

SANTIAGO, veintidós de noviembre de dos mil doce.

PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO

ROL NC N° 403-12

SOLICITANTE: EMPRESA PORTUARIA VALPARAISO.

OBJETO: RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ALZAMIENTO DE LA RESTRICCIÓN A LA INTEGRACIÓN HORIZONTAL ESTABLECIDA EN EL INFORME N°5/2009.

CONTENIDO

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES.....	3
1.1. Solicitante:	3
1.2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones en este expediente respecto de la solicitud de informe de autos:	3
2. OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE.	3
3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES.....	9
3.1. DP World Americas Ro. Inc. (DP World).....	9
3.2. Sistema de Empresas Públicas (SEP)	9
3.3. Agencias Universales S.A. (Agunsa)	10
3.4. Federación Nacional de Trabajadores Portuarios de Chile (Fenatraporchi).....	11
3.5. Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. (SAAM).....	11
3.6. San Antonio Terminal Internacional S.A. (STI)	12
3.7. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT).....	12
3.8. Sindicato de Trabajadores Transitorios Portuarios del Espigón Terminal N°2 Valparaíso (Sindicato).....	13
3.9. Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. (TPS).....	14
3.10. Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A. (CCNI).....	16
3.11. Asociación Nacional de Agentes de Naves de Chile A.G. (Asonave)...	16
3.12. Cámara Marítima Portuaria de Chile A.G. (Camport).....	17
3.13. Asociación de Exportadores de Frutas de Chile A.G. (Asoex).....	18
3.14. Puerto Central S.A.....	18
3.15. Fiscalía Nacional Económica.	21
4. ANTECEDENTES RECABADOS POR EL TRIBUNAL.....	23

II) PARTE CONSIDERATIVA

5. NATURALEZA Y REQUISITOS DE PROCEDENCIA.	23
5.1. Naturaleza del pronunciamiento de autos: Informe.	23
5.2. Requisitos de procedencia de la Solicitud: Nuevos Antecedentes.	24
5.3. Improcedencia de aplicar la regla 23.5.	25
6. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA.	26
7. MARCO REGULATORIO APLICABLE AL MERCADO RELEVANTE: SÍNTESIS DEL INFORME N° 5.	27
7.1. Definición de mercado relevante.	27
7.2. Condiciones de competencia en el mercado relevante	27
7.3. Resguardos de la competencia en la Licitación	31
7.4. Resguardos de la competencia en la provisión de servicios portuarios	33
7.5. Resguardos estructurales	37
7.5.1. Integración Vertical:	37
7.5.2. Integración Horizontal	39
8. NUEVOS ANTECEDENTES: VARIACIÓN DE CONDICIONES DE COMPETENCIA CONSIDERADAS EN EL INFORME N° 5.	41
8.1. Enunciación.	41
8.2. Efectos de los nuevos antecedentes en las condiciones de competencia en el mercado relevante	41
8.2.1. Cuestión previa: Definición de mercado relevante.	41
8.2.2. Importancia relativa de cada uno de los segmentos de carga, por frente de atraque y por puerto.	42
8.2.3. Participaciones de mercado en cada uno de los segmentos del mercado relevante: Demanda creciente por servicios de transferencia de contenedores..	44
8.2.4. Capacidad de oferta existente en el segmento de servicios portuarios para carga en contenedores.	48
8.2.5. Indicios de competencia en la provisión de servicios portuarios para carga en contenedores.	50
8.2.6. Restricciones de capacidad: Eventual congestión y efectos en las condiciones de competencia en la provisión de servicios portuarios relevantes. .	57
9. EFECTOS DE LOS NUEVOS ANTECEDENTES EN LA JUSTIFICACIÓN DE LA RESTRICCIÓN A LA INTEGRACIÓN HORIZONTAL.	67
9.1. Propuesta de EPV: Esquema licitatorio sometido a consideración.	67
9.2. Análisis costo-beneficio de la restricción a la integración horizontal: Cambio de enfoque o escenarios a comparar.	68
9.2.1. Riesgos para la competencia derivados de la integración horizontal.	68
9.2.2. Beneficios para la competencia derivados de la integración horizontal. .	80

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 también la Solicitud, las siguientes entidades y personas:

- DP World Americas Ro. Inc. (DP World)
- Sistema de Empresas Públicas (SEP)
- Agencias Universales S.A. (Agunsa)
- Federación Nacional de Trabajadores Portuarios de Chile (Fenatraporchi)
- Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. (SAAM)
- San Antonio Terminal Internacional S.A. (STI)
- Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT)
- Sindicato de Trabajadores Transitorios Portuarios del Espigón Terminal N°2 Valparaíso (Sindicato)
- Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. (TPS)
- Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A. (CCNI)
- Asociación Nacional de Agentes de Naves de Chile A.G. (Asonave)
- Cámara Marítima Portuaria de Chile A.G. (Camport)
- Asociación de Exportadores de Frutas de Chile A.G. (Asoex)
- Puerto Central S.A. (Puerto Central)
- Fiscalía Nacional Económica (FNE)

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

2.1. A fojas 10, con fecha 31 de enero de 2012, Empresa Portuaria Valparaíso (EPV o la Solicitante), solicitó a este Tribunal la eliminación o alzamiento de la restricción a la integración horizontal aplicable a la concesión del Frente de Atraque N°2 (también llamado Espigón) del Puerto de Valparaíso establecida en el Informe N° 5, y declarar que la misma no infringe las disposiciones del DL 211 y, en consecuencia, no impide, restringe ni entorpece la libre competencia. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, Nos 2 y 5, 31 y 32 del DL 211.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.2. La Solicitante señala que el Informe N° 5, de 29 de septiembre de 2009 (Informe), fijó las Condiciones para la Licitación Pública del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso, conforme a lo establecido en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal (Ley), disponiendo en su numeral 22) el siguiente resguardo estructural:

“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”.

2.3. Expone que, conforme al artículo 32 del DL 211, este Tribunal está facultado para modificar sus decisiones anteriores, en la medida que se presenten nuevos antecedentes y que, en la especie, han variado significativamente las condiciones de competencia consideradas en el Informe N° 5.

2.4. En particular, señala los siguientes hechos que justifican el ejercicio de la señalada atribución modificatoria: (i) el ingreso al mercado de Puerto Central S.A. (PC), que administra y opera como concesionario el Espigón de San Antonio desde noviembre de 2011; (ii) la falta de interesados en la licitación del Frente de Atraque N°2 del Puerto de Valparaíso, en abril de 2011; (iii) la comprobación empírica de existir suficiente competencia en el mercado relevante; (iv) la circunstancia de que en las recientes licitaciones portuarias efectuadas en los puertos de Coquimbo y Talcahuano solo hubo un oferente, lo que contrasta con las licitaciones llevadas a cabo en 1999; y (v) la modificación del contrato de EPV con TPS en enero de 2012, en virtud de la cual se autorizó la ampliación en 120 metros del sitio 3 del Frente de Atraque N°1, basada en las ampliamente superadas proyecciones de crecimiento de las dimensiones de los barcos que transportan carga; y, (vi) la urgencia de agregar infraestructura y equipamiento para incrementar la capacidad de transferencia del Frente de Atraque N°

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2, que actualmente es operado bajo un esquema multioperador y cuenta con equipamiento e infraestructura obsoleta y precaria.

2.5. En cuanto a la incorporación de PC al mercado, EPV señala que en noviembre de 2011, se incorporó un tercer operador al mercado, ya que EPSA entregó en concesión el Espigón de San Antonio a Puerto Central S.A. -subsidiaria de Puerto Lirquén S.A.- con quien suscribió un contrato de concesión como resultado de la adjudicación de la respectiva licitación pública a la que convocó y que, a diferencia de la realizada coetáneamente por EPV, resultó exitosa.

Ello y los consiguientes compromisos de inversión asumidos por la concesionaria que la Solicitante detalla en el cuadro que incorpora a su presentación, constituyen, a su juicio, un cambio significativo en las condiciones de competencia en el mercado relevante.

Por consiguiente, tras la adjudicación de la licitación a PC, la estructura actual de los principales frentes de la Región de Valparaíso, se observa en el siguiente cuadro:

CUADRO N°2: ACTUAL ESTRUCTURA DE LOS PRINCIPALES FRENTE DE ATRAQUE EN LA REGIÓN DE VALPARAÍSO					
Puerto y Frentes de Atraje		Carga transferida	% *	%**	Administración y uso
Puerto de Valparaíso	Terminal N°1 (TPS)	Contenedores y carga fraccionada	90%	22%	Concesionado y de uso público
	Terminal N°2 o Espigón de Valparaíso	Contenedores y carga fraccionada	10%	2%	Estatal y de uso público
Puerto San Antonio	Molo Sur (STI)	Contenedores, carga fraccionada y graneles	74%	26%	Concesionado y de uso público
	Costanera-Espigón (Puerto Central)	Contenedores, carga fraccionada y graneles	15%	5%	Concesionado y de uso público
	Sitio 8 (Panul)	Graneles sólidos	11%	4%	Concesionado y de uso público
	Sitio 9	Graneles líquidos	0%	0%	Estatal y de uso público
Bahía de Quintero	Oxiqim Quintero	Graneles líquidos	3%	1%	Particular y de uso privado
	Terminal Quintero (RPC)	Graneles líquidos	73%	30%	Particular y de uso privado
	Puerto Ventanas	Graneles sólidos y líquidos	24%	10%	Particular y de uso público
* Porcentaje calculado sobre el total de la carga transferida en cada puerto durante el año 2010. ** Porcentaje calculado sobre el total de la carga transferida en la Región de Valparaíso durante el año 2010. Fuente: Solicitud de EPV.					

Señala que los resguardos para la libre competencia establecidos por el TDLC en sus Informes N° 5 y N° 6 fueron incorporados por EPSA en el contrato de concesión del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Espigón y serán incorporados por EPV en la licitación que es materia de este informe, incluyendo la regulación de tarifas asociadas a la transferencia de carga hortofrutícola.

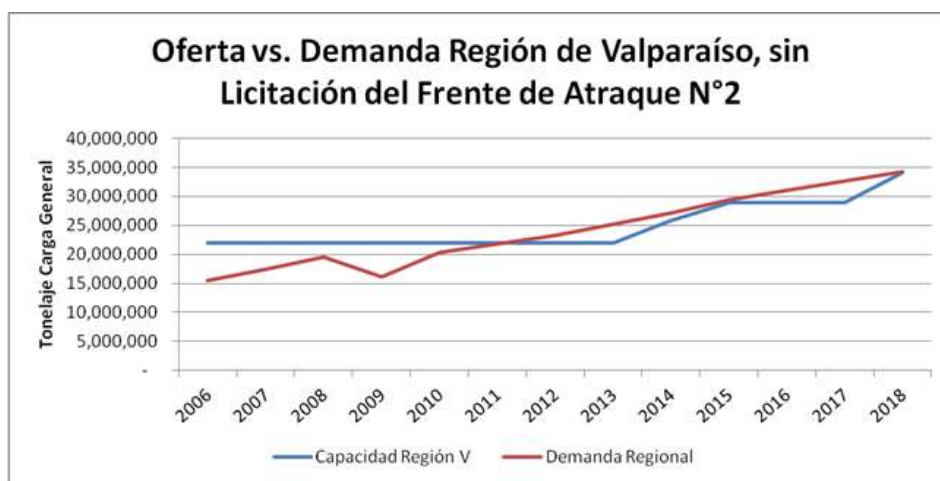
2.6. En cuanto la competencia entre los oferentes que forman parte del mercado relevante, EPV afirma que esta es intensa y que ello quedó empíricamente demostrado por la circunstancia de que en la licitación del Espigón de San Antonio, los índices tarifarios ofrecidos por los tres oferentes fueron muy similares entre sí, y con respecto a las tarifas de los concesionarios TPS y STI. Además, las tarifas cobradas por éstos han estado por debajo de las tarifas máximas comprometidas.

2.7. Por otra parte, la Solicitante señala que en las licitaciones de los puertos de Coquimbo y Talcahuano hubo sólo un oferente; interés que contrasta con la situación observada en 1999. Como resultado de esas licitaciones, en diciembre de 2011, una filial de Ultramar –ligada a TPS- se adjudicó el Puerto de Coquimbo, en tanto que, en enero de 2012, Agunsa (grupo Urenda) se adjudicó el Puerto de Talcahuano.

2.8. Con respecto a la modificación del contrato con TPS, explica que la obra de extensión del Sitio 3 reemplaza aquella cuya ejecución daba derecho a una extensión del contrato de concesión original por 10 años adicionales. Señala que, con la extensión convenida, TPS podrá atender simultáneamente dos naves de tipo *postpanamax* y mantener su competitividad con los frentes concesionados del Puerto de San Antonio (STI y PC).

2.9. En cuanto a la urgencia de agregar capacidad al Frente de Atrache N° 2, EPV señala que, si el mismo no es concesionado, la capacidad regional proyectada (incluyendo las inversiones comprometidas por los concesionarios de San Antonio y TPS) no será capaz de satisfacer las más conservadoras proyecciones de demanda, ilustrando lo anterior con el siguiente gráfico:

Gráfico N° 2 de la Solicitud: DEMANDA VERSUS CAPACIDAD EN EL PUERTO DE VALPARAÍSO



Fuente: Solicitud de EPV

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Añade que la capacidad de transferencia de TPS está próxima a completarse, incluso si se considera la extensión de su Sitio 3, haciendo previsible que se alcancen umbrales de congestión. Al respecto, EPV señala que la congestión en este mercado es el peor enemigo de la competencia. Explica que los tiempos de espera crecen rápidamente al alcanzarse niveles altos de ocupación y que, de acuerdo con la World Association for Waterborne Transport Infrastructure (PIANC) cuando los arribos son completamente programados, la congestión se inicia con una ocupación cercana al 85% (y mucho antes si no lo son). Luego, al coparse la capacidad de la región en 2013, y aunque se mantengan tarifas convenientes, se incrementarán los tiempos de espera de las naves y se reducirá la calidad de los servicios.

De esta forma, la falta de capacidad del Puerto de Valparaíso pone en riesgo la competencia interportuaria entre los puertos de San Antonio y Valparaíso, toda vez que transformará a los operadores de este último en actores poco desafiantes de los concesionarios de San Antonio, que cuentan todavía con posibilidades de crecimiento. Es así como, en caso de declararse desierta nuevamente la licitación del Frente de Atraque N°2 del Puerto de Valparaíso, solo dos actores serían capaces de competir (STI y PC).

En este contexto, EPV estima urgente y trascendental que la licitación del Frente de Atraque N°2 sea exitosa, para así poder agregar capacidad de transferencia al Puerto de Valparaíso y mantener su competitividad. Por ello, considera necesario permitir la participación de los incumbentes en esta segunda licitación.

Asimismo, destaca que para elevar el interés de operadores portuarios por participar en esta segunda licitación existen diferencias con el proyecto de desarrollo de la licitación anterior, declarada desierta. En particular, el nuevo proyecto referencial de desarrollo exige menores montos de inversión (baja de US\$ MM 386 a 225-280) y permite mayor flexibilidad en cuanto a la configuración del frente y a los plazos de ejecución.

2.10. En cuanto al esquema licitatorio, EPV propone un proceso con dos universos o cajas de propuestas. Ello se traduce en que las ofertas de los oferentes nuevos (no afectos a la restricción a la integración horizontal) se presentan después y forman el “Grupo Uno”. Por su parte, las ofertas de los incumbentes (afectos a la restricción a la integración horizontal) se presentarían con antelación a las de los demás participantes y formarían el Grupo Dos. Luego, se abrirían primero las ofertas del Grupo Uno y, sólo si ninguno de los oferentes de ese grupo resulta adjudicado, se procedería a la apertura de las ofertas del Grupo Dos.

Para este último caso, se requeriría el alzamiento de la restricción a la integración horizontal.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.11. EPV afirma que el riesgo de excluir a los incumbentes es sustancialmente mayor al de permitirles participar. Ello, frente a dos hechos inciertos, como son: (i) si los incumbentes tienen o no ventajas de costo, y (ii) si la adjudicación a un incumbente podría o no reducir la intensidad competitiva.

Explica que el esquema propuesto concilia dos prioridades desde el punto de vista social: (i) adjudicar el terminal a quien tenga menores costos; y, (ii) incrementar la posibilidad de que se cobren tarifas más bajas, esto es, que parte de esas eficiencias se transfieran a los usuarios.

En este contexto, EPV compara los resultados que se darían en caso de adjudicarse el Frente de Atraque N° 2 a operadores que tengan distintos costos, concluyendo que el oferente con menores costos podría ofertar una menor tarifa y producir mayor excedente social. Ello conduciría a preferir una licitación abierta y competitiva donde participen indistintamente incumbentes y potenciales nuevos entrantes.

No obstante, frente al riesgo incierto –y a juicio de EPV infundado- de que la adjudicación a un incumbente pueda tener un impacto negativo en la competencia, inhibiendo la participación de nuevos entrantes que no estén dispuestos a competir con los incumbentes, el esquema licitatorio propuesto privilegia al más barato de los nuevos entrantes, a la vez que permite la participación de los incumbentes con limitaciones, a fin de asegurar el éxito de la licitación y la consiguiente ampliación de la capacidad portuaria que requiere urgentemente el país.

2.12. EPV acompañó: A fojas 10: (i) Plano actual del Frente de Atraque N°2 del Puerto de Valparaíso. A fojas 332: (ii) Bases de la Licitación y Anexos I al XIII. A fojas 895: (iii) Modificación del Contrato de Concesión del Frente de Atraque N°1 suscrito entre EPV y TPS con fecha 9 de enero de 2012, y sus Anexos IV, VII y VIII; A fojas 1128: (iv) Informe de Ricardo Paredes titulado "Estudio Económico Operacional de Puerto de Valparaíso", de diciembre de 2011; (v) Informe de Patricio Rojas + Asociados titulado "Licitación del Terminal N°2 del Puerto de Valparaíso", de junio de 2012; (vi) Informe de Ricardo Paredes y Alejandro Jadresic titulado "Licitación del Espigón EPV", de junio de 2012; (vii) Fotocopia de la crónica periodística aparecida en la edición del 11 de junio de 2010 en el MundoMarítimo, en la cual se destaca el hecho de haber recalado la primera nave postpanamax en las costas chilenas, específicamente en el Terminal N°1 del Puerto de Valparaíso; (viii) Fotocopia de la sentencia del Exmo. Tribunal Constitucional, de 7 de septiembre de 2010, recaído en el recurso de inaplicabilidad por Inconstitucional del inciso final del artículo 31 del DL N°211, Rol N°1.448-09.

2.13. Mediante resolución de 6 de marzo de 2012 (fojas 22), el Tribunal accedió a lo solicitado por EPV en cuanto ordenó traer a la vista las causas Rol NC 313-08,

caratulado “Solicitud de informe de EPV sobre licitación de concesión portuaria del Frente de Atraque N°2 del Puerto de Valparaíso”; y, Rol NC 317-08, caratulada “Solicitud de informe de EPSA, sobre condiciones competencia de licitación del Frente Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio”.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES.

3.1. DP World Americas Ro. Inc. (DP World)

3.1.1. A fojas 379, con fecha 17 de abril de 2012, aportó antecedentes **DP World Americas Ro. Inc. (DP World)** -empresa internacional dedicada a la operación y desarrollo de terminales marítimos- manifestando, en síntesis, que no ve motivo para permitir la participación de TPS en la licitación por las siguientes razones:

3.1.2. Señala que el alzamiento de la restricción beneficia a TPS (por eficiencias que puede alcanzar) y discrimina a nuevos entrantes, desincentivando la participación de estos últimos. Explica que los operadores portuarios establecidos encontrarán en el alzamiento de la restricción a la integración horizontal una razón para boicotear la licitación y disminuir así la competencia, porque no podrán competir con un operador que controle el 50% de la capacidad de la Región.

3.1.3. Indica que la similitud entre las ofertas presentadas en la licitación del Frente Costanera Espigón de San Antonio no es indicio de existir competencia y que la adjudicación a un incumbente genera riesgo de que este desarrolle el proyecto en forma más lenta.

3.1.4. En cambio, la asignación de la concesión a un operador internacional, con mayor eficiencia, incrementará la competencia en este mercado (en términos de productividad).

3.1.5. Por último, indica que ya se han manifestado expresiones claras de interés en la licitación por parte de nuevos entrantes, pues se corrigieron los defectos en el nuevo modelo.

3.2. Sistema de Empresas Públicas (SEP)

3.2.1. A fojas 397, con fecha 18 de abril de 2012, aportó antecedentes el Sistema de Empresas Públicas (SEP), indicando que comparte la apreciación de EPV en cuanto a que existen cambios o variaciones significativas en las condiciones de competencia verificadas al emitir el Informe N° 5, que ameritan el alzamiento de la restricción a la integración horizontal.

3.2.2. Señala que la falta de interesados en la licitación anterior da cuenta de que existe una fuerte competencia en el mercado que aporta nuevos antecedentes en cuanto a que probablemente no exista espacio para un cuarto operador.

3.2.3. Estima que es indispensable que la licitación pública sea exitosa. Si la licitación se declara desierta nuevamente, se reducirá la competencia porque el Puerto de Valparaíso presenta una sobreexigencia. En cambio, una licitación exitosa permitirá mantener los niveles de competencia.

3.2.4. Por último, indica que el esquema propuesto por EPV en dos rondas es consistente con los fines de las empresas portuarias, establecidos en la Ley 19.542.

3.2.5. En suma, el SEP está a favor del alzamiento de la restricción en los términos solicitados por EPV, esto es, a través de una licitación en dos partes, puesto que si es exitosa la primera ronda, se incrementa la competencia. En caso contrario, significa que el nivel de competencia es lo suficientemente alto como para no incentivar la entrada de un cuarto operador y la integración horizontal no sería anticompetitiva, sino más bien permitiría alcanzar eficiencias en la producción.

3.3. Agencias Universales S.A. (Agunsa)

3.3.1. A fojas 421, con fecha 23 de abril de 2012, aportó antecedentes Agencias Universales S.A. (Agunsa), manifestando que se opone a la Solicitud y que esta debe ser rechazada ya que no existen, a su juicio, nuevos antecedentes que permitan modificar lo resuelto en el Informe N° 5.

3.3.2. Indica que el alzamiento de la restricción horizontal sería inconveniente ya que daría origen a un monopolio, en circunstancias que la mejor forma de mantener la competencia es asegurando que ésta exista tanto entre puertos como dentro de un mismo puerto.

3.3.3. Señala que el ingreso de PC es una buena noticia para la competencia ya que incrementa la competencia intraportuaria en San Antonio al permitir que existan niveles de servicio equivalentes en ambos frentes.

3.3.4. Agrega que es urgente agregar capacidad de oferta en el Puerto de Valparaíso porque el frente de TPS está próximo a alcanzar su límite de capacidad, pero que es conveniente adjudicar el espigón a un nuevo operador, que adelante las inversiones necesarias, y no a un incumbente que retrase las inversiones (afectando el uso eficiente de la infraestructura), que podría alcanzar economías de escala que le proporcionarían ventajas, que desincentivaría la participación de otros oferentes y que, en todo caso, distorsionaría el proceso de licitación porque estaría dispuesto a pagar más por la concesión para impedir el ingreso de un competidor.

3.3.5. Precisa que en la licitación anterior, EPV demostró una total falta de flexibilidad a los requerimientos técnicos planteados por los interesados, y fue ésta la razón de que no hubiese ofertas.

3.3.6. Se refiere, por último, a la modificación del contrato de concesión de TPS, suscrita en enero de 2012, indicando que la misma se ampara en que el crecimiento del tamaño de las naves sería una circunstancia imprevista o sobreviniente, lo que no es así. Agrega que esa modificación de contrato es grave porque alteró *expost* el objeto licitado, incrementando la capacidad de TPS y perjudicando el acceso a parte del Frente de Atraque N°2, por lo que se restó valor a lo que se está concesionando, haciéndolo menos atractivo y generando una barrera que desincentiva la participación.

3.3.7. Mediante resolución de 24 de abril de 2012 (fojas 500), el Tribunal accedió a lo solicitado por Agunsa en cuanto ordenó a EPV acompañar copia de la modificación de contrato de concesión suscrita con TPS, y sus anexos. Con fecha 26 de abril de 2012 (fojas 895), EPV dio cumplimiento a lo ordenado.

3.4. Federación Nacional de Trabajadores Portuarios de Chile (Fenatraporchi).

3.4.1. A fojas 442, con fecha 23 de abril de 2012, aportó antecedentes la Federación Nacional de Trabajadores Portuarios de Chile (Fenatraporchi), indicando que está a favor del alzamiento de la restricción a la integración horizontal por las razones descritas en la Solicitud y, especialmente, por el alto costo social de no modernizar ahora el Puerto de Valparaíso ya que, junto con la congestión, vendrán el desplazamiento de las líneas navieras a San Antonio y con ello la cesantía, el empleo precario y el deterioro de la ciudad (donde el puerto representa parte importante del PIB). Señala que postergar el puerto es postergar a Valparaíso.

3.4.2. Agrega que, además, la ejecución y operación del nuevo frente implicará una reducción de las tasas de cesantía que afectan a Valparaíso.

3.4.3. Señala que entiende la necesidad de fomentar el mayor número de concesionarios distintos, pero considera que es un valor superior garantizar el desarrollo portuario nacional.

3.4.4. Por último, señala que se deben maximizar las posibilidades de adjudicación del Frente de Atraque N° 2, porque mientras antes se ejecute el proyecto de inversión, más intensa será la competencia entre los puertos de la región.

3.5. Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. (SAAM)

3.5.1. A fojas 458, con fecha 23 de abril de 2012, aportó antecedentes Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. (SAAM), señalando que el ingreso de PC en San

Antonio ha tenido un efecto en la competencia en este mercado, que justifica revisar la existencia de restricciones como aquella que es objeto de la Solicitud.

3.5.2. Agrega que deben existir reglas equivalentes en los dos puertos que conforman el mercado relevante, de modo que, en caso de acogerse la solicitud de alzamiento de la restricción, habrá de cautelarse la igualdad de condiciones para los distintos competidores en este mercado, sin establecer diferencias o discriminaciones arbitrarias.

3.6. San Antonio Terminal Internacional S.A. (STI)

3.6.1. A fojas 475, con fecha 23 de abril de 2012, aportó antecedentes San Antonio Terminal Internacional S.A. (STI), empresa concesionaria del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de San Antonio.

3.6.2. Indica que existen razones que ameritan revisar las restricciones aplicables y, en particular, que: (i) PC es ya un importante competidor en carga general y a granel, pero los efectos de su entrada se irán incrementando en la medida que desarrolle las obras comprometidas en su contrato; (ii) la falta de interés en la licitación anterior se debió a deficiencias del proyecto; (iii) la intensa competencia en el mercado relevante no es un hecho novedoso y la misma se ha incrementado, según dan cuenta las tarifas efectivas, los cambios en las participaciones de mercado y el ingreso de PC.

3.6.3. Agrega que existen reales eficiencias y economías de escala asociadas a la explotación de frentes de atraque contiguos, siendo probable que TPS pueda adjudicarse la licitación, si se le permite participar.

3.6.4. Señala, por último, que es fundamental resguardar que los puertos compitan entre sí en igualdad de condiciones. Así, en caso de acogerse la solicitud de alzamiento, los mismos criterios deberán regir en las futuras licitaciones que se desarrollen en este mercado, ya que lo contrario importaría una discriminación arbitraria.

3.7. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT)

3.7.1. A fojas 493, con fecha 23 de abril de 2012, aportó antecedentes el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT), señalando que comparte la apreciación de EPV en cuanto a que el cambio de circunstancias amerita levantar la restricción a la integración horizontal, y citando el voto de minoría del Informe N° 5 en cuanto el mismo destaca el carácter preventivo, prudencial y eminentemente provisional de las restricciones estructurales impuestas.

3.7.2. Indica que es preferible una licitación exitosa a un escenario de congestión, considerando además la intensa competencia interportuaria.

