

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

INFORME N° 18/2020

SANTIAGO, veintidós de julio de dos mil veinte.

PROCEDIMIENTO: No contencioso

ROL: NC N° 444-18

SOLICITANTE: Empresa Portuaria de San Antonio

OBJETO: Fijar las condiciones de competencia para la licitación pública del Terminal Mar del Puerto a Gran Escala de San Antonio.

CONTENIDO

- I) PARTE EXPOSITIVA**
 - 1. INTERVINIENTES**
 - 2. OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE**
 - 3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES**
- II) PARTE CONSIDERATIVA**
 - 4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME**
 - 5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME**
 - 6. MERCADO RELEVANTE**
 - 7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE**
 - 8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN**

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

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

10. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES

1.1. Solicitante:

- Empresa Portuaria San Antonio (en adelante, “EPSA” o la “Solicitante”).

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 número 1) del Decreto Ley N° 211 (en adelante, “D.L. N° 211”), y dentro del plazo establecido en la resolución de fojas 351, prorrogado a fojas 405, aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de Informe de autos (en adelante, también, la “Solicitud”) las siguientes entidades:

- Asociación de Exportadores de Frutas De Chile A.G.
- Agencias Universales S.A.
- Inversiones Neltume Limitada
- SSA Holdings Internacional Chile Limitada
- Ministerio de Economía, Fomento y Turismo
- Cementos La Unión S.A.
- Sistema de Empresas SEP
- Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones
- Empresa Portuaria de Valparaíso
- Puerto Central S.A.
- Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G.
- SAAM Puertos S.A.
- Minera Los Pelambres
- Fiscalía Nacional Económica

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

2.1. A fojas 319, EPSA solicitó a este Tribunal que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en lo sucesivo e indistintamente, la “Ley de Puertos” o “Ley N° 19.542”), determine las condiciones de competencia bajo las cuales se debe llevar a efecto la licitación pública de la concesión portuaria del Terminal Mar del Puerto a Gran Escala de San Antonio.

2.2. La Solicitante sostiene que el Plan Nacional de Desarrollo Portuario (en lo sucesivo, el “Plan”), del año 2013, elaborado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y las diez empresas portuarias estatales, identificó las bahías de mayor aptitud para la instalación de un terminal de contenedores en el litoral comprendido entre Coquimbo y Constitución, y contempló la construcción y el desarrollo del llamado “Puerto a Gran Escala” (en adelante, “PGE”), denominado también “Puerto Exterior”, emplazado en el sector sur del recinto portuario adyacente a la Plataforma Logística Internacional San Antonio. Además, el Plan estableció que el PGE de San Antonio estaría formado por dos terminales: el Terminal Mar, ubicado en el extremo oeste, y el Terminal Tierra, situado en el extremo este. EPSA explica que la Solicitud corresponde sólo a la licitación del primero de los terminales, el Terminal Mar cuya primera etapa de construcción debía entrar en funcionamiento entre los años 2026-2027.

2.3. La Solicitante indica que el modelo de negocios del PGE contempla participación pública y privada. Así, mientras que la infraestructura de los terminales portuarios será construida, desarrollada, mantenida, reparada y explotada por privados, mediante concesiones; las obras de abrigo, acceso terrestre y áreas comunes serán de responsabilidad del Estado.

