad de licitación y criterios de evaluación; (iv) canon anual; (v) otros pagos del concesionario a EPV; y, (vi) contenidos mínimos, plazos, garantías y sanciones.

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

El artículo 19º de la Ley dispone que la construcción y desarrollo de nuevos frentes de atraque debe ser efectuada por privados mediante concesiones portuarias licitadas públicamente, y sólo subsidiariamente por las empresas portuarias estatales.

De acuerdo con el artículo 5º de la Ley, la prestación de los servicios en los recintos portuarios estatales debe efectuarse por privados o con participación de éstos, y sólo subsidiaria o excepcionalmente por las empresas portuarias estatales.

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

²⁵ Decreto Supremo N° 104 de 1998, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

(ii) *Criterios de adjudicación.*

El artículo 9º del Reglamento dispone que EPV puede elegir el criterio de adjudicación que se utilizará.

En su Solicitud, y de acuerdo con el borrador de Bases de la Licitación, EPV propone utilizar el “*Pago Unitario Adicional*” como criterio de adjudicación, esto es, la mayor cantidad de dinero ofertada por cada tonelada transferida; y, en el evento de que dos o más postulantes ofrezcan el “*Pago Unitario Adicional Máximo*”, la concesión se adjudicará al postulante que oferte el mayor “*Pago de Desempate*”.

Al respecto, este Tribunal estima que el criterio económico de adjudicación propuesto por EPV podría derivar, en principio, en que la concesión fuese entregada al postulante más eficiente. Sin embargo, tal criterio en nada garantiza -y ni siquiera incentiva a- que la provisión de los servicios portuarios se aproxime, en la medida de lo razonablemente posible, a las condiciones de oferta en un mercado competitivo, tanto en términos de cantidad, calidad y precio de dichos servicios.

En relación a lo expresado por EPV en cuanto a que el único criterio de adjudicación que puede utilizar, de acuerdo al contrato de concesión suscrito con TPS, es la cantidad de dinero ofrecida, cabe precisar que la cláusula contractual en cuestión (punto 7.6) podría tener efectos relativos, pero en caso alguno obliga a terceros o a este Tribunal.

Por consiguiente, y dado que las condiciones que este Tribunal fije para la Licitación son de orden público, EPV deberá ajustarse al criterio de adjudicación que se establezca en este informe.

Al respecto, este Tribunal considera que, desde el punto de vista de la libre competencia, es imprescindible que el criterio de asignación que se utilice sea el menor índice tarifario ofrecido en la Licitación por los servicios básicos, esto es, el menor promedio ponderado de cada una de las tarifas por los servicios sujetos a valores máximos (índice de adjudicación). Las tarifas de cada servicio con las cuales resulte adjudicada la Licitación, se constituirán en la tarifa máxima aplicable al correspondiente servicio básico, o bien se emplearán para construir los índices máximos aplicables a cada uno, según se explicará en detalle en el numeral (iii) de la Sección 10.2.

Por consiguiente, EPV deberá establecer en las bases de la licitación una metodología o fórmula de ponderación de las tarifas de cada uno de los servicios que de acuerdo a la Sección 7.1.2 deben ser considerados básicos, la que deberá ponderar cada tarifa según la importancia relativa que proyecte que tendrá cada servicio en los ingresos del concesionario durante el período de vigencia de la concesión portuaria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En caso de empate, 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 máximo que, en caso alguno, podrá ser más alto que el primitivo.

Adicionalmente, y con el objeto de asegurar que los precios por los servicios portuarios ofertados se aproximen lo más posible a los que existirían en un mercado competitivo, este Tribunal estima indispensable que EPV establezca un índice de adjudicación máximo de reserva secreto, en virtud del cual puedan ser rechazadas la o las ofertas que lo excedan y, en el caso de que todas las ofertas se encuentren en esta situación, la Licitación sea declarada desierta.

(iii) Modalidad de licitación y criterios de evaluación.

De acuerdo con el artículo 5º del Reglamento corresponde al Directorio de EPV determinar las distintas modalidades del proceso de licitación (propuesta en sobre cerrado, remate, etc.), y si éste contemplará una o más etapas, señalando los aspectos mínimos que debería abordar una primera etapa.

EPV propone en su Solicitud realizar un esquema de licitación que contemple “*Un Solo Proceso Licitatorio con Dos Grupos de Propuestas*” y explica que se abrirían primero las propuestas del Grupo Uno y, sólo si ninguno de los oferentes de ese grupo se adjudicara la Licitación, se abrirían las propuestas del Grupo Dos, siendo necesario en este último caso alzar la restricción a la integración horizontal intraportuaria que afecta al actual concesionario del Frente de Atraque Nº 1 (TPS), sus accionistas o personas relacionadas.

A su vez, el borrador de bases de la Licitación presentado por EPV, señala en los párrafos 4 y 5 del punto 2.12:

“Una oferta podrá ser desestimada o rechazada si el plan referencial de desarrollo del frente de atraque que se presenta es considerado incoherente o no factible por parte de la comisión evaluadora.

La empresa se reserva la facultad de aceptar o rechazar cualquier oferta o declarar desierta la licitación sin necesidad de expresar motivo alguno”.

Esto último se señala también en la letra b) del punto 2.15 de las mismas bases²⁶.

Al respecto, y sin perjuicio de que el eventual establecimiento de restricciones a la integración horizontal será abordado en la Sección 11, este Tribunal considera recomendable que EPV defina un mecanismo de licitación que busque maximizar los

²⁶ 2.15 letra b) “EPV tendrá la facultad de rechazar todas las ofertas presentadas o declarar desierta la Licitación, sin derecho a indemnización alguna a los Oferentes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incentivos para que los participantes compitan entre sí en función de un menor índice tarifario ofertado a los usuarios de servicios básicos, para lo cual 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 por las cuales la Licitación o cualesquiera de sus etapas puede ser declarada desierta.

En efecto, una facultad como la que se establece en el párrafo 5 del punto 2.12 del borrador de Bases de la Licitación, que permite a EPV “*aceptar o rechazar cualquier oferta o declarar desierta la licitación sin necesidad de expresar motivo alguno*”, eleva el riesgo de un comportamiento arbitrario por parte de la licitante, incrementando el costo esperado de interesados en competir en la Licitación y generando, por lo tanto, desincentivos artificiales de participación que reducen la probabilidad de lograr una competencia *ex ante* vigorosa y eficiente.

Por consiguiente, este Tribunal estima que dicha facultad no podrá ser contemplada por las Bases de la Licitación y, en su lugar, EPV deberá atenerse a criterios objetivos de evaluación previamente establecidos y conocidos por los postulantes, a excepción del índice de adjudicación máximo de reserva que, como se dijo, deberá mantenerse en secreto mientras la Licitación no sea adjudicada.

(iv) *Canon anual.*

El inciso tercero del artículo 7º de la Ley 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 la misma. Lo mismo se señala en el inciso primero del artículo 6º del Reglamento.

Además, de acuerdo con el artículo 6º del Reglamento, tratándose de la primera licitación del Frente de Atraque N°2 del Puerto de Valparaíso, EPV no puede cobrar por concepto de renta o canon un monto inferior al “*pago anual equivalente mínimo*” (PAMi), cuya determinación debe efectuarse asimilando el valor económico de los activos objeto de concesión a los valores libro vigentes para los mismos, a menos que EPV estime que su valor económico difiere significativamente de aquél. En este último caso, EPV debe fundamentar el valor económico de los activos en un estudio técnico.

En cuanto a la propuesta de EPV, en la Sección 9.2 del borrador del contrato de concesión adjuntado a la Solicitud se contempla la obligación del concesionario de pagar un canon anual, indexado por el US PPIAF²⁷, por el derecho a explotar la concesión. Así, de acuerdo con la mencionada Sección 9.2:

²⁷ Que corresponde a la variación del USPPPI experimentada en un año contractual, donde el USPPPI corresponde al índice mensual de precios del productor para mercancías terminadas no ajustado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Para el primer año contractual, dicho canon anual corresponderá a un monto fijo en dólares (US\$);
- A partir del segundo año, corresponderá a un monto en dólares por cada tonelada transferida en caso que el tonelaje anual sea menor o igual a la Capacidad Actual²⁸, y otro valor en caso de que sea superior;
- A partir del cuarto año, el canon anual anterior se incrementará en una suma en dólares equivalente al producto entre el *Pago Unitario Adicional*, el tonelaje anual y el índice PPIAF.
- Todo lo anterior, sin perjuicio de que dicho canon anual no pueda en ningún caso ser inferior a un monto fijo en dólares, indexado por el US PPIAF correspondiente, y de los incrementos que pueda experimentar en caso de incorporación de áreas que no están originalmente incluidas en la concesión, pero que sea posible incorporar opcionalmente.

Al respecto, y sin perjuicio de que los montos no aparecen determinados aún por EPV, cabe señalar que lo relevante desde el punto de vista de la libre competencia es que el canon anual no sólo tenga un mínimo, sino también que el monto del canon anual diga relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión. Dada tal relación con el costo de los activos por concesionar, el monto del canon anual debe contribuir a facilitar que las ganancias de eficiencia del concesionario se puedan traducir en mejores condiciones de precio, cantidad y calidad para todos los usuarios, y no en un eventual traspaso de rentas monopólicas desde el concesionario a la empresa portuaria.

En este sentido, a juicio de este Tribunal y tal como ya se señaló en el Informe 4, para que el canon anual que EPV cobrará, 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 su valor económico total, dado que el valor económico total de los activos concesionados podría incluir la posibilidad de generar, con ellos, rentas monopólicas frustrando así los resultados pro-competencia y de mayor eficiencia asignativa que se esperan del sistema de concesiones portuarias.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal estima que el canon anual no necesariamente debe calcularse asimilando el valor económico total de los activos objeto de concesión a los valores libro vigentes. Más bien, este Tribunal estima que EPV debiera utilizar

estacionalmente, que publica la Oficina de Estadísticas Laborales del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos de América.

²⁸ Según lo definido en el borrador de contrato de concesión, esta capacidad significa 1.800.000 toneladas por año.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como criterio de valorización el costo de reposición de los activos entregados en concesión, si éste último valor fuere mayor que los valores libro.

En este sentido, la propuesta de EPV no se ajusta a los criterios señalados y no puede ser aceptada, porque un canon anual que depende directamente del tonelaje anual efectivamente movilizado, y que además se incrementa en la medida que se efectúan inversiones por parte del concesionario, no necesariamente se relaciona con el valor libro o el costo de reposición de los activos concesionados, sino probablemente con la rentabilidad que para el concesionario tendrá el negocio.

Por lo tanto, en el caso de autos y para efectos de calcular el canon anual, este Tribunal estima que la Solicitante deberá asimilar el valor económico de los activos objeto de concesión ya sea a los valores libro vigentes para los mismos, o al costo de reposición de las instalaciones existentes.

(v) Otros pagos del concesionario a EPV.

Además del canon anual, en el punto 9.1 del borrador del contrato de concesión adjuntado a la Solicitud se contempla un Pago Inicial, por parte del concesionario a EPV al momento de suscribirse el contrato de concesión.

Así, de acuerdo con el mencionado punto 9.1 el Pago Inicial será un monto fijo en dólares que comprenderá los diversos conceptos que se señalan en las Bases.

Al respecto, este Tribunal considera que, desde el punto de vista de la libre competencia, es necesario que los pagos que el concesionario deba efectuar a EPV estén asociados a costos, tales como aquellos que produzca la Licitación o los necesarios para financiar la operación eficiente de la Solicitante.

(vi) Contenidos mínimos, plazos, garantías y sanciones.

Cabe señalar que, según se desprende del artículo 50º de la Ley y de las consideraciones del Reglamento, este último regula los procedimientos y condiciones mínimas de la Licitación, con el objeto de propiciar la libre competencia y otorgar garantías de equidad a los concesionarios de los puertos estatales.

En este contexto, cabe destacar que el Reglamento exige, en su artículo 3º, la elaboración de una Memoria Explicativa por parte de EPV señalando las materias mínimas que ésta debe abarcar, mientras que el artículo 4º establece los contenidos mínimos de las Bases de la Licitación que EPV debe elaborar, en concordancia con su Memoria Explicativa.

Al respecto, este Tribunal estima indispensable que se encuentren predefinidos con claridad y precisión por EPV, tanto la capacidad de la infraestructura como los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes, tal como se observa en el borrador de Bases de la Licitación.

Lo anterior a fin de que la competencia por tarifas que ha propuesto este Tribunal se produzca entre servicios de calidad y características de infraestructura equivalentes, y con ello los postulantes estén en mejores condiciones de evaluar los costos y riesgos de la provisión de los servicios. Ello incrementará la información disponible y su simetría entre los postulantes, favoreciendo con ello mejores condiciones de competencia en la licitación.

Por otra parte, el establecimiento de plazos mínimos para la presentación de las propuestas a que se refiere el artículo 7º del mismo cuerpo reglamentario, favorecen la competencia en la Licitación ya que aseguran a los postulantes información que es esencial para participar.

Adicionalmente, la existencia de requisitos generales para participar y el deber de publicar el llamado a licitación en diarios de circulación nacional (artículos 7º y 8º del Reglamento), contribuyen a incrementar el número de interesados.

Ahora bien, en relación con el plazo de vigencia del contrato de concesión y de acuerdo con los artículos 14º de la Ley y 12º del Reglamento, la concesión portuaria del frente de atraque objeto de la Licitación no puede exceder de 30 años. La propuesta de EPV contempla otorgar la concesión por un plazo de 20 años, prorrogable por un período de 10 años adicionales, si el concesionario ejecuta un proyecto de inversión opcional definido por EPV en las Bases de la Licitación. Al respecto, la extensión de estos plazos puede, por un lado, contribuir a incrementar el número de interesados dispuestos a realizar inversiones, no obstante, también puede incrementar el eventual daño a la libre competencia que podría ocasionar una asignación inadecuada.

Conforme con el artículo 13º del Reglamento, EPV debe contemplar en las bases de la Licitación 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 14º dispone que la garantía de fiel cumplimiento no podrá tener un monto inferior al 100% del ingreso anual que perciba EPV por concepto de canon.