3.7.3. Por último, indica que el esquema propuesto por EPV en dos rondas es consistente con los fines de las empresas portuarias, establecidos en la Ley 19.542, a saber: (i) promover la competencia interportuaria, que se resguarda con la limitación a la integración horizontal de los oferentes del Grupo Uno; y, (ii) velar porque no se limiten las posibilidades de desarrollo y expansión de los puertos y preservar y fortalecer los niveles de productividad, eficiencia y competitividad alcanzados en la operación portuaria, lo que justifica la existencia del Grupo Dos.

3.7.4. El MTT acompañó, a fojas 1161, los siguientes antecedentes: (i) descripción sumaria del estudio solicitado por la Subsecretaría De Transportes, titulado “Desarrollo de un Modelo Demanda-Capacidad Portuaria de la V Región”. Y, a fojas 1406: (ii) versión íntegra del estudio titulado “Desarrollo de un Modelo Demanda-Capacidad Portuaria de la V Región”, de mayo de 2012.

3.8. Sindicato de Trabajadores Transitorios Portuarios del Espigón Terminal N°2 Valparaíso (Sindicato).

3.8.1. A fojas 506, con fecha 24 de abril de 2012, el Sindicato de Trabajadores Transitorios Portuarios del Espigón Terminal N°2 Valparaíso (Sindicato) opuso excepción de cosa juzgada y, en subsidio, aportó antecedentes solicitando que se niegue lugar a la Solicitud.

3.8.2. En lo que respecta a la excepción de cosa juzgada, el Sindicato señaló que la Solicitud se refiere a una materia ya debatida y resuelta en el Informe N° 5.

Mediante resolución de 25 de abril de 2012 (fojas 847), el TDLC rechazó de plano la señalada excepción, atendido que, conforme a lo dispuesto en el artículo 32° del DL 211, se puede proceder a modificar, en definitiva, lo resuelto anteriormente en un procedimiento no contencioso, sobre la base de nuevos antecedentes.

3.8.3. En cuanto al fondo, argumenta que: (i) no existen nuevos antecedentes que hayan modificado la situación desde la fecha en que fue tomada la anterior decisión por este Tribunal, siendo inaplicable el artículo 32 del Decreto Ley N° 211; y, (ii) que no puede el Tribunal establecer una diferencia arbitraria de trato como la que pretende la Solicitud.

3.8.4. Adicionalmente, el Sindicato cuestiona el sistema monooperador, señalando que el mismo es contrario a la libre competencia porque excluye del mercado a proveedores de servicios de muellaje y agentes de nave, entre otras razones.

3.8.5. Señala, finalmente, que está en contra del alzamiento de la restricción a la integración horizontal, por el perjuicio que significa para los trabajadores la existencia de un concesionario monooperador en Valparaíso.

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

3.9.1. A fojas 525, con fecha 24 de abril de 2012, aportó antecedentes Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. (TPS), solicitando que: (i) se le permita participar incondicionalmente en la licitación del Frente de Atraque N°2 del Puerto de Valparaíso; (ii) se elimine la restricción a la integración horizontal contenida en el Dictamen 1045 y en el Informe N° 5; y, (iii) se ordenen las demás modificaciones reglamentarias, contractuales y estatutarias que sean procedentes para concretar la eliminación de las restricciones.

3.9.2. Expone, como antecedentes, el marco regulatorio aplicable al sector portuario, su reestructuración por medio de la Ley 19.542, los resguardos, tanto conductuales como estructurales establecidos en el Dictamen 1045 de la Comisión Preventiva Central que se incorporaron en su contrato de concesión del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Valparaíso, y la restricción a la integración horizontal impuesta en el Informe N° 5 de este Tribunal que impide al adjudicatario de dicho frente o a sus relacionadas participar en la concesión de otro frente de atraque, público o privado en la misma región, que provea servicios portuarios a carga general.

En relación a la limitación a la integración horizontal establecida en el Dictamen 1045, señala que esta era preventiva y temporal, atendida la incertidumbre que existía respecto de la completa reestructuración del sector portuario que fue impulsada por la Ley 19.542.

Con respecto a la regla de integración horizontal establecida en el Informe N° 5, TPS señala que la misma se fundamentó en minimizar riesgos para la libre competencia y también estaba sujeta a revisión en caso de variar las circunstancias.

3.9.3. A continuación, TPS expone que se le debe permitir participar en la licitación, sin restricciones, porque no existen riesgos para la libre competencia derivados de su participación, o bien, los mismos están suficientemente resguardados, y porque, al contrario, existen beneficios asociados a su participación y eventual adjudicación del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso.

3.9.4. Con respecto a lo primero, esto es, que no existen riesgos asociados a su participación, TPS señala que: (i) el ingreso de PC al mercado relevante elimina riesgos de una menor competencia *expost* identificados en Informe N° 5; (ii) el fracaso de licitación anterior demuestra que no hay efecto inhibitorio y que, en cambio, el verdadero riesgo es que la licitación sea declarada desierta. Agrega que, en todo caso, la asignación por menor índice de tarifas limita las posibilidades de invertir en poder de mercado; (iii) existen alternativas de desarrollo portuario en la V Región que cumplen el rol disciplinador de los espigones (e.g. puertos exteriores y terminal San Mateo); y,

(iv) existen resguardos legales, reglamentarios, judiciales y contractuales que limitan el ejercicio de poder de mercado y hacen innecesaria la restricción a la integración horizontal.

3.9.5. En cuanto a los beneficios asociados a su participación y eventual adjudicación del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso, TPS afirma que la misma producirá: (i) una mayor competencia *ex ante* o por la cancha, lo que aseguraría un menor índice tarifario que aquel que podría obtenerse de excluir a TPS y sus relacionadas; (ii) economías o eficiencias asociadas a la operación conjunta del FA1 y FA2, especialmente si se le permite ejecutar un proyecto que considere un solo frente lineal de 1400 metros; (iii) una mayor competencia interportuaria, porque TPS contaría con una capacidad similar a la de sus competidores del puerto de San Antonio, a quienes podría desafiar de mejor forma; (iv) el frente lineal es la solución óptima de diseño de largo plazo para el Puerto de Valparaíso; (v) permite que las áreas de respaldo (escasas en el Puerto de Valparaíso) se vayan ganando al mar de manera natural y secuencial con el crecimiento del proyecto; (vi) permite solucionar el problema de coordinación en el uso del único acceso y salida terrestre al Puerto de Valparaíso, respecto del cual TPS tiene un uso preferente (acceso sur); (vii) la extensión del Frente de Atraque N° 2 hacia el Frente de Atraque N° 1 genera menor impacto medioambiental.

3.9.6. TPS señala que los beneficios antes mencionados se transferirían directamente a los usuarios finales por tres vías principales: (a) por la calidad del servicio, puesto que una mayor diversidad de sitios de atraque reunidos en un solo concesionario permitiría optimizar la asignación de los buques a distintos sitios, reduciendo los tiempos de espera; (b) por el aumento de la capacidad de transferencia, con los consiguientes beneficios para los usuarios; y (c) por el precio o tarifa de los servicios, pues, como señalan Engel, Fischer y Galetovic, los operadores que son capaces de manejar grandes volúmenes pueden reducir los costos de transporte.

3.9.7. Por lo anterior, TPS concluye que se cumplen las condiciones previstas para el alzamiento puro y simple de las restricciones a la integración horizontal establecidas en el Dictamen 1045 y en el Informe N° 5, esto es, que los puertos de la V Región “*compiten entre sí en igualdad de condiciones*”. Así lo demuestran: (i) el nivel de inversiones, rendimientos y productividad; (ii) el nivel de tarifas (TPS está un 36% por debajo del máximo permitido); y, (iii) la movilidad de clientes.

3.9.8. Por otra parte, TPS señala que existen nuevos antecedentes que justifican la revisión de la regla de integración horizontal, tal como señala EPV. En especial, (i) el ingreso de PC; y, (ii) el fracaso de la licitación anterior.

3.9.9. Por último, TPS señala que el alzamiento condicional de la restricción solicitado por EPV no es consistente con una política que propenda al mejor desarrollo del puerto, contraviene la Ley de Puertos, el DL 211 y discrimina arbitrariamente a TPS. Esto último porque el criterio de “nuevo actor” atiende una necesidad inexistente de contar con un cuarto operador. Por el contrario, la adjudicación debe hacerse a la “mejor oferta” sobre la base de criterios objetivos.

3.9.10. TPS acompañó: A fojas 1302: (i) Informe de Jorge Quiroz titulado "Relevancia de las Restricciones a la Integración Horizontal en Puertos de la V Región", de mayo de 2012; (ii) Informe de Ronald Fischer titulado "Participación del Actual Concesionario en la Nueva Licitación del Puerto de Valparaíso", de enero de 2012; (iii) Informe de Asaf Ashar titulado "*Alternative Development Plans of Valparaiso Container Terminals*", de junio de 2012.

3.10. Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A. (CCNI).

3.10.1. A fojas 596, con fecha 24 de abril de 2012, aportó antecedentes Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A. (CCNI), quien en su calidad de empresa naviera señaló no compartir la solicitud de autos.

3.10.2. Señala que estima deseable que se intensifique la competencia intraportuaria en el Puerto de Valparaíso, a fin de que las inversiones se efectúen oportunamente y exista competencia en tarifas al interior del Puerto de Valparaíso.

En lo que respecta a inversiones, y en base a su experiencia, afirma que los terminales prefieren operar “al límite” y postergar inversiones hasta ver sobrepasada su capacidad. Por su parte, en cuanto a tarifas, la competencia al interior del puerto resulta necesaria porque los acuerdos de operación conjunta o alianzas entre líneas navieras normalmente definen un puerto (para no trasladar contenedores vacíos). Entonces lo ideal es que dentro del puerto se pueda elegir entre distintos operadores.

3.11. Asociación Nacional de Agentes de Naves de Chile A.G. (Asonave)

3.11.1. A fojas 647, con fecha 24 de abril de 2012, aportó antecedentes la Asociación Nacional de Agentes de Naves de Chile A.G. (Asonave), oponiéndose a la solicitud de alzamiento de la restricción a la integración horizontal.

3.11.2. Señala que no existen nuevos antecedentes que justifiquen la revisión de lo resuelto en el Informe N° 5, ya que las condiciones de competencia no han variado desde su emisión y, por el contrario, aquellas circunstancias que EPV califica como nuevas fueron consideradas en el mismo. De hecho, indica que el Informe N° 5 consideraba la entrada de PC y la eventualidad de que la licitación fuera declarada desierta.

3.11.3. Por lo tanto, Asonave afirma que la Solicitud no solo pretende soslayar el plazo de 5 años establecido en la Regla 23.5, sino que, además, no cumple con el requisito de nuevos antecedentes del artículo 32 del DL 211 y vulnera la cosa juzgada. Lo anterior sin perjuicio de la discriminación que supone en relación a otras licitaciones.

3.11.4. Por otra parte, señala que no existe fundamento o justificación desde el punto de vista de la libre competencia para alzar la restricción. En cambio, afirma que ello genera los siguientes efectos anticompetitivos graves e irreversibles: (i) implica renunciar a los beneficios derivados del ingreso de un cuarto operador, ya que esta licitación es la última oportunidad de ingreso al mercado; (ii) no existe un nivel de competencia tal que justifique alzar la restricción, sin que la mayor competencia *ex ante* pueda justificar la menor competencia *ex post*; (iii) reduciría las alternativas de los usuarios para trasladarse de frente de ataque en caso de ser discriminados; (iv) la participación de los incumbentes inhibiría a nuevos entrantes; y, (v) no existen eficiencias que justifiquen asumir los costos o riesgos de la integración horizontal.

3.11.5. Agrega que el diseño de la licitación no elimina ni compensa tales riesgos, ya que: (i) no incrementa la competencia *ex ante*; y, (ii) aún si la incrementara, no elimina los riesgos para la competencia *ex post* que produciría la adjudicación a un incumbente. Consigna, además, que los espacios de discrecionalidad que las Bases confieren a EPV benefician a los incumbentes (por ejemplo, podría establecer un índice de tarifas máximas muy bajo, que solo pueda alcanzar el incumbente, o declarar propuestas como técnicamente insatisfactorias).

3.11.6. Señala que el temor de EPV de que la licitación sea declarada desierta es infundado y no justifica el alzamiento de la restricción. Si así fuera, EPV debería rediseñar la licitación hasta que el mercado la considere rentable.

3.11.7. Por último, señala que la restricción a la integración horizontal forma parte de un sistema más amplio de restricciones estructurales y no debe, por lo tanto, analizarse en forma aislada.

3.11.8. Asonave acompañó: A fojas 647, Modificación del Contrato de Concesión del Frente de Ataque N°1 suscrito entre EPV y TPS con fecha 9 de enero de 2012, y sus Anexos.

3.12. Cámara Marítima Portuaria de Chile A.G. (Campport)

3.12.1. A fojas 698, con fecha 24 de abril de 2012, aportó antecedentes la Cámara Marítima Portuaria de Chile A.G. (Campport), señalando, en síntesis, que el alzamiento de restricciones establecidas en el Informe N° 5 sólo cumplirá su propósito

de aumentar el número de potenciales participantes en la licitación, si se levantan todas las restricciones verticales y horizontales vigentes en la V Región.

3.12.2. Campport acompañó, a fojas 698, extracto de su Memoria Anual de abril de 1999, que contiene su opinión.

3.13. Asociación de Exportadores de Frutas de Chile A.G. (Asoex)

3.13.1. A fojas 709, con fecha 24 de abril de 2012, aportó antecedentes la Asociación de Exportadores de Frutas de Chile A.G. (Asoex), manifestando que estima necesario que se mantengan las condiciones establecidas en el Informe N° 5.

3.13.2. Indica que los resultados de las dos licitaciones portuarias realizadas paralelamente en 2011 demuestran que fue más atractivo desarrollar primero el proyecto de San Antonio y que, aparentemente, no se justificaba hacerlo simultáneamente con Valparaíso.

3.13.3. Considera que la argumentación del Informe N° 5 está vigente, sin que se aprecien cambios o urgencias que ameriten renunciar a la competencia en un mercado tan importante para el desarrollo del país.

3.13.4. Señala que la situación actual no es satisfactoria, porque falta competencia, el mercado está concentrado y existe una importante integración vertical que no genera incentivos para que las navieras se disputen a los clientes exportadores. Los aumentos de eficiencia y productividad de los puertos son capturados por alguna de las empresas relacionadas: naviera, puerto o agente.

3.13.5. En estas circunstancias, afirma que si a este proyecto (más pequeño y flexible) no concurren nuevos interesados, o el único interesado es TPS, se consolidará una posición de dominio con efectos de largo plazo.

3.14. Puerto Central S.A.

3.14.1. A fojas 781, con fecha 24 de abril de 2012, Puerto Central S.A. (PC) solicitó, en lo principal, que se declare inadmisibile la consulta de autos y, en subsidio, aportó antecedentes solicitando que se mantengan inalteradas las condiciones establecidas en el Informe N°5/2009.

3.14.2. En lo que respecta a la inadmisibilidad de la consulta, PC argumenta que: (i) el Informe N° 5 estableció un plazo suspensivo que no se ha cumplido; (ii) aun asumiendo que es posible solicitar una revisión, el DL 211 y el Informe N° 5 exigen la existencia de un cambio de circunstancia o antecedentes nuevos, lo que no se ha verificado; (iii) la inadmisibilidad *in limine* es consistente con la jurisprudencia de este H. Tribunal; (iv) la inadmisibilidad *in limine* es consistente con una adecuada aplicación

de la institución de la cosa juzgada sustancial provisional de que da cuenta el artículo 32 del DL 211; y (v) la inadmisibilidad *in limine* es necesaria en virtud de básicas consideraciones de seguridad jurídica.

Mediante resolución de 26 de abril de 2012 (fojas 849), el TDLC rechazó de plano la señalada solicitud de inadmisibilidad.

3.14.3. En cuanto al fondo del asunto, PC sostiene, en síntesis, que se deben mantener las restricciones fijadas toda vez que: (i) no existe un cambio de circunstancias o hecho nuevo que no haya sido previsto por este Tribunal en su Informe N° 5. De hecho, agrega, el TDLC habría considerado la posibilidad de que la licitación del Espigón de Valparaíso fuese declarada desierta, señalando que, en tal caso, era preferible postergar la licitación. En cuanto a que su ingreso al mercado relevante configure un hecho nuevo, señala que ello no es así, toda vez que PC todavía no ha ingresado al mercado y sólo lo hará a fines de 2015; (ii) es preferible que la licitación no sea exitosa en el corto plazo a que TPS se adjudique el Espigón de Valparaíso, toda vez que la concesión del Espigón de Valparaíso se cerrará la posibilidad de ingresar al mercado relevante por los próximos 17 años. Indica a este respecto que el TDLC debe preferir beneficios dinámicos, aun cuando se generen algunos costos estáticos; y, (iii) existen riesgos asociados a la asignación de la concesión a TPS, que superan cualquier aparente beneficio en el corto plazo.

3.14.4. A continuación, con el objeto de evitar redundancias, se sintetizarán los riesgos asociados al alzamiento de la restricción a la integración horizontal que PC identifica en su presentación, clasificándolos en dos subgrupos: (i) riesgos para la competencia en la licitación o competencia *ex ante*; y, (ii) riesgos para la competencia en el mercado de servicios portuarios o competencia *ex post*.

3.14.5. Dentro de los riesgos para la competencia en la licitación o competencia *ex ante*, se pueden incluir las siguientes aseveraciones de PC: (i) el alzamiento de la restricción a la integración horizontal desincentiva la participación de terceros en la licitación porque implicaría una adjudicación segura o asignación discrecional de la concesión a TPS; (ii) el diseño licitatorio, en cuanto TPS presenta su oferta con antelación, permite a este incumbente señalar castigo a eventuales entrantes, operando también como disuasivo a la participación; (iii) TPS tendría una mayor disposición a pagar por la concesión que no está justificada por la creación de valor, sino por su temor a perder parte del negocio; (iv) el alzamiento de la restricción a la integración horizontal reduce los incentivos de EPV para diseñar una licitación que sea atractiva para nuevos entrantes. De hecho, indica PC, EPV no ha subsanado algunas de las deficiencias o incertidumbres que tenía la licitación anterior y, por el contrario,

las ha profundizado, introduciendo factores de discrecionalidad en la evaluación de las propuestas técnicas que favorecen a TPS.

3.14.6. En cuanto a los riesgos para la competencia en el mercado de servicios portuarios o competencia *expost*, PC argumenta que la adjudicación de la concesión a TPS conferirá a dicha empresa un poder de mercado significativo, que le permitiría ejercer las siguientes conductas abusivas o exclusorias: (i) incrementar los costos de cambio de los clientes por la vía de ofrecer descuentos multiservicio o realizar empaquetamientos exclusivos, bloqueando el ingreso de PC como un competidor eficaz (proyectado para fines de 2015); (ii) excluir competidores por la misma vía, o bien, mediante la realización de prácticas predatorias; (iii) realizar subsidios cruzados en la operación de los dos frentes de atraque del puerto de Valparaíso; (iv) arbitrar inversiones, tarifas y servicios entre los dos frentes de atraque del Puerto de Valparaíso, con regulaciones asimétricas (arbitraje regulatorio); (v) subutilizar la infraestructura licitada o retardar inversiones; y, (vi) abusar de los clientes por medio de discriminaciones arbitrarias o precios excesivos.

3.14.7. En lo que respecta a la modificación de contrato suscrita entre EPV y TPS, por el que se sustituyó el proyecto opcional que daba derecho a extender el plazo de la concesión por otros 10 años, PC señala que: (i) constituye una negociación *expost* del contrato de concesión que tiene por finalidad reforzar la posición de TPS frente a la eventual competencia que podría introducir PC, no siendo efectivas las razones en que la justificó EPV, porque TPS ya puede atender dos naves postpanamax y no hay riesgos de congestión en el corto plazo; (ii) las negociaciones asociadas a esta modificación de contrato introdujeron incertidumbres que desincentivaron la participación en la licitación anterior; (iii) la misma desincentiva la participación en esta nueva licitación al introducir obstáculos a la maniobrabilidad de las naves que van al Sitio 6; (iv) da cuenta de fallas regulatorias, porque las renegociaciones *expost* de contratos de concesión distorsionan los resultados de la licitación, que pasan a no señalar el valor de lo asignado.

3.14.8. Por último, este interviniente señala también que la Solicitud no debiera ser acogida porque materializa el riesgo de afectar las circunstancias económicas y jurídicas bajo las cuales PC adoptó la decisión de ingresar al mercado portuario de la V Región, de modo que la modificación de los resguardos establecidos en los Informes 5 y 6 constituiría una expropiación regulatoria. Señala que PC participó y se adjudicó el Espigón de San Antonio, en el entendido que los resguardos establecidos en los Informes 5 y 6 de este Tribunal se mantendrían por, al menos, 5 años.

3.14.9. PC acompañó: A fojas 781: (i) estimaciones propias de demanda por servicios portuarios en la Región de Valparaíso, para los años 2015, 2020 y 2025; (ii)

Modificación del Contrato de Concesión del Frente de Atraque N°1 suscrito entre EPV y TPS con fecha 9 de enero de 2012; (iii) copia de las preguntas y respuestas número 50 y 51 de la Circular Complementaria N°8 de EPV, de 4 de abril de 2011, que respectivamente se refieren a la extensión en 120 metros del Terminal N°1 del Puerto de Valparaíso y a la relocalización del dique de propiedad de SOCIBER; (iii) Correspondencia entre EPV y la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante de 25 y 31 de agosto de 2010, en relación con la posibilidad de relocalizar el dique de propiedad de SOCIBER. A fojas 1341: (iv) Informe en Derecho de Ramón Domínguez Águila, que analiza el contenido y naturaleza de la Regla 23.5 del Informe N° 5; y, (v) Informe de José Miguel Benavente y Aldo González Tissinetti titulado: “Licitación del Nuevo Terminal de Valparaíso ¿Es momento de levantar la restricción horizontal?”.

3.15. Fiscalía Nacional Económica.

3.15.1. A fojas 913, con fecha 30 de abril de 2012, aportó antecedentes la Fiscalía Nacional Económica, quien, en síntesis, concluye que los cambios acontecidos en el mercado relevante en los últimos dos años no son significativos, de modo que no justifican la modificación de las condiciones establecidas en el Informe N° 5.

3.15.2. Lo anterior, porque: (i) la entrada de Puerto Central podría cambiar las condiciones de competencia sólo a partir del año 2015, cuando esté operativa la primera fase del proyecto de inversión comprometido por ese concesionario. En todo caso, el cambio en el escenario competitivo que producirá la entrada de PC, elimina la urgencia de concesionar el Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso; (ii) el fracaso del proceso de licitación anterior se explicaría más por las debilidades del proyecto propuesto por EPV y por las condiciones imperantes en el momento en que se desarrolló la licitación que por la falta de interés de nuevos operadores. Esas deficiencias han sido resueltas para este nuevo proceso, por lo que la circunstancia de no haberse presentado ofertas en el proceso anterior no implica que no vaya a haber oferentes en el nuevo proceso; (iii) la ampliación del Sitio 3, más que ser un cambio que favorezca las condiciones de competencia, tendría efectos disuasivos en la participación de potenciales oferentes, reduciendo la competencia por la cancha. Ello, porque a juicio de la FNE, esta modificación produciría problemas de coordinación y maniobrabilidad de las naves que se dirigen al Sitio 6, que forma parte del Frente de Atraque N° 2. Además, esta extensión aumentaría el costo de la inversión inicial que debería realizar el adjudicatario para poder competir con TPS y atender dos naves de tipo postpanamax.

3.15.3. En este contexto, expresa que los volúmenes de carga transferidos, la participación de mercado de los distintos oferentes y la infraestructura portuaria no han

experimentado cambios que modifiquen el mercado relevante ni las condiciones de competencia.

3.15.4. Agrega que, en razón de lo anterior, no concurre el segundo de los requisitos habilitantes para modificar el Informe N° 5, establecidos en la regla 23.5 del mismo, esto es, que las condiciones de competencia hayan variado. Además, según la señalada regla 23.5, debían transcurrir cinco años desde la celebración del contrato de concesión. Este requisito podría entenderse suprimido tácitamente por el hecho de haberse declarado desierta la licitación, pero también podría ser un plazo suspensivo pendiente. En este último caso, la consulta sería improcedente.

3.15.5. En relación al déficit actual de infraestructura del Puerto de Valparaíso, y por ende del mercado relevante, la FNE señala que, independiente de lo que ocurra con la licitación objeto de la consulta, dicho déficit no será cubierto en el corto plazo ya que el Frente de Atraque N°2 se encontrará operativo recién en 2017. Para el mediano plazo (2013-2018) existen proyectos a desarrollar en el Puerto de San Antonio que permitirían atender la demanda y, en la medida que STI desarrolle su proyecto opcional, no habría problemas de capacidad hasta 2021.

3.15.6. Por el contrario, basada en un modelo de Salop, la FNE señala que resultaría beneficioso para la competencia contar con un actor adicional, distinto del incumbente, con el objeto de promover la competencia por la demanda residual existente en el mercado. Ello, considerando además que, como los dos frentes están separados por “la poza”, no existirían economías de escala significativas derivadas de la operación conjunta de ambos frentes.

3.15.7. En síntesis, la FNE no encuentra razones económicas satisfactorias que justifiquen el alzamiento o la eliminación de la regla de restricción horizontal para la Licitación el Frente de Atraque N°2. Por lo mismo, reiteró lo señalado en informes previos, en orden a que las eficiencias derivadas de la aplicación del esquema monooperador serán traspasadas a los usuarios sólo en la medida que existan múltiples operadores independientes prestando servicios en el mercado relevante, es decir, favoreciendo tanto la competencia interportuaria como intraportuaria.

3.15.8. Finalmente, y para evento de que este Tribunal no coincida con su parecer y determine levantar las restricciones horizontales establecidas en el Informe N° 5, la FNE estima necesario que se adopten medidas para asegurar la igualdad de oportunidades de los oferentes, y garantizar que la licitación entregue resultados competitivos. En especial, la FNE manifiesta preocupación por cuanto STI y PC ya han dicho que no están interesados en participar, de modo que la oferta de TPS estaría sola en el Grupo Dos. Además, indica que existen cláusulas que otorgan a EPV

discrecionalidad para evaluar las ofertas, en contravención a lo indicado en el Informe N° 5.

3.15.9. En razón de lo anterior, la FNE recomienda, subsidiariamente, modificar el mecanismo de licitación propuesto, estableciendo una subasta en una sola etapa, y asegurando que ninguno de los interesados pueda presentar un proyecto que los demás no estén en condiciones de replicar.

3.15.10. La FNE acompañó: A fojas 913: (i) Anexo Confidencial I, que contiene las referencias a la información confidencial utilizada en su aporte de antecedentes (y su correspondiente versión pública); (ii) Anexo Confidencial II, que contiene las referencias a los gráficos y cuadros elaborados en base a información confidencial en su aporte de antecedentes (y su correspondiente versión pública); (iii) Disco compacto que contiene las bases de datos utilizadas para la elaboración de su aporte de antecedentes (y su correspondiente versión pública).

4. ANTECEDENTES RECABADOS POR EL TRIBUNAL.

4.1. A fojas 1619, con fecha 19 de julio de 2012, el Tribunal ordenó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 N°5 del DL 211, agregar al expediente: (i) Corrección al informe de José Miguel Benavente y Aldo González Tissinetti, titulado: "Licitación del Nuevo Terminal de Valparaíso ¿Es momento de levantar la restricción horizontal?"; y, (ii) Minuta de simulación en base a cifras presentadas por el MTT el 4 de julio de 2012.

II) PARTE CONSIDERATIVA

5. NATURALEZA Y REQUISITOS DE PROCEDENCIA.

5.1. Naturaleza del pronunciamiento de autos: Informe.

Empresa Portuaria Valparaíso (en adelante, EPV) solicitó a este Tribunal modificar el Informe N° 5/2009 respecto de las Condiciones para la Licitación Pública del Frente de Atrache N° 2 del Puerto de Valparaíso (en adelante, Informe N° 5), específicamente en cuanto requiere la eliminación o alzamiento de la restricción a la integración horizontal, contenida en la Condición 22) de ese informe.