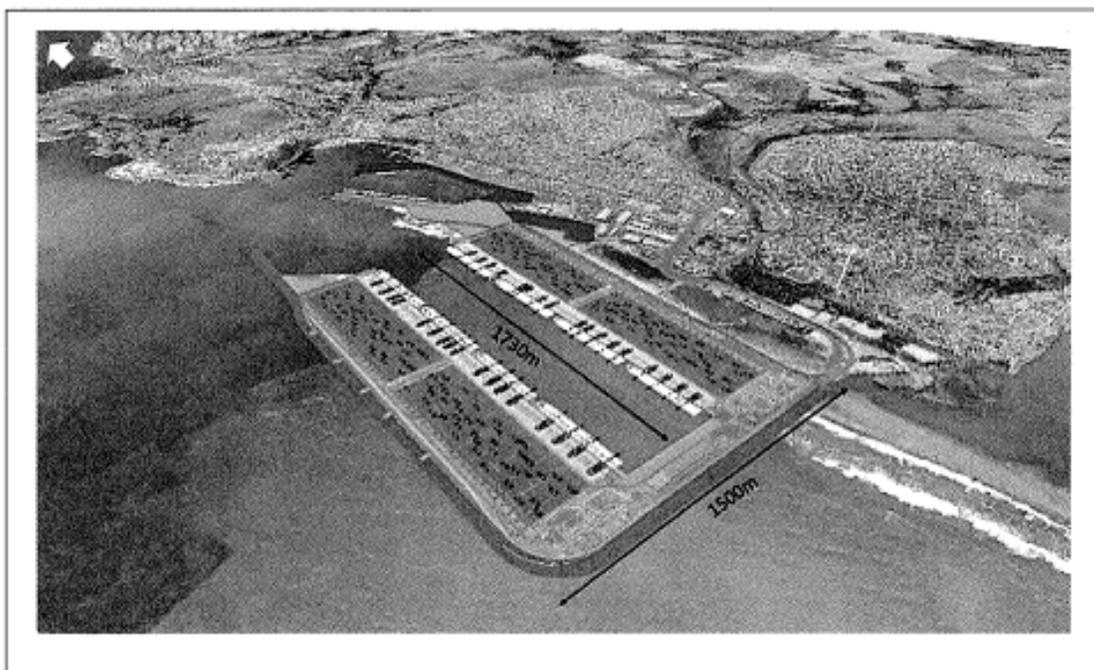
2.4. Añade, enseguida, que el PGE movilizará anualmente un total de seis millones de TEUs (acrónimo del término en inglés *Twenty-foot Equivalent Unit*, que corresponde a la unidad de medida del transporte marítimo, equivalente a la capacidad de carga de un contenedor de 20 pies – aproximadamente 6,1 metros-) y que ambos terminales podrán atender naves “Portacontenedores Clase E” (nave de diseño). Estas naves, explica, tienen una eslora de diseño mínimo de 397 metros, una manga de diseño mínimo de 56,4 metros y un calado de diseño mínimo de 15,5 metros, y una capacidad de transferencia de 15.000 TEUs. EPSA sostiene que las dimensiones mínimas de los sitios, esto es, aquella porción del frente de atraque

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

destinada para atender eficazmente a la nave de diseño son las siguientes: longitud de 430 metros, ancho de operación de 40 metros y una profundidad de 17 metros NRS (acrónimo de “Nivel de reducción de sondas”). Con todo, el concesionario del terminal podrá proponer la atención de naves incluso de mayor envergadura, caso en el cual deberá acordarlo en conjunto con EPSA.