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

De acuerdo con el artículo 4º del Reglamento, las bases de la Licitación deben contemplar el régimen de sanciones y multas aplicables a los incumplimientos del concesionario.

En opinión de este Tribunal, y siguiendo lo señalado a este respecto en el Dictamen 1045 y en el Informe 4, las sanciones y multas aplicables deben ser disuasivos eficaces del incumplimiento de las obligaciones del concesionario que tienen por objeto resguardar la libre competencia.

10. RESGUARDOS CONDUCTUALES DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS

10.1. Introducción.

Como se señaló anteriormente, no basta con asegurar que la asignación del frente de atraque se efectúe mediante una licitación competitiva, ya que es preciso también resguardar que la provisión de los servicios portuarios, una vez adjudicado el frente objeto de este Informe, sea consistente con las normas de defensa de la libre competencia.

Esta Sección abordará las condiciones de competencia en la provisión de los servicios portuarios, ya que el concesionario formará parte de un mercado relevante que estará concentrado en pocos oferentes, con escasas probabilidades de ingreso de más competidores y existirá, por consiguiente, riesgo de que incurra en conductas contrarias a la libre competencia.

En este contexto, es preciso que existan resguardos para evitar el abuso de poder de mercado por parte del concesionario, para lo cual se analizará el marco regulatorio aplicable a la prestación de los servicios portuarios, las proposiciones de EPV y los resguardos conductuales adicionales que este Tribunal estima necesario incorporar.

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

La Ley y el Reglamento establecen obligaciones para los proveedores de servicios portuarios en frentes estatales que, a juicio de este Tribunal, proporcionan ciertos resguardos al ejercicio de poder de mercado por parte del concesionario que resulte adjudicado.

Esas reglas, que deben entenderse incorporadas a las Bases de la Licitación por el solo ministerio de la Ley, son complementadas por las disposiciones establecidas en el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque (RUFA) de EPV que, conforme con el

artículo 22º de la Ley, forma parte de las Bases de la Licitación y, por consiguiente, es obligatorio para el concesionario.

Además, EPV propone incorporar a las Bases de la Licitación y/o al Contrato de Concesión -además de las normas de conducta que establecen la Ley y los reglamentos- aquellas contenidas en el Dictamen 1045, destinadas a evitar discriminaciones o conductas de abuso de posición dominante.

En consecuencia, existe un marco regulatorio aplicable a la prestación de servicios portuarios que será obligatorio para el concesionario por mandato legal, y otro complementario que, de acuerdo a lo que se resolverá en este informe, se incorporará a las bases de la Licitación y al respectivo contrato de concesión.

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; (vi) deberes de transparencia e información; y, (vii) comité de directores para el control de la discriminación.

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

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley, el Puerto de Valparaíso es un puerto de uso público y el concesionario debe prestar servicios en forma continua y permanente.

El deber de dar servicio es corroborado por el artículo 14º inciso final de la misma Ley, y la obligación de continuidad y permanencia de los servicios se reitera en el artículo 19º letra d) del Reglamento, añadiendo este último que la prestación de los servicios debe realizarse en condiciones no discriminatorias.

En virtud de lo anterior, y siguiendo los criterios establecidos en el Dictamen 1045, el concesionario estará obligado a prestar sus servicios a todo aquel que lo requiera, en términos y condiciones generales y no discriminatorias.

Adicionalmente, este Tribunal estima que las condiciones para la prestación de los servicios deberán estar contenidas en documentos públicos que estarán a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el concesionario 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).

(ii) *Mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros.*

En forma complementaria a lo anterior, EPV propone incorporar el mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros establecido en el Dictamen 1045 para los concesionarios de la Región de Valparaíso y Región del Bío Bío, de acuerdo con el cual *“el concesionario estará obligado, por las bases y por el contrato de concesión, a observar las instrucciones que le imparta la Empresa Portuaria y que tengan por fin evitar o poner término a actos de discriminación. La Empresa Portuaria actuará a solicitud de cualquier interesado que alegue actos de discriminación del concesionario. Nada obstará al derecho del interesado a ejercer las otras acciones y derechos que le confiera la ley”*.

En este sentido, en el borrador del contrato de concesión adjuntado a las bases se contempla expresamente en la Sección 6.8, letra b) la siguiente cláusula:

“En el evento que se determine que el Concesionario no cumple con proveer a los Usuarios el acceso al Frente de Atraque o la prestación de Servicios en condiciones no discriminatorias, el Concesionario será obligado a adoptar todas las medidas necesarias para poner término y compensar tales discriminaciones; entendiéndose que el Concesionario tendrá el derecho a verificar y a oponerse a cualquier reclamo de discriminación que cualquier Usuario presente a Empresa Portuaria Valparaíso, sin perjuicio de la facultad de Empresa Portuaria Valparaíso de aplicar al Concesionario las multas que se contemplan en la letra (h) de la Sección 10.1.”

Por su parte, en la letra (a)²⁹ se contempla que: *“En el evento que el Concesionario cobre a un Usuario una Tarifa por un Servicio, que sea mayor a la Tarifa registrada aplicable, Empresa Portuaria Valparaíso, actuando a solicitud de ese Usuario, podrá requerir al Concesionario que reembolse a ese Usuario el exceso de cobro, y pagar a ese Usuario una multa, ascendente al veinte por ciento (20%) de tal cobro excesivo”*.

A su vez, el SEP sugirió a fojas 652 dotar a EPV de la atribución de actuar de oficio ante situaciones de discriminación arbitraria, y no sólo a solicitud de terceros.

Al respecto, este Tribunal estima que la posibilidad de EPV de actuar de oficio ante situaciones de discriminación puede contribuir a la eficacia y eficiencia de la fiscalización de conductas contrarias a la libre competencia. Por consiguiente, acogerá la sugerencia del SEP en el sentido de que las Bases de la Licitación o el contrato de concesión deberán facultar a EPV para actuar de oficio ante situaciones de discriminación que observe, debiendo en todo caso contemplarse, en las Bases de la Licitación, el derecho del concesionario de acudir al árbitro que se establezca en el contrato de concesión que dirima las discrepancias que pudieren producirse en caso de estimar improcedente la aplicación de sanciones por parte de la empresa portuaria.

²⁹ Este Tribunal entiende que la referencia se hace a la letra (a) y no a la (h).

(iii) Obligaciones en relación a las tarifas.

Según el artículo 14 inciso final de la Ley, el concesionario debe establecer tarifas públicas y no discriminatorias que, conforme al artículo 19º letra e) del Reglamento, no podrán ser superiores a las acordadas en el contrato de concesión, obligación que, de acuerdo con lo dispuesto en el Dictamen 1045, también se aplica en relación al Fisco, las municipalidades u otros organismos de la Administración del Estado, los que pagarán las tarifas vigentes y estarán sujetos a las mismas condiciones generales para la prestación de los servicios portuarios.

A su vez, el artículo 20º 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 a lo que estipulen las bases de licitación o los respectivos contratos.

En este contexto, EPV propone establecer que los servicios de muellaje a la nave, muellaje a la carga y transferencia de los distintos tipos de carga, estén sujetos a una tarifa máxima idéntica a la del Concesionario del Puerto de Valparaíso (TPS). A su vez, en el Anexo II del Borrador de Contrato de Concesión, EPV señala que también estarán sujetos a una tarifa máxima, que será definida por EPV en el contrato de concesión, los servicios de “uso de muelle por pasajero de crucero” y “uso de terminal intermodal”.

Agrega que existirá una segunda categoría de servicios, que denomina “servicios especiales”, cuyas tarifas serán libremente determinadas por el concesionario. Siguiendo el criterio establecido por el señalado Dictamen 1045, la Solicitante señala que constituyen “servicios especiales” aquéllos que *“no son indispensables para el atraque de las naves y la movilización y acopio de carga (por ejemplo, arriendo de equipos u oficinas al interior de la concesión, reparación y aseo de contenedores, provisión de energía eléctrica para carga refrigerada)”*.

De acuerdo a lo señalado anteriormente en este informe (numeral (ii) de la Sección 9.2) este Tribunal no acepta la propuesta de EPV en relación a que las tarifas máximas para los servicios definidos por este Tribunal como “servicios básicos”, sean equivalentes a las tarifas máximas del actual concesionario del Frente de atraque N° 1 de Valparaíso, o sean definidas por EPV en el contrato de concesión, ya que éstas deben ser determinadas por la competencia en la Licitación, con el fin garantizar que las mayores eficiencias asociadas a un proceso de asignación competitivo se transfieran efectivamente a los usuarios de los servicios portuarios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Al respecto, y tal como se señaló, las tarifas de cada servicio con las cuales resulte adjudicada la Licitación, se constituirán en la tarifa máxima aplicable al correspondiente servicio básico, o bien se emplearán para construir los índices máximos aplicables a cada uno, Esas tarifas o índices máximos, según corresponda, se reajustarán de acuerdo al USPPI u otro factor de ajuste que EPV determine.

Cabe precisar que será opción de EPV establecer en las Bases de la Licitación, a partir de las tarifas de adjudicación, tarifas máximas para cada servicio básico o índices de tarifas máximas que puedan incluir más de un servicio básico. No obstante, en caso que EPV opte por establecer índices de tarifas máximas, no podrá incluir en un mismo índice (a) servicios básicos que siempre forman parte de la cadena de transporte marítimo junto con (b) servicios básicos que sólo son requeridos tratándose de determinados productos (como aquellos que requieren cadena de frío), volúmenes u otros factores que los hacen imprescindibles para un subconjunto específico de clientes.

Lo anterior, debido a que la ponderación que actualmente se utiliza para definir el índice máximo de tarifas por los servicios básicos definidos en el Borrador de Contrato de Concesión (TMN, TMC, TTC y TTF) no constituiría un adecuado resguardo de la libre competencia en caso de incorporar servicios que –siendo básicos en los términos definidos por este Tribunal en la Sección 7.1.2- no siempre forman parte de la cadena de transporte marítimo y representan, por lo tanto, una proporción menor de los ingresos totales de los operadores portuarios.

En efecto, la inclusión en un mismo índice tarifario máximo de un mayor número de servicios, y sobre todo de servicios que representen una proporción menor o minoritaria dentro de los ingresos totales del concesionario, incrementa la flexibilidad de éste en la determinación de cada una de las tarifas, pero también la posibilidad que éste tendría de cobrar precios más altos, particularmente mediante la determinación de tarifas mayores para aquellos servicios que tengan un menor ponderador dentro del índice de adjudicación.

No obstante lo anterior, será el concesionario quien determinará la tarifa de cada uno de los servicios que preste, sujetándose a las tarifas máximas o índices de tarifas máximas establecidas a partir de las tarifas de adjudicación.

Al respecto, y tal como se señala en el Borrador de Contrato de Concesión, las tarifas que el concesionario determine, deberán ser registradas ante EPV, con a lo menos 30 días de anticipación a su entrada en vigencia (punto 3.2 letra d) y, además, tendrán un plazo mínimo de vigencia de 60 días (punto 11.2 c).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Adicionalmente, EPV propone en el borrador de contrato de concesión que: *“Durante toda la vigencia del Contrato EPV tendrá la facultad de recalificar como Servicios sujetos a Tarifas Máximas o Tarifas Básicas cualquier servicio o tarifa que hubiere sido registrado como Servicio Especial o Tarifa Especial, cuando a su juicio se hubiere comprobado que tales tarifas o servicios corresponden a Tarifas Básicas o a Servicios sujetos a Tarifas Máximas o actividades implícitas en ellos. En este evento el concesionario deberá acatar de inmediato la recalificación efectuada por EPV, haciéndose los ajustes pertinentes [...]”*.

Al respecto, este Tribunal considera que el riesgo que, durante el período de concesión, varíen las condiciones de competencia tenidas en consideración al momento de diseñar la Licitación, no puede ser prevenido con una medida como la propuesta por EPV.

No obstante lo anterior y dado lo extenso del plazo de concesión involucrado, este Tribunal estima que EPV deberá establecer un mecanismo de adecuación del contrato de concesión que prevenga la probable ocurrencia, en ese horizonte temporal, de cambios relevantes en las condiciones de competencia en el mercado, sea del lado de la oferta o de la demanda, que no hayan podido ser previstos al momento de diseñar la Licitación y que hagan imprescindible efectuar adecuaciones al contrato de concesión, sea en la calificación de servicios como básicos u opcionales, en las tarifas o índices tarifarios máximos, o en otros aspectos establecidos por las bases de la Licitación o el contrato de concesión de acuerdo con la Sección 10 de este informe.

En todo caso, la modificación de aspectos establecidos por las bases de la Licitación o el contrato de concesión de acuerdo con la Sección 10 de este informe, sólo podrá efectuarse una vez que: (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.

En materia de descuentos, se debe tener presente que el mismo artículo 20° del Reglamento, en su inciso final, prohíbe al concesionario establecer exenciones o rebajas ajenas a las tarifas vigentes por el servicio de uso de la respectiva infraestructura. Por ello, y considerando además lo establecido en el artículo 14° de la Ley, este Tribunal estima que los concesionarios portuarios sólo pueden establecer sistemas de descuentos que sean públicos, objetivos –es decir, basados en costos- y no discriminatorios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

No obstante, en el punto 11.2 del Borrador del Contrato de Concesión EPV propone autorizar al concesionario a convenir con los usuarios premios o descuentos sobre las tarifas en los siguientes términos:

“El concesionario estará facultado para convenir con los Usuarios el pago de premios por un servicio expedito de Transferencia de Carga prestado en el Frente de Atrque (“Servicios de Pronto Despacho”), [...]” (punto 11.2 letra e)

“Adicionalmente, el Concesionario podrá otorgar descuentos sobre las tarifas (exceptuándose los casos de TMN y TMC) basado en criterios objetivos y no discriminatorios, incluyendo sin limitación, volúmenes garantizados, tipos de nave, tipo de carga, pronto pago y factores similares. El Concesionario no requerirá registrar ni publicar tales descuentos, pero los acuerdos alcanzados con respecto a tales descuentos estarán sujetos a la inspección de EPV, o de un auditor independiente elegido por EPV si así lo solicitare el concesionario, el cual será de costo del concesionario.” (Punto 11.2 letra f).