Cabe tener presente que el Informe N° 5 fue emitido por este Tribunal de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en adelante la Ley).

Conforme a tales preceptos, las empresas portuarias estatales (en este caso EPV) requieren un informe de este Tribunal, como sucesor legal de la Comisión Preventiva Central, que establezca los términos y condiciones a que deben sujetarse las licitaciones públicas para: (i) otorgar en concesión 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, distinto de aquel frente objeto de la concesión portuaria (artículo 14 de la Ley); y, (ii) 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 capaz de atender la nave de diseño correspondiente al frente objeto de la licitación (artículo 23 de la Ley).

Luego, y dado que en la especie se trata de analizar si procede o no eliminar o alzar una condición establecida en un informe emitido por este Tribunal en el ejercicio de atribuciones que le confieren disposiciones legales especiales (Informe N° 5), aparece de manifiesto que la naturaleza de este pronunciamiento debe corresponder a la de aquel de cuya modificación se trata, esto es, un informe.

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.

5.2. Requisitos de procedencia de la Solicitud: Nuevos Antecedentes.

Conforme a la regla general contemplada en el artículo 32 del D.L. N° 211, la emisión de los informes encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se efectúa conforme al procedimiento previsto en el artículo 31 del D.L. N° 211. Tales informes son vinculantes para las autoridades que los solicitan y producen los efectos a que se refiere el artículo 32 del mismo cuerpo legal, que dispone:

“Artículo 32°.- Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación.

En todo caso, los Ministros que concurrieron a la decisión no se entenderán inhabilitados para el nuevo pronunciamiento.”

De ahí que, en sentido contrario, se debe interpretar que las conclusiones de los informes de este Tribunal son modificables en la medida que exista una variación de las condiciones de competencia consideradas en su emisión. Es decir, los obligados por las conclusiones de los informes que emite este Tribunal tienen, en general, el derecho de solicitar la modificación de tales informes o conclusiones. Ese derecho está

sujeto a la condición suspensiva de verificarse una variación de las circunstancias consideradas al momento de emitirse dichos informes o conclusiones.

Así, tal como señala el Prof. Domingo Valdés, “[...] *las conclusiones que obtiene este Tribunal Antimonopólico, con motivo del ejercicio de esta potestad informativa, son mutables en función de las variaciones o cambios que experimenten los mercados relevantes y competidores objeto del respectivo análisis. Por ello, no cabe sostener forma alguna de cosa juzgada judicial o administrativa en relación con la actividad de esta potestad pública informativa*” (pág. 598).

Luego, y dado que la solicitud de EPV en orden a eliminar o alzar la restricción a la integración horizontal establecida en el Informe N° 5 se funda precisamente en una variación de las circunstancias consideradas al tiempo de emitirse ese informe, es necesario analizar si concurre o no el presupuesto de procedencia de tal modificación, esto es, que hayan variado las condiciones de competencia consideradas al momento de imponerse tal restricción.

5.3. Improcedencia de aplicar la regla 23.5.

El Informe N° 5 estableció, entre las reglas comunes a las restricciones a la integración horizontal y vertical, la siguiente:

“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.”

Del tenor de la señalada regla, se desprende que el plazo de 5 años establecido en ella comenzaba a correr desde la celebración del respectivo contrato de concesión, en el evento que ello hubiere ocurrido. Es decir, el término inicial de cómputo dependía de la condición de existir la relación jurídica que lo estableciera. Al no haberse celebrado ese contrato, por haberse declarado desierta la respectiva licitación, el plazo no ha podido comenzar a correr y, por consiguiente, resulta improcedente darle aplicación.

En todo caso, cabe tener presente que la regla 23.5 no tenía por objeto garantizar a las partes o a terceros la inmutabilidad de las restricciones estructurales que formarían parte del contrato de concesión respectivo. Por el contrario, dicha regla daba cuenta del carácter eminentemente provisional de las reglas estructurales establecidas, dejando expresamente establecido que las partes del contrato de concesión podrían requerir su modificación durante la vigencia de tal contrato, si variaban las circunstancias o condiciones de competencia establecidas al momento de imponerlas.

Por todo lo anterior, no es procedente exigir que hayan transcurrido 5 años para los efectos de solicitar la modificación de las restricciones estructurales establecidas en el Informe N° 5, sino sólo que se verifiquen nuevos antecedentes que hagan procedente hacerlo, en los términos de la regla general del artículo 32 del D.L. N° 211.

6. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA.

Conforme a lo señalado en la Sección 5 precedente, el informe de autos tiene por objeto determinar si existen nuevos antecedentes que justifiquen acceder a la solicitud de EPV, que se refiere únicamente a la eliminación o alzamiento de la restricción a la integración horizontal establecida en el Informe N° 5 y, de ser procedente, establecer las condiciones a que deba sujetarse tal eliminación o alzamiento para no afectar la libre competencia, modificando o complementando en lo pertinente el Informe N° 5.

Por lo tanto, este informe se centrará en efectuar una comparación entre las condiciones de competencia identificadas en el Informe N° 5 y las vigentes a la fecha de la Solicitud de autos, enfatizando las diferencias que puedan observarse entre unas y otras. En aquello que no haya variado, se efectuarán las correspondientes remisiones al informe original a efectos de evitar innecesarias reiteraciones. Luego, este informe será un complemento del Informe N° 5, que se mantendrá vigente en todo aquello que no fue materia de la solicitud de autos y no lo reemplazará.

Para ello, a fin de contextualizar la Solicitud, la Sección 7 describirá el marco regulatorio aplicable y, específicamente, sintetizará el Informe N° 5°.

La Sección 8 abordará los nuevos antecedentes invocados por EPV y las consecuencias que tiene su ocurrencia en relación con la caracterización del mercado relevante efectuada en el Informe N° 5.

Posteriormente, la Sección 9 se referirá a los riesgos que justificaron la restricción a la integración horizontal impuesta en el Informe N° 5 y, específicamente, a los efectos que en su magnitud y probabilidad de ocurrencia pudieran tener los nuevos antecedentes detectados, y efectuará un análisis de las ventajas y desventajas asociadas a la participación de los incumbentes en la Licitación.

En la tercera y última parte de este Informe (III) se consignarán las conclusiones y, específicamente, si procede o no eliminar o alzar la restricción a la integración horizontal sea pura y simplemente, o bien, bajo condiciones o medidas de mitigación complementarias o adicionales a las establecidas en el Informe N° 5.

7. MARCO REGULATORIO APLICABLE AL MERCADO RELEVANTE: SÍNTESIS DEL INFORME N° 5.

7.1. Definición de mercado relevante

La Sección 7 del Informe N° 5 definió el mercado relevante como el de “*servicios portuarios básicos en frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso que puedan atender la nave de diseño del proyecto a licitar, para cada uno de los tipos de usuarios de carga general, esto es, carga en contenedores por un lado, y carga fraccionada por otro*”.

7.2. Condiciones de competencia en el mercado relevante

La Sección 8 del Informe N° 5 se divide en tres subsecciones.

La primera subsección (8.1) describe la industria del transporte marítimo de carga, de la que forman parte los servicios portuarios. Indica que la demanda por servicios portuarios es una demanda derivada de la demanda de transporte marítimo, donde el usuario final es el cargador o consignatario, pero quienes se relacionan con los operadores portuarios 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 navieras, fletadores, porteadores, transportistas multimodales, agentes, corredores o *forwarders*). Dicha subsección describe también una creciente tendencia a la concentración horizontal y vertical en el negocio del transporte marítimo a nivel internacional, de la cual no ha estado exenta la Región de Valparaíso. Así, constata que STI -concesionario del terminal N° 1 de Puerto de San Antonio- está relacionado con la empresa naviera CSAV por medio de la agencia naviera SAAM que, a su vez, mantiene alianzas con compañías navieras a nivel mundial. Por su parte, TPS -concesionario del terminal N°1 del Puerto de Valparaíso- está relacionado con la agencia de naves Ultramar y con la agencia MSC.

La segunda subsección (8.2) se refiere a la oferta de servicios portuarios para cada uno de los segmentos de carga general, esto es, carga en contenedores y carga fraccionada. Indica que los oferentes en este mercado son cada uno de los operadores de frentes de atraque de uso público que movilizan carga general en la Región de Valparaíso: el Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Valparaíso (Concesionado a TPS y monooperado), el Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso (Espigón de Valparaíso administrado por EPV bajo un esquema multioperador), el Frente de Atraque N° 1 del Puerto de San Antonio (Concesionado a STI y monooperado), y el Frente de Atraque N° 2 del Puerto de San Antonio (Espigón de San Antonio, entonces administrado por EPSA bajo un esquema multioperador).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Describe la importancia relativa de cada uno de los tipos de carga general (en contenedores y fraccionada) para cada uno de los operadores portuarios que forman parte del mercado relevante al año 2008, y caracteriza la oferta de servicios portuarios para cada uno de los referidos tipos de carga general, considerando las diferencias entre la situación de la infraestructura entonces existente y la proyectada.

La subsección 8.2.1.1 del Informe N° 5 describe la situación entonces existente de la oferta de servicios portuarios para carga en contenedores. Específicamente, presenta las características (longitud, calado y esloras máximas) de los frentes de atraque que forman parte del mercado relevante, observando que, por sus características, los espigones no pueden ser considerados sustitutos de los terminales concesionados en este segmento, toda vez que no cuentan con la infraestructura necesaria para atender naves de tipo panamax (menos aún postpanamax), sino sólo naves de menor tamaño.

Refiere el crecimiento experimentado en el total de carga en contenedores movilizadas en la Región de Valparaíso y la evolución de los volúmenes de carga en contenedores transferida por cada uno de los frentes de atraque, calculando las correspondientes participaciones de mercado. Concluye a este respecto que, en el período 2000-2008, los frentes concesionados han incrementado sustancialmente los volúmenes de carga en contenedores que transfieren, mientras que los espigones presentaron una disminución en el mismo período y segmento.

Efectúa una correlación positiva entre la evolución de los volúmenes relativos de carga en contenedores de los frentes concesionados y tres distintos indicadores relativos de eficiencia operacional: (i) TEUs por metro lineal de muelle; (ii) TONs por hora; y, (iii) horas de espera promedio de las naves. Indica que los dos últimos indicadores son más asimilables a medidas de calidad de los servicios portuarios.

Además, muestra los traslados de usuarios de carga en contenedores entre el Puerto de Valparaíso (TPS) y San Antonio (STI).

En cuanto a las tarifas de los servicios portuarios regulados, incorpora un cuadro del informe de fojas 781 de dicho expediente, que presenta diferencias entre los niveles de ingresos medios efectivos de TPS y el índice de tarifas máximas permitidas de un 20% e, intentando comprobar esos resultados, realiza un ejercicio que compara el valor del índice tarifario máximo aplicable a TPS y STI con un índice de tarifas efectivas calculado sobre la base de las tarifas de los servicios sujetos a tarifas máximas publicadas por cada uno de dichos concesionarios y ponderadas de acuerdo con un factor extraído de uno de los informes entonces presentados. En relación con esto, concluye que al año 2009 el índice de tarifas efectivas se encontraba por debajo del índice de tarifas máximas permitidas en un 8% para el caso de TPS y en un 6% tratándose de STI.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, calcula un índice de ingresos medios efectivos por tonelada movilizada tanto de TPS como de STI que considera todos los servicios portuarios (regulados y no regulados) a fin de analizar su evolución en el tiempo, concluyendo que, según esta estimación, los precios promedio de TPS y STI se redujeron en un 14% y en un 5%, respectivamente, en el período 2000-2007.

Finalmente, señala que la intensidad de competencia en la oferta de servicios portuarios se restringe cuando uno de los oferentes alcanza su límite de capacidad, ya que en este caso la demanda residual es atendida o disputada sólo entre los oferentes que cuentan con capacidad disponible. Al respecto, se describieron las capacidades de transferencia de los oferentes que forman parte del mercado relevante, observando que TPS estaba próximo a alcanzar su límite de capacidad, lo que podría reducir la competencia interportuaria, al menos hasta que se realicen nuevas inversiones por parte de éste o de quienes resulten adjudicados en las licitaciones de los espigones de Valparaíso y San Antonio.

En esta subsección se concluye que el conjunto de antecedentes señalados precedentemente es indiciario de algún grado de competencia interportuaria en el mercado relevante. No obstante, indica que, a partir de ello, no es posible formarse convicción respecto de la intensidad de tal competencia.

La subsección 8.2.1.2 del Informe N° 5 describe la situación proyectada de la oferta de servicios portuarios para carga en contenedores. Específicamente, presenta las características (longitud, calado y esloras máximas) y capacidades máximas proyectadas de los frentes de atraque que forman parte del mercado relevante, esto es, suponiendo la ejecución de las obras obligatorias de los futuros concesionarios de los espigones. Lo anterior, sin perjuicio de señalar que, en todo caso, para TPS y STI también era factible incrementar voluntariamente su capacidad de transferencia por medio de nuevas inversiones, previa autorización de la empresa portuaria respectiva.

Asimismo, incorpora las proyecciones de participación de mercado presentadas entonces por EPV, que consideraban que la primera obra obligatoria del adjudicatario del espigón estaría operativa en 2012 y distribuían la carga conforme a las capacidades de cada frente, indicando no contar con antecedentes para evaluar la robustez de estas proyecciones. Se consideró, en cambio, que las participaciones de mercado de los distintos oferentes dependerían de la intensidad de competencia entre éstos.

La subsección 8.2.2.1 del Informe N° 5 describe la situación entonces existente de la oferta de servicios portuarios para carga fraccionada. Refiere que el total de carga fraccionada movilizada en la Región de Valparaíso se había mantenido relativamente constante e indica la evolución de los volúmenes de carga fraccionada transferida por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cada uno de los frentes de atraque que forman parte del mercado relevante, calculando las correspondientes participaciones de mercado. Concluye a este respecto que, en el período 2000-2008, TPS disminuyó considerablemente su participación y que, al año 2008, los frentes de atraque concesionados tenían participaciones equivalentes entre sí (21% cada uno) y que los no concesionados (espigones) también tenían participaciones de mercado equivalentes entre sí (29% cada uno).

La subsección 8.2.1.2 del Informe N° 5 describe la situación proyectada de la oferta de servicios portuarios para carga fraccionada. Específicamente, incorpora las proyecciones de participación de mercado presentadas entonces por EPV, que consideraban que la primera obra obligatoria del adjudicatario del espigón estaría operativa en 2012 y distribuían la carga fraccionada mayoritariamente entre los frentes de atraque concesionados, indicando no contar con antecedentes para evaluar la robustez de estas proyecciones. Se consideró, en cambio, que las participaciones de mercado de los distintos oferentes dependerían de la intensidad de competencia entre éstos.

La tercera subsección (8.3) se refiere a las condiciones de ingreso al mercado relevante. En síntesis, esta sección señala que se observan significativas barreras de entrada al mercado relevante y que, sobre la base de los antecedentes disponibles, las licitaciones de los espigones de Valparaíso y San Antonio son la única posibilidad de ingreso de competidores adicionales al mercado relevante, en el corto y mediano plazo.

La cuarta subsección (8.2) se refiere a la demanda de servicios portuarios para cada uno de los segmentos de carga general. Se señala que los usuarios finales (importadores y exportadores) se encuentran bastante atomizados, siendo en general poco significativos los porcentajes de carga transferidos por cada usuario. En cambio, a nivel de usuarios intermedios, 7 agentes de nave movilizan más del 70% del total de carga general, y 7 compañías navieras transportan sobre el 60% de la carga general, observándose que la concentración entre estas últimas se produce, tanto a nivel agregado de la región como desagregado por rutas. De esta forma, existen diversas agencias de nave y compañías navieras que, conforme a la restricción a la integración vertical establecida en el Dictamen N°1045, estarían impedidas de participar y adjudicarse la licitación del espigón de Valparaíso. Por otra parte, el Informe N° 5 se refiere a la existencia de eventuales costos de cambio por parte de los clientes, asociados a la duración de los contratos entre operadores portuarios y compañías navieras, señalando que no cuenta con antecedentes suficientes para formarse convicción respecto de qué tan probable sería arrebatarse clientes a operadores portuarios rivales.

7.3. Resguardos de la competencia en la Licitación

La sección 9 del Informe N° 5 analizó el marco regulatorio aplicable a la asignación en concesión de frentes estatales según la Ley y el respectivo Reglamento de Licitaciones Portuarias (en adelante, el Reglamento). Los resguardos legales y reglamentarios de la competencia en la licitación abordaban los siguientes aspectos o materias: (i) subsidiariedad y mecanismo de asignación del 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.

En síntesis, conforme con esta sección es posible concluir que la Ley y el Reglamento aplicables, consideran los siguientes resguardos:

- La concesión portuaria es la única forma de entregar a los privados el uso de frentes de atraque estatales y, a su vez, la licitación pública es la única forma de otorgar concesiones portuarias.
- Las empresas portuarias deben elegir el criterio de adjudicación que utilizarán.
- Los directorios de las empresas portuarias deben determinar las distintas modalidades del proceso de licitación (propuesta en sobre cerrado, remate, etc.), y si éste contemplará una o más etapas, encontrándose establecidos los aspectos mínimos que debería abordar una primera etapa.
- El establecimiento del monto mínimo de la renta o canon de la concesión, se debe establecer tomando como referencia el valor económico del activo objeto de la misma. Este no puede ser inferior al “pago anual equivalente mínimo” a menos que la empresa portuaria estime que su valor económico difiere significativamente de aquel.
- Los procedimientos y condiciones mínimas de la licitación se encuentran establecidos en las Bases. En particular, la empresa portuaria debe elaborar Bases con determinados contenidos mínimos, en concordancia con una Memoria Explicativa que, a su vez, debe también abarcar determinadas materias mínimas. Además, se establecen plazos mínimos de presentación de las propuestas y requisitos generales de participación. Por otra parte, EPV está obligada a publicar el llamado a licitación en diarios de circulación nacional, requerir garantías de seriedad de las ofertas y de fiel cumplimiento de contrato con montos mínimos determinados, y contemplar en las Bases el régimen de sanciones y multas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Estos resguardos legales y reglamentarios aplicables a la asignación en concesión de frentes de atraque estatales fueron complementados por el Informe N° 5 de este Tribunal, el cual dispuso la incorporación de las siguientes reglas a las respectivas bases y al contrato de concesión respectivo:

- 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 del Informe N° 5 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; y,*
- 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;*

7.4. Resguardos de la competencia en la provisión de servicios portuarios

La sección 10 del Informe N° 5 analizó el marco regulatorio aplicable a la provisión de servicios portuarios según la Ley, el Reglamento y el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque de EPV (RUFA). Los resguardos legales y reglamentarios de la competencia en la provisión de servicios portuarios abordaban los siguientes aspectos o materias: (i) acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios; (ii) mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros; (iii) obligaciones en relación a las tarifas; (iv) 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.

En síntesis, conforme con esta sección es posible concluir que la Ley y los reglamentos aplicables, consideran los siguientes resguardos:

- Dado que el Puerto de Valparaíso es un puerto de uso público, existe un deber de servicio conforme con el cual, el concesionario está obligado a prestar servicios indistintamente a cualquier usuario que lo requiera, en forma continua y permanente.
- Además, se establece que la prestación de servicios debe realizarse en condiciones no discriminatorias.
- El concesionario debe establecer tarifas públicas y no discriminatorias que no pueden ser superiores a las establecidas para los mismos, según lo definido en las bases de licitación o en el contrato de concesión.
- Se prohíbe establecer exenciones o rebajas ajenas a las tarifas vigentes por el uso de la respectiva infraestructura. A partir de lo anterior, el Tribunal concluyó

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que los concesionarios solo pueden establecer descuentos públicos, objetivos y no discriminatorios.

- El concesionario debe cumplir con los niveles de servicio, producción y desarrollo comprometidos.
- En lo que respecta a las reglas de asignación de capacidad o prioridad en la atención de naves, la Ley se remite al RUFA de EPV que, a su vez, se remite al Manual de los Servicios que deben elaborar los concesionarios. El RUFA de EPV contempla los criterios generales y requisitos mínimos que las normas que establezcan los concesionarios deben cumplir para que los usuarios accedan a los servicios portuarios en condiciones generales, objetivas y no discriminatorias.
- Los concesionarios deben constituirse como sociedades anónimas de giro exclusivo y se rigen por las normas de las sociedades anónimas abiertas. Su objeto será el desarrollo, mantención y explotación del frente de atraque respectivo.
- Los concesionarios deben realizar los controles, mediciones y estadísticas que las bases de licitación y el contrato exijan.

Estos resguardos legales y reglamentarios aplicables a la provisión de servicios portuarios, fueron complementados por el Informe N° 5 de este Tribunal, que dispusieron la incorporación de las siguientes reglas a las bases y al contrato de concesión respectivo:

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 (Informe N°5), 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 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 (Informe N° 5).

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 (Informe N° 5), 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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; y*

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;*

7.5. Resguardos estructurales

La Sección 11 del Informe N° 5 examinó la conveniencia de establecer resguardos estructurales y, específicamente, las ventajas y desventajas de establecer restricciones a la integración vertical y horizontal de los operadores portuarios que forman parte del mercado relevante.

7.5.1. Integración Vertical:

En cuanto a los riesgos para la competencia asociados a la integración vertical de los concesionarios de frentes de atraque con participantes en otros eslabones de la cadena de transporte marítimo, se señaló que: (i) el operador portuario provee servicios que constituyen un insumo esencial para usuarios que brindan servicios en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otros eslabones de la cadena de transporte marítimo y, por consiguiente, podrían existir incentivos por parte de la empresa integrada verticalmente para discriminar a otros usuarios en las condiciones de acceso a ese insumo esencial; (ii) el operador portuario verticalmente integrado podría conocer información estratégica de sus competidores; y, (iii) el operador verticalmente integrado podría realizar subsidios cruzados.

Con respecto a las ventajas o beneficios para la competencia derivados de la integración vertical, se señaló que: (i) se podrían generar eficiencias asociadas a 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; (ii) se podrían generar eficiencias asociadas a menores riesgos de inversión en frentes de atraque por parte de usuarios de los servicios portuarios, ya que estos últimos conocen y aseguran un determinado nivel de demanda; y, (iii) permitir la participación de empresas verticalmente integradas en la Licitación podría incrementar el número de competidores en ella, lo que se debería traducir en menores tarifas para los usuarios.

En conclusión, se estimó que existían riesgos que no estaban suficientemente mitigados por los resguardos contemplados en las Secciones 10 y 11 del mismo informe, 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 eran de una entidad -verificable en autos- que permitiese compensar tales riesgos. Por ello, se adoptó la siguiente regla de 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.”

7.5.2. Integración Horizontal

En cuanto a los riesgos para la competencia asociados a la integración horizontal entre frentes de atraque que forman parte del mercado relevante, se señaló que, de asignarse más de un frente a un mismo operador: (i) la participación de incumbentes en la licitación podría perjudicar la competencia *ex ante* porque podría inhibir de participar a potenciales nuevos interesados; (ii) se restringiría la posibilidad de incrementar la intensidad de competencia en el mercado, toda vez que las licitaciones de los espigones de Valparaíso y San Antonio constituyen la única posibilidad de ingreso en el corto y mediano plazo. Ello, basado en que aumentar el número de competidores incrementaría la competencia en el mercado, comparado con el caso de asignarse más de un frente a un mismo operador; caso este último que reduciría las posibilidades de incrementar la tensión competitiva; (iii) existirían incentivos para que el operador integrado expanda gradualmente la capacidad de la infraestructura, esto es, que retrase las inversiones en infraestructura, ello comparado con el ingreso de un nuevo operador; y, (iv) se reducen las alternativas de los usuarios para cambiarse de frente en caso de ser discriminados, también comparado con el caso de ingresar un nuevo operador.

Con respecto a las ventajas o beneficios para la competencia derivados de la integración horizontal, se señaló que es posible que existan algunas economías de escala asociadas al uso compartido de activos indivisibles entre frentes contiguos o aledaños que estén a cargo de un mismo operador portuario. No obstante, se indicó que no existían antecedentes respecto de la magnitud de las eventuales eficiencias, ni tampoco respecto de la probabilidad de que una proporción significativa de esas eventuales eficiencias fueran a ser traspasadas a los usuarios.

En conclusión, se comparó la situación en que un operador establecido se adjudica la concesión con aquella en que lo hace un nuevo actor, estimando que existían riesgos “factibles serios y relevantes” derivados de la integración horizontal, que eran difíciles y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

costosos de fiscalizar, y que no estaban suficientemente contrapesados por la existencia de eventuales eficiencias asociadas a la operación conjunta de frentes de ataque contiguos o aledaños; todo ello en un contexto de barreras de entrada, concentración y ausencia de convicción respecto de la intensidad de competencia en el mercado relevante.

El Informe N° 5 añadió que la justificación de la restricción a la integración horizontal debe analizarse conjuntamente con la nueva –y menos restrictiva- regla de integración vertical, que permite un control corporativo mayor (60%) por parte de usuarios relevantes, con el objeto de incentivar la participación en la licitación por parte de nuevos entrantes. Es decir, la nueva regla de integración horizontal habría tenido por objeto, además, proteger al mercado de los riesgos asociados a permitir una mayor integración vertical.

Con respecto a la urgencia de agregar capacidad de oferta en el mercado, se señaló que se producirían holguras de capacidad de oferta en el mercado relevante con la licitación del espigón de San Antonio, y porque los actores incumbentes (TPS y STI) podrían invertir en expansión de capacidad en los frentes que actualmente operan.

Por otro lado, se dijo que en la eventualidad declararse desierta la licitación del espigón de Valparaíso, ello sería reflejo de que el proyecto no sería rentable y convendría naturalmente postergarlo. Luego, si los únicos interesados en adjudicarse la licitación hubiesen sido los incumbentes, y dado que no se constataron eficiencias asociadas a la operación de más de un frente, ello demostraría que el principal interés de éstos en la licitación sería impedir el ingreso de nuevos operadores y defender sus rentas.

Por ello, se adoptó la siguiente regla de integración horizontal:

“22.1.- La sociedad que se adjudique la concesión del Frente de Atrake 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 atrake 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 Atrake 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”;

8. NUEVOS ANTECEDENTES: VARIACIÓN DE CONDICIONES DE COMPETENCIA CONSIDERADAS EN EL INFORME N° 5.

Esta sección señala los nuevos antecedentes invocados por EPV (subsección 8.1), y los efectos que producen esos nuevos antecedentes en relación con las condiciones de competencia en el mercado relevante consideradas en el Informe N° 5 (subsección 8.2).

8.1. Enunciación.

Los nuevos antecedentes invocados por EPV en su Solicitud son: (i) la adjudicación de la licitación del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de San Antonio a Puerto Lirquén (Puerto Central), en noviembre de 2011; (ii) la falta de interesados y consecuente fracaso de la licitación del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso, también en noviembre de 2011; (iii) la comprobación empírica de existir competencia en el mercado relevante; y, por último, (iv) la urgencia de agregar capacidad de oferta al mercado relevante, por la cada vez mayor proximidad de los umbrales de congestión, en circunstancias que esta última disminuiría fuertemente la competencia en el mercado.

8.2. Efectos de los nuevos antecedentes en las condiciones de competencia en el mercado relevante

Esta sección, compara las condiciones del mercado relevante analizadas en el Informe N° 5, con datos hasta el año 2008, con aquellas que imperan actualmente. Asimismo, se verifica si las proyecciones entonces efectuadas se han cumplido o es necesario ajustarlas en función de los nuevos antecedentes.

8.2.1. Cuestión previa: Definición de mercado relevante.

Como cuestión previa, cabe tener presente que los nuevos antecedentes no tienen incidencia alguna en la definición del mercado relevante efectuada en el Informe N° 5 (sección 7 del Informe N° 5 y 3.1 de este), ni en las características de la industria del transporte marítimo (sección 8.1 del Informe N° 5 y primera parte de la sección 3.2 de este).