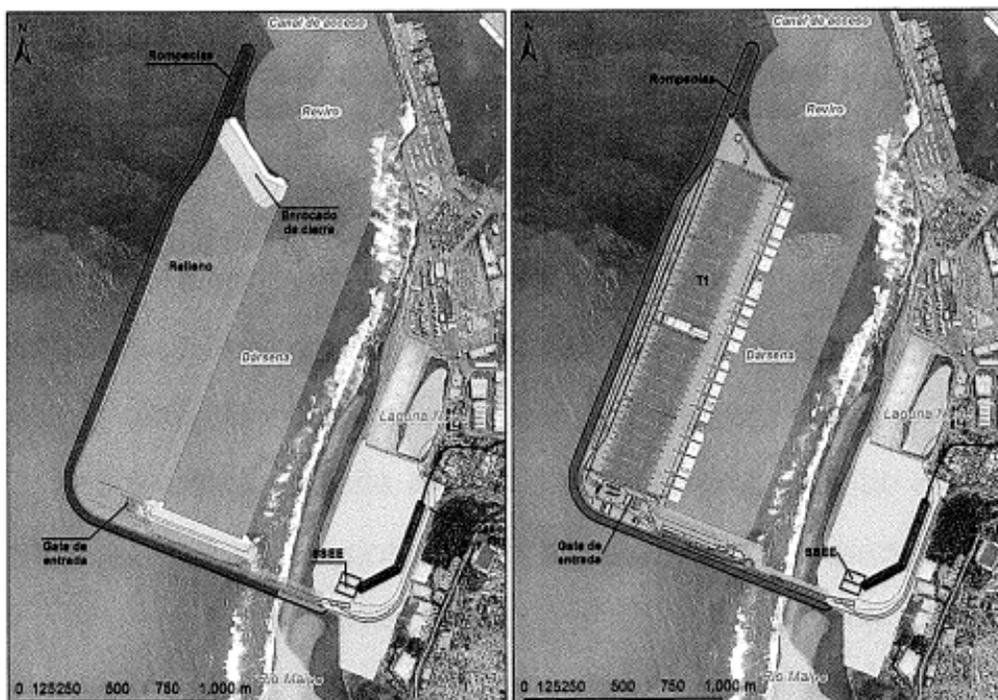
2.5. EPSA detalla que los sitios del PGE tendrán una dimensión mínima de 430 metros de longitud, 40 metros de ancho de operación y una profundidad de 17 metros NRS. Cada terminal tendrá una longitud de muelle de 1.730 metros, lo que debiera permitir el atraque de cuatro naves Portacontenedores Clase E y una superficie suficiente para transferir anualmente tres millones de TEUs. Tanto el Terminal Tierra como el Terminal Mar dispondrán de acceso vial y ferroviario, además de una “parrilla de vías” para transportar por ferrocarril hasta el 30% o más de la carga correspondiente. Asimismo, el diseño del PGE contempla un canal de acceso, una zona de reviro y una dársena interior, que asegurará la accesibilidad de las naves, incluso en condiciones meteorológicas desfavorables. Por su parte, un rompeolas abrigará los terminales, el que tendrá un arranque perpendicular a la costa de unos 1.500 metros de extensión y luego un desarrollo paralelo a la costa de unos 2.200 metros. En su Solicitud, EPSA acompaña los siguientes planos del PGE de San Antonio:

**FIGURA Nº1: ILUSTRACIÓN GLOBAL DEL PE DE SAN ANTONIO O PGE
(TERMINAL MAR y TERMINAL TIERRA)**



REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FIGURA N°2: ILUSTRACIÓN TERMINAL MAR



Fuente: Solicitud de Informe de EPSA (fs. 322 y 322 vuelta)

2.6. La Solicitante señala que ambos terminales serán concesionados por separado a empresas privadas de giro exclusivo, siendo responsabilidad del concesionario construir, equipar y operar su respectivo terminal durante treinta años (que corresponde al máximo plazo legal). Añade que el presupuesto total del PGE asciende aproximadamente a \$US 3.271 millones.

2.7. Luego, EPSA indica que el desarrollo y construcción del PGE se dividirá en dos fases. La primera de ellas comprenderá las obras de abrigo y las labores de dragado para el canal de acceso y dársena interior, además del muelle, relleno posterior, explanada de superestructura y equipamiento del Terminal Mar. Por su parte, la segunda fase comprenderá la construcción del muelle, relleno, explanada de superestructura y equipamiento del Terminal Tierra. Cada una de estas fases será desarrollada, a su vez, en dos etapas distintas. La descripción que sigue a continuación sólo se refiere al primero de los terminales mencionados, objeto de la licitación cuyo informe se solicita.