Al respecto, este Tribunal estima que la cláusula citada no se ajusta a la normativa de defensa de la libre competencia aplicable toda vez que, tal como se señaló en el Informe 4, sea que se trate de servicios básicos u opcionales, las tarifas que cobre el concesionario por su provisión deben ser objetivas, públicas y no discriminatorias, y cualquier acuerdo particular entre éste y un determinado usuario, que determine 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.

(iv) Normas de calidad.

El artículo 19º letra a) del Reglamento, impone al concesionario la obligación de cumplir con los niveles de servicio, producción o desarrollo comprometidos. Sin embargo, la Ley no establece estándares mínimos de calidad aplicables a los concesionarios.

Atendido lo anterior, y considerando que la calidad de servicio se vincula principalmente a las velocidades de transferencia de carga y a los tiempos de espera de las naves, EPV propone establecer, en el punto 6.8 del Borrador del Contrato de Concesión, las obligaciones del concesionario de cumplir con tiempos de ocupación máxima por nave (TOM), tiempos de ocupación máxima anuales (TOMA) y tiempos máximos de espera por nave.

Para calcular los tiempos de ocupación máxima por nave y anuales previstos en las letras c) y d) del punto 6.8 antes referido, EPV define velocidades de transferencia mínima y velocidades de transferencia promedio, respectivamente (Anexo 3 de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Bases de Licitación), las cuales se utilizan en las formulas contenidas en el Anexo C del Borrador de Contrato. A su vez, en la letra f) del mismo punto 6.8, se señala que el tiempo de espera de cualquier nave no podrá exceder de 6 horas, descontando los tiempos que no sean atribuibles al concesionario.

Al respecto, este Tribunal acepta la propuesta de EPV y, por consiguiente, el concesionario deberá prestar sus servicios dando cumplimiento a los estándares de calidad y umbrales de ocupación definidos por EPV en las Bases de la Licitación o en el contrato de concesión, y sus anexos, y particularmente con los tiempos de ocupación máxima por nave (TOM), tiempos de ocupación máxima anuales (TOMA) y tiempos máximos de espera por nave.

Además, y siguiendo lo señalado a este respecto en el Dictamen 1045, este Tribunal estima que EPV deberá considerar sanciones eficaces para prevenir el incumplimiento de los estándares de calidad de servicio o los umbrales de ocupación que sean definidos.

(v) *Reglas de asignación de capacidad.*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22º de la Ley, el RUFA de EPV debe ser aprobado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y publicado en el Diario Oficial, y -como se ha dicho- forma parte integrante de las bases de la Licitación.

La misma disposición legal señala que el RUFA *“deberá conformarse a criterios técnicos objetivos y no discriminatorios, propenderá a un uso eficiente de la infraestructura portuaria y a un desarrollo armónico de la actividad, y garantizará el derecho a la libre elección de los usuarios respecto de los servicios que se presten en los frentes de atraque y la autonomía de los particulares que ejercen funciones dentro de los mismos, limitándose a lo indispensable para su buen funcionamiento”*.

Cabe señalar que el actual RUFA de EPV³⁰ no determina reglas de prioridad en la atención de naves, sino sólo sus criterios generales y elementos mínimos, entregando la definición de esas reglas al Reglamento de los Servicios y al Manual de los Servicios.

Así, el artículo 33º del RUFA, establece los criterios generales señalando que *“La programación del atraque de las naves se hará en base a reglas de prioridad técnicas, objetivas, orientadas a un uso técnico-económico eficiente de los sitios y a asegurar un trato no discriminatorio a los usuarios”*.

³⁰ Decreto Exento N° 440 de 1999 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Publicado en el D.O. de 12 de abril de 1999.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A su vez, el artículo 34º del RUFA señala los elementos mínimos, señalando que *“Para cada una de las reglas de prioridad se establecerán las normas y procedimientos aplicables. Estas normas y procedimientos fijarán, a lo menos, los siguientes aspectos respecto de cada regla de prioridad: (a) Identificación y descripción de la regla de prioridad; (b) Identificación de los sitios a los que es aplicable; (c) forma y contenido de la solicitud de atraque y la antelación con que debe presentarse; (d) Procedimientos de programación; y, (e) Oportunidad y condiciones en que podrá alterarse la programación”*.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 35º del RUFA establece que el Reglamento de los Servicios y el Manual de los Servicios del concesionario respectivo establecerán, como norma base de prioridad, las normas y procedimientos para programar el atraque de naves utilizando como norma de prioridad el estricto orden de arribo de éstas al puerto.

Desde el punto de vista de la libre competencia, el cumplimiento por parte del concesionario de reglas de asignación de capacidad se vincula al riesgo de que éste pueda discriminar arbitrariamente entre sus usuarios, reduciendo la competencia en el mercado de transporte marítimo.

En este sentido, y tal como se señaló en el Informe 4, este Tribunal estima que las normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves deben formar parte de las condiciones generales de prestación de los servicios portuarios, a fin de que cualquier usuario pueda acceder a las mismas en condiciones no discriminatorias.

Es por ello que este Tribunal considera indispensable que las normas de asignación y reserva de capacidad que establezcan los concesionarios en el Manual de los Servicios, se ajusten a los criterios generales y requisitos mínimos que contemplan los artículos 33º y 34º del RUFA.

Es preciso agregar que, tratándose de reservas, este Tribunal estima que deberán contemplarse plazos máximos de duración de las mismas y multas para el usuario que, por causa que le fuere imputable, incumpla con la fecha y hora de atraque comprometida. Lo anterior, a fin de disuadir prácticas que tengan por objeto discriminar o excluir usuarios.

Por último, y atendida la importancia que tiene el cumplimiento de lo anterior para evitar que el concesionario abuse de su poder de mercado, EPV deberá informar a la Fiscalía Nacional Económica respecto de cualquier modificación que se pretenda introducir a las normas de asignación de capacidad o prioridad en la atención de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

naves, a fin de que esta última pueda velar por su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia en el ámbito de sus atribuciones.

(vi) *Deberes de transparencia e información.*

Conforme con lo dispuesto en el número 1) del inciso tercero del artículo 14º de la Ley, los concesionarios deben constituirse como sociedades anónimas de giro exclusivo, y se regirán por las normas de las sociedades anónimas abiertas. Su objeto será el desarrollo, mantención y explotación del frente de atraque respectivo.

El artículo 19º letra g) del Reglamento obliga al concesionario a realizar los controles, mediciones y estadísticas que las bases de licitación y el contrato le exijan.

EPV propone, siguiendo el Dictamen 1045, obligar al concesionario a:

- (a) Otorgar a cualquier interesado, el acceso libre y expedito a la información que figure en formatos que serán elaborados por la Empresa Portuaria, la que determinará asimismo los medios técnicos para dicho acceso. El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones podrá regular la información mínima que deberá exigir la Empresa Portuaria, para los efectos de promover, desarrollar y materializar el sistema de información estadística relacionada con el sector portuario (artículo 50, inciso segundo de la Ley);
- (b) Proporcionar al Directorio de la Empresa Portuaria, cualquier información legal y/o económica que éste requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de los requisitos y limitaciones de propiedad establecidos en las Bases de Licitación y/o en el contrato de concesión, así como la información necesaria para que la transferencia de la concesión se haga a quien cumpla con los requisitos para ser concesionario, establecidos en la Ley y en el presente informe; y,
- (c) Entregar trimestralmente a la Empresa Portuaria copia de la Ficha Estadística Codificada Uniforme (FECU) que haya presentado a la Superintendencia de Valores y Seguros en conformidad a la Ley, incluyendo un anexo que haga referencia a la estructura de propiedad relevante para los efectos de las reglas sobre integración vertical y horizontal.

A juicio de este Tribunal, y siguiendo el Dictamen 1045, la información que deberá ponerse a disposición de los interesados de acuerdo con el literal a) anterior, deberá ser toda aquella que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, tales como precios y cumplimiento de estándares de calidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, y siguiendo el Informe 4, EPV deberá establecer la periodicidad con la que el concesionario deberá entregarle dicha información -idealmente en línea- así como los medios técnicos para su acceso por todos los interesados.

Con respecto a la propuesta del literal b) anterior, este Tribunal estima, siguiendo su Informe 4, que dicha obligación deberá ser contractualmente extensiva a los accionistas de la empresa concesionaria, para los efectos de verificar el cumplimiento de las reglas sobre propiedad accionaria que se establezcan. Para ello, las Bases de la Licitación deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información acerca de sus empresas relacionadas en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18045 sobre Mercado de Valores.

Adicionalmente, y de acuerdo con el mismo Informe 4, este Tribunal considera que la información que el concesionario deberá proporcionar al Directorio de EPV deberá ser toda aquella que ésta última 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.

El concesionario o sus accionistas no podrán negarse o excusarse de proporcionar a EPV la información que ésta les solicite para verificar el cumplimiento de sus obligaciones, amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. No obstante, en tales circunstancias, el concesionario deberá especificar a EPV la información que se encuentre en la situación anterior, debiendo la empresa portuaria adoptar los resguardos correspondientes.

En cuanto al literal c), este Tribunal estima que la circunstancia de que el concesionario esté obligado a entregar las FECU a EPV, no es relevante para la libre competencia, dado que se trata de documentos que son de libre acceso al público en general, por lo que su exigencia es un trámite innecesario.

(vii) Control de no discriminación – Comité de Directores.

Con el objeto de reforzar los resguardos para no discriminación, el SEP propone que, cualquiera sea el patrimonio de la respectiva sociedad concesionaria del frente de ataque que será licitado, sus estatutos deberán contemplar la existencia de un Comité de Directores en los términos previstos en el artículo 50 bis de la Ley N° 18046 sobre Sociedades Anónimas. La Empresa Portuaria podrá requerir los informes que evacue dicho comité de acuerdo con lo dispuesto en el N° 3 del mencionado artículo.

Al respecto, y teniendo presente las reformas que la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas está próxima a experimentar en el artículo 50 bis EPV deberá establecer la obligación de la sociedad concesionaria de cumplir con todas las obligaciones que

establezca dicho artículo, 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 ese artículo.

11. RESGUARDOS ESTRUCTURALES.

11.1. Introducción y alcance del Dictamen 1045

Esta Sección abordará los resguardos estructurales que podrían ser necesarios y, particularmente, se pronunciará respecto de la propuesta de EPV en orden a establecer restricciones para que ciertos usuarios de servicios portuarios, o bien concesionarios de otros frentes de atraque, puedan participar en la Licitación o en la propiedad de la sociedad concesionaria.

En 1998, el Dictamen 1045 estableció reglas relativas a la integración vertical y horizontal de los concesionarios de frentes de atraque estatales, al pronunciarse la H. Comisión Preventiva Central respecto de las condiciones de competencia que deberían regir con motivo de las licitaciones de los siguientes frentes de atraque: (i) Frente de Atraque N° 1 de Valparaíso (que fue concesionado a TPS); (ii) Frente de Atraque Molo Sur de San Antonio (que fue concesionado a STI); (iii) Frente de Atraque Sitio 8 Panul (concesionado a la Sociedad Concesionaria Puerto Panul S.A.); y, (iv) Frente de Atraque del Puerto de San Vicente (concesionado a San Vicente Terminal Internacional-SVTI).

Cabe precisar, sin embargo, que tales reglas se agotaron en las licitaciones de los frentes de atraque mencionados y no son aplicables –en principio- a la licitación que es materia de este informe. Por consiguiente, no se trata en la especie de “alzar”, “mantener” ni “modificar” tales reglas, como se ha argumentado en autos por EPV y otros intervinientes, sino de examinar la conveniencia de establecer resguardos estructurales para esta nueva licitación, los que podrían o no ser iguales que los establecidos hace 10 años por la H. Comisión Preventiva Central.

Lo anterior, en todo caso, no implica desconocer que las reglas estructurales del Dictamen 1045 están plenamente vigentes para los casos respecto de los cuales fueron establecidas, salvo por la modificación parcial que experimentaron con motivo de la Resolución N° 11 de 24 de enero de 2006 que se pronunció respecto de la Consulta de SAAM, sobre eliminación de restricciones a la integración vertical, y forman parte, por lo tanto, del contexto que es preciso examinar en este informe.

En consecuencia, este Tribunal analizará esta materia a partir del principio de libertad económica de todos los usuarios y concesionarios para participar y adjudicarse la concesión portuaria objeto de la Licitación, debiendo, por lo tanto, justificar las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

restricciones estructurales que pueda establecer, identificando para tal fin los riesgos para la libre competencia que no puedan ser mitigados por medio del establecimiento de otras condiciones.

Cabe resaltar que este principio general deberá ser aplicado por este Tribunal en el contexto particular de la industria nacional de los servicios portuarios, específicamente en relación a su evolución en la Región de Valparaíso.

En una economía pequeña, abierta al comercio internacional y alejada de sus principales mercados, como la chilena, esta industria adquiere una importancia gravitante que es clave para el desarrollo de una proporción muy significativa de las actividades económicas del país. Al respecto, y a modo ilustrativo, en Chile se transporta por vía marítima un porcentaje muy significativo del comercio internacional total del país, siendo esta proporción, al año 2007, equivalente a 82% en términos del volumen total y 75% del valor total del comercio internacional de Chile, según afirmó la FNE a fojas 887. Junto con lo anterior, y como ya se ha expuesto, el mercado relevante de autos presenta: i) importantes barreras a la entrada y a la expansión de la capacidad total de transferencia, en plazos relevantes para la libre competencia, (ii) costos de cambio para los usuarios de servicios de transporte marítimo, (iii) significativa integración vertical junto con fuerte concentración horizontal, en diversos eslabones de la cadena total del transporte marítimo, todo lo cual tiende a facilitar la ocurrencia de conductas contrarias a la libre competencia.

Por lo anterior, este Tribunal deberá velar, con especial cuidado, para que prevalezcan en el mercado relevante de autos resguardos de efectividad y suficiencia tales, que permitan minimizar los riesgos de conductas contrarias a la libre competencia.