Por consiguiente, y sobre la base de las mismas consideraciones efectuadas en el Informe N° 5, este Tribunal estima que el mercado relevante corresponde al de *servicios portuarios básicos en frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso que puedan atender la nave de diseño del proyecto a licitar, para cada uno de los tipos de usuarios de carga general, esto es, carga en contenedores por un lado,*

y carga fraccionada por otro. En adelante se hará referencia a dichos servicios simplemente como los “servicios portuarios relevantes”.

Asimismo, se considera que los servicios portuarios relevantes constituyen una demanda derivada de la de transporte marítimo de carga; industria esta última respecto de la cual tampoco se observan cambios de estructura relevantes en relación a lo considerado en el Informe N° 5.

8.2.2. Importancia relativa de cada uno de los segmentos de carga, por frente de atraque y por puerto.

Tal como se señaló en el Informe N° 5, los oferentes de servicios portuarios para cada uno de los tipos de carga general son los operadores de los frentes de atraque 1 y 2 del Puerto de Valparaíso, y de los frentes 1 y 2 del Puerto de San Antonio.

A este respecto, cabe señalar que, tras la licitación en 2011 del frente Costanera Espigón de San Antonio, la Empresa Portuaria de San Antonio ya no opera ese frente bajo un esquema multioperador, sino que lo hace el adjudicatario de esa licitación (Puerto Central), bajo un esquema monooperador.

En razón de lo anterior, el cuadro siguiente muestra los oferentes de servicios portuarios relevantes de cada uno de los puertos públicos de Valparaíso y San Antonio; la denominación de los frentes de atraque que cada uno de ellos administra u opera; sus sitios y el esquema de operación que utilizan.

Cuadro N° 1: Oferentes de servicios portuarios relevantes, frentes, sitios y esquema de operación

Puerto	Frente de Atraque		Operador	Sitios	Esquema de operación
Valparaíso	N° 1	Frente de Atraque N° 1	TPS	1, 2, 3, 4 y 5	Monooperador
	N° 2	Espigón	EPV	6, 7 y 8	Multioperador
San Antonio	N° 1	Molo Sur	STI	1, 2 y 3	Monooperador
	N° 2	Costanera-Espigón	PC	4, 5, 6 y 7	Monooperador

Fuente: Elaboración propia en base a Informe N° 5 e información pública

Los cuadros siguientes muestran la importancia relativa que poseen los dos segmentos del mercado relevante (carga en contenedores y carga fraccionada) en el total de la carga general movilizada los años 2008 y 2011, en cada uno de los mencionados frentes de atraque, en toneladas (Cuadro N° 2) y en términos porcentuales (Cuadro N° 3).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 2: Carga general movilizada (en tons.), años 2008 y 2011 - Puertos y frentes de atraque de la Región de Valparaíso

		Toneladas de Carga					
		Fraccionada		Contenedores		Total Carga General	
		2008	2011	2008	2011	2008	2011
Valparaíso	1 TPS	564.799	442.157	8.967.494	9.210.601	9.532.293	9.652.758
	2 EPV	752.716	786.668	129.546	94.438	882.262	881.106
	Total Valparaíso	1.317.515	1.228.825	9.097.040	9.305.039	10.414.555	10.533.864
San Antonio	1 STI	558.922	691.409	6.210.920	8.815.551	6.769.842	9.506.960
	2 PC	760.400	1.007.987	840.851	521.510	1.601.251	1.529.497
	Total San Antonio	1.319.322	1.699.396	7.051.771	9.337.061	8.371.093	11.036.457
Total General		2.636.837	2.928.221	16.148.811	18.642.100	18.785.648	21.570.321

Fuente: Elaboración del TDLC en base a información acompañada por EPV a fojas 1128.

Cuadro N° 3: Participaciones de mercado en la movilización de carga general (en tons.), años 2008 y 2011 - Puertos y frentes de atraque de la Región de Valparaíso

		Participación de mercado % (tons.)					
		Fraccionada		Contenedores		Total	
		2008	2011	2008	2011	2008	2011
Valparaíso	1 TPS	21%	15%	55%	49%	51%	45%
	2 EPV	29%	27%	1%	1%	4%	4%
	Total Valparaíso	50%	42%	56%	50%	55%	49%
San Antonio	1 STI	21%	24%	39%	47%	36%	44%
	2 PC	29%	34%	5%	3%	9%	7%
	Total San Antonio	50%	58%	44%	50%	45%	51%
Total General		100%		100%		100%	

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

De los cuadros anteriores, se desprende que, entre 2008 y 2011, y sin que hayan entrado aún en operación las nuevas inversiones comprometidas por Puerto Central, nuevo concesionario del frente Costanera- Espigón de San Antonio, la participación de dicho puerto en el total de carga general se incrementó de 45 a 51%, reduciéndose correlativamente la participación del Puerto de Valparaíso, que pasó de movilizar el 55% a transferir un 49% del total. De este modo, el Puerto de San Antonio desplazó del primer lugar al de Valparaíso en términos de volumen de carga general transferida. El incremento en la participación de mercado del Puerto de San Antonio se explica, principalmente, por la circunstancia de que STI ha incrementado sostenidamente los volúmenes de carga general transferida, especialmente en el segmento de carga en contenedores.

Adicionalmente, se observa que, para los frentes concesionados a TPS y STI, la transferencia de carga en contenedores continúa presentando una mayor importancia relativa en el total de carga general transportada, tanto en 2008 como en 2011.

En cambio, para los frentes operados por EPV y PC la carga fraccionada es la que presenta mayor relevancia en 2011. En el caso del frente Costanera-Espigón de San

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

Antonio (PC), la situación difiere de la observada en el año 2008, donde ambos tipos de carga presentaban similar importancia y contrasta, aún más, con las proyecciones efectuadas en 2008 por las empresas portuarias que, tal como se observa en los Cuadros N° 5 y 16 del Informe N° 5, esperaban que las licitaciones que se proponían efectuar diesen origen a frentes especializados en la transferencia de carga en contenedores, de modo que, el año 2010, el frente Costanera-Espigón de San Antonio reduciría a 11% la importancia relativa de la transferencia de carga fraccionada. Lo que ha ocurrido es exactamente lo contrario, ganando importancia la carga fraccionada en este frente de atraque.

Siguiendo para estos efectos una estructura similar a la empleada en el Informe N° 5, a continuación se caracterizarán las condiciones de competencia en cada uno de los segmentos del mercado relevante, comparando la situación entonces existente y proyectada, con aquella que, sobre la base de los nuevos antecedentes disponibles, es posible observar y proyectar.

8.2.3. Participaciones de mercado en cada uno de los segmentos del mercado relevante: Demanda creciente por servicios de transferencia de contenedores.

8.2.3.1. Participaciones de mercado: Servicios portuarios para carga en contenedores.

El cuadro siguiente muestra la evolución de las participaciones de mercado de cada uno de los frentes de atraque que forman parte del mercado relevante, en la transferencia de contenedores (en TEUs), para el período 2004-2011:

Cuadro N° 4: Participaciones de mercado en la movilización de carga en contenedores (en TEUs), período 2000-2011, Frentes de atraque de la Región de Valparaíso

Año	Puerto de Valparaíso		Puerto de San Antonio		Total Carga en Contenedores
	1 TPS	2 EPV	1 STI	2 PC	
2000	29,4%	2,00%	45,3%	23,4%	660.707
2001	35,3%	2,20%	42,2%	20,2%	658.944
2002	36,8%	1,70%	43,6%	17,9%	712.015
2003	33,4%	1,30%	49,9%	15,4%	801.280
2004	34,4%	3,40%	50,4%	11,8%	1.027.311
2005	30,4%	2,30%	53,1%	14,2%	1.147.831
2006	44,8%	2,90%	42,0%	10,3%	1.291.678
2007	54,1%	2,40%	33,8%	9,7%	1.495.931
2008	56,7%	1,20%	36,9%	5,2%	1.634.815
2009	47,3%	0,90%	45,7%	6,1%	1.406.465
2010	49,5%	0,70%	45,3%	4,4%	1.749.506
2011	50,4%	0,80%	45,7%	3,1%	1.901.079

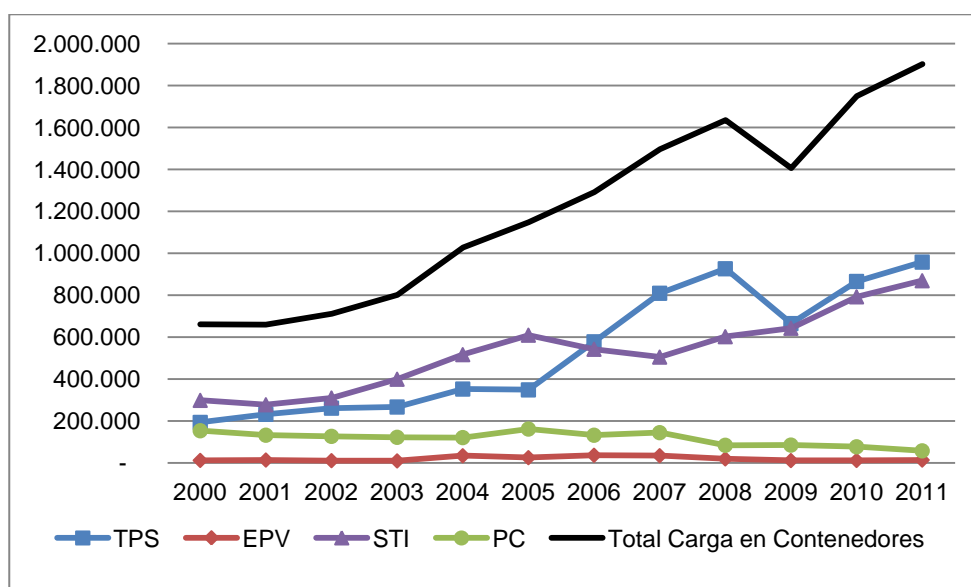
Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por EPV a fojas 1128 y por el Ministerio de Transportes a fojas 1406

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Del cuadro anterior también se desprende que en la carga en contenedores la participación de STI ha ido creciendo sostenidamente en los últimos años (en el período 2008-2011), llegando prácticamente a igualar la participación de TPS que, por su parte, experimentó en 2009 una disminución cercana al 9%, de la cual no ha podido recuperarse. Luego, el incremento en la participación de mercado de STI en la transferencia de carga en contenedores se debe, principalmente, a la disminución en la participación de mercado experimentada por TPS y, en menor medida, a la de los espigones.

El gráfico siguiente muestra la evolución de la demanda total de carga en contenedores y la participación de cada uno de los frentes de atraque en dicho segmento, entre 2000 y 2011.

Gráfico N° 1: Evolución de las participaciones de mercado en la movilización de carga en contenedores (en TEUs), período 2000-2011, Frentes de atraque de la Región de Valparaíso



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por EPV a fojas 1128 y por el Ministerio de Transportes a fojas 1406

En el gráfico anterior es posible observar que la carga en contenedores movilizada en total en la Región de Valparaíso aumentó, en términos de TEUs transportados, en un 188% entre los años 2000 y 2011, lo que equivale a un aumento promedio anual en el período de 10,1%.

En lo que respecta a los últimos tres años, se aprecia que el año 2009 la carga en contenedores movilizada en total en la Región de Valparaíso decreció producto de la recesión internacional, pero en los años 2010 y 2011 retomó tasas de crecimiento anual análogas a las históricas.

Se observa también que la evolución de la movilización total de carga en contenedores de la Región de Valparaíso se correlaciona más directamente con la evolución de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transferencia de carga en contenedores de TPS, que con la de STI que, como se señaló anteriormente, creció sostenidamente.

8.2.3.2. Participaciones de mercado: Servicios portuarios para carga fraccionada.

El cuadro siguiente, compara la participación de mercado, de cada uno de los frentes de atraque que conforman el mercado relevante, en la oferta de servicios portuarios para carga fraccionada (en tons.), entre los años 2004 y 2011.

Cuadro N° 5: Participaciones de mercado en la movilización de carga fraccionada (en tons.), período 2004-2011, Frentes de atraque de la Región de Valparaíso

Año	Puerto de Valparaíso		Puerto de San Antonio		Total Toneladas
	1 TPS	2 EPV	1 STI	2 PC	
2004	62%	14%	6%	18%	2.641.076
2005	59%	13%	5%	23%	2.539.915
2006	45%	26%	8%	21%	2.429.602
2007	32%	23%	21%	24%	2.266.978
2008	21%	29%	21%	29%	2.636.837
2009	27%	23%	18%	32%	1.892.573
2010	13%	31%	24%	33%	2.697.463
2011	15%	27%	24%	34%	2.928.221

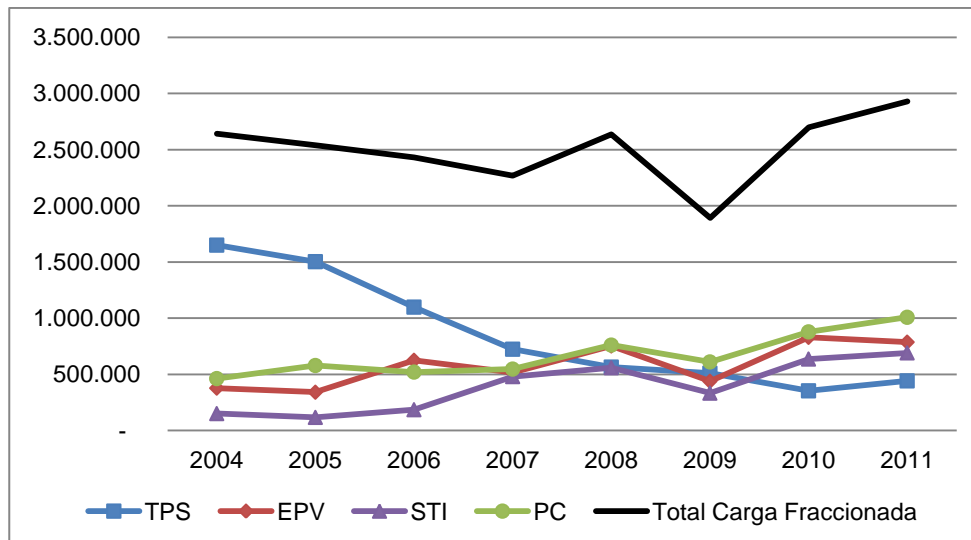
Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por TPS a fojas 1302

En el cuadro anterior, se observa que los espigones (operados por PC y EPV) continúan movilizandando (al año 2011) una mayor proporción de carga fraccionada en comparación con los frentes operados por TPS y STI.

Asimismo, se observa que los frentes de atraque del Puerto de San Antonio, han incrementado su participación en el segmento de carga fraccionada (en el período 2008-2011), mientras que los frentes del Puerto de Valparaíso, especialmente TPS, la han reducido. Ello difiere de lo observado en 2008, ya que entonces, como se dijo, los espigones de Valparaíso y San Antonio presentaban una mayor participación en este segmento, en comparación con los frentes concesionados a TPS y STI. Actualmente (a 2011), el frente concesionado a STI figura como el líder en la transferencia de carga fraccionada, con respecto al total de dicho frente, al total del Puerto de San Antonio, y también, en comparación con todos los restantes frentes de atraque de la Región de Valparaíso.

El gráfico siguiente muestra la evolución de la demanda total de carga fraccionada y de la participación de cada uno de los frentes de atraque en dicho segmento, entre 2004 y 2011.

Gráfico N° 2: Evolución de las participaciones de mercado en la movilización de carga fraccionada (en toneladas), durante el período 2004-2011, Frentes de atraque de la Región de Valparaíso



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por TPS a fojas 1302

En el gráfico anterior, se observa que, a partir de 2007, la evolución de la participación de TPS en la transferencia de carga fraccionada no ha estado correlacionada con la evolución de la demanda total, como ocurrió con la de sus competidores; todos afectados, más o menos equivalentemente, por efecto del descenso en la actividad económica experimentado a nivel mundial en 2009.

Por su parte, y tal como se señaló anteriormente, en este gráfico también se puede observar que el frente Costanera-Espigón de San Antonio, concesionado a PC, ha incrementado su participación en el segmento de carga fraccionada en los últimos años (período 2008-2011), en contraste con las proyecciones efectuadas en 2008 por las empresas portuarias.

Lo anterior podría ser consecuencia o efecto de que por ahora, y mientras la primera fase obligatoria del proyecto adjudicado a Puerto Central no haya entrado en operación (lo cual ahora se espera ocurra a fines de 2015 o principios de 2016), ese frente no será capaz de disputar carga en contenedores, por carecer de infraestructura y equipamiento idóneos, debiendo concentrar su actividad en la carga fraccionada.

Además, y tal como se explicará más adelante, TPS habría alcanzado en este período su límite máximo de capacidad, por lo que podría haber preferido reemplazar la movilización de carga fraccionada por carga en contenedores, aprovechando así de mejor forma su infraestructura y equipamiento. Así, la carga fraccionada habría debido ser movilizadora por otros frentes de atraque que cuenten con menor infraestructura y equipamiento (PC).

En razón de lo anterior, y de no existir, además de la indicada, mayores variaciones en lo que concierne al segmento de carga fraccionada, que continúa reduciendo su

importancia relativa frente a la carga en contenedores, este informe concentrará el análisis que sigue en el segmento de carga en contenedores.

8.2.4. Capacidad de oferta existente en el segmento de servicios portuarios para carga en contenedores.

El segmento de mercado de los servicios portuarios para carga en contenedores es el más relevante para efectos de este informe, dado que el frente por licitar se especializará en la transferencia de tal tipo de carga.

En lo que respecta a la capacidad de transferencia de los Puertos de Valparaíso y San Antonio, se debe tener en cuenta que las características de la infraestructura y equipamiento (metros de frente, profundidad de sitios, áreas de respaldo, grúas, accesos) constituyen factores limitantes de la capacidad de transferencia de los puertos, especialmente en un contexto donde se demanda progresivamente mayor infraestructura por los incrementos en los volúmenes de carga transferidos (dado el crecimiento del comercio internacional). Por ello, sería natural que los incrementos en infraestructura y equipamiento puedan correlacionarse con incrementos de capacidad. Lo anterior sin perjuicio de otros factores de eficiencia operacional que pueden contribuir a mejorar la eficiencia portuaria, como la programación de los arribos de las naves y el uso de tecnologías y equipamiento de apoyo logístico que optimicen el uso de la infraestructura portuaria.

Adicionalmente, la evolución del comercio internacional hacia naves de mayor envergadura también demanda mayor infraestructura, aunque no necesariamente correlacionada con incrementos en los volúmenes de carga transferidos.

En efecto, se observa un incremento en el tamaño de las naves portacontenedores que están arribando a las costas chilenas y se proyectan naves aún más grandes, lo que supone requerimientos de infraestructura aún mayores. En este sentido, se ha señalado que la ampliación del Canal de Panamá, ruta por la cual se mueve entre el 40% y 50% del comercio exterior chileno, va a permitir al año 2015 la circulación de barcos de una mayor envergadura, lo que permitirá mover muchos más contenedores por barco e implicará mayores requerimientos de infraestructura (calado, áreas de respaldo y equipos). Las dimensiones máximas de los buques que circulan por el canal actual son de 294,1 m. de largo, 32,3 m. de ancho y 12 m. de calado; con el nuevo canal podrán circular buques de 366 m. de largo, 49 m. de ancho y 15,2 m. de calado.

Los cuadros siguientes comparan las características de la infraestructura y capacidades de transferencia de contenedores de los oferentes considerada en el Informe N° 5 y en la actualidad:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 6: Características de los Frentes de Atraque según Calado y Eslora
Máxima Permitida, años 2008 y 2011 - Frentes de atraque de la Región de
Valparaíso

Frentes de Atraque	Longitud Frente de Atraque Total (mts)		Calado Máximo (mts) ^{7/}		Eslora Máxima Permitida (mts)		Capacidad Máxima (TEUS/año)	
	2008	2011	2008	2011	2008	2011	2007	2011**
1 TPS	984	984	11,4	13,2	628	628	899.000	950.000
2 EPV	610	610	8,8	8,8	235	235	50.000	100.000
1 STI	769	769	11,4	13,5	294	335	1.115.050	1.400.000
2 PC	662	662	9,45	9,45	237	237	120.000	130.000
Total	3025	3025					2.184.050	2.580.000

Fuente: Elaboración propia en base a información de las solicitudes de EPV y de EPSA en el expediente Rol NC 317-08 y de información aportada por EPV a fojas 1128 y por el MTT a fojas 1406.

*Nota: Se reporta el calado máximo que posee el frente de atraque considerando su sitio más profundo.

**Estimación del TDLC como promedio simple de las estimaciones efectuadas por EPV a fojas 1128 y por el MTT a fojas 1406.

De los cuadros anteriores, es posible observar la mayor profundidad que actualmente tienen los frentes concesionados operados por TPS y STI, que pasan de 11,4 a 13,2 y 13,5 metros, respectivamente, y el incremento en la eslora máxima permitida en el frente de STI, que pasó de 294 a 335 metros.

En efecto, a partir de las Memorias Anuales del SEP correspondientes a los ejercicios 2008, 2009, 2010 y 2011, se observan los siguientes hechos relevantes acaecidos con posterioridad a la situación considerada en el Informe N° 5: (i) en noviembre de 2008 arribó al Puerto de Valparaíso la quinta grúa *Gantry* adquirida por TPS; (ii) en 2008 STI culminó un proyecto de ampliación de su frente de atraque en 204 metros lineales y dragado a 14,5 metros; (iii) en noviembre de 2010 se registró el arribo al Puerto de Valparaíso del buque MSC Asya, de 337 metros de eslora (largo) y 46 de manga (ancho); (v) en enero de 2012, EPV y TPS acordaron la extensión del sitio 3 en 120 metros, de modo de asegurar la capacidad de atender simultáneamente dos naves de tipo postpanamax. Además, y sobre la base de información pública, se observa que TPS en el período 2010-2012 dragó los sitios 1, 2 y 3 para profundizarlos a 14,5 metros.

Adicionalmente, el Puerto de Valparaíso, como la gran mayoría de los terminales portuarios, necesita áreas de respaldo mayores a las que tienen en sus recintos portuarios, razón por la cual se han levantado zonas de apoyo logístico o áreas extraportuarias que permiten, entre otras cosas, recibir, consolidar, almacenar, fiscalizar, controlar y coordinar los camiones que traen y llevan la carga al puerto, de manera de descongestionar los recintos portuarios y dar mayor agilidad al movimiento de carga. En particular, la Zona de Extensión de Apoyo Logístico (ZEAL) del Puerto de Valparaíso, adjudicada al grupo AZVI de España, que comenzó a operar en mayo de 2008, permite una mayor eficiencia logística y en el uso de las áreas de respaldo de dicho puerto, compensando o, al menos, aminorando la desventaja de dicho puerto

frente a San Antonio, que cuenta con amplias zonas de respaldo contiguas a los frentes de atraque.

En síntesis, las inversiones efectuadas por los actuales concesionarios de los frentes de atraque que forman parte del mercado relevante parecen haber incrementado la capacidad de transferencia de STI, pero no la de TPS. Para este último concesionario, las inversiones efectuadas en los años recientes corresponderían, más bien, a la adecuación de su infraestructura portuaria para la atención de naves de mayor tamaño, en respuesta a los requerimientos del comercio internacional.

8.2.5. Indicios de competencia en la provisión de servicios portuarios para carga en contenedores.

En esta sección se actualizan los antecedentes considerados en el Informe N°5 en relación a los siguientes indicios de competencia entre los frentes concesionados, especializados en la transferencia de contenedores (TPS y STI): (i) evidencias de movimientos de usuarios entre uno y otro frente; (ii) evolución de indicadores de eficiencia operacional y su relación con el volumen de carga movilizada por uno y otro; (iii) evolución de indicadores de calidad de servicio y su relación con el volumen de carga movilizada por uno y otro; (iv) evolución de tarifas efectivas y su diferencia con respecto a las tarifas máximas permitidas.

8.2.5.1. Traslado de usuarios.

El siguiente cuadro muestra los movimientos de navieras entre los frentes de atraque concesionados a TPS y STI que son, por ahora, los únicos capaces de atender naves portacontenedores actuales.

Cuadro N° 7: Traslado de usuarios entre frentes de atraque concesionados a TPS y STI, período 2002-2011

Año	Línea/Servicio	Sentido	Box/Año
2002	MSC WC	TPS a STI	30.000
2004	Hamburg Sud/Conosur	STI a TPS	15.000
2006	P&O Nedloyd (Fusión Maersk)	TPS a STI	30.000
2006	MSC WC + MSC Andes	STI a TPS	125.000
2006	NYK/ALEX	STI a TPS	40.000
2007	Hamburg Sud/Conosur	TPS a STI	15.000
2009	Evergreen	TPS a STI	40.000
2011	MSC WC (Serv. Conjunto CSAV)	TPS a STI	60.000

Fuente: Informe económico acompañado a fojas 1302, Cuadro 3 a fojas 1178.

Puede observarse que en los años recientes se han continuado produciendo movimientos de usuarios entre TPS y STI. Ello, tal como se señaló en el Informe N° 5, constituye un indicio de competencia entre los operadores portuarios por los clientes o usuarios y una señal de que los costos de cambio que pudieran enfrentar estos últimos no serían, en caso alguno, de una magnitud tan importante.

8.2.5.2. Eficiencia operacional.

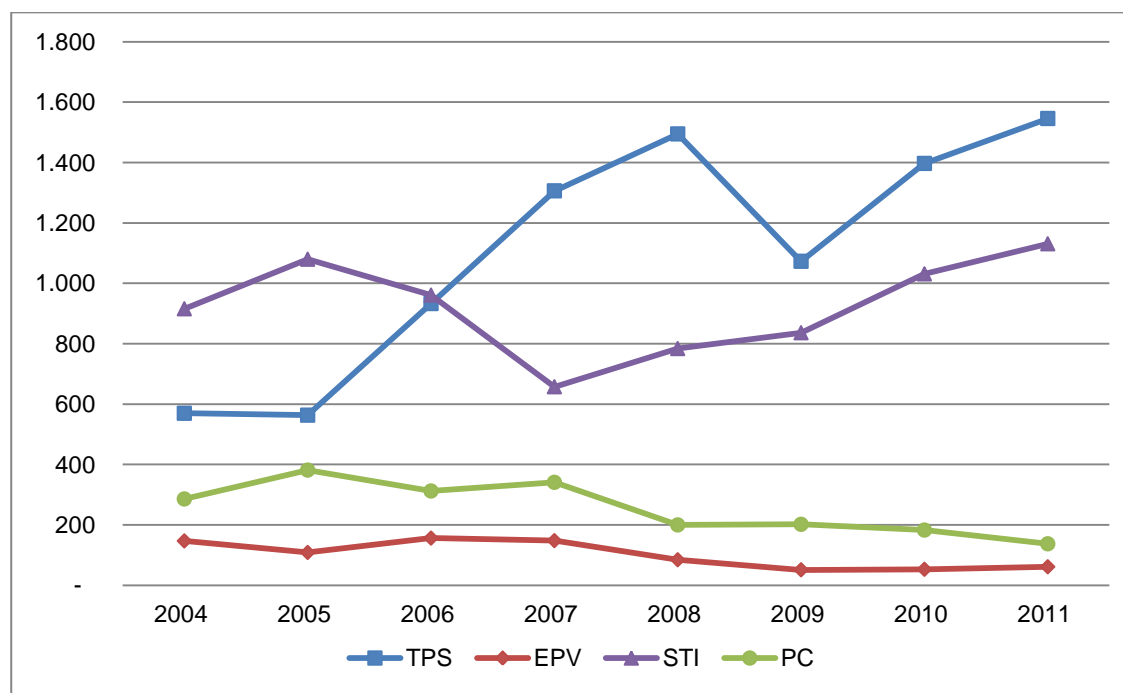
El cuadro y el gráfico siguientes, reportan la eficiencia operacional, medida en TEUs por metro lineal de frente, de cada uno de los operadores que forman parte del mercado relevante, entre 2000 y 2011:

Cuadro N° 8: Eficiencia operacional (TEUs/metro lineal de muelle), período 2000-2011, Frentes de atraque de la Región de Valparaíso

Frente de Atraque	2000	2005	2007	2011
Frente de Atraque N°1 Valparaíso (TPS)	332	567	1304	1546
Espigón Valparaíso (EPV)	210	108	148	61
Molo Sur San Antonio (STI)	880	1081	657	1324
Costanera-Espigón San Antonio (PC)	456	476	426	137

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por EPV a fojas 1128 e información del Informe N° 5 del TDLC

Gráfico N° 3: Evolución eficiencia operacional (TEUs/metro lineal de muelle), período 2004-2011, Frentes de atraque de la Región de Valparaíso



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones a fojas 1406

Se observa que se mantiene una tendencia creciente en la cantidad de TEUs transportados por metro lineal de frente de atraque por parte de los frentes concesionados a TPS y STI, frente a una leve reducción de este mismo parámetro en los frentes operados por EPV y PC. Ello indica que no es posible observar aún los efectos esperados en términos de eficiencia que introducirán las inversiones comprometidas por PC en el frente Costanera-Espigón de San Antonio.