2.8. Como se señaló, el proyecto contempla que el Terminal Mar inicie operaciones entre los años 2026-2027, debido a que a esa época la capacidad portuaria estaría llegando a su límite para atender a la demanda. Conforme al borrador de Bases de Licitación acompañado por EPSA (punto 3.7.1.), el Proyecto Obligatorio de Inversión corresponde a las obras e instalaciones que deberá ejecutar e incorporar el concesionario en dos etapas en el área de concesión, de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conformidad al Anexo VII de estas (fs. 17). La primera etapa contempla la construcción de, al menos, 865 metros lineales de muelle operativo y sus áreas de respaldo, el que deberá ejecutarse y estar operativo en un plazo de 36 meses contado desde la Fecha de Entrega para la construcción. Adicionalmente, el concesionario deberá construir un terminal de intermodal de cinco vías para ferrocarril y todos los edificios y otras instalaciones u obras necesarias para la operación del terminal, que están detalladas en el citado anexo. La segunda etapa contempla la construcción de los restantes 865 metros de muelle operativo y sus áreas de respaldo, contiguo a la primera etapa. Este deberá construirse y encontrarse operativo en un plazo máximo de 60 meses desde la Fecha de Entrega de la concesión. EPSA será quien entregue la autorización provisoria según la cual se entenderá que se encuentra operativa cada etapa. El borrador de Bases de Licitación establece una multa en caso de no cumplir con los plazos señalados y también especifica cuándo se entiende que el atraso no es imputable al concesionario (punto 3.7.1 letra b)). Una vez terminada su construcción, EPSA afirma que el Terminal Mar podrá atender naves de 15.000 TEUs de capacidad y que la carga atendida será, prioritariamente, aquella transportada en contenedores.

2.9. A continuación, EPSA da cuenta de los cambios en la industria naviera durante estos últimos años, destacando el importante aumento en la demanda de contenedores en la Región de Valparaíso, con un crecimiento anual de un 11%, mientras que la carga total solo crece al 5% anual según se indica en el Plan del año 2013. Asimismo, sostiene que se observa una tendencia global hacia el abandono de buques de cámara o frigoríficos en favor de contenedores refrigerados (*reefer*), además de un incremento del tamaño de buques portacontenedores para aprovechar economías de escala y densidad. Junto a ello, EPSA indica que debe considerarse como un antecedente relevante la puesta en marcha de la ampliación del canal de Panamá y la concentración de operadores navieros que se observa en la industria.

2.10. Respecto a los puertos existentes en la Región de Valparaíso, la Solicitante señala que son los siguientes: (i) el Puerto de San Antonio que posee cuatro frentes de atraque y tiene una participación de un 51,1%, en los últimos años, respecto a carga fraccionada, contenedores, graneles sólidos y graneles líquidos; (ii) el Puerto de Valparaíso que comprende dos frentes de atraque con una participación de un 31,6% de la carga fraccionada y contenedores, además del Muelle Barón, hoy desocupado, y un terminal de turismo; y, (iii) el Puerto de Bahía de Ventanas con un 17,3% de participación respecto de carga fraccionada, graneles sólidos y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

graneles líquidos, con tres terminales particulares, de los cuales dos son de uso privado y uno de uso público. Agrega que los terminales con mayor participación de mercado corresponden a los concesionarios San Antonio Terminal Internacional del Puerto de San Antonio y Terminal Pacífico Sur del Puerto de Valparaíso, con un promedio de participación de mercado, entre 2011 y 2015, de un 38,2% y un 27,9% respectivamente.

2.11. EPSA afirma que, como sostuvo el Dictamen N° 1045 de la Comisión Preventiva Central, una de las principales características de la Región de Valparaíso es la escasez de bahías naturales, y que, por tanto, la expansión de los puertos está condicionada a la expansión de áreas portuarias de apoyo. Por su parte, la alternativa de incrementar capacidad estaría dada sólo por mejoramientos que se realicen en la gestión de dichos puertos.

2.12. Por su parte, sobre la proyección de la demanda en los puertos estatales de la Región de Valparaíso, respecto de la carga contenedorizada, sostiene que el informe de Fernández y Cea de 2015, encargado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, proyectó tasas de crecimiento para un escenario tendencial y optimista de un 6,1% y un 6,3%, respectivamente.

2.13. En atención a lo anteriormente expuesto, EPSA sostiene que el mercado relevante geográfico para efectos de este Informe correspondería a la Región de Valparaíso, específicamente los puertos de uso público que transfieren carga en contenedores: el Puerto San Antonio y el Puerto de Valparaíso. Lo anterior sería coherente con lo dispuesto en la misma Ley de Puertos, así como en los Informes N° 5 y 6 de este Tribunal.