Al aplicar el criterio señalado precedentemente, este Tribunal tendrá además en consideración que las restricciones estructurales, si bien tienen por objeto asegurar un mayor número de oferentes independientes de servicios portuarios que carezcan de incentivos para incurrir en conductas contrarias a la libre competencia, también podrían producir efectos adversos para la misma, por ejemplo, reduciendo el número de interesados en la Licitación y, por consiguiente, la intensidad de la competencia en ésta.

Dicho todo lo anterior, este Tribunal examinará a continuación las ventajas y desventajas de cada una de las restricciones estructurales propuestas, a fin de ponderar la conveniencia que pudiera tener su establecimiento para esta Licitación, desde el punto de vista de la libre competencia.

11.1. Integración Vertical:

11.1.1. Propuesta de EPV.

EPV propone establecer la regla de integración vertical fijada en el Dictamen 1045 que, para una mejor inteligencia de este informe, se reproduce a continuación, con exclusión de sus numerales 3.4, 3.5, 3.6, 3.7 y 3.8, por tratarse de reglas comunes a las de integración vertical y horizontal, según se explicará en la Sección 11.4:

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

3.2.- Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí y en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga por vía marítima, sea como empresas navieras, exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, transportistas multimodales, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier título o modalidad, i) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva, o ii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada por medio del frente de atraque objeto de la respectiva concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas) participare a varios títulos, será considerado usuario relevante si supera los porcentajes referidos en razón de su participación a cualquier título de la misma naturaleza. Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán al 31 de marzo, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a la Empresa Portuaria dentro de los 30 días siguientes.

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

(...)”

En relación a la definición contenida en el punto 3.2 anterior, EPV propone excluir de la categoría de usuarios relevantes a los siguientes actores por las razones que en cada caso se indica: *“(a) Agentes de nave. El agente de nave es un mandatario del naviero, y por lo tanto tendría poca capacidad para decidir el puerto de destino de atraque de las naves, siendo ésta una decisión propia del armador; y, (b) Agentes de muellaje. De acuerdo con el Dictamen Nº 1280 de 16 de enero de 2004, de la Comisión Preventiva Central, en el esquema monooperador, es el concesionario quien efectúa las labores de estiba y desestiba, siendo entonces un “agente de muellaje” por lo que no procedería incluirlo dentro de los usuarios relevantes.”*

11.1.2. Riesgos para la competencia derivados de la integración vertical.

El principal riesgo para la libre competencia, relacionado a la integración vertical de los operadores portuarios con empresas que brinden servicios en otros eslabones de la cadena del transporte marítimo (usuarios) consiste en que, dado que al menos parte de los servicios prestados por el concesionario portuario son un insumo esencial (esto es, no sustituible para dichos usuarios), podrían existir incentivos, por parte de la empresa integrada, para discriminar a otros usuarios en las condiciones bajo las cuales acceden a ese insumo esencial, con el fin de disminuir la competencia en los otros eslabones de la cadena del transporte marítimo.

Mientras mayores sean los beneficios que se pueden obtener en otras etapas del transporte marítimo, por ejemplo en el transporte de carga por compañías navieras, en términos relativos a las utilidades directamente obtenibles al brindar servicios portuarios, será más probable que el operador verticalmente integrado discrimine con el fin de reducir la competencia que enfrenta en el eslabón que le reporta mayores beneficios³¹. En el caso del mercado relevante de autos, cabe señalar que los servicios portuarios representan una fracción claramente menor dentro del costo total del transporte marítimo, aproximadamente entre el 10 y 15%, según afirma la FNE a fojas 887.

En relación con lo anterior, el SEP además señala a fojas 2480 bis en el expediente Rol NC 317-08, que las utilidades del negocio portuario son muy bajas en relación con las del negocio de transporte marítimo, lo que tiende a favorecer la existencia de subsidios cruzados e incrementa el riesgo de conductas discriminatorias por parte de un concesionario integrado verticalmente.

Ahora bien, se podría argumentar que tal riesgo de discriminación no sería de gravedad suficiente en tanto exista competencia entre los frentes de ataque que forman parte del mercado relevante ya que, en caso de que el operador verticalmente integrado discriminara a los usuarios no integrados, el costo adicional que ello produciría llevaría a estos últimos a trasladarse de frente de ataque.

Sin embargo, tal como se concluyó en la Sección 8, este Tribunal ha constatado sólo algunos indicios parciales de competencia en el mercado relevante, a la vez que ha identificado en él diversos aspectos estructurales que limitan la competencia entre distintos frentes de ataque, a saber: (i) concentración de la oferta en muy pocos actores; (ii) significativas barreras de entrada que dificultan el ingreso de competidores adicionales, tal como se señaló en la Sección 8.3; (iii) costos para cambiar de

³¹ Mandy, M.D. 2000. Killing the Goose That May Have Laid the Golden Egg: Only the Data Know Whether Sabotage Pays. *Journal of Regulatory Economics* 17:2 157-172.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proveedor de servicios portuarios, sobre todo si este último está integrado con otros eslabones de la cadena de transporte marítimo; y (iv) restricciones para aumentar la capacidad de transferencia de los frentes de atraque en el corto y mediano plazo, como se señaló también en la Sección 8.3, lo que reduciría la competencia entre éstos cuando alguno de los oferentes copa su capacidad instalada.

Junto con lo anterior, la discriminación --por parte de un operador portuario verticalmente integrado- podría verse incentivada por cuanto, siendo la demanda por servicios portuarios una demanda derivada del transporte marítimo, esta última suele estar segmentada en diferentes demandas por rutas específicas, esto es, entre pares específicos de puertos de origen y de destino. De hecho, y tal como ya se argumentó, en varias de las rutas relevantes para el comercio marítimo de Chile se observa una muy significativa concentración, lo cual podría ser reflejo de barreras relevantes de entrada y de eventuales límites a la desafiability de esos segmentos de mercado.

La discriminación del operador integrado podría efectuarse vía tarifas discriminatorias, esto es, cobrando a terceros tarifas superiores que las que cobra a la empresa con la que está verticalmente integrado. También se podría producir discriminación no tarifaria que la literatura denomina “sabotaje”, consistente en entregar una menor calidad del servicio a los usuarios no integrados, sea a través de mayores tiempos de espera, menores velocidades de transferencia, o bien vía discriminación de acceso y asignación de la capacidad portuaria disponible (sitios y áreas de respaldo).

Se podría argumentar que los riesgos de discriminación antes señalados están debidamente resguardados por los criterios y medidas establecidos en las Secciones 9 y 10, los que imponen: (i) acceso abierto y no discriminatorio a los servicios portuarios y, particularmente, la obligación de no discriminar en tarifas o en otras condiciones de la prestación del servicio; (ii) obligaciones en relación a las tarifas; particularmente, las tarifas o índices tarifarios máximos; (iii) normas de calidad y, particularmente, tiempos de espera máximos, velocidades de transferencia mínimas y velocidades de transferencia promedio; (iv) criterios y reglas de asignación de capacidad; (v) deberes de transparencia e información, tanto en relación con EPV como con los usuarios; y, (vi) sanciones y multas que disuadan efectivamente el incumplimiento de las obligaciones precedentes.

No obstante lo anterior, para que los resguardos conductuales establecidos sean efectivos, se debe realizar una fiscalización eficiente y minuciosa, para lo cual se requiere contar con información detallada que permita detectar las diferencias en la calidad del servicio otorgada a los distintos usuarios, en los diferentes ámbitos en que la discriminación sea posible. Al respecto, y sobre la base de lo argumentado en el informe rolante a fojas 912 bis y a fojas 2480 bis del expediente Rol NC 317-08, en el

mercado de autos es posible estimar que tales esfuerzos de fiscalización implican costos de información y de supervisión que no serían despreciables. En efecto, y a mayor abundamiento, se ha señalado que: *“existen formas sutiles de discriminar por parte de un concesionario, las que son difíciles de probar y sancionar. Entre éstas se puede mencionar asignar espacios más funcionales en las áreas de acopio, dar mejor calidad de servicio, usar información privilegiada y manipular la reserva de sitios”*³².

Por último, además del riesgo de discriminación, existen otros riesgos propios de la integración vertical asociados, por ejemplo, al conocimiento de información estratégica de competidores y a la posibilidad de establecer subsidios cruzados. En efecto, la libre competencia podría también verse mermada en tanto la empresa verticalmente integrada conozca los clientes y el nivel de actividad de sus competidores, brindándole esto una eventual ventaja estratégica para su operación y, por ello, mayores posibilidades para realizar prácticas anticompetitivas.

11.1.3. Ventajas o beneficios para la competencia derivados de la integración vertical.

Por otro lado, se debe considerar que la integración vertical también presenta ventajas desde el punto de vista de la libre competencia.

Así, en el mercado de los servicios portuarios, se podrían generar eficiencias asociadas a: (i) economías de ámbito provenientes de eficiencias logísticas y de coordinación, por ser una única empresa la que provea servicios que forman parte de distintos eslabones de la cadena de transporte marítimo; y, (ii) menores riesgos de inversión en frentes de ataque por parte de usuarios de los servicios portuarios, ya que estos últimos conocen y aseguran un determinado nivel de demanda.

No obstante, y en relación con los dos puntos precedentes, en autos no se han presentado antecedentes empíricos que revelen la existencia y magnitud de estas posibles eficiencias, tales que permitan a este Tribunal formarse convicción sobre la relevancia de tales conjeturas.

Por último, el permitir la participación de empresas verticalmente integradas en la Licitación podría incrementar el número de competidores en ella y, de esta forma, favorecer una mayor competencia en tal instancia, lo que se debería traducir en menores tarifas para los usuarios.

³² P, Serra. 2001. Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos, Banco Interamericano de Desarrollo.

11.1.4. Conclusión en materia de integración vertical.

En consideración a las ventajas y desventajas antes señaladas, este Tribunal considera que existen riesgos que no quedan suficientemente mitigados por los resguardos contemplados en las Secciones 10 y 11 de este informe. Lo anterior, fundamentalmente por la dificultad en la detección y costos asociados a la fiscalización de las conductas que configuran tales riesgos y, además, porque los beneficios o ventajas que están eventualmente asociados a la participación de usuarios de los servicios portuarios en la Licitación, no son de una entidad --verificable en autos-- que permita compensar tales riesgos.

Por consiguiente, es preciso establecer una restricción a la integración vertical que prevenga las conductas contrarias a la libre competencia en que podrían incurrir los operadores verticalmente integrados.

En consecuencia, se adoptará una regla análoga a la del Dictamen 1045, excepto por las siguientes modificaciones:

(i) Se establece que 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.

Lo anterior, a fin de delimitar esta restricción a los usuarios que forman parte del mercado relevante definido en la Sección 7, esto es, los usuarios de servicios portuarios de carga general.

Es preciso consignar que el 60% antes referido favorece la existencia de un mayor número de interesados en la Licitación, al facilitar el control de la inversión por parte de usuarios relevantes, a la vez que permite que existan accionistas minoritarios que limiten las posibilidades de abuso por parte del controlador, asegurando que la concesión sea operada como un negocio independiente.

(ii) Se precisa que la forma de calcular si un usuario es relevante o no, de acuerdo con esta regla, consiste en sumar el porcentaje del total de la carga manipulada por un usuario en particular, en cada eslabón de la cadena de transporte marítimo, con el porcentaje del total que poseen sus relacionadas en ese mismo eslabón. Ello, toda vez que es la misma carga la que atraviesa por los distintos eslabones que permiten su traslado desde un puerto a otro.

(iii) Se reduce prudencialmente la periodicidad con la que se deben calcular los porcentajes que definen a los usuarios como relevantes a dos veces al año, esto es, al 30 de

junio y 31 de diciembre, respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas.

(iv) Se acogerá la propuesta de EPV sólo en cuanto se excluye a los agentes de muellaje de la definición de usuario, atendido que en el esquema monooperador el concesionario se desempeña como agente de muellaje, de manera que no existen razones para que éstos últimos vean limitada su participación en la propiedad de la concesión.

En el caso de los agentes de nave, este Tribunal estima que la circunstancia de que sean mandatarios del naviero, no implica necesariamente que carezcan de toda discrecionalidad en su labor y podrían, al igual que todos los demás usuarios de la infraestructura portuaria, tener incentivos a discriminar o excluir competidores en caso de controlar dicha facilidad.

Por tal motivo, y dado que no existen antecedentes suficientes en autos como para considerar que no son usuarios de servicios portuarios o que no requieren acceso a la infraestructura entregada en concesión al igual que las otras personas que participan a cualquier otro título o modalidad en los distintos eslabones de la cadena de transporte marítimo, este Tribunal no aceptará la propuesta de EPV de excluirlos de la definición de usuario relevante.

11.2. Integración horizontal:

11.2.1. Propuesta de EPV.

En lo relativo a la integración horizontal es preciso referirse al esquema licitatorio propuesto por EPV.

EPV propone un esquema de licitación que contemple *“Un Solo Proceso Licitatorio con Dos Grupos de Propuestas”*, precisando que en el Grupo Uno se incluirían las ofertas de personas no afectas a las restricciones establecidas en el Dictamen 1045 o que podrían participar sujetándose a ellas; mientras que en el Grupo Dos estaría la oferta del actual concesionario del Terminal N° 1 (TPS), sus accionistas o personas relacionadas.

Explica EPV que se abrirían primero las propuestas del Grupo Uno y, sólo si ninguno de los oferentes de ese grupo se adjudicara la Licitación, se abrirían las propuestas del Grupo Dos. De esta manera, y sólo en este último caso, sería necesario alzar la restricción a la integración horizontal intraportuaria.

A continuación se reproduce la regla de integración horizontal establecida en el Dictamen 1045, con exclusión de los numerales 7.3, 7.4 y 7.5 del Dictamen 1045, por

tratarse de reglas comunes a las de integración vertical y horizontal, según se explicará en la Sección 11.4:

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

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

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

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

(...)”