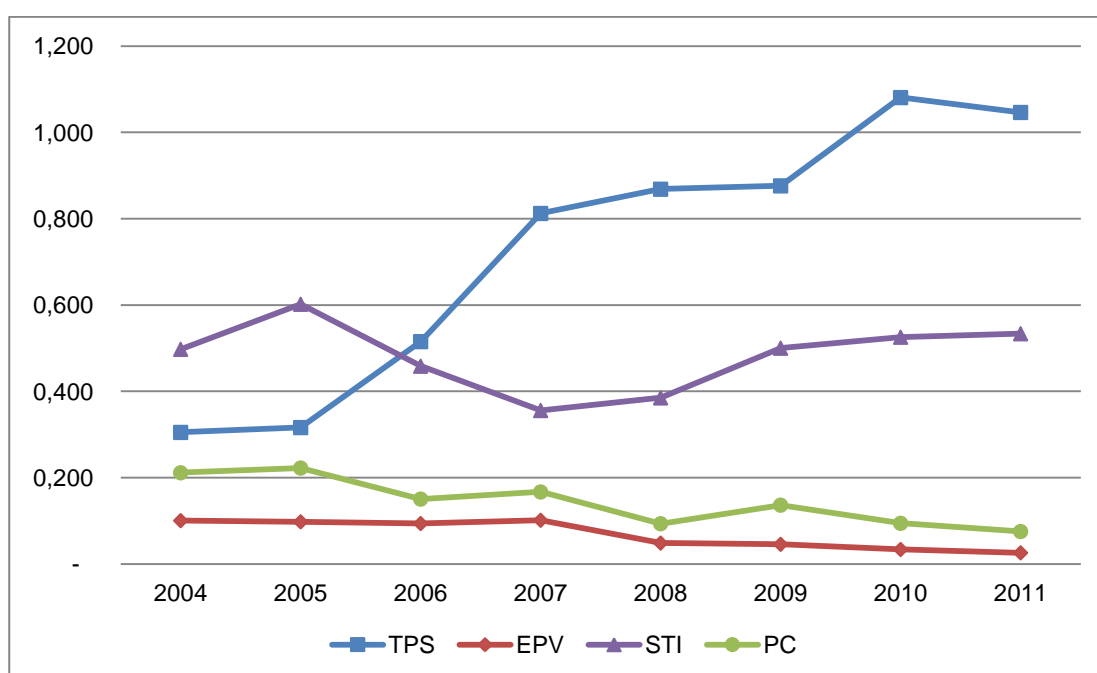
Lo anterior es consistente con lo señalado en estos autos en cuanto a que, conforme al contrato de concesión suscrito entre EPSA y PC, la primera fase obligatoria del proyecto de inversión en el frente Costanera-Espigón de San Antonio debería estar operativa en noviembre de 2015.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Adicionalmente, es posible observar que, con la sola excepción de una caída en la cantidad de TEUs transportados por metro lineal en el frente de atraque de TPS durante 2009 –producida, probablemente, por la recesión económica internacional que se produjo entonces-, ha existido en todo otro periodo un aumento monotónico en esta medida de eficiencia en la utilización del puerto. Sin embargo, considerando que la eficiencia de TPS es bastante elevada, resulta difícil pensar que pueda seguir incrementándose a tasas análogas sin ampliar el número de metros lineales.

El gráfico siguiente reporta la eficiencia operacional, medida en TEUs transferidos por hora de operación, de cada uno de los operadores que forman parte del mercado relevante, entre 2004 y 2011:

Gráfico N° 4: Evolución eficiencia operacional (TEUs/hora de ocupación), período 2004-2011, Frentes de atraque de la Región de Valparaíso



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por TPS a fojas 1302

En esta medida, también se observa que se mantiene la tendencia creciente de TEUs por hora de operación por parte de los frentes concesionados a TPS y STI, frente a una reducción de este mismo parámetro en los espigones. En el caso de TPS, que se mantiene bastante por sobre sus competidores, es posible advertir que en el año 2011 su eficiencia operacional medida conforme a este parámetro presentó cierta reducción. Esto último, considerando el aumento en los TEUs por metro lineal, podría explicarse por restricciones de capacidad. De hecho, conforme se desprende de los antecedentes de fojas 1406, en 2010 TPS transfirió 866.095 TEUs, alcanzando en dicho año su mayor rendimiento en términos de TEUs por hora de operación. En tanto que, frente a un incremento en el volumen transferido el año 2011, que llegó a los 958.351 TEUs, su rendimiento decrece. Ello es, además, consistente con que la capacidad máxima de TPS estaría entre 900.000 y 1.100.000 TEUS por año, según se desprende del informe acompañado a fojas 1302.

En síntesis, estos indicadores proporcionan indicios de que, con posterioridad al Informe N° 5, los frentes concesionados han continuado incrementado, aún más, su eficiencia productiva y que, en 2011, TPS está dando señales de estar alcanzando su límite de capacidad.

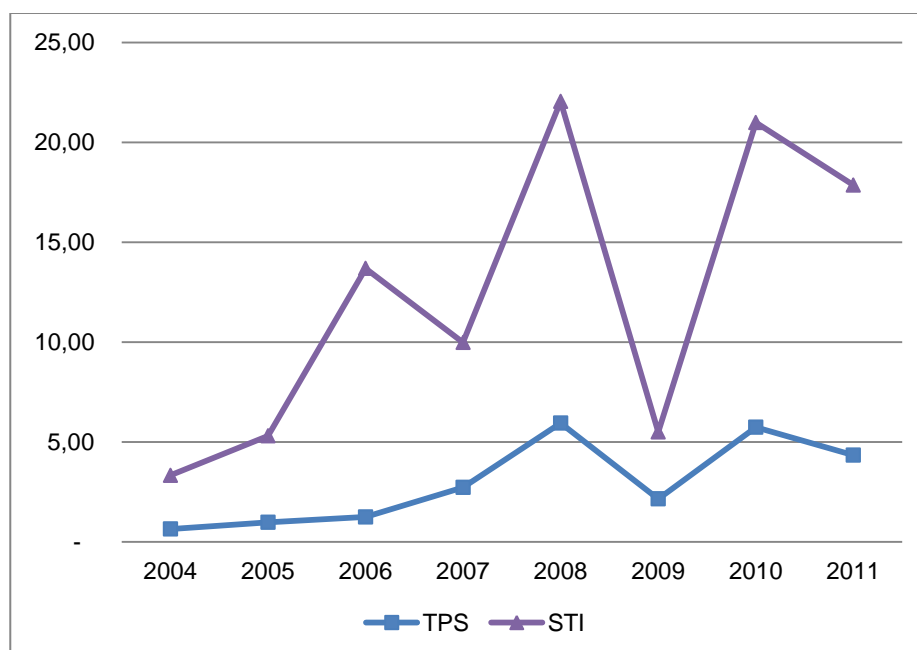
Asimismo, este Tribunal es de la opinión que la eficiencia alcanzada por los concesionarios en estos frentes de atraque es consistente con un escenario de competencia entre los distintos frentes de atraque, que llevan a los participantes de este mercado a intentar alcanzar el mayor nivel de eficiencia posible para poder competir de mejor forma en el mismo.

8.2.5.3. Calidad de Servicio.

En cuanto a la calidad de los servicios portuarios, cabe señalar que la variable más relevante, a través de la cual los demandantes de servicios portuarios pueden tomar su decisión sobre cuál puerto utilizar es el tiempo que demora el total de la atención portuaria, incluyendo tanto el tiempo de espera para ser atendido, como el tiempo de atención mismo en el muelle. Esto, porque existen altos costos para las empresas navieras de mantener inactivas las naves, de modo que puede aproximarse la calidad del servicio prestado como una combinación del tiempo de espera y del tiempo de atención u ocupación de muelle.

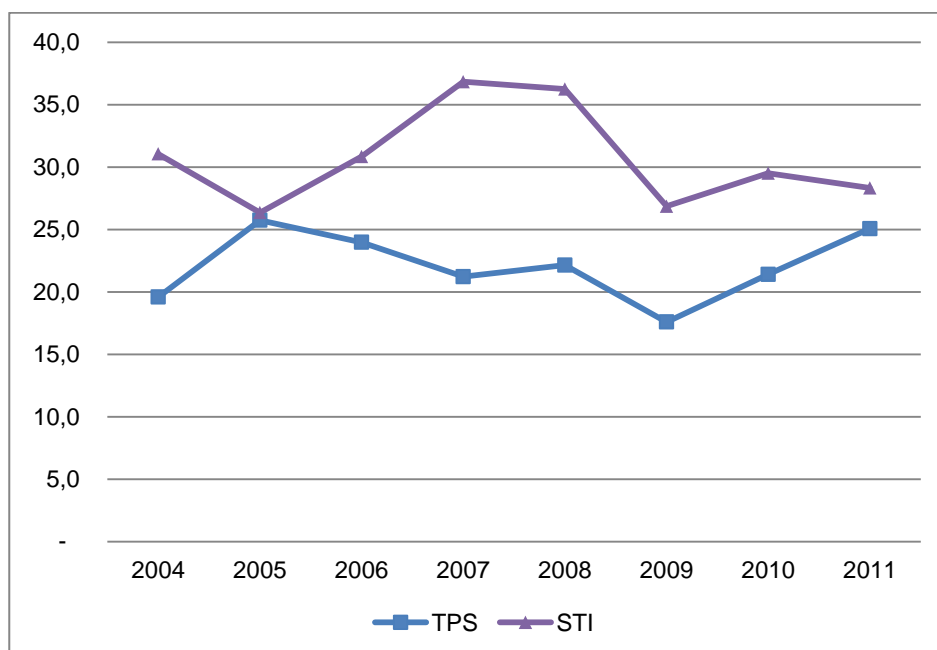
Con el fin de ilustrar la evolución de tales medidas de calidad, los siguientes gráficos muestran la evolución entre los años 2004 y 2011 de los tiempos de espera y del tiempo de ocupación por nave en los puertos concesionados a las empresas TPS y STI.

Gráfico N° 5: Evolución del tiempo de espera por nave (en horas) entre los años 2004 y 2011 en los Frentes de Atraque de TPS y STI.



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información acompañada por EPV a fojas 1128

Gráfico N° 6: Evolución del tiempo de ocupación por nave (en horas) entre los años 2004 y 2011 en los Frentes de Atraque de TPS y STI.



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información acompañada por EPV a fojas 1128

En ambos gráficos puede observarse cómo en ambas medidas de calidad -tiempo de espera por nave y tiempo de ocupación por nave- TPS ha sido consistentemente superior que STI. También se observa que el año 2009 estos parámetros mejoraron, posiblemente como efecto de los menores volúmenes transferidos dicho año como consecuencia de la recesión internacional. Asimismo, se observa que en los años recientes los indicadores de calidad de TPS han tendido a bajar, esto es, que ambos índices han evolucionado al alza en los años 2010 y 2011, lo que puede correlacionarse con sus restricciones de capacidad y con sus incrementos en los volúmenes de transferencia en tales años.

Por otra parte, es interesante observar la evolución histórica de estos indicadores y, especialmente cómo en 2004 y 2005 los tiempos de ocupación de TPS tendieron a incrementarse en forma análoga a la actual, pero hacia 2006 pudieron reducirse por la vía de nuevas inversiones en dicho frente, que permitieron a TPS incrementar los volúmenes de carga transferida por hora y reducir sus tiempos de operación.

En la actualidad, y atendido que los niveles de eficiencia alcanzados por TPS son cercanos a los mejores a nivel internacional, es poco probable que puedan disminuirse nuevamente los tiempos de operación por ese mismo medio, lo cual puede llevar a una disminución en la competencia que se efectúa a través de estas variables, a menos que pueda aumentarse la capacidad de ese Frente de Atraque.

Por lo tanto, considerando que: (i) la calidad de servicio o rapidez en la atención constituye un elemento determinante de las decisiones de contratación de servicios portuarios por parte de los clientes y, por lo tanto, fundamental para la competencia en

el mercado portuario relevante; (ii) que la calidad de servicio depende en gran medida de la holgura que exista entre oferta y demanda; y, (iii) que la demanda por servicios portuarios es creciente; es posible concluir que resulta indispensable agregar capacidad de oferta para que la calidad del servicio y con ello la competencia en el mercado portuario se intensifique o, al menos, no se deteriore.

8.2.5.4. Tarifas de los servicios portuarios.

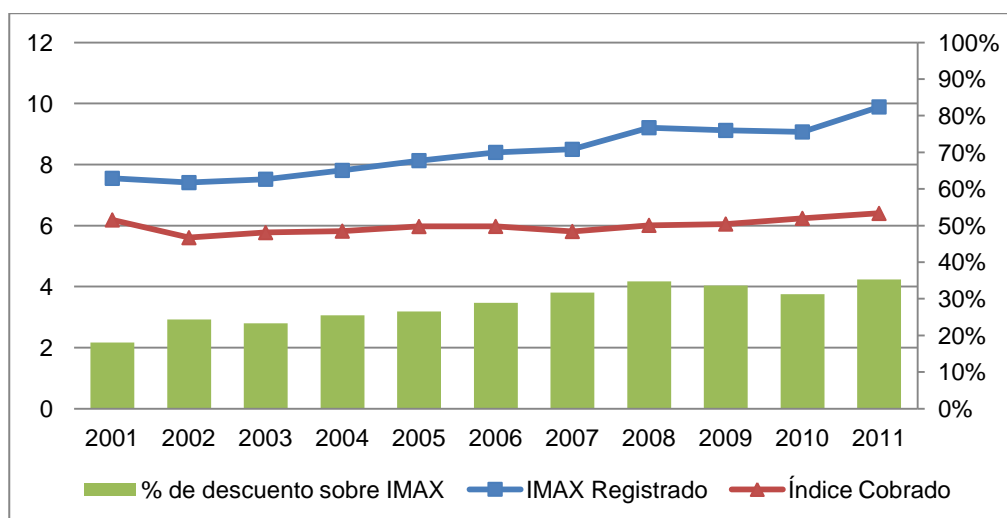
Con el objeto de aproximar una relación entre las tarifas efectivamente cobradas por los servicios sujetos a tarifas máximas y esas tarifas máximas, el Informe N° 5 comparó un índice de ingresos medios por tonelada (que es una medida aproximada – *proxy*- de las tarifas efectivamente cobradas) con el índice de tarifas máximas para cada año, de TPS y STI.

Siguiendo el mismo procedimiento de cálculo utilizado entonces, se puede concluir que, actualmente, el índice de tarifas publicadas permanece por debajo del índice de tarifas máximas permitidas en un 4.6% para el caso de TPS y en un 3,8% tratándose de STI, lo que también es evidencia de la existencia de competencia en este mercado.

No obstante lo anterior, es preciso señalar que dicho cálculo utiliza información de tarifas publicadas por los concesionarios para dichos años, esto es, sin incluir descuentos y, por consiguiente, es dable presumir que la diferencia porcentual entre las tarifas efectivas y las máximas es bastante mayor que la señalada.

Por ello, el gráfico siguiente compara el índice de tarifas máximas con un índice de tarifas efectivas de TPS y STI, calculado sobre la base de los ingresos medios efectivos por tonelada de los servicios sujetos a tarificación, entre los años 2001 y 2011.

Gráfico N° 7: Evolución del índice de tarifas máximas, del índice de tarifas efectivas, y diferencia porcentual entre ambos, para TPS, período 2001-2011

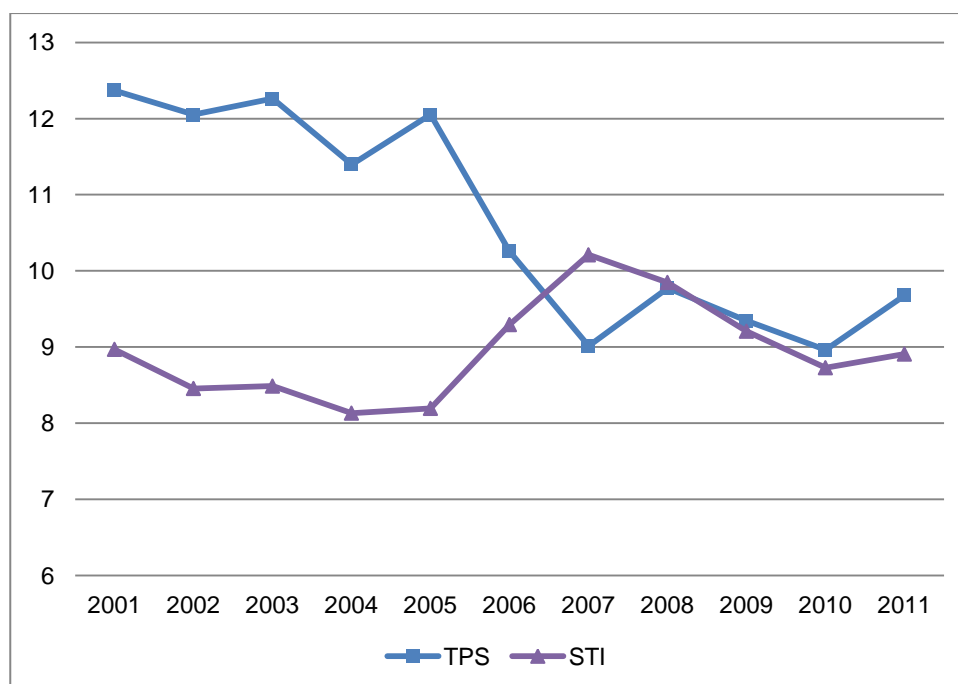


Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información acompañada por el SEP a fojas 1454 e información acompañada por TPS a fojas 1302.

En el gráfico anterior, se puede observar que el nivel de ingreso medio efectivo (por tonelada) de los servicios sujetos a tarificación, mantiene la tendencia decreciente con respecto al valor indexado del índice de tarifas máximas aplicable a los mismos servicios de acuerdo con el contrato suscrito por TPS. Ello permite concluir que las tarifas de los servicios regulados son actualmente un 35,3% inferiores a las tarifas máximas permitidas, esto es, algo menores incluso que al año 2009, cuando la diferencia era de 33,6%. Ello, a juicio de este Tribunal, es incluso más representativo de existir competencia en el mercado que la diferencia entre el índice de tarifas máximas y un índice de tarifas elaborado sobre las tarifas publicadas.

El gráfico siguiente muestra el desempeño de los ingresos medios unitarios (regulados y no regulados) de TPS y STI entre los años 2000 y 2011.

Gráfico N° 8: Evolución de los ingresos de explotación promedio anuales por tonelada transferida, para TPS y STI, período 2001-2011



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información acompañada por el SEP a fojas 1454.

Se puede apreciar que, considerando los ingresos por servicios regulados y no regulados de los dos frentes concesionados, las tarifas han mantenido la tendencia decreciente observada en el Informe N° 5.

El hecho que se estén cobrando tarifas por debajo de las máximas reguladas permite concluir que existe competencia entre los participantes en este mercado, pues de otro modo simplemente cobrarían el máximo que les permite la regulación sectorial.

Por otra parte, de los resultados de la licitación del frente Costanera-Espigón de San Antonio, efectuada en noviembre de 2011, es posible concluir que las tarifas efectivas cobradas actualmente por los frentes sujetos a tarifas máximas se aproximan a las imperantes en un mercado competitivo. De hecho, la comparación entre el índice de

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

tales tarifas efectivas y el índice ofertado en esa licitación por el ganador (Puerto Lirquén), de acuerdo con lo señalado en el Informe de fojas 1302, revela que las últimas fueron muy cercanas entre sí, pero superiores a las tarifas de mercado, esto es, a aquellas que cobran los concesionarios TPS y STI a sus clientes. Cabe señalar que el criterio de adjudicación en esa licitación era el menor índice de tarifas, por lo que constituye un indicio de competencia en el mercado la circunstancia de que dicho proceso no haya podido dar lugar a tarifas inferiores a las que imperan actualmente.

8.2.6. Restricciones de capacidad: Eventual congestión y efectos en las condiciones de competencia en la provisión de servicios portuarios relevantes.

Tal como se señaló en el Informe N°5, para establecer las condiciones de competencia en el mercado de autos es preciso tener en consideración la existencia de eventuales restricciones de capacidad o de oferta, ya que la intensidad de competencia se ve reducida cuando alguno de los operadores alcanza su límite de capacidad.

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, en 2007 y 2011.

Cuadro N° 9: Capacidad de transferencia y transferencia efectiva (en TEUs), años 2007 y 2011, Frentes de atraque de la Región de Valparaíso

Puertos	Frente de Atraque	Capacidad Transferencia Máxima Anual (TEUS/año) Estimación año 2007*	Transferencia efectiva, año 2007 (en TEUS)**	Capacidad Transferencia Máxima Anual (TEUS/año) Estimación año 2011***	Transferencia efectiva, año 2011 (en TEUS)**
Puerto de Valparaíso	1 TPS	899.000	808.503	950.000	958.341
	2 EPV	50.000	36.714	100.000	14.671
Puerto de San Antonio	1 STI	1.115.050	501.458	1.400.000	869.605
	2 PC	120.000	145.238	130.000	58.462

Fuente: *Cuadro 11 del Informe 5 del TDLC; **Datos aportados por el MTT a fojas 1406. ***Estimación del TDLC.

En el cuadro anterior, es posible observar que en 2011 TPS prácticamente alcanzó su límite de capacidad y no podría, por lo tanto, disputar a STI la demanda residual, lo que afecta negativamente la competencia en el mercado relevante. Tampoco podrá hacerlo mientras no realice nuevas inversiones que incrementen su capacidad.

Al respecto, y tal como se señaló en el Informe N°5, *“esta restricción de capacidad podría reducir la competencia interportuaria, en 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 espigones de los puertos estatales de la Región de Valparaíso”*.

En la sección siguiente, se analizarán las proyecciones de oferta o de incrementos de capacidad que es posible prever actualmente en el mercado relevante, comparando dicha proyección con la efectuada en 2008 (Sección 8.2.6.1). Luego, se analizarán las proyecciones de demanda (Sección 8.2.6.2) y, por último, se determinará si se aproximan o no umbrales de congestión (Sección 8.2.6.3).

8.2.6.1. Proyecciones de oferta en el segmento de servicios portuarios para carga en contenedores.

Según se señaló en el Informe N° 5, los frentes de atraque que son capaces de atender naves de mayor tamaño pueden atender también naves más pequeñas, aunque lo inverso no ocurre. Por ello el Informe N° 5 señaló también que, dado que sólo los frentes de atraque concesionados de los Puertos de Valparaíso y San Antonio podían atender naves portacontenedores (tipo panamax o postpanamax), sólo esos frentes configuraban la oferta de servicios portuarios relevantes para carga en contenedores a la fecha de emisión de dicho Informe.

En cambio, al analizar la situación proyectada de la oferta de servicios portuarios relevantes para carga en contenedores, el Informe N° 5 sí consideró a los espigones de los Puertos de Valparaíso y San Antonio como sustitutos, ya que se planeaba concesionarlos precisamente con el objeto de materializar inversiones en los mismos que les permitiesen atender naves portacontenedores (tipo panamax y postpanamax). EPV proyectaba entonces que la primera obra obligatoria que debería realizarse en el espigón de Valparaíso estaría en funcionamiento el año 2012, algo después de la del frente Costanera-Espigón de San Antonio, que ya en 2010 alcanzaría un 12% de participación en este mercado.

Asimismo, en lo que respecta a las proyecciones de crecimiento de la oferta de servicios portuarios para carga en contenedores, se señaló en el Informe N° 5 que tanto TPS como STI podían realizar inversiones para incrementar su capacidad, sin perjuicio de que TPS tenía menores potencialidades de expansión que STI.

Como se ha venido analizando, la situación proyectada en 2009 dista bastante de la realidad observada actualmente por las razones que a continuación se enuncian.

En primer lugar, porque al no haber oferentes fracasó la licitación del espigón de Valparaíso, realizada en noviembre de 2011. En razón de ello y del principio de subsidiariedad del estado que para este mercado se encuentra recogido en los artículos 5 y 19 de la Ley 18.542, EPV volverá a licitar a fin de que la construcción y desarrollo del Espigón, así como la provisión de los respectivos servicios portuarios, sean efectuadas por privados. Así, sólo una vez que la licitación resulte exitosa y existan compromisos de inversión asumidos, es posible suponer que el Espigón de Valparaíso podrá disputar la clientela de los otros tres frentes ya concesionados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En segundo lugar porque, también en noviembre de 2011, el Frente de Atraque N° 2 de San Antonio fue licitado y adjudicado a Puerto Central, quien lo opera actualmente bajo un esquema monooperador. La suscripción del respectivo contrato de concesión con Puerto Central, que contempla compromisos concretos de inversión en plazos determinados, proporciona mayor certeza respecto de su aptitud para desafiar en el futuro a los incumbentes (TPS y STI) y asimismo de los incrementos de capacidad de oferta que es posible esperar en el Puerto de San Antonio, en comparación con aquellas proyecciones efectuadas en 2008 por la Empresa Portuaria de San Antonio.

En efecto, sin perjuicio de que aún no es posible considerar a Puerto Central como un oferente de servicios portuarios para carga en contenedores, ya que la primera obra obligatoria comprometida por éste estará operativa sólo en noviembre de 2015, es posible efectuar proyecciones más sólidas en relación a su ingreso al mercado y a los incrementos de capacidad que deben esperarse.

En tercer lugar, porque en 2011 TPS parece haber alcanzado su límite máximo de capacidad y no podrá incrementar sus volúmenes de transferencia (salvo nominalmente) sin contar con más metros lineales de frente de atraque. Su inversión en dragado de sitios, la agregación de una quinta grúa y el mejoramiento de su operación logística entre 2008 y 2012 no parecen haber incrementado significativamente su capacidad de transferencia en términos de volumen.

De hecho, TPS no será capaz de disputar la demanda residual en tanto no realice las obras opcionales comprometidas en la modificación del contrato de concesión que suscribió con EPV en enero de 2012 y que le permitirán ampliar su capacidad en 161.000 TEUs anuales al contar con más metros lineales de frente de atraque y poder atender dos naves portacontenedores de tipo *postpanamax* en forma simultánea.

El siguiente cuadro resume las proyecciones de capacidad realizadas por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para los próximos doce años, considerando que se ejecutan los proyectos de extensión de TPS en 2014 (que incrementa su capacidad en 161.000 TEUs anuales), y de STI en 2020 (que incrementa su capacidad en 190.000 TEUs anuales). Asimismo, se considera que el proyecto de Puerto Central comienza con una primera etapa de 545.000 TEUs en 2015, a los que se suma igual cantidad en 2016. Por último, se estima que la licitación que es objeto de la consulta de autos permitirá que el Terminal 2 de Valparaíso incremente su capacidad a 597.000 TEUs en 2016 y 341.000 TEUs extra en una segunda etapa en 2019.