2.14. En cuanto al mercado relevante del producto correspondería a los terminales de uso público que ofrecen servicios portuarios básicos para transferir prioritariamente carga “contenedorizada” y que sean capaces de atender la nave de diseño considerada para dicho frente.

2.15. En lo que concierne a las reglas de competencia materia de este Informe, en primer lugar, EPSA solicita consolidar las reglas del Dictamen N° 1045 de la Comisión Preventiva Central y el Informe N° 6 de este Tribunal. Indica que debieran mantenerse vigentes las normas contempladas en dicho dictamen e informe, salvo respecto del umbral de la restricción vertical, el que proponen que pase a ser de un 80%, condicionado al mantenimiento de la prohibición absoluta a la integración horizontal y la profundización en los resguardos conductuales. Para EPSA, el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

alzamiento del umbral permitido para la integración vertical se justificaría en los cambios sustantivos que han ocurrido en los servicios portuarios y en la industria naviera, además, del actual “estado del quehacer sectorial” en relación con el aumento del límite máximo de integración vertical contemplado en la Resolución N° 11 de este Tribunal, respecto a la concesión del Molo Sur del Puerto de San Antonio; mientras que la prohibición absoluta de integración horizontal sería necesaria para mantener la presión competitiva en el mercado relevante e impedir que los incumbentes bloqueen el ingreso a los nuevos competidores.

2.16. Con todo, EPSA añade que es necesario adecuar el Dictamen N° 1045 de 1998 a los puertos privados, por lo que solicita que este Tribunal se pronuncie expresamente sobre las restricciones horizontales para los concesionarios de los frentes de atraque estatales, tal como lo hizo en los informes N° 5/2009 y N° 6/2009. De esta manera, se permitiría que los controladores y accionistas de los concesionarios de los frentes de atraque estatales, que superen los umbrales de integración horizontal definidos, puedan participar de todas formas en la licitación del PGE, con la facultad de elegir, en caso de adjudicación de la licitación del Terminal Mar, entre quedarse con esta última o aquella en que son actualmente partícipes.

2.17. Acerca de los factores de adjudicación establecidos en el borrador de Bases de Licitación, EPSA afirma que la adjudicación depende de un índice mínimo (“Imin”). De esta forma, si solo la oferta de un interesado iguala el Imin, se adjudicará a este la concesión. En caso de que dos o más licitantes igualen en sus ofertas el Imin, el empate será resuelto adjudicando la concesión a aquel que haya propuesto el mayor “Aporte para Bienes Comunes del Puerto Exterior”, que corresponde a una suma de dinero que se destinará al financiamiento de las obras de abrigo. Ahora bien, si todos los interesados proponen ofertas superiores al Imin, la concesión será adjudicada a quien proponga en su oferta económica las tarifas TMC, TMN, TTC, TTCR y TTOC que den como resultado el menor índice ofertado, siempre que este no supere el Índice máximo. Finalmente, si hubiere empate en ese caso, se deberá formular una nueva oferta y la concesión se adjudicará a aquella oferta que arroje el menor índice en la medida que no sea inferior al Imin.

2.18. De esta forma, el índice ofertado se calcularía con la siguiente fórmula:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUADRO N°16: FÓRMULA ÍNDICE OFERTADO

$$I = TTC * \alpha + TTCR * \beta + TTOC * \gamma + TMC * \delta + TMN * \lambda$$

Fuente: EPSA.

Donde,

I	=	Índice de tarifas por los Servicios Básicos [US\$/TEUs].
TTC	=	Tarifa de transferencia de carga contenedores no refrigerados con o sin carga [US\$/TEUs].
TTCR	=	Tarifa de transferencia de contenedores refrigerados US\$/TEU.
TTOC	=	Tarifa de transferencia de carga no contenedor en toneladas [US\$/TON].
TMC	=	Tarifa de uso de muelle a la carga [US\$/TON].
TMN	=	Tarifa de uso de muelle a la nave [US\$/meh].
α	=	Ponderador adimensional a definir antes del inicio de la licitación.
β	=	Ponderador adimensional a definir antes del inicio de la licitación.
γ	=	Ponderador (TON/Teu) a definir antes del inicio de la licitación.
δ	=	Ponderador (TON/Teu) a definir antes del inicio de la licitación.
λ	=	Ponderador (MEH/Teu) a definir antes del inicio de la licitación.