11.2.2. Riesgos para la competencia derivados de la integración horizontal.

Tal como se señaló en la Sección 8.3, las licitaciones de los espigones de Valparaíso y San Antonio serán la única oportunidad de ingreso de nuevos competidores adicionales en el corto y mediano plazo, atendidas las significativas barreras de entrada ya descritas.

Lo anterior, sumado a que se trata de un mercado actualmente concentrado en dos actores, implica que de asignarse más de un frente a un mismo operador, se restringiría la posibilidad de incrementar la intensidad de competencia en el mismo y, por consiguiente, se reducirían las posibilidades de que las condiciones de provisión de los servicios portuarios se aproximen, en la medida de lo razonablemente posible, a las que existirían en un mercado competitivo.

Relacionado con lo anterior, es importante destacar que el propio concesionario actual del Puerto de Valparaíso –a fojas 844- ha argumentado que el hecho de adjudicársele el Espigón, tendría la ventaja de permitir la expansión gradual de la capacidad de la

infraestructura en función de la demanda. Estos incentivos son precisamente lo que lleva a este Tribunal a estimar que un nuevo operador introduciría mayor competencia en este mercado, pues éste adelantará las inversiones en infraestructura a fin de captar demanda de carga suficiente para rentabilizar su negocio.

Adicionalmente, y tal como se señaló en la Sección 8.2, existen algunos indicios de competencia entre los frentes concesionados a TPS y STI. Sin embargo, dichos indicios son, naturalmente, sólo parciales, sin que este Tribunal haya podido contar con antecedentes más detallados y robustos para pronunciarse sobre la intensidad de la competencia en el mercado relevante de autos. Por lo anterior, este Tribunal concluye que la competencia en la Licitación no garantiza, por sí sola, que los precios y otras condiciones de provisión *ex post* de los servicios portuarios sean asimilables a los que se obtendrían, razonablemente, en un mercado competitivo.

Por consiguiente, el riesgo de integración horizontal entre frentes de atraque que forman parte del mercado relevante consiste en una menor competencia *ex post* en el mercado de los servicios portuarios, en relación a la que existiría en caso de que ingrese un nuevo operador independiente.

Otra de las desventajas o riesgos de la integración horizontal es que reduce las opciones independientes de que disponen los usuarios y, con ello, las alternativas para trasladarse de frente de atraque en caso de ser discriminados por el operador portuario. Por lo tanto, la existencia de un mayor número de operadores independientes disminuye la eficacia de las conductas discriminatorias.

Por último, también se ha argumentado en autos, tanto por EPV en su Solicitud como por Puerto Lirquén S.A. a fojas 719, por los informes de fojas 912 bis y de fojas 143 del expediente Rol NC 317-08 que, al permitirse la participación de los concesionarios incumbentes en la Licitación, ello inhibiría la participación de potenciales nuevos actores, porque los concesionarios estarían dispuestos a pagar más para adjudicarse la Licitación, evitando así el ingreso de nuevos competidores que puedan desafiarlos y diluir, con ello, la apropiación de rentas extra-normales por parte del concesionario incumbente.

Así, este Tribunal considera que el riesgo de inhibir la participación de potenciales nuevos interesados puede ser perjudicial para las condiciones de competencia en la provisión *ex post* de los servicios portuarios en el mercado relevante de autos.

11.2.3. Ventajas o beneficios para la competencia derivados de la integración horizontal.

Los principales beneficios que la integración horizontal podría llevar aparejados se asocian a la existencia de economías de escala.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TPS ha fundamentado la existencia de economías de escala derivadas de la operación conjunta de más de un frente de atraque enumerando las siguientes razones: (i) se podrían enfrentar las inversiones requeridas para la construcción del espigón de Valparaíso de manera gradual y de acuerdo a la demanda efectiva, sin necesidad de sobreinvertir, y por tanto, no existiría un exceso de capacidad en el mercado que llevaría a un alza de tarifas; (ii) el alto componente de costos fijos en el negocio portuario hace que no sea eficiente dividir la demanda en distintos operadores en la región; (iii) existiría una mayor eficiencia de costos logísticos y de coordinación: por ejemplo, en la asignación de las naves de menor calado/eslora en sitios especializados para éstos, evitando que usen sitios para naves de mayor tamaño y así evitando incurrir en los correspondientes costos de oportunidad, y en la asignación de los equipos de estiba y de las áreas de respaldo; (iv) sería posible reducir los tiempos de espera, dado que éstos serían mayores en caso de que la capacidad se divida entre un mayor número de operadores considerando que existen contratos de un año o más entre operadores portuarios y compañías navieras que, en tal caso, harían posible que los clientes deban esperar incluso existiendo capacidad disponible en otro frente de atraque; y, (v) mayor eficiencia en los costos de administración y equipos.

Por su parte, la FNE a fojas 887 señala que en la operación de instalaciones portuarias existen economías de escala y destaca que éstas se dan no sólo en la infraestructura sino que también en el manejo de la carga. Sin embargo afirma que dichas eficiencias se encontrarían circunscritas exclusivamente a cada frente de atraque y por lo tanto no se extenderían más allá de cada uno de éstos.

A su vez, en el informe de fojas 143 del expediente Rol NC 317-08 se señala que es posible que existan algunas economías de escala fruto de la operación conjunta de frentes de atraque contiguos derivadas del uso compartido de equipamiento, áreas adyacentes para el acopio, transferencia y almacenamiento de la carga, recursos humanos y modelo de gestión logística y una mayor flexibilidad para atender naves de distintas esloras y calados de manera coordinada. En cambio, no habría mayores eficiencias asociadas a compartir el uso de unos mismos equipos o grúas entre frentes de atraque aledaños, ya que éstas tienen limitaciones en cuanto a su movilidad.

De los distintos argumentos aquí referidos, este Tribunal concluye que es posible que existan algunas economías de escala asociadas al uso compartido de activos indivisibles entre frentes contiguos o aledaños que estuviesen eventualmente a cargo de un mismo operador portuario. No obstante, en autos no existen antecedentes que permitan a este Tribunal extraer una deducción concluyente sobre la relevancia

empírica de este conjunto de conjeturas, en el caso particular del mercado relevante de autos.

Adicionalmente, y en la eventualidad que realmente existiesen algunas economías de escala asociadas a la operación conjunta de dos frentes de ataque contiguos o aledaños, en opinión de este Tribunal no existen en autos antecedentes suficientes que permitan concluir que una proporción significativa de tales economías se traspasaría finalmente a los usuarios de los servicios portuarios, dada precisamente la existencia de riesgos factibles, serios y relevantes para la libre competencia en este mercado, derivados de la integración horizontal de un determinado operador portuario.

11.2.4. Conclusión en materia de integración horizontal

En consideración a las ventajas y desventajas antes señaladas, este Tribunal concluye: (a) que existen riesgos para la libre competencia que son factibles, serios y relevantes en el mercado de autos, derivados de la integración horizontal de un operador portuario, y (b) que no está acreditado en autos que tales riesgos puedan ser suficientemente contrapesados por la existencia de eventuales eficiencias derivadas de la operación conjunta de frentes de ataque contiguos o aledaños.

Por consiguiente y a fin de favorecer una mayor competencia en la provisión de los servicios portuarios en el mercado relevante, este Tribunal estima que es necesario establecer una restricción a la integración horizontal que impida a los operadores portuarios incumbentes (TPS y STI) participar en la propiedad de más de una empresa concesionaria de operación portuaria en el mercado relevante de autos, favoreciendo de esta forma el ingreso de competidores independientes adicionales.

Por consiguiente, este Tribunal no accederá a la propuesta de EPV de permitir a TPS participar en un segundo grupo de propuestas y, en cambio, prohibirá tanto a TPS como STI participar en la propiedad, acciones o derechos del frente de ataque que es objeto de esta Licitación.

Lo anterior, sin perjuicio de que ambos concesionarios podrán participar en la Licitación, en la medida que opten por sustituir la participación o vinculación que tengan en un frente, por una participación o vinculación en el Frente de Ataque N° 2 del Puerto de Valparaíso, para lo cual deberán, en caso de adjudicarse la Licitación, enajenar su participación o desvincularse de la sociedad concesionaria a la que actualmente estuvieren ligados, según corresponda, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se ejerza tal opción.

La justificación de esta restricción a la integración horizontal debe necesariamente analizarse entendiéndola como parte de un sistema más amplio de restricciones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estructurales, que incluye también a la nueva regla de integración vertical que se aplicará a la Licitación de autos ya indicada. Esta regla es notoriamente menos restrictiva que la establecida en el Dictamen 1045, en términos de la capacidad de control corporativo que ella permite, siendo su principal motivación el incentivar una mayor participación de nuevos competidores en la Licitación de autos y, así, promover una mayor intensidad de competencia en el mercado relevante. Lo anterior no sólo en la fase de competencia *ex ante*, o Licitación, sino además –y fundamentalmente-- en la provisión final de los distintos servicios portuarios.

En efecto, este Tribunal estima que el mayor grado de integración vertical permitido bajo las nuevas reglas incrementa los incentivos a participar en la Licitación de autos, en comparación con el caso que se hubiese mantenido la regla vertical impuesta en el Dictamen 1045. Dadas las diversas economías de costos asociadas a la integración vertical en el negocio del transporte marítimo, ya latamente descritas en este Informe, es dable esperar que la posibilidad de ejercer control corporativo aumente, en forma relevante, el atractivo comercial de adjudicarse la Licitación.

Por otro lado, este Tribunal también ha argumentado que un mayor grado de integración vertical, por parte de un operador portuario, a su vez conlleva riesgos de que ocurran conductas contrarias a la libre competencia, siendo tal riesgo mayor –todo lo demás constante-- mientras menos opciones independientes existan para la contratación de servicios portuarios en el mercado relevante. Junto con ello, en este Informe también se han citado diversas fuentes (véase la Sección 11.3.2) que plantean la existencia de costos no despreciables de control y supervisión, en relación a la posibilidad de detectar, y eventualmente sancionar, la ocurrencia de actos de sabotaje y de discriminación por parte de un operador portuario verticalmente integrado. Asimismo, tales costos condicionan la efectividad del control que puedan ejercer otros socios no integrados verticalmente en la propiedad de la futura sociedad concesionaria del nuevo frente estatal por licitarse en el puerto de Valparaíso.

En consecuencia, y en directa relación con los argumentos inmediatamente precedentes, la nueva restricción a la integración horizontal pretende optimizar dos efectos simultáneos. Primero, pretende incentivar una mayor participación de nuevos y más competidores –realmente independientes entre sí— en la Licitación de autos. Y, segundo, persigue además garantizar que la intensidad de la competencia en la Licitación también se traduzca, finalmente, en una adecuada intensidad de competencia en la provisión de los diversos servicios portuarios –estén ellos sujetos a tarifas máximas o no- en el mercado relevante de autos. Así, la nueva regla de integración horizontal no sólo pretende resguardar al mercado de autos de la ocurrencia de riesgos de conductas contrarias a la libre competencia directamente derivados de la integración horizontal, sino proteger además al mercado relevante de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los riesgos anticompetitivos asociados al hecho de permitir una mayor integración vertical en la cadena total del negocio del transporte marítimo; siendo este segundo efecto una consecuencia directa de la mayor intensidad de competencia que es dable anticipar, como resultado de la participación de un mayor número de competidores -- genuinamente independientes- en el mercado relevante.

Por último, el efecto conjunto de las nuevas reglas de integración vertical y horizontal, en términos del resguardo de la libre competencia, debe además considerarse dentro de un futuro contexto del mercado relevante de autos en el cual existen otras fuentes de eventuales aumentos en la capacidad de oferta en este mercado, como asimismo de entrada de competidores adicionales.

En efecto, la futura licitación de la concesión del Espigón del puerto de San Antonio incrementará en forma relevante y cierta la capacidad de oferta total en este mercado, ofreciendo además una oportunidad adicional de entrada para nuevos competidores al mismo. Igualmente la capacidad de oferta total en el mercado relevante podría además incrementarse, aún con mayor holgura, si al menos alguno de los actuales concesionarios portuarios (TPS y STI) continúa con sus iniciativas de inversión en expansión de la capacidad instalada en sus actuales frentes concesionados. Por lo anterior, este Tribunal estima que el efecto conjunto de estas dos fuentes de eventuales futuros incrementos en la capacidad de oferta en el mercado generará holguras de capacidad para el actual concesionario del Frente N° 1 del Puerto de Valparaíso (TPS), lo cual necesariamente contribuirá a favorecer la intensidad de competencia en el mercado de autos.

En definitiva, y en función de lo argumentado precedentemente, la regla de integración horizontal aplicable a la Licitación será del siguiente tenor:

“1.- La sociedad que se adjudique la concesión del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso, y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, 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.

2.- No obstante, ningún interesado estará impedido de participar en la Licitación, pero en caso de adjudicársela deberá atenerse a las condiciones establecidas en el numeral precedente. En efecto, es posible que las sociedades concesionarias o sus personas relacionadas, por razones de preferencia, opten por sustituir la participación o vinculación que tengan en un frente, por una participación o vinculación en el Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso, para lo cual deberán enajenar su participación o desvincularse de la sociedad concesionaria a la que actualmente estuvieren ligados, según corresponda, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se ejerza tal opción.”

De este modo, la nueva restricción horizontal queda delimitada a los concesionarios que forman parte del mercado relevante definido en la Sección 7, esto es, los concesionarios de frentes de atraque que prestan servicios portuarios a carga general.

Por último y en la eventualidad de que se declarase desierta la Licitación por no haber interesados en presentar ofertas que cumplan con el precio de reserva estipulado por EPV, este Tribunal considera que ello sería reflejo de que, dada las proyecciones y condiciones actuales del mercado, el proyecto no sería rentable y por lo tanto convendría naturalmente postergarlo, tal como se ha argumentado en el informe de fojas 789 del expediente Rol NC 317-08. Es más, si en ese caso los actuales concesionarios igualmente hubiesen estado interesados en adjudicarse la concesión, en opinión de este Tribunal ello sólo demostraría que su principal interés en adjudicarse la Licitación consistiría en impedir la entrada de nuevos competidores al mercado de servicios portuarios, buscando así defender sus actuales rentas, puesto que este Tribunal no se formó convicción respecto de las eventuales eficiencias asociadas a la operación unificada de frentes de atraque contiguos.