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

Cuadro N° 10: Proyecciones de capacidad de transferencia (en TEUs), período 2012- 2024, Frentes de atraque de la Región de Valparaíso (según datos del MTT que consideran que la entrada en operación de proyectos se verifica en forma anticipada)

Año	1 TPS	2 EPV	3 STI	4 PC	Total
2012	950.000	100.000	1.400.000	130.000	2.580.000
2013	950.000	100.000	1.400.000	130.000	2.580.000
2014	1.111.000	100.000	1.400.000	130.000	2.741.000
2015	1.111.000	100.000	1.400.000	545.000	3.156.000
2016	1.111.000	597.000	1.400.000	1.090.000	4.198.000
2017	1.111.000	597.000	1.400.000	1.090.000	4.198.000
2018	1.111.000	597.000	1.400.000	1.090.000	4.198.000
2019	1.111.000	938.000	1.400.000	1.090.000	4.539.000
2020	1.111.000	938.000	1.590.000	1.090.000	4.729.000
2021	1.111.000	938.000	1.590.000	1.090.000	4.729.000
2022	1.111.000	938.000	1.590.000	1.090.000	4.729.000
2023	1.111.000	938.000	1.590.000	1.090.000	4.729.000
2024	1.111.000	938.000	1.590.000	1.090.000	4.729.000

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones a fojas 1406 y por EPV a fojas 1128.

Sin embargo, algunas de tales estimaciones pueden ser demasiado optimistas respecto de los plazos que requiere la planificación, ejecución y entrada en operación de proyectos de inversión en infraestructura portuaria, atendido que las mismas suponen que los proyectos de inversión con compromisos firmados se ejecutan anticipadamente, esto es, antes del vencimiento de los plazos máximos establecidos en los respectivos contratos de concesión; lo que, en opinión de este Tribunal y basado en la experiencia de retrasos en este tipo de proyectos, sería bastante excepcional.

Por ello, en el cuadro 11, este Tribunal proyecta la capacidad de oferta de la Región de Valparaíso considerando que los compromisos de inversión se cumplen “al límite”, esto es, que las distintas etapas de los proyectos de inversión comprometidos entran en operación en el plazo máximo autorizado por los respectivos contratos. Ello considera que las Etapas I y II de Puerto Central comienzan a operar en 2016 y 2018 respectivamente, y que el proyecto de ampliación de capacidad del Espigón de Valparaíso entrará en operación en 2018 en una primera etapa, teniendo plazo hasta 2024 para comenzar la segunda.

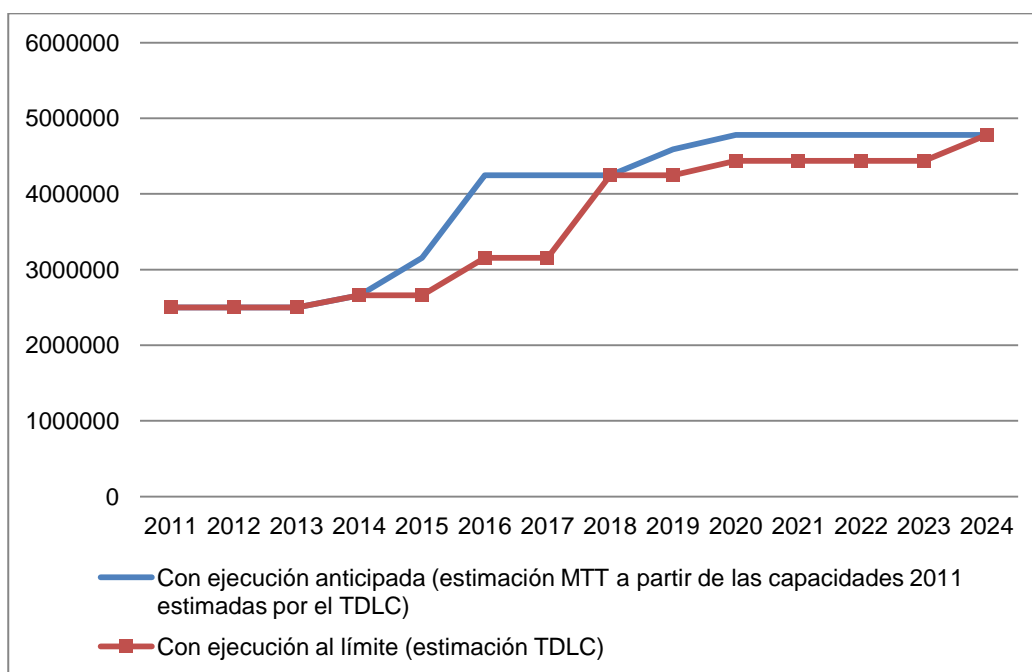
El gráfico 9, por su parte, muestra la proyección de la capacidad de oferta de la Región de Valparaíso efectuada por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y la efectuada por este Tribunal, sobre la base de los datos de los cuadros 10 y 11, respectivamente.

Cuadro N° 11: Proyecciones de capacidad de transferencia (en TEUs), período 2012- 2024, Frentes de atraque de la Región de Valparaíso (según datos del MTT, pero considerando que la entrada en operación de proyectos de inversión se verifica en el término máximo permitido)

Año	1 TPS	2 EPV	3 STI	4 PC	Total
2012	950.000	100.000	1.400.000	130.000	2.580.000
2013	950.000	100.000	1.400.000	130.000	2.580.000
2014	1.111.000	100.000	1.400.000	130.000	2.741.000
2015	1.111.000	100.000	1.400.000	130.000	2.741.000
2016	1.111.000	100.000	1.400.000	545.000	3.156.000
2017	1.111.000	100.000	1.400.000	545.000	3.156.000
2018	1.111.000	597.000	1.400.000	1.090.000	4.198.000
2019	1.111.000	597.000	1.400.000	1.090.000	4.198.000
2020	1.111.000	597.000	1.590.000	1.090.000	4.388.000
2021	1.111.000	597.000	1.590.000	1.090.000	4.388.000
2022	1.111.000	597.000	1.590.000	1.090.000	4.388.000
2023	1.111.000	597.000	1.590.000	1.090.000	4.388.000
2024	1.111.000	938.000	1.590.000	1.090.000	4.729.000

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones a fojas 1406 y por EPV a fojas 1128

Gráfico N° 9: Proyecciones de capacidad sobre la base de datos de los cuadros 10 y 11 anteriores

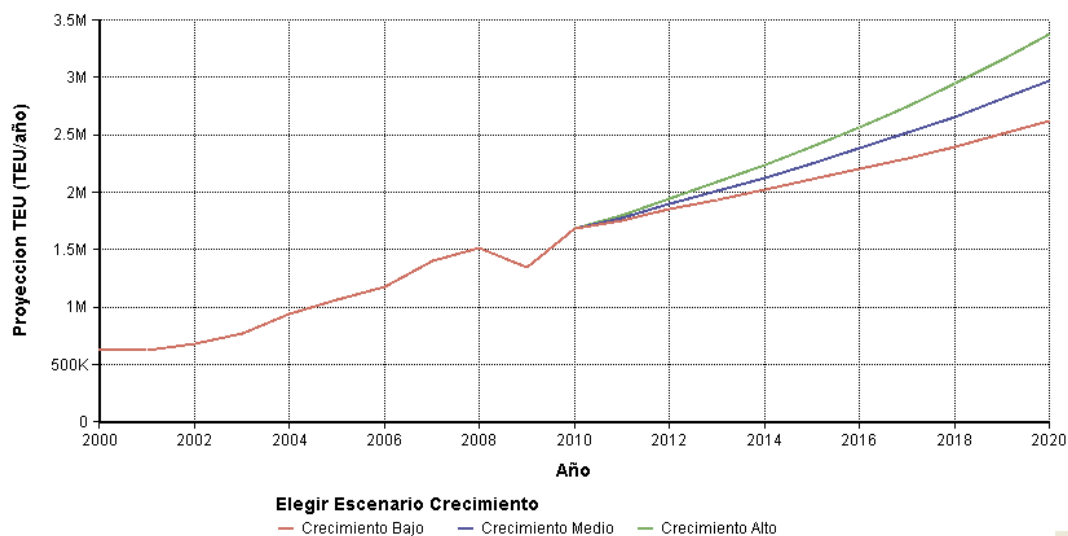


Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información acompañada por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones a fojas 1156 y a fojas 1406 y por EPV a fojas 1128.

8.2.6.2. Proyecciones de demanda en el segmento de servicios portuarios para carga en contenedores.

En autos han sido realizadas diversas estimaciones de la evolución de la demanda de transporte marítimo de carga general. En el caso de la estimación efectuada en el estudio acompañado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, la demanda podría crecer dentro de un margen representado por tres escenarios posibles de crecimiento futuro del PIB (4, 5 y 6% anual), que es una variable altamente correlacionada con el crecimiento de la demanda de servicios portuarios. Los resultados obtenidos por dicho Ministerio son mostrados en el siguiente Gráfico.

Gráfico N° 10: Proyecciones de demanda (en TEUs), período 2011- 2020, Región de Valparaíso (según datos del MTT, bajo tres escenarios distintos de crecimiento del PIB)



Fuente: Presentación del MTT a fojas 1156, Gráfico N°1 a fojas 1158.

Por su parte, este Tribunal efectuó una estimación del crecimiento porcentual esperado de esta medida en base a datos históricos de crecimiento de la cantidad total de TEUs transferidos en los puertos de la V Región entre 2000 y 2011, esto es, suponiendo que el crecimiento histórico observado se mantiene en el futuro. Para ello, y considerando que el crecimiento es exponencial, este Tribunal calculó la pendiente de la recta que según estima grafica mejor –minimizando errores- el crecimiento de TEUs en la serie de tiempo. Para esto, se utilizó el logaritmo de los TEUs transferidos en cada uno de los años, entre 2000 y 2011, dado que el cambio de dicha variable representa el cambio porcentual en la cantidad de TEUs transferidos entre uno y otro año. Así, una estimación lineal de la tendencia de cambio de este logaritmo en el tiempo permite observar la tendencia de crecimiento en la cantidad de TEUs transferidos. De esta forma, se estimó la tasa de crecimiento histórica mediante una regresión logarítmica del volumen transportado, medido en TEUs, a partir de la información entregada por el MTT a fojas 1406. La ecuación de esta estimación tiene la forma:

$$\ln (TEU_t)=\alpha+ \beta t + \mu$$

Donde t es cada uno de los años observados y TEU_t la cantidad de TEUs transportados en cada uno de dichos años. Así, el parámetro β mide cuánto fue el crecimiento estandarizado del volumen transportado en TEUs en todo el período considerado. El resultado de dicha regresión se muestra en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 12: Variables utilizadas en la estimación de crecimiento de la demanda sobre la base de datos de crecimiento histórico

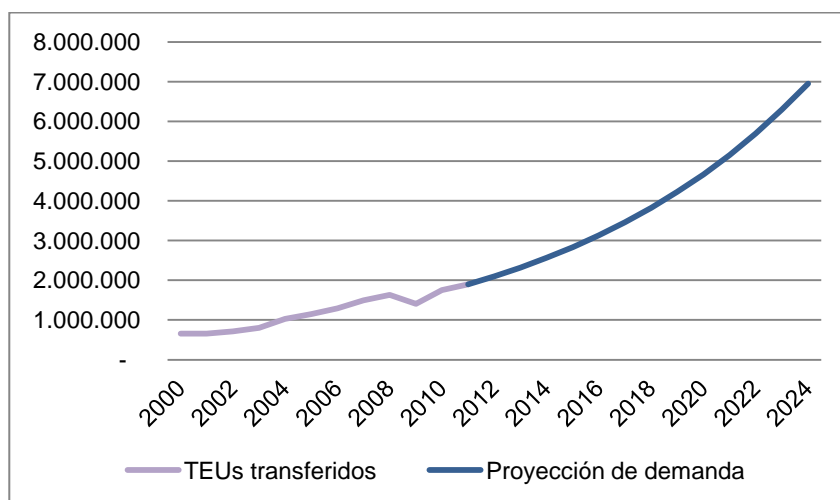
VARIABLES	(1) lnTEU
Tasa de crecimiento β	0.105*
Error estándar de β	(0.00793)
Constante α	-196.4*
Error estándar de α	(15.90)
Observaciones	12
R-cuadrado	0.946

* Probabilidad de error < 1%

Esta estimación, que arroja un 10,5% de crecimiento anual de TEUs, explica bien el comportamiento de la variable observada, como se observa en el valor de R-Cuadrado obtenido (cercano a 1). Ello, en contraste con una estimación o extrapolación simple de crecimiento de demanda que considere sólo la cantidad del año inicial y la del año final, ya que esta última dependería sólo de los valores observados en dichos años – pudiendo así subestimar el crecimiento si el último año fue de crisis, o sobreestimarlos si fue de mucha expansión.

El gráfico siguiente proyecta el crecimiento futuro de la demanda utilizando la tasa de crecimiento histórica del 10,5% antes indicada tomando como base la cifra efectiva de TEUs transportados en 2011:

Gráfico N° 11: Demanda histórica y proyecciones de demanda según datos históricos (en TEUs), período 2000- 2020, Región de Valparaíso



Fuente: Estimación elaborada por el TDLC a partir de información entregada por el MTT a fojas 1406.

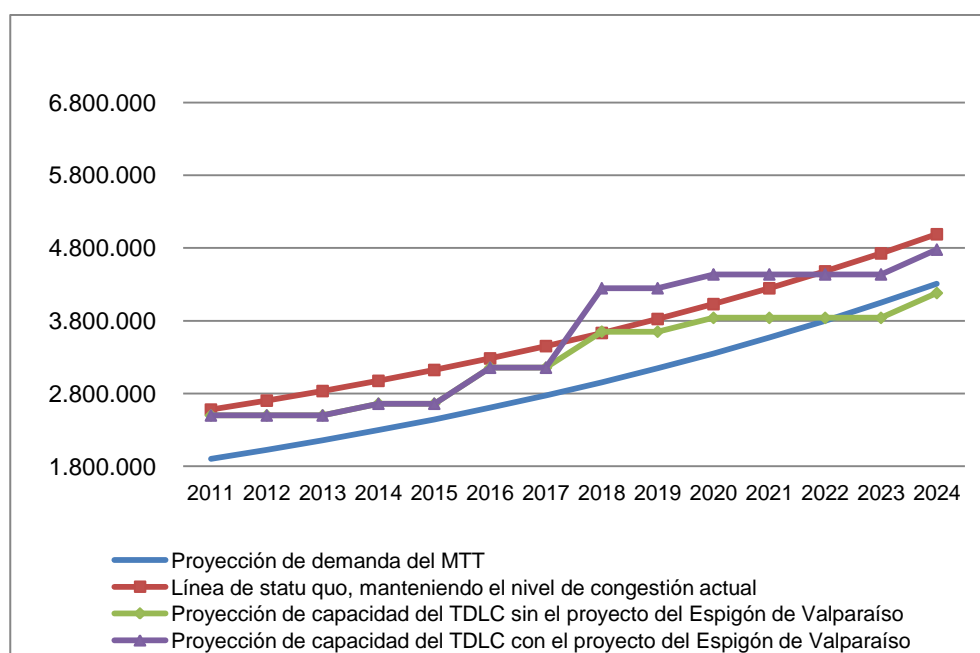
8.2.6.3. Proyecciones de congestión bajo distintos escenarios de crecimiento de demanda y de oferta

A fin de determinar si se aproximan o no escenarios de congestión en el mercado relevante y, particularmente, si resultan o no necesarias las inversiones que supondrá la adjudicación del espigón del Puerto de Valparaíso, los gráficos siguientes muestran simultáneamente la evolución de la capacidad de oferta y de demanda efectuadas en

las subsecciones anteriores. Lo anterior, comparando los dos escenarios de capacidad que es necesario considerar para efectos de determinar la conveniencia o no de alzar la restricción a la integración horizontal: un escenario en donde solo se ejecutan los proyectos de inversión ya contratados, y otro donde se ejecuta, además, el proyecto de inversión del espigón de Valparaíso que es objeto de la Licitación de autos.

Siguiendo para estos efectos el análisis efectuado por el MTT, las líneas de demanda se graficarán acompañadas de una paralela denominada “línea del *statu quo*”, que mantiene una distancia u holgura mínima respecto de la demanda efectiva, idéntica a la actual distancia entre la oferta y la demanda. De este modo, en los gráficos siguientes se podrá interpretar que la congestión se produce cuándo la línea de oferta interseca la respectiva “línea de *statu quo*”. Lo anterior, toda vez que, tal como se señaló anteriormente, es necesario que la oferta siempre exceda la demanda y, por lo tanto, será posible proyectar congestión cuando la distancia entre las líneas de oferta y de demanda se reduzca (en relación a la actual) y no sólo cuando las mismas se crucen. De hecho, la intersección de las líneas de oferta y demanda efectivas supondría, más que congestión, una verdadera catástrofe en términos de déficit de infraestructura.

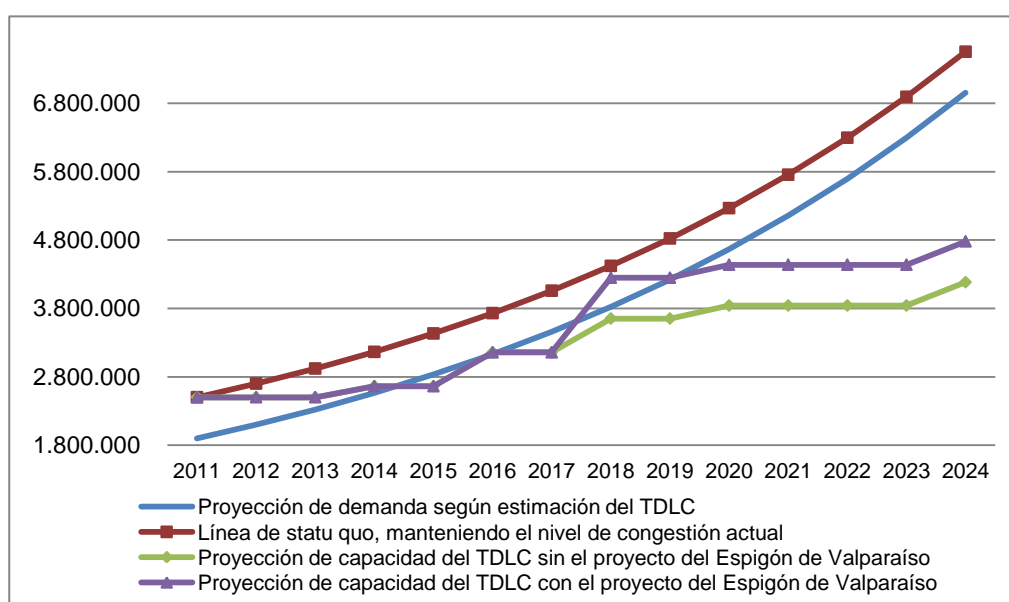
Gráfico N° 12: Proyecciones de capacidad de transferencia sobre la base de los datos del Cuadro 11 (con y sin proyecto de inversión en el espigón de Valparaíso) y proyecciones de demanda conservando niveles de ocupación actual (según datos del MTT, bajo escenario de crecimiento medio del PIB), en TEUs, período 2011- 2020, Región de Valparaíso



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información entregada por el MTT a fojas 1406.

En el gráfico anterior, se observa que el proyecto de inversión en el Frente de Atraque N° 2: (i) no permitirá resolver oportunamente los incrementos en los niveles de ocupación/congestión que se producen actualmente (y hasta 2018); (ii) resolverá los incrementos en los niveles de congestión que se proyectan a partir de 2018; y, (iii) evitan una posible catástrofe en lo que concierne a déficit de infraestructura portuaria, que se produciría en 2022 (o dos años antes en los meses de mayor demanda), al intersectarse las líneas de capacidad sin proyecto de ampliación del espigón de Valparaíso (línea verde) con la línea de demanda efectiva (línea azul).

Gráfico N° 13: Proyecciones de capacidad de transferencia sobre la base de los datos del Cuadro 11 (con y sin proyecto de inversión en el espigón de Valparaíso) y proyecciones de demanda conservando niveles de ocupación actual (según datos históricos) en TEUs, período 2011- 2020, Región de Valparaíso



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información entregada por el MTT a fojas 1406.

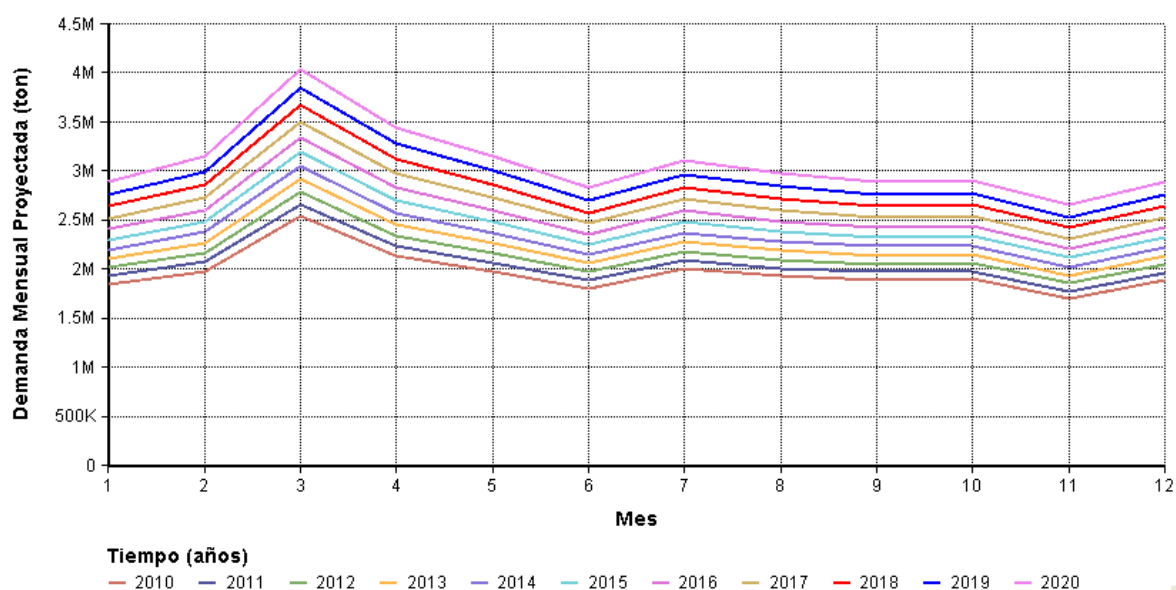
Conforme a la estimación precedente, que se distingue de la anterior únicamente en que emplea las proyecciones de demanda efectuadas por este Tribunal en base a datos históricos, se observa que ya en 2014 podría producirse una crisis en cuanto a déficit de infraestructura y que el proyecto de inversión en el Frente de Atraque N° 2 no permitirá resolver totalmente siquiera los incrementos en los niveles de ocupación/congestión que se proyectan, pero si contribuirá a mitigarlos, especialmente a partir de 2018.

Para todas las aseveraciones anteriores, es posible adelantar en uno o dos años los efectos de que no entre en operación la nueva capacidad portuaria que comprometerá el adjudicatario de la Licitación, esto es, de que fracase la licitación materia de autos, atendida la estacionalidad de la demanda. En efecto, y tal como se señaló anteriormente, la demanda por servicios portuarios en la Región de Valparaíso no es

uniforme y presenta estacionalidad debido a la naturaleza de los bienes que se exportan desde la zona central (hortofrutícolas). Ello hace que, si bien, en promedio anual, puede existir capacidad excedentaria, en los meses de mayor demanda la congestión puede adelantarse uno o dos años, tal como se señaló en el informe acompañado a fojas 1406 y corroboraron en autos diversos intervinientes.

El siguiente gráfico disponible en el informe acompañado por el MTT a fojas 1406 muestra la estacionalidad de la demanda por servicios de transporte marítimo de carga.

Gráfico N°14: Estacionalidad de la demanda por transporte marítimo, año 2010 y proyecciones para los años siguientes del MTT



Fuente: Información acompañada por el MTT a fojas 1406.

En conclusión, aún cuando esta licitación no resolverá la inminente congestión, resulta imperioso concretar desde luego compromisos concretos de inversión en nueva capacidad de transferencia portuaria en la Región de Valparaíso, a fin de resolver o a lo menos mitigar los incrementos en los niveles de congestión que se proyectan a partir de 2018, o incluso antes en los meses de mayor demanda (i.e. marzo, abril).

En efecto, desde el punto de vista de la libre competencia y, en atención a lo señalado anteriormente en cuanto a que la existencia de holguras de capacidad resulta fundamental y más importante que el número de operadores para introducir competencia en el mercado relevante, no parece aconsejable mantener una restricción a la integración horizontal que pueda hacer más difícil el éxito de la licitación materia de autos y, con ello, retrasar aún más las inversiones en infraestructura y equipamiento portuario que se requieren para atender la creciente demanda.

De hecho, dadas las condiciones actuales y proyecciones del mercado, que difieren de las analizadas al emitir el Informe N° 5, resulta altamente inconveniente para la libre competencia que el proyecto de inversión en el Frente de Atraque N° 2 de Valparaíso

sea postergado. Así, frente a la evidente necesidad de contar con nueva capacidad de oferta en la región y habiéndose subsanado los defectos técnicos de que adoleció la primera licitación del espigón de Valparaíso, la circunstancia de que nuevos oferentes se abstengan de participar o sean incapaces de adjudicarse la licitación sería demostrativa de que el mercado en cuestión es competitivo (no que el proyecto no es rentable), de modo que no existiría espacio ni necesidad de introducir un cuarto operador para incrementar los niveles de competencia existentes.

9. EFECTOS DE LOS NUEVOS ANTECEDENTES EN LA JUSTIFICACIÓN DE LA RESTRICCIÓN A LA INTEGRACIÓN HORIZONTAL.

Esta sección, analizará las ventajas y desventajas de alzar, en los términos propuestos por EPV, la restricción a la integración horizontal entre los frentes de atraque que forman parte del mercado relevante, a la luz de los nuevos antecedentes invocados por la Solicitante.

9.1. Propuesta de EPV: Esquema licitatorio sometido a consideración.

En primer término, se debe precisar que la Solicitante propone alzar la restricción a la integración horizontal en forma condicional, esto es, sólo para el caso de no haber proponentes en la Licitación que tengan la calidad de “nuevos entrantes”.

El esquema licitatorio propuesto por EPV contempla “*Un Proceso con Dos Universos de Propuestas*”. En el Grupo Uno se incluirían las ofertas de personas no afectas a la restricción a la integración horizontal establecida en el Informe N° 5, es decir, las ofertas que formulen *nuevos entrantes*. Por su parte, el Grupo Dos incluiría las ofertas de los accionistas o personas relacionadas a alguno de los concesionarios de otro de los frentes de atraque de uso público en la Región de Valparaíso, afectos a la restricción a la integración horizontal establecida en el Informe N° 5, esto es, las ofertas de los *incumbentes*.

Así, primero se abrirían las propuestas del Grupo Uno (nuevos entrantes) y, sólo en caso de que la licitación no pueda ser adjudicada a ningún nuevo, se abrirían las propuestas del Grupo Dos (incumbentes). Luego, EPV solicita que se alce la restricción a la integración horizontal solo para este último caso, es decir, sólo en forma subsidiaria o condicional.

Asimismo, se propone que las ofertas de cada uno de los grupos de proponentes deban ser presentadas en instantes desfasados en el tiempo y, específicamente, que se presenten primero las ofertas del Grupo Dos para evitar que los incumbentes sepan si compiten con nuevos entrantes o no y, en función de ello, puedan ofertar una tarifa menor o mayor, respectivamente.