11.3. Reglas comunes:

Según se señaló, las regulaciones de los numerales 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 7.3, 7.4 y 7.5 del Dictamen 1045 son comunes a las reglas de integración vertical y horizontal, aclarándose que la del numeral 3.6 no es expresamente reproducida en la regla de integración horizontal del mencionado dictamen, pero a juicio de este Tribunal le es plenamente aplicable, tal como, por lo demás, lo reconoce la Solicitante.

Esas reglas se refieren a los siguientes aspectos: (i) cálculo de porcentajes máximos; (ii) transferencia forzosa del exceso; y, (iii) vigencia.

(i) Cálculo de porcentajes máximos

El Dictamen 1045, señala en los numerales 3.4 y 7.5 que: *“A efectos de las reglas anteriores, se tendrá por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros para dar por establecida tal relación”.*

A su vez, el numeral 3.6 del mismo dictamen, dispone: *“Los concesionarios proporcionarán a las Empresas Portuarias información, a lo menos trimestralmente, respecto de las relaciones de sus accionistas con sus personas relacionadas que resulten pertinentes”.*

La propuesta de EPV no contempla modificaciones a este respecto y será aceptada por este Tribunal.

No obstante, se precisa que la información mínima que el concesionario deberá proporcionar a EPV respecto de sus controladores, accionistas y personas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relacionadas, serán los volúmenes de carga que movilizan en cada eslabón en el que participan, en cada uno de los segmentos de carga general y en cada uno de los frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso, reduciéndose prudencialmente la periodicidad de esta información a dos veces al año, esto es, semestralmente.

(ii) Transferencia forzosa del exceso

En los numerales 7.3 y 7.4 del Dictamen 1045, se establece que:

“7.3.- Los estatutos de las sociedades concesionarias incorporarán la regla de que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que haya superado los umbrales de participación referidos en la regla anterior (exceso de participación), deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación, de la manera que tales accionistas acuerden en los pactos que celebren, otorgándose en todo caso poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a esa enajenación por medio de una bolsa de valores si pasados 45 días desde que venció el plazo indicado, este exceso no fuere enajenado”.

7.4.- Las bases y el contrato de concesión establecerán que si transcurridos los plazos señalados anteriormente, no se ha procedido a enajenar el referido exceso a un tercero no sujeto a inhabilidad, se entenderá por ese solo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, y la Empresa Portuaria respectiva tendría derecho a poner término a la concesión según dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley Nº 19.542”.

Los numerales 3.5 y 3.7, contenían reglas muy similares, estableciendo en tres meses el plazo para enajenar el exceso de participación, tratándose de la integración vertical.

La propuesta de EPV no contempla unificar los plazos para la enajenación del exceso de participación para ambas reglas, sin perjuicio de lo cual este Tribunal estima que no hay razones para distinguir, por lo que las reglas transcritas serán consideradas normas comunes a las reglas de integración horizontal y vertical.

(iii) Vigencia de las restricciones:

A ella se refieren los numerales 3.8 y 9 del Dictamen, conforme a los cuales estas reglas sobre integración vertical y horizontal *“tendrán vigencia durante el plazo de concesión. Con todo, luego de cinco años de celebrado el contrato de concesión, los concesionarios podrán requerir su modificación a la Empresa Portuaria respectiva, la que sólo podrá proceder previo informe favorable de la Comisión Preventiva Central”.*

La propuesta de EPV, difiere levemente de la regla anterior, en cuanto no precisa que es la empresa portuaria quien debe solicitar el informe a este Tribunal –como sucesor

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la Comisión Preventiva Central-, previo requerimiento que le formule el concesionario.

A su vez, el SEP propuso modificar la regla anterior en cuanto a que transcurridos 5 años desde la suscripción del contrato de concesión pueda solicitarse la revisión de las reglas de integración vertical y horizontal a solicitud de la respectiva empresa portuaria, de la empresa concesionaria o de sus accionistas controladores, ya que en la actualidad la modificación de tales restricciones sólo puede ser solicitada por la respectiva empresa portuaria.

Al respecto, cabe señalar que, dado que tales restricciones son incorporadas al contrato de concesión, este Tribunal estima que sería preciso que exista acuerdo entre EPV y el concesionario para proceder a modificar tales restricciones por la vía no contenciosa.

Por lo anterior, sólo accederá a modificar la norma de vigencia de las reglas a la integración vertical y horizontal, en los siguientes términos:

Las reglas de integración vertical y horizontal tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años de celebrado el contrato de concesión, cualesquiera de las partes de ese contrato podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su modificación en un procedimiento no contencioso si las condiciones de competencia varían u otras condiciones lo ameritan, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la otra parte.

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

De conformidad con lo expuesto, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1º, 3º, 18º, número 5, y 31º del Decreto Ley N° 211, 3º, 5º, 7º, 14º, 19º, 22º, 23º y 50º de la Ley N° 19542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, 100 de la Ley N° 18045 de Mercado de Valores, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 12º, 13º, 14º, 19º y 20º del D.S. N° 104 de 1998 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, las demás normas legales y reglamentarias citadas y pertinentes, y en el Dictamen 1045 de 1998 de la Comisión Preventiva Central, se resuelve:

Evacuar el informe solicitado a fojas 107 por Empresa Portuaria Valparaíso (EPV), fijando las siguientes condiciones a que deberá sujetarse la licitación del Frente de Atraca N° 2 del Puerto de Valparaíso (también llamado Espigón), las cuales deberán incorporarse a las respectivas bases y contrato de concesión:

I. Resguardos para la competencia en la Licitación:

- 1) La Licitación deberá adjudicarse al postulante que ofrezca el menor índice de tarifas por los servicios básicos, esto es, el menor promedio ponderado de las tarifas de cada uno de los servicios que son indispensables para el atraque de las naves, la movilización y el acopio de la carga, o para cuya provisión es necesaria la infraestructura entregada en concesión, de manera que el concesionario los presta o puede prestar en condiciones de monopolio en el frente de atraque licitado;
- 2) EPV deberá establecer en las bases de la licitación una metodología o fórmula de ponderación de las tarifas de cada uno de los servicios que de acuerdo con la Sección 7.1.2 deben ser considerados básicos, la que deberá ponderar cada tarifa según la importancia relativa que proyecte que tendrá cada servicio en los ingresos del concesionario durante el período de vigencia de la concesión portuaria.;
- 3) En caso de empate en las ofertas de la Licitación, 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 máximo que, en caso alguno, podrá ser más alto que el primitivo;
- 4) EPV deberá establecer un índice de adjudicación máximo de reserva secreto en virtud del cual puedan ser rechazadas la o las ofertas que lo excedan y, en el caso de que todas las ofertas se encuentren en esta situación, la Licitación sea declarada desierta;
- 5) Los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las que una oferta pueda ser desestimada y aquellas por las que la Licitación o cualquiera de sus etapas puedan ser declaradas desiertas deberán ser objetivos, estar establecidos con claridad en las bases y ser conocidos por los postulantes, a excepción del índice de adjudicación máximo de reserva, debiendo eliminarse, por lo tanto, la facultad que se establece en el párrafo 5 del punto 2.12 del borrador de bases de la Licitación;
- 6) Por concepto de canon anual, EPV podrá cobrar al concesionario el pago anual equivalente mínimo (PAMI) a que se refiere el artículo 6 del Reglamento de Licitaciones Portuarias, asimilando el valor económico de los activos objeto de concesión ya sea a los valores libro vigentes para los mismos, o al costo de reposición de las instalaciones existentes;
- 7) Los demás pagos que el concesionario deba efectuar a EPV deberán estar razonablemente asociados a costos, tales como aquellos que produzca la Licitación o los necesarios para financiar la operación eficiente de la Solicitante;

8) EPV deberá especificar con claridad y precisión en las bases de la Licitación la capacidad de la infraestructura y los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes;

9) El monto de las garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento de contrato que contemplen las bases de la Licitación, no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una;

II. Resguardos en la provisión de servicios portuarios:

10) El concesionario estará obligado a prestar sus servicios a todo aquel que lo requiera, en términos y condiciones generales y no discriminatorias, que deberán estar contenidas en documentos públicos que estarán a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el concesionario mantenga en 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);

11) El concesionario estará obligado, por las bases 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 al derecho de los interesados a ejercer otras acciones y derechos que les confiera la ley, ni al derecho del concesionario de acudir al árbitro que se establezca en el contrato de concesión que dirima las discrepancias que pudieren producirse en caso de estimar improcedente la aplicación de sanciones por parte de la empresa portuaria;

12) Las tarifas de cada servicio con las cuales resulte adjudicada la Licitación, se constituirán en la tarifa máxima aplicable al correspondiente servicio básico, o bien, se emplearán para construir los índices máximos aplicables a cada uno. Por consiguiente, las tarifas del concesionario no podrán superar las tarifas o índices de tarifas máximas a que se obligó en el proceso de licitación, por los servicios definidos como básicos en la condición 1) de este informe, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de tarifas que EPV determine.

Será opción de EPV 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, lo que deberá estar claramente establecido en las bases de la Licitación. No obstante, en caso que EPV opte por establecer índices tarifarios máximos no podrá incluir en un mismo índice: (a) servicios básicos que siempre forman parte de la cadena de transporte marítimo -independientemente del tipo de usuario que los demande- junto con (b) servicios que sólo son requeridos tratándose de determinados

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

productos (como aquellos que requieren cadena de frío); o que tengan volúmenes u otros factores que los hagan imprescindibles sólo para determinados tipos de clientes.

13) Las tarifas que el concesionario determine, 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;

14) EPV deberá establecer un mecanismo de adecuación del contrato de concesión que prevenga la probable ocurrencia de cambios relevantes en las condiciones de competencia en el mercado, sea del lado de la oferta o de la demanda, que no hayan podido ser previstos al momento de diseñar la Licitación y que hagan imprescindible efectuar adecuaciones al contrato de concesión, sea en la calificación de servicios como básicos u opcionales, en las tarifas o índices tarifarios máximos, o en otros aspectos establecidos por las bases de la Licitación o el contrato de concesión de acuerdo con la Sección 10 de este informe.

En todo caso, la modificación de aspectos establecidos por las bases de la Licitación o el contrato de concesión de acuerdo con la Sección 10 de este informe, sólo podrá efectuarse una vez que: (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.

15) Las tarifas que cobre el concesionario por sus servicios, sean básicos u opcionales, 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;

16) El concesionario prestará sus servicios dando cumplimiento a los estándares de calidad y umbrales de ocupación definidos por EPV en las Bases de la Licitación o en el Contrato de Concesión, y sus anexos, y particularmente con los tiempos de ocupación máxima por nave (TOM), tiempos de ocupación máxima anuales (TOMA) y tiempos máximos de espera por nave.

EPV deberá considerar sanciones eficaces para prevenir el incumplimiento de los estándares de calidad de servicio o los umbrales de ocupación que sean definidos.

17) El concesionario deberá establecer en el Manual de los Servicios normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves que formarán parte de las condiciones generales de prestación de los servicios portuarios, en conformidad a los criterios generales y requisitos mínimos que EPV fije en su Reglamento de Uso de Frentes de Atraque. Tratándose de reservas, se deberán contemplar, además de requisitos de general aplicación para acceder a las mismas, los plazos máximos de su duración y las multas que deberán aplicarse a los usuarios que, por causa que les fuere imputable, incumplan con la fecha y hora de atraque comprometida. EPV deberá informar a la Fiscalía Nacional Económica respecto de cualquier modificación que pretenda introducir a las normas de asignación de capacidad o prioridad en la atención de naves, a fin de que esta última pueda velar por su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia en el ámbito de sus atribuciones;

18) El concesionario deberá 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 EPV establezca –idealmente en línea-, quien determinará asimismo los medios técnicos para su acceso por todos los interesados;

El concesionario y sus accionistas deberán proporcionar al Directorio de EPV, cualquier información legal y/o económica que éste requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la ley, de las bases de licitación, del contrato de concesión y de las condiciones establecidas en este informe, así como la información necesaria para que la transferencia de la concesión se haga a quien cumpla con los requisitos para ser concesionario. Estas obligaciones deberán ser contractualmente extensivas a los accionistas de la empresa concesionaria, para los efectos de proveer a la debida observancia de las reglas sobre propiedad accionaria que se establezcan. Para ello, las Bases de la Licitación deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información acerca de sus empresas relacionadas, en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18045 sobre Mercado de Valores. El concesionario o sus accionistas no podrán excusarse de proporcionar a EPV la información que ésta les solicite para verificar el cumplimiento de sus obligaciones, amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. No obstante, en tales circunstancias, el concesionario deberá especificar a EPV la información que se encuentre en la situación anterior, debiendo la empresa portuaria adoptar los resguardos correspondientes.

19) La sociedad concesionaria deberá cumplir con todas las obligaciones establecidas en el artículo 50 bis de la Ley N° 18046 sobre Sociedades Anónimas, cualquiera sea su patrimonio, pero en la medida que tenga accionistas independientes

del controlador que permitan hacerlo. La Empresa Portuaria podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores constituido en conformidad a ese artículo;

20) Las sanciones y multas aplicables deben ser disuasivos eficaces del incumplimiento de las obligaciones del concesionario que tienen por objeto resguardar la libre competencia;

III. Resguardos estructurales:

21) Integración Vertical:

21.1.- 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.

21.2.- 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, sea como empresas navieras, exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, transportistas multimodales, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier título o modalidad, con exclusión de los agentes de muellaje, i) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva, o ii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada por medio del frente de atraque objeto de la respectiva concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas) participare a varios títulos 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 30 de junio y 31 de diciembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a EPV dentro de los 30 días siguientes;

21.3.- 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;

22) Integración horizontal:

22.1.- La sociedad que se adjudique la concesión del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso, y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, 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;

22.2.- No obstante, ningún interesado estará impedido de participar en la Licitación pero, en caso de adjudicársela, deberá atenerse a la condición establecida en el numeral precedente. En efecto, es posible que las actuales sociedades concesionarias o sus personas relacionadas, por razones de preferencia, opten por sustituir la participación o vinculación que tengan en un frente, por una participación o vinculación en el Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso, para lo cual deberán enajenar su participación o desvincularse de la sociedad concesionaria a la que actualmente estuvieren ligados, según corresponda, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se ejerza tal opción;

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

23.1.- A efectos de las reglas anteriores, se tendrá por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros para dar por establecida tal relación;

23.2.- El concesionario proporcionará a EPV información, a lo menos semestralmente respecto de sus controladores, accionistas y personas relacionadas que intervengan a cualquier título en cualquiera de los eslabones del transporte marítimo de carga en la Región de Valparaíso, precisando los volúmenes de carga que movilizan en cada eslabón en el que participan, en cada uno de los segmentos de carga general y en cada uno de los frentes de atraque de uso público de la región;

23.3.- Los estatutos de la sociedad concesionaria deberán establecer que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que supere los umbrales de participación permitidos en la regla de integración vertical, o incumpla la regla de integración horizontal 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 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;

23.4.- Las bases y el contrato de concesión establecerán que, si pasados seis meses desde que se hubiere requerido por EPV, 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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° 19542;

23.5.- Las reglas de integración vertical y horizontal tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años de celebrado el contrato de concesión, cualquiera de las partes de ese contrato podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su modificación en un procedimiento no contencioso si las condiciones de competencia varían u otras condiciones lo ameritan, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la otra parte.

El presente informe ha sido acordado con el **voto en contra del Ministro Sr. Tomás Menchaca Olivares**, quien estuvo por aceptar parcialmente la propuesta de EPV, que fue apoyada también por el Comité del Sistema de Empresas (SEP), relativa al alzamiento condicional de la restricción a la integración horizontal intraportuaria establecida en el Dictamen 1045, que afecta al concesionario del Frente de Atrque N°1 del Puerto de Valparaíso (TPS) en la forma que se indica a continuación, por las siguientes consideraciones:

1º) Que, a juicio de este disidente, las restricciones a la integración horizontal impuestas en el presente Informe, en lugar de promover, tienden a disminuir el grado de competencia en la Licitación (competencia *ex ante*), pues, además de hacer más probable la colusión en la misma, permiten que los precios a público que resulten del proceso licitatorio sean probablemente más altos que sin ellas. Todo ello para evitar riesgos en la competencia *ex post*, que a juicio de este disidente están suficientemente cubiertos con los resguardos conductuales y restricciones verticales impuestos por este Informe. Además, las restricciones horizontales impuestas - que son mucho más exigentes que aquellas que impuso en su tiempo el Dictamen 1045 – no se justifican, atendido el grado de competencia que existe ya hoy en el mercado, el que se incrementará con toda seguridad luego de las licitaciones del Frente de Atrque N° 1 de Valparaíso y del Frente de Atrque Costanera Espigón de San Antonio.

2º) Que, de acuerdo con lo expresado en la Sección 11.1 de este Informe, el Dictamen 1045 no es aplicable a esta Licitación y sólo rige a los concesionarios resultantes de las licitaciones para las cuales fue dictado hace diez años, en el contexto de la incipiente modernización y privatización del sector portuario estatal que promovió la Ley N° 19542.

En armonía con la confianza en la competencia como motor de desarrollo del sector portuario estatal que inspiró la Ley N° 19542, el Dictamen 1045 dejó establecido el carácter preventivo, prudencial y eminentemente provisional de las restricciones estructurales impuestas, reconociendo que, a los cinco años, sería posible “*analizar la conveniencia de disminuir algunas de las restricciones señaladas*”. En lo concerniente

a la restricción horizontal, sería posible relajarla cuando “*los puertos compitan entre sí en igualdad de condiciones*”.

En consecuencia, para establecer condiciones a la Licitación objeto del presente informe, especialmente si son tan graves como impedir en forma absoluta la adquisición por parte de un interesado de cualquier concesión de frentes de atraque en la Región de Valparaíso, limitando su derecho a hacerlo y limitando asimismo la competencia en la licitación, es necesario llegar a la convicción de que éstas son necesarias para que exista un razonable grado de competencia en el mercado relevante luego de la misma y que los beneficios que pueda traer en la competencia *ex post* serán superiores a los perjuicios que sufrirá la competencia *ex ante*;

3º) Que, en nuestro país, la región de Valparaíso es aquella en que la competencia es mayor y más posible, dado que existen dos puertos públicos, otros dos privados, y dentro de los primeros, existen a su vez diversos frentes de atraque, que son unidades independientes de operación. En todo caso, y por las razones que el informe expresa, algunos de los oferentes de servicios portuarios de la Región de Valparaíso forman parte de mercados relevantes diferentes, estando restringido en la actualidad el de autos a un máximo de cuatro oferentes (TPS, STI, EPV y EPSA), de los cuales sólo dos, en la práctica, tienen a esta fecha características de infraestructura y equipamiento equivalentes que les permiten disputarse clientes y competir entre sí, particularmente en el segmento de carga en contenedores en el que están especializados (TPS y STI).

4º) Que, en efecto, es posible afirmar que en los últimos años se han producido tres fenómenos paralelos que han contribuido a reducir, en forma manifiesta, la participación de los espigones estatales (EPV y EPSA) en la transferencia de carga en contenedores, y su correspondiente capacidad para competir en dicho segmento de mercado, que son: i) el crecimiento de las naves portacontenedores que demandan mayor infraestructura y equipamiento portuario; ii) las mayores dimensiones y velocidades de transferencia de los frentes monooperados; y, iii) el estancamiento de inversión en los espigones, por restricciones legales y ausencia de incentivos. Sin embargo, precisamente una licitación exitosa del Espigón de Valparaíso, por EPV, y del Espigón de San Antonio, por EPSA, debiera permitir solucionar estos problemas y por ende aumentar sustancialmente la competencia en el mercado relevante.

5º) Que, en efecto, habiendo transcurrido diez años desde la primera fase del proceso de modernización del sector portuario estatal y de acuerdo a la Sección 8 del presente Informe, relativa a las “Condiciones de Competencia en el Mercado Relevante”, se pueden constatar los siguientes indicios de competencia entre los frentes de atraque de los puertos de Valparaíso y San Antonio (interportuaria), particularmente entre los frentes concesionados de dichos puertos estatales, esto es, entre TPS y STI:

5.1. Movimientos o cambios de usuarios entre frentes de atraque que forman parte del mercado relevante, particularmente entre los frentes concesionados. Esos cambios, a juicio de este disidente no son reducidos, y representan, en cambio, proporciones significativas de la carga en contenedores movilizada en la región, tal como se advierte del cuadro 9. En efecto, de dicho cuadro se desprende que el año 2006, se trasladaron cuatro líneas navieras que representaban más del 20% del total de carga en contenedores movilizada en la Región para dicho año y, por lo tanto, un porcentaje mucho mayor para el operador que ganó o perdió el respectivo cliente.

Además, y tal como afirma el informe de fojas 972 bis, se observa que los movimientos de navieras que se verificaron el año 2006 corresponden mayormente a cambios desde STI a TPS y que este último oferente mostró una actitud de competencia agresiva en dicho año, que le permitió alcanzar el límite de su capacidad en 2007.

5.2. Inestabilidad de las participaciones de mercado de los cuatro frentes de atraque que forman parte del mercado relevante, tanto en servicios provistos a carga en contenedores como fraccionada. Según se observa en los gráficos 3 y 9 y en los cuadros 8 y 15, las participaciones de mercado de los cuatro oferentes varían año a año y los liderazgos se disputan y alternan entre ellos, lo que constituye un poderoso indicio de competencia, considerando que lo usual en mercados concentrados y con barreras de entrada es que las participaciones de mercado de los oferentes sean relativamente estables en el tiempo;

5.3. Correlación positiva entre las participaciones de mercado o proporciones de carga movilizada y la calidad relativa de los servicios provistos por los concesionarios STI y TPS, según se observa en el gráfico 5, que utiliza la velocidad de transferencia de carga como indicador de calidad del servicio, siendo este el único indicador que no está influenciado por variables como el crecimiento de la demanda, dado que mide unidades de carga (toneladas o contenedores) por unidades de tiempo de ocupación efectiva del frente de atraque y por cada nave (hora de uso efectivo por nave)³³. Asimismo, la correlación positiva entre calidad y volúmenes de carga relativos se observa también en los gráficos 4 y 6, donde se utilizan indicadores de calidad que son endógenos y mucho menos certeros. A juicio de este disidente, la correlación positiva entre las participaciones de mercado y la calidad de los servicios indica que los operadores portuarios compiten por ofrecer a sus clientes una mejor calidad de servicio.

5.4. En materia de tarifas, los cálculos efectuados por este Tribunal en la Sección 8 del Informe muestran que las tarifas efectivas cobradas actualmente por TPS y STI están por debajo de las que podrían cobrar de acuerdo con sus respectivos contratos de concesión. Tratándose de TPS, el índice de tarifas publicadas –que ciertamente

³³ Punto 6.8 del Borrador del Contrato de Concesión, Anexo C del Borrador de Contrato de Concesión y Anexo 3 de las Bases de Licitación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

podría estar sobrestimando las tarifas efectivas en razón de la aplicación de descuentos-, es un 8% inferior al índice de tarifas máximas, mientras que para el caso de STI, dicho índice es un 6% más bajo que lo permitido, diferencia que, según se ha dicho, podría ser aún mayor.

En todo caso, y pese a que las restantes estimaciones concernientes a la evolución de las tarifas incluidas en este Informe son más imperfectas e imposibles de verificar con los antecedentes disponibles, éstas confirman lo anterior y sólo varían la magnitud de la diferencia -que estiman mucho mayor-, entre los precios máximos y los efectivamente cobrados.

En este sentido, en el informe acompañado por TPS, que rola a fojas 781, se señala que *“el nivel del ingreso medio efectivo (por tonelada movilizada) cobrado en el año 2006, considerando el agregado de los servicios portuarios regulados vía tarificación, sería un poco más de 20% inferior al valor indexado del índice tarifario máximo al cual se comprometió TPS”*. Por su parte, el Informe de autos concluye, a partir del gráfico 8, que *“los precios promedios de ambos concesionarios habrían experimentado una tendencia decreciente durante el periodo 2000-2007, siendo los ingresos medios al año 2007, de TPS y de STI, inferiores en 14% y 5%, respectivamente, en relación a sus ingresos medios estimados para el año 2000” (gráfico 8 de elaboración propia)*. Todo ello a pesar que, por estar casi copada la capacidad de TPS, la competencia en el mercado se ha visto reducida.

6º) Que en este contexto de mayor competencia a la que se podía observar a la fecha de dictarse el Dictamen 1045, es posible advertir que la restricción horizontal impuesta en el informe de mayoría es más severa que la establecida en dicho dictamen, dictado hace 10 años, cuando recién se privatizó el sector portuario y en que, por ende, eran mucho mayores los riesgos para la competencia y total el desconocimiento acerca de cómo se comportaría el mercado, en circunstancias que, como se ha dicho, la competencia ha aumentado en forma muy importante desde que se efectuó la privatización, competencia que, como se ha dicho, lo único que podría ocurrir es que se incremente, incluso si el adjudicatario fuera TPS.

7º) Que, por el contrario, el informe de autos constata que las restricciones de capacidad enfrentadas por TPS a partir del año 2007 son el principal factor que ha producido una reducción en la intensidad de la competencia observada en el mercado relevante, pues ha permitido que STI atienda la demanda residual que TPS no es capaz de disputarle, precisamente por haber alcanzado su límite de capacidad.

Al respecto, el informe de autos explica que la creciente congestión experimentada a partir del dicho año por el frente concesionado a TPS, se ha reflejado no sólo en un rápido deterioro de su eficiencia operacional relativa, sino además en una merma en la proporción de la carga en contenedores que moviliza.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A mayor abundamiento, cabe señalar que TPS no sólo está congestionado, sino que además tiene menor capacidad ociosa y total que STI, tal como se desprende de los cuadros 11 y 12, y enfrenta restricciones para ejecutar proyectos voluntarios de expansión de capacidad en dos de los cuatro sitios que componen el frente de atraque que tiene asignado en concesión. Respecto a esto último, el Informe del Panel de Expertos titulado “Análisis de los planes de expansión de las empresas portuarias estatales de la V Región” de abril de 2007 (que rola a fojas 789 de los autos Rol NC 317-08), señala que *“reconstruir los sitios 4 y 5 no permitiría obtener un mayor calado y por tanto mantendría la restricción de atender naves full container o de mayor tamaño, lo que significa que el proyecto no genera aumentos en la capacidad de transferencia del Puerto”*. El informe de mayoría reconoce también esta diferencia entre TPS y STI, al señalar que ambos pueden incrementar su capacidad *“sin perjuicio de las diferencias que puedan existir entre las potencialidades naturales de expansión de uno y otro frente”*.

La anterior es un motivo adicional para no establecer una restricción horizontal en términos tan absolutos como los planteados en el informe de mayoría y que va mucho más allá de lo solicitado por la propia EPV y por el SEP.

8º) Que, para superar el problema indicado precedentemente, es necesario que aumente la capacidad del Puerto de Valparaíso, lo que requiere que la licitación sea exitosa. El éxito de la licitación se garantiza a su vez sí, únicamente para el caso de que se declare desierta una primera licitación, en la segunda que se haga pueda participar TPS. A partir de lo anterior, este disidente concluye que la competencia interportuaria se intensificará cuando se lleve a cabo la Licitación de autos, ampliando la capacidad de transferencia del Puerto de Valparaíso. En efecto, el incremento de capacidad del Puerto de Valparaíso está asegurado por las Bases de la Licitación, que contemplan inversiones u obras obligatorias de ampliación que deben ser efectuadas por el concesionario que resulte adjudicado, en plazos preestablecidos, con lo que se aseguran los incrementos de la capacidad de transferencia del Puerto de Valparaíso, necesarios para una mayor competencia en el mercado relevante.