9.2. Análisis costo-beneficio de la restricción a la integración horizontal: Cambio de enfoque o escenarios a comparar.

Según se señaló en la Sección 7 anterior, el Informe N° 5 comparó la situación en que alguno de los incumbentes se adjudicaba la concesión del espigón de Valparaíso, con aquella en que lo hace un nuevo entrante, sosteniendo que existían riesgos serios, factibles y relevantes derivados de la integración horizontal que, en definitiva, justificaban establecer una restricción a la integración horizontal para dicha licitación.

Habiéndose declarado desierta la licitación convocada conforme a lo resuelto en el Informe N° 5, este Tribunal considera que ha quedado demostrado que los escenarios que debían compararse eran, por un lado, que la licitación sea adjudicada a un incumbente y, por otro, que la licitación sea postergada, o bien, que fracase. Ello, atendido que, en cualquier caso, el esquema licitatorio sometido a consideración de este Tribunal (tanto entonces como ahora) propone el alzamiento de la restricción a la integración horizontal sólo para el evento de no haber nuevos entrantes a quienes sea posible adjudicar la licitación.

Por consiguiente, en este informe se analizarán nuevamente los riesgos y las ventajas o beneficios de la integración horizontal entre frentes de atraque que forman parte del mercado relevante, pero sobre la base del enfoque que a juicio de este Tribunal resulta más adecuado para ello, esto es, comparando el escenario en que la licitación se adjudica a un incumbente, con aquel en el que la licitación fracasa o es postergada.

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

Primer riesgo identificado en el Informe N° 5: El primer riesgo de permitir la integración horizontal identificado en el Informe N° 5, dice relación con una menor competencia *ex ante* o en la Licitación, debido a que la participación de un incumbente inhibiría la participación de nuevos entrantes. El efecto disuasivo, según se señaló en el Informe N° 5, se produciría porque los incumbentes estarían dispuestos a pagar más por adjudicarse la Licitación, evitando así el ingreso de nuevos competidores que puedan desafiarlos y diluir, con ello, su apropiación de rentas extra-normales.

No obstante, en esta Licitación, a diferencia de la analizada en 2008 y en cumplimiento de las condiciones establecidas en el Informe N° 5, el criterio de adjudicación es el menor índice de tarifas por los servicios básicos y no el mayor pago al Estado. Lo anterior, en principio, y siempre que exista suficiente competencia en la licitación o competencia *ex ante*, excluye el riesgo de que el adjudicatario abuse de sus clientes y se apropie de rentas extranormales por la vía de cobrar tarifas excesivas por la provisión de servicios portuarios en el mercado *ex post*. Por el contrario, si un incumbente se adjudica la concesión en el contexto de una licitación competitiva, será

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

porque ofrece cobrar las menores tarifas a los usuarios y ello es, en principio, deseable desde el punto de vista de la libre competencia.

Por consiguiente, el verdadero riesgo de que la participación de los incumbentes en la Licitación pueda inhibir el ingreso de nuevos competidores estaría dado, no por el incentivo de los primeros de excluir a los segundos para apropiarse de rentas extranormales en el mercado *expost*, sino porque podrían existir ventajas o economías de los incumbentes que no fuesen replicables por nuevos entrantes. Así, por ejemplo, es posible que existan ciertas ventajas informacionales que reduzcan los costos de participar de los incumbentes, o bien, economías de escala que reduzcan sus costos de proveer servicios portuarios.

Este riesgo ha sido aducido por diversos intervinientes en estos autos y, sin perjuicio de que, a juicio de este Tribunal, las eventuales ventajas o economías del incumbente serían más bien menores (según se analizará más adelante), la sola percepción de que las mismas existen, podría producir cierto desincentivo para la participación de nuevos entrantes en la licitación.

En efecto, la percepción de que los incumbentes tienen ventajas o economías que favorecen su adjudicación, sumada a la existencia de costos de participar, produce una interdependencia estratégica entre incumbentes y entrantes, que podría modelarse como el siguiente juego en forma normal, cuyas valoraciones para los respectivos participantes (correspondientes a las cifras contenidas en el mismo) son ejemplos meramente ilustrativos, y no pretenden representar aproximaciones reales de las utilidades obtenidas por las firmas en la licitación a que se refiere el informe de autos:

Cuadro N° 13: Matriz de pagos – modelación simplificada de participación en Licitación

		Nuevos Entrantes	
		Participa	No participa
Incumbentes	Tarifa Alta	-1 , 10	100 , 0
	Tarifa Baja	10 , -1	10 , 0

Fuente: Elaboración propia, con valores de pagos meramente ilustrativos.

En la simplificación anterior, suponiendo que los incumbentes tienen ventajas o economías que favorecen su adjudicación, éstos siempre decidirán participar. El significado de las cifras contenidas en este cuadro es el siguiente: en el caso que el incumbente decida cobrar una tarifa “alta” el nuevo entrante puede participar o no participar en la licitación. Si participa, como ofertará una menor tarifa que el incumbente, entonces se adjudicará la licitación (obteniendo una utilidad de 10) y el incumbente una pérdida de 1, correspondiente al costo de ofertar. Ahora bien, si en este mismo caso (tarifa “alta”) el nuevo entrante decide no participar, entonces el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incumbente se adjudica la licitación, obteniendo una utilidad mayor (100) mientras que el nuevo entrante no incurre en costos ni obtiene ganancias (0). Por otra parte, en el caso que el incumbente oferte la tarifa “baja”, siempre se adjudicará la licitación, obteniendo una utilidad de 10, mientras que los nuevos entrantes que participen perderán el costo de participar (-1), y los que no, no tendrán pérdidas ni ganancias (0).

Dado que, como se dijo, se supone que los incumbentes decidirían participar, el equilibrio dependerá de si lo hacen con una tarifa o índice de tarifas “alto” o “bajo” y ello, a su vez, dependerá de su percepción respecto del nivel de competencia que enfrentarán. Así, si el incumbente sabe o cree que los nuevos entrantes no participarán, tenderá a ofertar una tarifa alta. En cambio, si sabe o cree que enfrentará competencia, ofertará una tarifa más baja. Por su parte, los nuevos entrantes podrían no participar si saben o creen que el incumbente ofertará una tarifa baja con la cual no puedan competir y, en cambio, lo harán en mayor medida si creen que el incumbente ofertará una tarifa alta.

Bajo éstos supuestos, entonces, no hay un equilibrio de Nash en estrategias puras, pues todo el espacio de acción de ambos tipos de oferentes es racionalizable. En otras palabras, no existe una estrategia dominante ni un resultado de acciones que se refuercen mutuamente y, efectivamente, existe el riesgo de que nuevos entrantes se inhiban de participar, lo que en definitiva podría suponer un resultado que no sea óptimo desde el punto de vista social.

Por consiguiente, resulta necesario crear un mecanismo que induzca un juego en el cual los potenciales entrantes tengan los incentivos adecuados para participar de la licitación y los incumbentes, por lo tanto, tengan incentivos para ofertar la tarifa más baja posible, llegando a un resultado de competencia en la licitación que tienda a lograr el mayor beneficio social y eficiencia económica posibles.

En efecto, si no se adoptan resguardos o medidas que reduzcan la incertidumbre asociada a la participación de nuevos entrantes a la vez que incentiven la participación de los incumbentes con una tarifa “baja”, existe el riesgo de una menor competencia en la Licitación o competencia *ex ante*, impidiendo que la misma de origen a tarifas competitivas en el mercado *ex post*. En este contexto, resulta relevante analizar si el esquema licitatorio propuesto por EPV mitiga o no este riesgo.

Según se señaló anteriormente, EPV propuso un esquema de licitación que contempla “*Un Proceso con Dos Universos de Propuestas*” conforme con el cual las ofertas de los incumbentes (Grupo Dos) cumplen un rol subsidiario, esto es, sólo son abiertas si ningún nuevo entrante (Grupo Uno) resulta adjudicado. En este esquema, los nuevos entrantes no compiten con los incumbentes y, por lo tanto, el diseño de la licitación mitiga suficientemente este primer riesgo (efecto inhibitorio). No obstante, el mismo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

presenta dos inconvenientes. Primero, que al no existir competencia entre las ofertas del Grupo Uno y las del Grupo Dos, se reducen los incentivos para que, tanto entrantes como incumbentes oferten tarifas “bajas”. En el extremo, podría darse el caso de que existan solo dos ofertas, una en el Grupo Uno y otra en el Grupo Dos, sin que exista competencia alguna entre ellas. Y, segundo, que en este esquema se podría excluir *a priori* una oferta que fuese objetivamente mejor o más competitiva desde el punto de vista de las tarifas, si es la del incumbente.

Por su parte, en razón de lo anterior y de otras consideraciones jurídicas basadas en el principio de no discriminación, TPS manifestó su opinión en orden a que se le autorice a participar incondicionalmente, esto es, que su oferta compita con la de todos los demás oferentes en una caja única. El esquema propuesto por TPS no tiene los inconvenientes del esquema de EPV, pero sí tiene otros y, particularmente, que podría producir el efecto inhibitorio que se viene comentando.

Una tercera proposición es la contenida en el informe acompañado a fojas 1128, donde se sugiere que todas las ofertas compitan entre sí (en una sola caja) pero, en caso de que la mejor oferta sea la de un incumbente, se permita igualarla a aquel de los nuevos entrantes que hubiese presentado la segunda mejor oferta. Si la iguala, dicho nuevo entrante se adjudica la concesión. Si no lo hace, se la adjudica el incumbente. Este esquema licitatorio mitiga el riesgo de que nuevos entrantes se inhiban de participar y no excluye *a priori* a los incumbentes al permitir que su oferta sea considerada en caso de ser la más conveniente. El resultado esperable de un esquema como el descrito es el de una mayor competencia en la Licitación y, por lo tanto, la obtención del menor índice de tarifas por la provisión de servicios básicos con un grado de intervención mínimo y proporcionado.

Luego, y para evitar que los incumbentes presenten una oferta que dependa de la de sus rivales o de lo que crean que pueden igualar quienes compiten en la Licitación, es necesario que formulen sus ofertas con antelación a los nuevos entrantes. Ello, en los términos propuestos por EPV, implica que las ofertas del Grupo Dos (incumbentes) deben presentarse antes que las del Grupo Uno (nuevos entrantes), lo que contribuiría a que los incumbentes formulen ofertas que se aproximen a su valoración privada o, en este caso, a sus verdaderos costos de provisión de servicios.

Cabe tener presente a este respecto que, contrariamente a lo argumentado por PC, la presentación de las ofertas de los incumbentes con antelación a la de los nuevos entrantes no tiene la potencialidad de operar como disuasivo de la participación de estos últimos, ni de afectar al alza sus ofertas. De hecho, para que pudiese operar una hipótesis como la propuesta por PC, sería necesario que la oferta del incumbente se abriera o fuese conocida por los demás participantes con anterioridad a la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

presentación de sus propias ofertas ya que, de lo contrario, no puede haber “señalización” alguna a potenciales entrantes de que un eventual ingreso al Espigón de Valparaíso devendría en un ejercicio del poder de mercado de ese incumbente en su perjuicio. Por lo tanto, a juicio de este Tribunal, y dado que en el esquema propuesto todas las ofertas se abren y evalúan conjuntamente (aún cuando las de los incumbentes se presenten con antelación), los supuestos de la hipótesis planteada por PC, en la especie, no se verificarían.

En síntesis, este Tribunal considera que, para que la participación del incumbente no constituya un desincentivo a la participación de nuevos entrantes, es preciso que, además de cumplirse con los resguardos establecidos en el Informe N° 5, especialmente en lo relativo al criterio de adjudicación: (i) se efectúe “*Un Proceso con Dos Universos de Propuestas*” conforme con el cual las ofertas de los incumbentes (Grupo Dos) se presenten con antelación a las ofertas de nuevos entrantes (Grupo Uno); (ii) todas las ofertas compitan entre sí, resultando adjudicado aquel que – habiendo presentado una oferta técnicamente admisible- oferte el menor índice de tarifas por los servicios básicos; y, (iii) en caso de que la mejor oferta corresponda a un incumbente (Grupo Dos), se proporcione al mejor de los oferentes del Grupo Uno (nuevos entrantes) un término prudente para manifestar si está o no dispuesto a igualar el menor índice de tarifas ofertado por el incumbente. Si lo iguala, el nuevo entrante se adjudica la concesión. Si no lo iguala o nada expresa dentro del término preestablecido, el incumbente que hubiere ofrecido el menor índice de tarifas se adjudica la concesión, alzándose para este último caso las restricciones a la integración horizontal establecidas en el Informe N° 5 (Regla 23.1 y 23.2) y en el Dictamen N° 1.045 (Numerales 7.1 y 7.2), ambas aplicables a los incumbentes.

El esquema anterior compatibiliza diversos objetivos. Primero, asegura o promueve la participación del mayor número de interesados, al no disuadir a nuevos entrantes ya que, en definitiva, éstos son privilegiados por el derecho a igualar la mejor oferta (si fuere la de un incumbente), ni excluir *a priori* a estos últimos. Segundo, permite que exista una mayor tensión competitiva en la licitación, ya que todas las ofertas son examinadas y compiten entre sí (sea que correspondan a entrantes o a incumbentes), sin que existan ofertas que, eventualmente, ni siquiera sean examinadas. Tercero, permite, dentro de lo posible, que la Licitación se acerque a la valoración privada o, en este caso, a los verdaderos costos de provisión de servicios de los oferentes. Y, finalmente, en cuarto lugar, la asimetría en los derechos que se confieren a cada uno de los distintos grupos de oferentes en el proceso licitatorio no es excesiva, sino proporcionada y consistente con los objetivos de interés general que la justifican, esto es, con asegurar la mayor competencia posible en la Licitación y, como consecuencia,

con el objetivo de obtener las menores tarifas por la provisión de servicios portuarios en el mercado *expost*.

Segundo riesgo identificado en el Informe N° 5: Sobre la base del nuevo enfoque que resulta imperioso adoptar frente al fracaso de la licitación efectuada en 2011, el segundo de los riesgos asociados a la integración horizontal identificado en el Informe N° 5, consistente en una menor intensidad de competencia que la que existiría en caso de ingresar un operador independiente (nuevo entrante), a juicio de este Tribunal, en rigor, no existe.

En efecto, aún cuando sería preferible el ingreso de un nuevo operador independiente, comparado con el caso en que un incumbente se adjudique la Licitación, lo cierto es que el esquema licitatorio propuesto privilegia el ingreso de un nuevo operador pues, como se señaló anteriormente, permite al mejor de los oferentes del Grupo Uno igualar el menor índice de tarifas por los servicios básicos, en caso de que éste corresponda a un incumbente u oferente del Grupo Dos. Por consiguiente, la adjudicación a un incumbente no se plantea como alternativa a la de un nuevo entrante, sino como subsidiaria y para efectos de asegurar el éxito de la licitación.

A mayor abundamiento, a partir de la caracterización del mercado relevante efectuada en la Sección 8.2 anterior, y coincidiendo a este respecto con lo expuesto en el informe de fojas 1302, *“En la situación competitiva de la Región de Valparaíso, como en muchas con variedad de puertos alternativos en el mundo, el número de operadores es menos importante que la relación general entre oferta y demanda de servicios portuarios. Si los frentes de atraque de una variedad de puertos alternativos tienen capacidad inutilizada, intentarán captar clientes de sus competidores. En otras palabras, la relación general entre oferta y demanda de servicios portuarios, especialmente la disponibilidad de capacidad ociosa, es por lejos más importante que el número total de frentes para asegurar un contexto de mercado competitivo”* (traducción libre del informe de A. Ashar pp.8 y 9).

Luego, los niveles de concentración en el mercado de los servicios portuarios relevantes, basados en consideraciones estructurales, no necesariamente se relacionan con un buen desempeño. De ahí que, con a lo menos dos operadores con capacidad excedentaria, puede esperarse un comportamiento de mercado más competitivo que con un número mayor de operadores que no sean capaces de disputar navieras por haber alcanzado su límite máximo de capacidad. Lo ocurrido en los últimos 3 años es demostrativo de lo anterior. De hecho, al haber alcanzado TPS su límite máximo de capacidad, STI habría capturado una proporción mayor de clientes, sin perjuicio de que sus estándares de eficiencia operacional, calidad de servicio y tarifas, son inferiores a las de su rival.

Tercer riesgo identificado en el Informe N° 5: A partir de lo anterior, se concluye que el principal riesgo de permitir la integración horizontal entre frentes de atraque no es la menor intensidad de competencia en el mercado de servicios portuarios relevantes producida por el menor número de operadores independientes, sino la menor intensidad de competencia en dicho mercado derivada de la posibilidad de que el adjudicatario de la licitación retrase las inversiones necesarias para agregar capacidad de oferta. Este riesgo también existe para un operador independiente, pero es sustancialmente mayor tratándose de un incumbente.

El riesgo de retraso de inversiones, que fue constatado en el Informe N° 5, ha sido aducido por diversos intervinientes en estos autos e, incluso, es de cierta forma reconocido por TPS, quien en todo caso lo interpreta como un aspecto beneficioso de la integración horizontal. En efecto, TPS indicó que, de adjudicarse el espigón, podría expandir gradualmente la infraestructura en función de la demanda, evitando de esta forma las ineficiencias derivadas de una posible sobreinversión en infraestructura portuaria.

Al respecto, y sin perjuicio de que la sobreinversión no es deseable para efectos de obtener un buen desempeño de mercado, es preciso tener en cuenta que la misma solo puede generar ineficiencias cuando es excesiva. De hecho, para que los servicios portuarios puedan prestarse bajo adecuados estándares de calidad de servicio es siempre conveniente que exista cierta capacidad excedentaria u ociosa, esto es, que los niveles de ocupación de un frente de atraque no sobrepasen determinados umbrales considerados aceptables. Sin que corresponda a este Tribunal determinar tales umbrales óptimos y sólo para efectos ilustrativos, se puede referir que, de acuerdo con la World Association for Waterborne Transport Infrastructure (PIANC) cuando los arribos son completamente programados, la congestión se inicia con una ocupación cercana al 85%. No obstante, para el caso de la Región de Valparaíso sería posible considerar como aceptables niveles de ocupación inferiores a los señalados como consecuencia de la estacionalidad de la demanda de servicios portuarios en la zona central de Chile (*hinterland*), debido a la naturaleza de parte de los bienes que se exportan a otros países por vía marítima, especialmente de los productos hortofrutícolas. En efecto, de acuerdo a lo señalado en autos por el MTT, la estacionalidad de la demanda anticipa los niveles de ocupación promedio anual en uno o dos años para los meses de mayor demanda.

Luego, lo deseable desde el punto de vista de la libre competencia es que las inversiones se realicen anticipando los incrementos esperados en la demanda, a fin de que la capacidad nominal de atención sea siempre superior a la cantidad efectivamente demandada. Ello se justifica no sólo por la mantención de estándares de calidad de servicio adecuados, que minimicen los tan costosos tiempos de espera y de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ocupación de las naves, sino también por los plazos que involucra la entrada en operación de un proyecto de expansión de capacidad. Así, mientras la demanda por servicios portuarios crece a ritmos relativamente constantes y proporcionados al crecimiento económico y, por consiguiente, al comercio internacional, los incrementos en la capacidad de oferta se verifican de forma escalonada, conforme entran en operación proyectos de inversión comprometidos con años de antelación y sujetos a numerosas contingencias que pueden retrasar su oportuna entrada en operación.

En relación a esto último, es ilustrativo lo ocurrido en relación con las licitaciones de los espigones de Valparaíso y San Antonio realizadas en 2011. En el Informe N° 5, se proyectaba que las primeras inversiones asociadas a tales licitaciones estarían operativas en 2012. No obstante, tales proyecciones no se concretaron. Actualmente, y tal como se expuso en la sección 8.2.6.1, se espera que la primera etapa comprometida por PC, esté operativa en 2016, y que la primera etapa del proyecto materia de este informe, entre en operación en 2018. En definitiva, los nuevos antecedentes hacen necesario efectuar proyecciones de aumento de capacidad más conservadoras o menos optimistas que las utilizadas en 2009.

Por lo tanto, y considerando que el retraso de inversiones en capacidad constituye un riesgo para la libre competencia, este Tribunal ya en el Informe N° 5 estableció condiciones para mitigarlo. Por un lado, la condición 8), conforme a la cual EPV debe especificar con claridad y precisión en las bases de la Licitación la capacidad de la infraestructura y los estándares de calidad de servicio que deben comprometer los postulantes. Por otro, la condición 20), conforme a la cual las sanciones y multas aplicables deben ser disuasivos eficaces del incumplimiento de las obligaciones del concesionario que tienen por objeto resguardar la libre competencia.

En cumplimiento de lo anterior, las Bases contemplan dos proyectos referenciales de inversión a los cuales deben ajustarse las propuestas que, aunque no señalan la medida en que debe incrementarse la capacidad con cada una de las etapas (en TEUS por ejemplo), señalan con suficiente claridad y precisión la capacidad de la infraestructura y equipamiento mínimos que deberá comprometer el adjudicatario, y los plazos dentro de los cuales deberá estar operativa cada una de sus etapas.

Adicionalmente, se establece en el punto 3.21 de las Bases la obligación del concesionario de *concluir y poner en servicio las obras que conforman las dos etapas del Proyecto Obligatorio de Inversión dentro de los plazos estipulados* (letra c). En consideración a la importancia de esta obligación desde el punto de vista de la libre competencia, este Tribunal considera que su incumplimiento más allá de ciertos márgenes debe ser causal de término del contrato de concesión por incumplimiento

grave de las obligaciones del concesionario, en los términos previstos en el punto 2.25.1. letra c) número iv) de las Bases.

En razón de lo anterior, se ordenará a EPV aclarar en las bases de la licitación que el incumplimiento de la obligación de *concluir y poner en servicio las obras que conforman las dos etapas del Proyecto Obligatorio de Inversión dentro de los plazos estipulados, constituye infracción del concesionario a las condiciones establecidas en el Informe N° 5* y, por consiguiente, causal de término del contrato de concesión, por incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario en los términos previstos en el punto 2.25.1. letra c) número iv) de las Bases.

Esta precisión o aclaración del Informe N° 5 mitiga el riesgo de que un nuevo operador retrase las inversiones necesarias para atender la demanda creciente, pero podría ser insuficiente para ello en el evento de que el adjudicatario fuese un incumbente, ya que, como se dijo, el incentivo de estos últimos a retrasar inversiones es sustancialmente mayor.

Por lo tanto, en el evento de que se acceda a lo solicitado por EPV, de modo que los incumbentes puedan participar y, eventualmente, adjudicarse la concesión, sería necesario reforzar el cumplimiento de los compromisos de inversión del adjudicatario incumbente obligando adicionalmente a EPV, como medida de mitigación, a informar cada dos años a la Fiscalía Nacional Económica respecto del cumplimiento o incumplimiento del cronograma de inversiones comprometido, a efectos de que la misma pueda ejercer las acciones por infracción a las normas de defensa de la libre competencia que estime pertinentes. Lo anterior, sin perjuicio de la acción infraccional a que tengan derecho los legítimos interesados en interponerla.

Cuarto riesgo identificado en el Informe N° 5: Sobre la base del nuevo enfoque que resulta imperioso adoptar frente al fracaso de la licitación efectuada en 2011, el cuarto de los riesgos asociados a la integración horizontal identificado en el Informe N° 5, de que se reduzcan las alternativas de los usuarios de los servicios portuarios para cambiarse de frente de ataque en caso de ser discriminados, comparado con el caso de ingresar un nuevo operador, en rigor, tampoco existe.

Lo anterior por cuanto, como se señaló precedentemente, el *trade off* que plantea la integración horizontal entre frentes de ataque en los términos propuestos por EPV es, en realidad, agregar competidores (rechazando la propuesta), o bien agregar competencia (capacidad) asegurando el éxito de la licitación y una mayor capacidad de oferta. Es decir, los escenarios comparables no son adjudicación a un incumbente versus adjudicación a un nuevo entrante, sino adjudicación a un incumbente versus no adjudicación en esta licitación. Luego, en cualquiera de los escenarios que son materia

de comparación, las alternativas de los usuarios para cambiarse de operador son idénticas.

En cualquier caso, existen específicas obligaciones legales, reglamentarias, contractuales y regulatorias que prohíben a los operadores de puertos públicos de uso público discriminar entre sus usuarios o clientes (en tarifas o en calidad), existiendo severas sanciones para el caso de que lo hagan, de acuerdo con lo previsto en el punto 3.20 letra g) de las Bases, sin perjuicio de las medidas o sanciones que podría aplicar este Tribunal en caso de que tales conductas sean calificadas como contrarias a la libre competencia, y de las indemnizaciones a que pudiera haber lugar conforme a las reglas generales.

Riesgos de conductas explotativas y exclusorias. Algunos intervinientes han manifestado en autos que existen otros riesgos asociados a la adjudicación de la licitación a un incumbente. Específicamente, PC señaló que la adjudicación de la licitación a TPS le proporcionaría a dicho incumbente un poder de mercado incontrarrestable que le permitiría abusar de sus clientes y excluir competidores. En lo que respecta a abusos explotativos, se señaló que TPS podría cobrar precios excesivos y discriminar. Por su parte, en cuanto a las conductas exclusorias, PC señaló que TPS podría bloquear su ingreso como competidor efectivo (proyectado para principios de 2016) por la vía de empaquetamientos exclusorios, descuentos que incrementen los costos de cambio de clientes o prácticas predatorias.

Al respecto, este Tribunal considera que, por un lado, no es claro que las economías de escala asociadas a la operación conjunta de frentes de atraque contiguos sean de una magnitud suficiente como para otorgar al operador un poder de mercado tal que le permita excluir competidores. Lo anterior, toda vez que, de existir economías de escala en la operación de frentes de atraque contiguos, éstas no serían muy significativas, ya que la unión de los dos frentes de atraque del Puerto de Valparaíso no sería viable, al no ser posible el relleno de la denominada “poza” que los separa y, en consecuencia, el frente de atraque lineal a que aspira TPS no constituiría una opción, de acuerdo a lo señalado por EPV a fojas 1628. En efecto, y tal como se analizará más adelante, las economías asociadas a la operación conjunta de ambos frentes, se reducirían a eficiencias logísticas, de coordinación y de administración, difícilmente cuantificables, pero en caso alguno de una magnitud tal como la que teme PC.

En cuanto a que tales riesgos son mayores en caso de que un incumbente se adjudique la concesión comparado con un nuevo entrante, cabe reiterar que, dado el esquema licitatorio bajo análisis, no son los escenarios comparables a considerar y, en cambio, los escenarios comparables son, por un lado, que esta licitación no sea exitosa y, por otro, que la misma sea adjudicada a un incumbente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sin perjuicio de lo anterior, las probabilidades de realización de conductas exclusorias como las descritas por PC son independientes de quién sea el adjudicatario de la licitación, es decir, de que el adjudicatario sea un incumbente o un nuevo operador. Más bien, en un mercado como el de autos, la posibilidad de incurrir en tales conductas sólo existe en la medida que existan holguras de capacidad, o bien, en la medida que la oferta nominal exceda la demanda efectiva; lo que ocurrirá de resultar exitosa la licitación, sea quien sea el asignatario. De hecho, sólo operadores con capacidad ociosa pueden introducir competencia y, precisamente por ello, eventualmente realizar descuentos exclusorios o incurrir en prácticas predatorias.

Así, tratándose de conductas exclusorias como las que teme PC, no existen resguardos regulatorios posibles ya que no es posible (o sería extremadamente difícil) trazar *ex ante* la línea entre lo que es competir agresivamente y excluir anticompetitivamente, de modo que la reacción de un incumbente frente al ingreso de un competidor normalmente se examina por medio de controles *ex post*, caso a caso. Así, en principio, no resulta posible anticipar si el otorgamiento de descuentos por parte de los operadores establecidos a sus clientes para evitar que migren a la competencia sería anticompetitivo o, por el contrario, indiciario de competencia.