9º) Que, adicionalmente, es un antecedente importante a considerar el hecho que, en los 10 años desde que se le adjudicó su actual frente de atraque, TPS no ha sido sancionada por infracciones a la libre competencia como aquellas que se pretende precaver con una condición como la que se ha impuesto, lo cual es un indicio adicional no sólo de competencia, sino también del correcto comportamiento de TPS en el mercado, que en justicia tampoco justificaría impedirle en términos absolutos participar en la Licitación;

10º) Que, por otra parte, en lo relativo al análisis de los beneficios y riesgos asociados a la integración horizontal, que el presente Informe aborda en su Sección 11, este disidente comparte el enfoque y metodología propuestos, en el sentido de que era

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

preciso justificar las restricciones estructurales que se decidiera establecer, identificando riesgos para la libre competencia que, además de ser serios, veraces y probables, no pudieran ser mitigados por medio del establecimiento de otras condiciones. En efecto, restringir la participación de determinadas personas en una licitación requiere establecer la existencia de los riesgos para la competencia que esa participación conlleva, sopesarlos con las ventajas, y descartar la eficacia de medidas de mitigación menos peligrosas para el mercado.

Es preciso agregar a lo anterior que, a juicio de este disidente, las restricciones estructurales necesariamente deben tener un carácter residual como medidas de mitigación, atendido que, si bien aseguran un mayor número de oferentes independientes de servicios portuarios que carecen de incentivos para incurrir en conductas contrarias a la libre competencia, también pueden producir efectos adversos para la competencia en el mercado, por la vía de reducir el número de interesados en la Licitación y, por consiguiente, la tensión competitiva en la misma.

11º) Que, no obstante, este disidente considera que el informe de mayoría se aparta del enfoque propuesto, ya que los riesgos para la competencia que identifica no cumplen con el estándar antes indicado, las eficiencias derivadas de la operación de frentes de atraque contiguos son bastante claras y, por el contrario, en el Informe se logran constatar poderosos indicios que, examinados en su conjunto, permiten arribar a la conclusión de que, si bien el mercado es concentrado, ha existido un razonable grado de competencia entre los oferentes de servicios portuarios que forman parte del mismo, particularmente, entre TPS y STI. En todo caso, el balance de riesgos y ventajas –aún de admitirse una correcta identificación de los mismos- no justificaría la restricción a la integración horizontal impuesta, atendido que existen otras medidas de mitigación capaces de contrapesar los supuestos riesgos y además que, como se ha dicho, la participación condicional de TPS en la Licitación permitiría incrementar su tensión competitiva.

12º) Que, a continuación se analizarán cada uno de los riesgos que, de acuerdo con el informe de mayoría, justificarían la restricción a la integración horizontal impuesta y que son, en síntesis, que dicha integración: (i) reduciría la competencia *ex post* en el mercado de los servicios portuarios, en relación a la que existiría en caso de que ingrese un nuevo operador independiente; (ii) reduciría el número de alternativas para los usuarios para trasladarse de frente de atraque, en caso de ser discriminados por el operador portuario; y, (iii) inhibiría la participación de potenciales nuevos actores en la Licitación, porque TPS estaría dispuesto a pagar más para adjudicarse la concesión.

Por su parte, y como ventaja de la integración horizontal, el informe de mayoría constata ciertas economías de escala que suponen ahorros de costos operativos o logísticos y otros costos variables, pero argumenta que no existe evidencia de la

magnitud de tales eficiencias ni de que los beneficios asociados a ellas puedan traspasarse a los consumidores.

13º) Que, a juicio de este disidente, el balance de riesgos y ventajas no justificaría una restricción a la integración horizontal tan severa como la impuesta, pues los riesgos señalados no son importantes, dado el grado de competencia existente en la actualidad, que no puede sino incrementarse fuertemente si se efectúan las licitaciones de los espigones de Valparaíso y San Antonio y que, además, las eficiencias derivadas de la operación de frentes de atraque contiguos son bastante claras.

13.1 En efecto, el primer riesgo identificado por el informe de mayoría supone que el número de oferentes independientes es necesariamente determinante de la intensidad de competencia en el mercado relevante y que, por ello, sería necesariamente más eficiente que ingrese un nuevo actor. No obstante, dicha afirmación sólo es cierta en mercados en los que no hay economías de escala (o éstas se agotan), ni restricciones de capacidad; supuestos que, en la especie no concurren.

De hecho, el informe de mayoría, por un lado identifica economías de escala derivadas de la operación de frentes de atraque contiguos y, por otro, constata fehacientemente que este es un mercado en el cual los operadores enfrentan restricciones de capacidad. Por consiguiente, el primer riesgo identificado como justificación de la restricción a la integración horizontal impuesta por el informe de mayoría, es sólo una suposición que carece de sustento empírico en el mercado relevante definido y caracterizado en autos.

Además, y esto es tal vez lo más importante, lo resuelto por el Informe de mayoría no garantiza que ingrese un nuevo actor, sino declara preferir que no se produzca licitación, con su consecuente efecto para la competencia, al existir actualmente restricciones de capacidad en el Puerto de Valparaíso, antes de permitir que, ante el fracaso de una primera licitación pudiera participar TPS en una segunda licitación.

13.2 Por su parte, el segundo riesgo identificado en autos como justificación de la restricción horizontal impuesta, esto es, que se reduciría el número de alternativas para los usuarios que deseen trasladarse de frente de atraque, en caso de ser discriminados por el operador portuario está, a juicio de este disidente, suficientemente resguardado tanto por la regulación vigente como por las condiciones conductuales y restricción a la integración vertical establecidas en el presente informe. En efecto, los concesionarios de frentes estatales tienen prohibido -por la Ley 19542, por el DL 211, y por las condiciones conductuales establecidas en la Sección 10 de este Informe- incurrir en conductas discriminatorias tales como no atender, demorar la atención o discriminar a sus usuarios por medio del otorgamiento de condiciones diferenciadas de atención en calidad o precios, pudiendo ser sancionados gravemente si lo hacen. A

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mayor abundamiento, los incentivos para discriminar están suficientemente controlados por medio de la restricción a la integración vertical que, en definitiva, asegura que los frentes de atraque sean operados como negocios independientes de otros vinculados al transporte marítimo.

Además, este supuesto riesgo de que la adjudicación a un incumbente redujera las alternativas para los usuarios que deseen cambiarse de frente de atraque, tampoco justifica la restricción horizontal impuesta a TPS, considerando las restricciones de capacidad que éste enfrenta. En efecto, y como ya se dijo, las restricciones de capacidad de un operador portuario también reducen el número de alternativas para los usuarios en la medida que el frente de atraque congestionado o copado no representa una opción real de cambio.

13.3 El tercer riesgo, esto es, la circunstancia de que la participación de TPS en la Licitación podría disuadir la participación e ingreso de nuevos actores, a juicio de este disidente, justificaría impedir a TPS participar en una primera licitación, pero no una prohibición absoluta como la impuesta en el informe de mayoría. Por el contrario, el hecho que TPS pueda participar en una eventual y no muy probable segunda licitación, que sólo existiría en caso de declararse desierta la primera, ayudaría a incrementar la competencia tanto en la primera como en la segunda licitación, y haría disminuir los riesgos de colusión en la misma. Es por lo anterior, que este disidente considera que TPS debería poder participar en una segunda licitación, si la primera fuese declarada desierta, en la forma que se explicará más adelante.

13.4 Por su parte, y con respecto a la ventaja de la integración horizontal asociada a economías de escala, que el informe de mayoría considera insuficiente para sopesar los supuestos riesgos, este disidente considera que no existen antecedentes en autos como para concluir que su magnitud es pequeña, no debiendo imponerse condiciones sobre la base de presunciones carentes de base en datos objetivos, contradictorias con los antecedentes recabados y que además tienden a precaver riesgos que están razonablemente cubiertos por otras medidas de mitigación.

Adicionalmente, la razón por la que TPS pidió a EPV el alzamiento de la restricción horizontal que le afecta y por la cual EPV, la FNE y demás intervinientes consideran que su participación podría disuadir a nuevos interesados, es que TPS estaría dispuesto a pagar más por adjudicarse la concesión, esto es, porque la valora más que sus rivales, sin que nada permita inferir que esa mayor valoración pueda provenir de un malicioso interés por acaparar infraestructura escasa, especialmente si TPS enfrenta restricciones para expandirse en su concesión actual, deberá efectuar obligatoriamente y en los plazos establecidos en el contrato de concesión, cuantiosas inversiones en obras de expansión de capacidad, deberá cumplir rigurosos estándares de calidad de servicio, y además enfrentará la competencia de los operadores del Puerto de San Antonio. Pero lo más importante es que competirá por tarifas y no por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mayor oferta monetaria, lo que garantiza que los beneficios derivados de las mayores eficiencias de la operación de frentes de ataque contiguos serán traspasados a los precios, es decir a los usuarios, garantizando que los resultados serían mejores para la libre competencia que si, declarándose desierta la primera licitación, tuviera que efectuarse una segunda con un precio de reserva más alto que el que podría establecerse si TPS tuviera la posibilidad de participar en ella.

14º) Que, por su parte, el argumento del informe de mayoría consistente en que los costos de detección y fiscalización de conductas discriminatorias y de sabotaje serían muy elevados, no pasa de ser una simple afirmación que no considera: (i) que EPV está siendo dotada de mayores facultades de fiscalización y el concesionario está siendo obligado a entregarle a ésta toda la información que le pida con el fin de cautelar el cumplimiento de la ley, el contrato y las bases -incluso información confidencial-, dado que EPV no será un operador portuario, sino exclusivamente un fiscalizador; (ii) que a los usuarios habrá de proporcionarles toda la información relevante para la contratación del servicio (calidad y precios) y se trata de empresas multinacionales de transporte que conocen el negocio y pueden defenderse de eventuales abusos; (iii) que los incentivos del concesionario a discriminar o sabotear están siendo reducidos por medio de la imposición de una restricción a la integración vertical; y (iv) que los costos de fiscalización –que siempre existen- son soportados por los concesionarios, que financian a EPV.

15º) Que, no obstante lo anterior, y considerando muy especialmente la gran importancia del sector portuario para nuestra economía, existen las siguientes razones para no permitir a TPS participar incondicionalmente, sino en una segunda licitación, sólo en caso de que la primera sea declarada desierta:

15.1 El riesgo de que la participación de TPS disuada a otros interesados de participar en la Licitación podría frustrar los resultados esperados de la misma. En efecto, si TPS sabe que no habrá otros oferentes que compitan con él por adjudicarse la concesión, no tendría incentivos a presentar su mejor oferta. De ahí que este disidente considere que, en caso alguno, la oferta de TPS deba formar parte de un “segundo grupo”, en los términos que consigna la propuesta de EPV, pues ello implicaría que en esa segunda etapa la oferta de TPS no estaría compitiendo con ninguna otra.

15.2 En segundo lugar, este disidente considera que la amenaza de participación de TPS en una segunda licitación, incrementaría la competencia en la primera. De hecho, si los nuevos interesados saben que pasarán a una segunda licitación en la que competirán con TPS si es que la primera es declarada desierta, presentarán entonces sus mejores ofertas en la primera licitación, dado que esa será la gran oportunidad que tendrán para entrar al mercado.

15.3 Además, la amenaza de competir con TPS en una segunda licitación reduce los riesgos de colusión entre los participantes para hacerla fracasar y obtener así una alza en el índice de adjudicación máximo de reserva, e introduce una mayor presión competitiva en la primera licitación, porque a ninguno de los oferentes les convendrá que no se alcance el índice de adjudicación máximo de reserva y que, por ende, la licitación deba ser declarada desierta, pues en una segunda licitación es muy difícil que puedan coludirse o competir con TPS, que tiene un interés probablemente mayor en la concesión.

Por lo anterior, este disidente considera que un esquema con dos licitaciones favorecería una mayor competencia; con una primera licitación en la que participen sólo nuevos interesados independientes de los concesionarios de otros frentes de ataque del mercado relevante; y, una segunda, que se lleve a cabo en caso de ser declarada desierta la primera, en la que pueda participar TPS junto a otros interesados.

16º) Que, en relación con lo anterior, este disidente considera que, además, el informe de mayoría no efectúa un adecuado balance de los riesgos y ventajas asociados a la participación condicional de TPS propuesta por EPV.

En efecto, insistir en las bondades teóricas que podría traer aparejado el ingreso de un nuevo actor independiente, es dar por sentado el éxito de la Licitación y eludir la interrogante planteada por EPV, en cuanto a si es deseable o no -desde el punto de vista de la libre competencia- permitir la participación de TPS en caso de no haber otros interesados o de declararse desierta la Licitación.

Al respecto, a juicio de este disidente, resulta evidente que habrá menor competencia si la Licitación fracasa que si resulta adjudicada a TPS, pues un actor que ha alcanzado su límite de capacidad no puede inyectar competencia alguna, al menos, respecto a la demanda residual que no es capaz de atender.

En cambio, el esquema propuesto en el informe de mayoría permite implícitamente que, de no alcanzarse el índice de adjudicación máximo de reserva, EPV deba optar por: (i) aumentar progresivamente dicho índice en sucesivas licitaciones, hasta que alguien resulte adjudicado, lo que se traducirá en mayores precios de los servicios portuarios; o, (ii) requerir un nuevo informe que rebaje las exigencias establecidas en el informe de mayoría, permitiendo la participación de un mayor número de interesados, lo que implicaría importantes costos y demoras absolutamente innecesarias y no respondería a las necesidades de EPV de asegurar el éxito de la Licitación, en caso de no contar con suficientes interesados. En este último caso, además, se perderían las ventajas que existirían, para la competencia *ex ante* en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

primera licitación, de la eventual participación de TPS en un segundo proceso licitatorio, que ya se han indicado.

Notifíquese, transcríbese al señor Fiscal Nacional Económico y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 313-08.

Emitido por los Ministros señores Radoslav Depolo Razmilic, Presidente Subrogante, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Tomás Menchaca Olivares, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Joaquín Morales Godoy. Autoriza, Sr. Javier Velozo Alcaide, Secretario Abogado.