A mayor abundamiento, en la especie, es improbable que el adjudicatario de la licitación realice conductas exclusorias porque difícilmente podría recuperar los costos de excluir. El premio asociado a la exclusión, no es la exclusión misma, sino el mayor poder de mercado que espera adquirir quien la realiza y que le permitirá realizar conductas de tipo explotativo. Ello implica que sólo tienen incentivos a realizar este tipo de conductas aquellos agentes que, una vez eliminada la competencia que introduce el competidor excluido, esperan adquirir un poder de mercado tal que les permita recuperar los costos de haberlo excluido, por ejemplo, incrementando los precios, reduciendo la calidad de servicio, o restringiendo las cantidades ofertadas.

Lo anterior es impracticable para el adjudicatario – sea quien sea, e incluso en el caso de contar con capacidad ociosa-, toda vez que: i) incluso de realizar tales conductas exclusorias de manera exitosa, no podría hacerse de la capacidad de oferta de la víctima de tales eventuales prácticas restrictivas de la libre competencia, toda vez que el frente de ataque respectivo seguirá concesionado a esta última; y, ii) existen resguardos especiales destinados a mitigar los riesgos de abusos mencionados por PC, tales como tarifas máximas (o índices de tarifas máximas), un conjunto de reglas que prohíben la discriminación tarifaria y no tarifaria (*sabotaje*) y entidades destinadas a fiscalizar el cumplimiento de tales reglas y sancionar eventuales incumplimientos (las Empresas Portuarias). Lo anterior, sin perjuicio de las facultades de los órganos de defensa de la libre competencia para fiscalizar y adoptar medidas y corregir tales situaciones, en caso de producirse.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En suma, el riesgo de que el adjudicatario de la licitación incurra en conductas de tipo exclusorio o explotativo: (i) no es mayor en caso de que la licitación sea adjudicada a un incumbente, versus a un nuevo entrante; y, (ii) no es grave, atendida la existencia de resguardos legales, reglamentarios y contractuales que impiden la realización de conductas de tipo explotativo y, por lo tanto, impiden también que existan incentivos a realizar conductas de tipo exclusorio, al no ser posible recuperar los costos asociados a la ejecución de este último tipo de conductas.

Riesgos de arbitraje regulatorio y subsidios cruzados: PC también manifestó que, en caso de que TPS se adjudique la concesión, dicho incumbente administraría dos frentes de ataque con regulaciones asimétricas y podría, por lo tanto, arbitrar inversiones, tarifas y servicios o realizar subsidios cruzados contrarios a la libre competencia.

En relación con lo anterior, este Tribunal estima que el riesgo en cuestión es limitado ya que una situación como la señalada podría implicar que el concesionario retrase inversiones o discrimine arbitrariamente entre sus clientes, lo que en principio está prohibido por normas legales, reglamentarias y contractuales aplicables, tal como se señaló en la Sección 7.

Riesgo de “expropiación regulatoria” o de alteración *expost* de circunstancias jurídicas y económicas consideradas en la decisión de inversión de PC: Por último, PC también señaló que tomó su decisión de ingresar al mercado portuario de la V Región en el entendido que los resguardos establecidos en los Informes N°s 5 y 6 se mantendrían por al menos 5 años, de modo que, de acogerse la solicitud de EPV, se materializaría el riesgo de afectar las circunstancias económicas y jurídicas bajo las cuales PC adoptó esa decisión.

Al respecto, cabe señalar que, el alzamiento de la restricción a la integración horizontal constituye una facultad de este Tribunal, cuyo ejercicio está sujeto a la conveniencia que, desde el punto de vista de la libre competencia, la misma pueda tener en un determinado momento o de acuerdo con las condiciones de competencia imperantes. No existe, por lo tanto, derecho alguno de los competidores a que tal restricción se mantenga si las circunstancias o condiciones de competencia ameritan alzarla, esto es, si se estima que su alzamiento devendrá en mayor competencia.

Luego, si la condición se elimina o alza es porque se espera que tal decisión produzca una mayor tensión competitiva comparado con su contrafactual de que la licitación sea nuevamente declarada desierta. Por lo tanto, el argumento de PC revela, en realidad, su temor de que la licitación sea exitosa y, producto de ello, dicha empresa enfrente mayor competencia, no existiendo un derecho a no enfrentar competencia que este Tribunal pueda o deba resguardar. Por el contrario, esta línea de argumentación de PC

es un claro indicio de la conveniencia -para la competencia-, de efectuar el alzamiento condicional de las restricciones a la integración horizontal solicitada.

9.2.2. Beneficios para la competencia derivados de la integración horizontal.

Tal como se analizó en el Informe N° 5, los principales beneficios asociados a la integración horizontal entre operadores portuarios que forman parte del mercado relevante, se asocian a la existencia de posibles economías de escala.

A continuación, siguiendo el Informe N° 5, se analizarán someramente las eficiencias de la integración horizontal, sin perjuicio de que es innecesario pronunciarse respecto de la aptitud de las mismas para contrarrestar los riesgos identificados anteriormente, dado que los mismos estarán, a juicio de este Tribunal, suficientemente resguardados.

Al respecto, cabe señalar que las eficiencias invocadas en estos autos coinciden, en gran medida, con las aducidas en la causa que dio origen al Informe N° 5, consistentes, en síntesis, en que la integración horizontal entre los frentes de atraque contiguos o aledaños produciría eficiencias de escala asociadas a la menores costos de coordinar el uso de la infraestructura, el equipamiento, las áreas de respaldo, el único acceso terrestre al puerto (acceso sur), recursos humanos y modelo de gestión logística, entre los dos frentes de atraque contiguos o aledaños. Lo anterior, sin perjuicio de que TPS argumentó, además, que la integración horizontal le permitiría evitar la sobreinversión; aspecto este último respecto del cual es preciso remitirse a lo señalado en la sección anterior. En el Informe N° 5, este Tribunal no se formó convicción respecto de la existencia y magnitud de las eficiencias.

Actualmente, y atendido lo señalado por EPV a fojas 1628, en cuanto a que no es posible rellenar la poza que separa ambos frentes, aparece de manifiesto que, tal como señaló la FNE, las eficiencias asociadas a la operación conjunta de éstos no serían de una magnitud muy importante. Así, resulta esperable que, aunque es probable que existan las eficiencias invocadas en autos, su magnitud no será tan importante como para asegurar que inhibirá la participación de terceros, ni tampoco como para proporcionar al operador integrado un poder de mercado incontrarrestable que le permita excluir competidores o abusar de clientes.

Por último, de existir eficiencias asociadas a la operación conjunta de frentes de atraque contiguos, éstas serían más bien pequeñas y, en todo caso, una proporción importante de las mismas se podría traspasar a los usuarios vía menores tarifas, atendido el criterio de adjudicación de la licitación, o bien, por mejoras en la calidad de servicio o reducción de los tiempos de espera de las naves.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Así, la principal ventaja que tendría permitir la integración horizontal no radica en las eficiencias, sino que en garantizar la participación del mayor número de interesados posible en la licitación, asegurando el éxito de la misma y, por consiguiente, de los incrementos de capacidad necesarios para atender la creciente demanda y mantener los actuales niveles de competencia, probablemente con tarifas a usuarios más bajas que si no se permitiera dicha integración en los términos que indicará este Informe.

En consideración a los riesgos y beneficios antes señalados, este Tribunal concluye que, a la luz de las nuevas circunstancias invocadas por EPV y desde el punto de vista de la libre competencia, es conveniente acceder a lo solicitado en autos en la forma que se indicará en las conclusiones.

En efecto, por un lado, los riesgos asociados a la eventual adjudicación de la licitación a un incumbente no existen o están suficientemente resguardados y, por otro, resulta manifiesto que el mayor riesgo para la libre competencia no es que la licitación sea adjudicada a un incumbente, sino que ésta fracase y no sea posible incrementar la oferta de servicios portuarios.

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

De conformidad con lo expuesto, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1º, 3º, 18º, número 5, 31º y 32º del Decreto Ley N° 211, 3º, 5º, 7º, 14º, 19º, 22º, 23º y 50º de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, 100 de la Ley N° 18.045 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, el Dictamen 1045 de 1998 de la Comisión Preventiva Central y el Informe N° 5 de 2009 de este Tribunal, se resuelve:

Informar al tenor de lo solicitado a fojas 10 por Empresa Portuaria Valparaíso (EPV), permitiendo la participación de los incumbentes en la Licitación del Frente de Atraque N° 2 o Espigón del Puerto de Valparaíso en los términos y bajo las condiciones o resguardos que se indican a continuación, que se incorporarán a las Bases de la Licitación en curso, por medio de la circular complementaria a que se refiere el punto 2.14 de las mismas:

Condición 1: EPV deberá efectuar *“Un Proceso con Dos Universos de Propuestas”* conforme con el cual las ofertas de los incumbentes (Grupo Dos) se presenten con antelación a las ofertas de nuevos entrantes (Grupo Uno);

Se entenderá por “incumbentes” a las personas que, a la fecha de la licitación, participen directa o indirectamente, por sí o por intermedio de personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, en la sociedad concesionaria de algún frente de atraque de uso público de la Región de Valparaíso –

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sea público o privado- que provea servicios portuarios a carga general. Los demás se considerarán “nuevos entrantes”.

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

Condición 3: En el evento de que la licitación sea adjudicada a un incumbente conforme a la regla precedente, se exceptuará a éste de cumplir con la restricción a la integración horizontal establecida en el Informe N° 5 (Regla 22.1 y 22.2) y en el Dictamen 1045 (Numerales 7.1 y 7.2); manteniéndose ésta vigente para todos los demás incumbentes, de modo que los mismos no puedan acceder a la propiedad o control de la concesión del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso por vía distinta de la licitación materia de este informe ni el adjudicatario incumbente pueda, en caso alguno, transferir todo o parte de la concesión o integrarse, directa o indirectamente con alguno de los otros operadores portuarios de la región sin autorización previa de este Tribunal, infringiéndose de lo contrario las condiciones establecidas en el Informe N° 5 y en el Dictamen 1045.

Condición 4: Además, también para el caso de que la licitación sea adjudicada a un incumbente conforme a la regla 3 precedente, EPV deberá informar cada dos años a la Fiscalía Nacional Económica respecto del cumplimiento o incumplimiento del cronograma de inversiones comprometido por el adjudicatario, a efectos de que la misma pueda ejercer las acciones por infracción a las normas de defensa de la libre competencia que estime pertinentes. Lo anterior, sin perjuicio de la acción infraccional de quienes tengan interés legítimo.

Por último, este Tribunal estima necesario **aclarar** que el incumplimiento culpable de la obligación del concesionario de *concluir y poner en servicio las obras que conforman las dos etapas del Proyecto Obligatorio de Inversión dentro de los plazos estipulados* (3.21 letra c) de las Bases) constituye infracción del concesionario a las condiciones establecidas en el Informe N° 5 y constituye, por lo tanto, causal de término del contrato de concesión, por incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, en los términos previstos en el punto 2.25.1. letra c) número iv) de las Bases.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El presente informe ha sido acordado con el **voto en contra de los Ministros Sra. Andrea Butelmann Peisajoff y Sr. Radoslav Depolo Razmilic**, quienes estuvieron por rechazar la solicitud de EPV, y mantener en consecuencia la restricción a la integración horizontal en los términos que señala el Informe N° 5 de este Tribunal, por las siguientes consideraciones:

- 1) La Empresa Portuaria de Valparaíso solicita en su consulta de fojas 10 y siguientes que este Tribunal modifique la restricción número 22 decretada en el Informe N° 5/2009, concerniente a la integración horizontal, atendida la facultad legal que le otorga el artículo 32 del DL 211 para modificar sus decisiones previas en la medida que se presenten nuevos antecedentes que demuestren la existencia de variaciones en las condiciones de competencia desde la emisión de dicho Informe.
- 2) Así, la consultante invoca los siguientes cambios como razones suficientes para que este Tribunal modifique su opinión expresada en su Informe N° 5, concerniente al Puerto de Valparaíso: i) la entrada al mercado de Puerto Central en el puerto de San Antonio; ii) la falta de interesados en la licitación del Frente de Atraque N°2, efectuada el 29 de abril de 2011; y, iii) la comprobación empírica de que existe y ha existido suficiente competencia en el mercado relevante. Del mismo modo, a lo largo del proceso, y como ha sido recogido en el informe, se ha invocado una cuarta razón que demostraría este cambio de circunstancias, referida a la urgencia de agregar capacidad de transferencia suficiente para evitar la excesiva congestión de los puertos de la V Región en el futuro próximo.
- 3) La opinión de estos disidentes, sin embargo, es que las circunstancias aludidas por la consultante y por el informe del presente informe no han producido cambios significativos en la situación competitiva del mercado relevante respecto de aquella observada a la fecha de emisión del Informe N°5 y que, por lo tanto, no pueden utilizarse como fundamento para un eventual alzamiento de la restricción de integración horizontal, tal como lo solicita EPV; todo ello según se explica en las siguientes consideraciones.
- 4) Respecto de la primera de las razones invocadas por EPV -esto es, el supuesto cambio de circunstancias consistente en la concesión del Frente de Atraque N° 2 de San Antonio a un nuevo operador- es preciso recordar que este Tribunal, en su Informe N° 5, ya citado, consideró y ponderó como uno de los elementos de competencia en el mercado relevante la posibilidad de que ingresara un nuevo competidor a dicho puerto; y que este factor constituyó uno de los antecedentes de fondo tenidos a la vista para dictar dicho informe, a pesar de que, a esa fecha, aún no se encontraba adjudicada materialmente esa concesión a quien resultaría ser su titular (Puerto Central). De este modo, el solo hecho de que el Frente de Atraque N°2 de San

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Antonio tenga en la actualidad un concesionario -que, por lo demás, no ha terminado las obras que aumentarían su capacidad de transferencia- no constituye un elemento que cambie la situación de competencia considerada en dicho Informe y, en consecuencia, no puede ser estimada como una razón que lleve a alterar la decisión adoptada en el mismo respecto.

5) En cuanto al segundo argumento de cambio de las condiciones competitivas en el mercado relevante, esto es, el fracaso de la anterior licitación del Frente de Atrque N° 2 del Puerto de Valparaíso, estos disidentes estiman que no puede ser considerado como una circunstancia nueva ni tampoco como una consecuencia de lo decidido al respecto por este Tribunal en su Informe N° 5, dado que las propias partes han reconocido y manifestado que el proyecto técnico incorporado por EPV en las bases de licitación no era atractivo ni viable en términos económicos, lo que ciertamente contribuyó a que el proceso concluyera sin adjudicación. En este sentido, la FNE, en su aporte de antecedentes rolante a fojas 913, afirma que *“[s]egún han señalado diferentes actores del mercado y ha confirmado EPV, la falta de interesados en la licitación anterior encontraría justificación principalmente en las deficiencias del proyecto de licitación propiamente tal (...)”*. Del mismo modo, EPV señala en su consulta que *“[a] diferencia del proyecto de desarrollo presentado en la Licitación 2008-2011 del Frente de Atrque N°2, el nuevo proyecto que EPV licitará, como lo refleja el cuadro N°5, considera, en lo fundamental, un monto menor de inversión y una construcción que contempla la posibilidad de ejecutarla en forma modular. Estas diferencias entre ambos proyectos deberían elevar el interés de operadores portuarios por participar en la futura licitación”*.

6) La comprobación empírica de existir un adecuado nivel de competencia en el mercado relevante -que es el tercer punto invocado por EPV como un elemento a considerar para alzar la limitación a la integración horizontal en el caso de autos- tampoco constituye, a juicio de estos disidentes, un elemento que permita entender que ha existido una variación de circunstancias que aconseje tal medida, toda vez que la descripción que se hace en la solicitud y en el informe acerca de los elementos que conformarían esa mayor competencia no presenta diferencias significativas respecto de los que se tuvieron a la vista y consideraron para la dictación del Informe N° 5, lo que hace innecesario innovar en esta materia. El solo hecho de que la tarifa efectivamente cobrada se encuentre por debajo de la máxima regulada no es necesariamente indicador de que exista competencia, pues tales máximos pueden ser superiores incluso -en un extremo- al precio monopólico. Más allá de esto, en una industria donde se compite en calidad de servicio y donde existe una diversidad de tarifas que no están sometidas a regulación, la falta de competencia puede manifestarse precisamente en dichas tarifas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7) Por último, la cuarta razón que -según EPV- justificaría la modificación del anterior Informe de este Tribunal es la urgencia por aumentar la capacidad de transferencia. Según EPV, de declararse desierta la licitación que es objeto de la consulta de autos, existiría congestión en el futuro próximo en los puertos de la V Región, debido al mayor crecimiento de la demanda por servicios portuarios en comparación al de la capacidad instalada. Al respecto, estos disidentes no concuerdan con el informe, al no encontrar en autos antecedentes suficientes que permitan pronosticar un escenario de este tipo. En efecto, del análisis directo de los datos aportados por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones a fojas 1156, incluso en el escenario en que el proyecto del Frente de Atraque N°2 del Puerto de Valparaíso no se realizase (denominado en dicha presentación como Escenario Futuro II), existirá holgura de capacidad suficiente en los puertos de la V Región como para atender el incremento de demanda proyectado por ese Ministerio, al menos hasta el año 2020. El siguiente Cuadro, basado en el que se acompañó en dicha presentación como Tabla N°2, resume la situación de los próximos años bajo tres escenarios: (i) el Escenario Futuro I, en el que la licitación actual es exitosa; (ii) el Escenario Futuro II, en el que no sólo no se considera la ejecución del proyecto del Frente de Atraque N°2 de Valparaíso, sino tampoco la extensión del Molo Sur de San Antonio el año 2020; y (iii) el Escenario Futuro III –que, según estos disidentes, constituye un escenario conservador- en el cual se considera un retraso de dos años en un tercer intento de licitación del Frente de Atraque N°2, en caso de que fracasara la licitación de autos.

Cuadro N° 1: Escenarios de proyección de congestión en puertos de la V Región

Año	Escenario Futuro I (congestión como % de la capacidad instalada)	Escenario Futuro II (congestión como % de la capacidad instalada)	Escenario Futuro III (congestión como % de la capacidad instalada)
2011	71%	71%	71%
2012	76%	76%	76%
2013	80%	80%	80%
2014	80%	80%	80%
2015	70%	70%	70%
2016	55%	63%	63%
2017	58%	67%	67%
2018	61%	71%	60%
2019	60%	75%	65%
2020	61%	79%	69%

Fuente: Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (fojas 1156) y elaboración propia TDLC

8) Como puede observarse en este cuadro, sólo se crearía congestión severa (más del 80% de la capacidad utilizada) en los años 2012 y 2014, situación que la licitación de autos no soluciona, dado que el comienzo de las operaciones de su adjudicatario se estima, en los cálculos más optimistas, para el año 2015. Así, incluso en caso de que no se ejecutase el proyecto objeto de la consulta de autos (Escenario Futuro II), sólo se produciría una congestión moderada a partir del año 2018. Si, por otra parte, se produjera un escenario más razonable que el II, en el cual tras el fracaso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la licitación ésta se puede realizar nuevamente dos años después, no se observa congestión hasta el año 2020, existiendo siempre una holgura superior al 30% de capacidad, que puede cubrir los efectos estacionales del transporte de carga mencionados en el informe.

9) Por lo tanto, si bien el retraso de las obras por licitarse -en caso de fracasar el concurso por impedirse la participación de los incumbentes en el mismo- restringiría la holgura de capacidad de transporte de carga, no se observa un escenario crítico que justifique la adopción de una medida tan gravosa para la libre competencia como la eliminación de la restricción horizontal solicitada, lo que a su vez elevaría significativamente la probabilidad de que el Puerto de Valparaíso quede en manos de un solo operador, o de que un mismo operador tenga una elevada participación tanto en Valparaíso como en San Antonio.

10) A mayor abundamiento, el hecho de que la licitación de autos sea más atractiva que la realizada el año 2011, toda vez que contempla dos nuevos proyectos de inversión sugeridos y la posibilidad de presentar otro alternativo, hace que sea económicamente viable la licitación para nuevos entrantes, a diferencia de lo que aconteció en el anterior concurso. De este modo, incluso en condiciones de competencia intra e inter portuaria, el nuevo proyecto para el Frente de Atraque N°2 permite presumir que habrá competencia por la concesión y que, por ende, ésta no debería fracasar por el solo hecho de que no se permita la participación de incumbentes en la licitación de autos.

11) Finalmente, debe tenerse presente que la Fiscalía Nacional Económica coincide con la posición de estos disidentes respecto de lo que se ha venido argumentando, al señalar en su informe de fojas 913 que “...*analizadas las condiciones de mercado existentes, los cambios acontecidos en el mercado relevante durante los últimos dos años no son significativos*” y que “*no encuentra razones económicas satisfactorias que justifiquen el alzamiento o la eliminación de la regla de restricción horizontal para la Licitación [d]el Frente de Atraque N°2*”.

12) Sin perjuicio de las razones precedentes -las que, a juicio de estos disidentes, son por sí solas suficientes para desestimar la solicitud de alzamiento que motiva el presente informe- e incluso en el evento de que se llegara a estimar que las circunstancias han cambiado de tal forma que el alzamiento de la limitación a la integración horizontal fuese justificado, no parece a estos disidentes conveniente permitir que los incumbentes participen en esta licitación, por las dos razones que a continuación se expresan.

13) En primer lugar, y atendido el deber de este Tribunal de proteger la competencia en los mercados y de prevenir las conductas o hechos que puedan afectarla, siempre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resultará más adecuado para ese fin preferir la adopción de medidas que privilegien condiciones de mercado en las que exista la mayor y mejor competencia posible. Es por eso que, en el caso de autos, es preciso agotar todos los esfuerzos necesarios y razonables para que exista competencia tanto intra como interportuaria en la V Región, lo que –a juicio de estos disidentes- debe descansar de manera primaria en la opción de excluir de la licitación del Frente N° 2 de Valparaíso a los actuales operadores de frentes de atraque concesionados, tanto de Valparaíso como de San Antonio, aun a costa de que dicha licitación se declare desierta y deba ser realizada nuevamente dentro del corto plazo. Este último riesgo será menor –y, por tanto, preferible en términos de libre competencia- respecto de la elevada probabilidad (i) de que el puerto de Valparaíso quede en manos de un solo operador, como ocurriría si el Frente de Atraque N° 2 resultara adjudicado al actual concesionario del frente de Atraque N° 1 del mismo puerto; o (ii) de que un mismo operador controle un porcentaje elevado de la transferencia de carga en ambos puertos a la vez, como ocurriría si alguno de los concesionarios de los sitios de San Antonio se adjudicara el Frente de Atraque N° 2 de Valparaíso.

14) Así, resulta evidente para estos disidentes que, en cualquiera de los dos escenarios descritos precedentemente, las condiciones para asegurar mejores y mayores niveles de competencia son inferiores que las que se obtendrían en caso de adjudicarse el Frente de Atraque N° 2 de Valparaíso a un nuevo operador, no relacionado con los incumbentes. Más aun, cualquier intervención *ex post* para reparar eventuales abusos de un único concesionario en ambos frentes, o de un mismo concesionario en ambos puertos, será menos eficiente que una medida estructural como la que fue decretada en el Informe N°5 y que estos disidentes estiman necesario mantener vigente y aplicable.

15) En segundo término, estos disidentes estiman que los incumbentes –de adjudicarse el Frente N° 2 de Valparaíso- tendrán poderosos incentivos para retrasar las inversiones acordadas en el contrato de adjudicación, tal como ha señalado TPS en su escrito a fojas 525, en el que ha mencionado como eficiencia que, de adjudicarse la licitación de autos, podrá realizar las inversiones de manera parcializada, sólo a medida que lo requiera para cubrir la demanda. Además, en el caso específico de TPS, ésta concesionaria tendrá todos los incentivos necesarios para negociar estratégicamente con EPV cualquier modificación al contrato concesionado, ya habiendo sido adjudicado éste y estando en poder de ambos frentes, lo que no es deseable en términos de libre competencia.

16) Establecido así lo anterior, cabe decir que, incluso si se concurriese con las conclusiones del informe en cuanto a que las condiciones de mercado han cambiado lo suficiente como para permitir el alzamiento de la restricción que se ha solicitado en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

autos, y aun cuando se coincidiese en que es necesaria la participación de los incumbentes en la licitación, estos disidentes estiman que la forma en que el informe permite el alzamiento de la restricción de integración horizontal no resulta adecuada ni suficiente para asegurar que las opciones de los potenciales entrantes sean efectivas y reales en el proceso de licitación, ni que, una vez adjudicada la concesión a un incumbente, éste no incurra en prácticas contrarias a la libre competencia, por las razones que a continuación se expresan.

17) En primer lugar, el mecanismo de adjudicación de la licitación descrito en la el informe, si bien incentiva a que exista una competencia por la cancha más intensa que la que se produciría en caso de aplicarse el sistema propuesto por EPV en su solicitud, al mismo tiempo incrementa de manera importante la probabilidad de que sea un incumbente quien se adjudique esta licitación, puesto que ahora competirá en los mismos términos con otros participantes, con la posibilidad de efectuar una menor oferta en caso de poseer eficiencias por ya estar instalado en Valparaíso, o por el interés de resguardar rentas monopólicas, según sea el caso.

18) En segundo término, el informe omite pronunciarse sobre el impacto que se producirá en el mercado relevante por el hecho de permitir la participación de los incumbentes en la licitación de autos sin que, al mismo tiempo, se les impida o restrinja integrarse verticalmente. Al respecto, cabe recordar que en su Resolución N° 11/2006, este Tribunal decidió relajar los límites a la integración vertical (que eran del 40%) para el caso puntual del Molo Sur del Puerto de San Antonio, permitiendo por tanto que los operadores de frentes de atraque concesionados puedan tener una participación de hasta un 60% en otras sociedades o empresas que intervengan -sea aguas arriba o aguas abajo- en la cadena del transporte marítimo. En ese contexto, si en aplicación del informe alguno de los incumbentes se adjudicara el Frente N° 2, dicho incumbente no sólo operará todo el puerto de Valparaíso (caso de TPS) o una parte importante de la transferencia de carga en Valparaíso y en San Antonio al mismo tiempo (en los demás casos), sino que, además, podría hacerlo integrado verticalmente, de tal forma que tendrá incentivos a discriminar en contra de competidores aguas abajo, conductas que si bien están prohibidas no siempre podrán ser castigadas en forma oportuna. Desde este punto de vista, resultaría entonces más adecuado -al alzar el límite a la integración horizontal-, fijar el límite a la integración vertical en el 40% de participación.

19) En tercer y último lugar, existe un riesgo en el hecho de alzar el límite a la integración horizontal que no ha sido considerado en el informe, consistente en la posibilidad de que si se adjudica el Frente N° 2 de Valparaíso al incumbente que hoy opera el Frente N° 1 de ese mismo puerto, éste pueda discriminar a los usuarios de los dos frentes que administre, cobrando tarifas distintas en ambos sitios o manejando

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estratégicamente las capacidades de transferencia y los turnos de ataque. Al respecto, el informe no impide que el concesionario discrimine entre sus dos frentes de ataque, ni le impone la obligación de aplicar en ambos sitios por igual las tarifas más baratas; medidas ambas que, a juicio de estos disidentes, habrían contribuido de alguna forma a mitigar los riesgos anticompetitivos que se pueden apreciar en un escenario como el descrito.

20) En suma, atendido que no existe un cambio en las circunstancias de competencia desde la dictación del Informe N°5, que por esa razón no es necesario el alzamiento de la restricción de integración horizontal dictaminada en dicho informe, y que, si se alzase, las condiciones de licitación deberían contemplar medidas de incentivo al ingreso de nuevos operadores adicionales a las que considera el informe, estos disidentes son de la opinión de que la solicitud de EPV debe informarse en términos negativos, manteniéndose en consecuencia plenamente vigente y aplicable a la licitación del Frente de Ataque N° 2 del puerto de Valparaíso las condiciones, medidas y límites adoptados en el Informe N° 5 de este Tribunal.

Notifíquese a la solicitante, comuníquese a los intervinientes y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 403-12.

Emitido por los Ministros señores Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic y Sr. Juan José Romero Guzmán. Autoriza el Sr. Alejandro Domic Seguich, Secretario Abogado.