Fuente: Solicitud de Informe de EPSA (fs. 340 vuelta).

2.19. Para fundamentar la existencia del Imin, EPSA afirma que cuando se privilegia la competencia *ex ante* se reproducen los efectos de la competencia *ex post*, siempre y cuando no exista oportunismo asociado a relaciones bilaterales de largo plazo, incertidumbre sobre el futuro, ni la posibilidad de que se verifique la denominada “maldición del ganador” (esto es, que quien se adjudica la concesión oferte una tarifa tan baja que no alcance a cubrir sus costos y, por tanto, deba disminuir la calidad del servicio entregado). A su juicio, el Imin evita los efectos negativos de un índice tarifario máximo muy bajo. Por lo demás, EPSA sostiene que existe un bajo riesgo de que el Imin sea mayor a la tarifa de mercado, pues existe una abundante competencia *ex post* que disciplinaría las tarifas.

2.20. Además de las reglas anteriores, la Solicitante propone medidas que profundizan los resguardos contemplados en el Dictamen N° 1045 de 1998 y el Informe N° 6/2009. En primer lugar, solicita incorporar un componente variable al canon que depende de los TEUs transferidos, para cubrir mayores costos derivados de un aumento en la demanda esperada. Luego, sugiere mejoras en calidad del servicio, en particular respecto a los tiempos de permanencia máximo de camiones, de permanencia máximo del ferrocarril y de espera del transportista. En tercer lugar, EPSA señala que el concesionario deberá cumplir sus instrucciones en lo que respecta a la coordinación ferroviaria, o aquellas de la autoridad que ella determine como autoridad del corredor ferroviario. Enseguida, EPSA agrega nuevas causales

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de incumplimiento que podrían derivar en multas al concesionario, tales como incumplimiento de calidad de servicio de tierra, incumplimiento de la resolución de calificación ambiental e incumplimiento por infracciones laborales, entre otras. En quinto lugar, la Solicitante propone que el plazo para ejercer el mecanismo de adecuación del contrato de concesión, contemplado actualmente en el Informe N° 6, disminuya de diez a cinco años y que sea directamente el Tribunal quien fije las modificaciones en caso de desacuerdo, en lugar de tener que acudir a una sede arbitral, como contempla dicho informe. Por último, EPSA sugiere un procedimiento de registro de las tarifas de los servicios especiales, en el cual se pueda exigir al concesionario acompañar las memorias de cálculo con que determinó dichas tarifas para verificar que estas se adecuen a las condiciones de mercado imperante, pudiendo EPSA negar el registro en caso que no cumpla con esta obligación, para asegurar que el concesionario preste sus servicios a todo aquel que lo requiera en términos y condiciones de mercado generales y no discriminatorias.

2.21. Asimismo, cabe consignar que la Solicitante allegó los siguientes informes a estos autos: a fojas 896, "Informe económico sobre licitación Terminal Mar en Puerto Exterior de San Antonio", de Patricio Arrau; a fojas 996, "Presentación ante el TDLC del modelo de negocios del Puerto de Gran Escala de San Antonio", de Ronald Fischer; a fojas 1659, "Análisis de Eficiencia Operacional para Distintas Alternativas de Adjudicación de Terminales del Puerto de Gran Escala de San Antonio", de Marcelo Olivares y Pablo Jofré; a fojas 1711, "Informe económico suplementario", de Ronald Fischer; y a fojas 1730, "Condiciones de competencia en la licitación del Terminal Mar del Puerto Exterior de San Antonio: Respuesta a las objeciones de Rojas y Asociados", de Ronald Fischer.

2.22. Finalmente, por resoluciones de este Tribunal, que rolan fojas 1910 y 1915, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 31, numeral 5 del D.L. N° 211 se ordenó a EPSA informar si el PGE transferirá carga a granel, indicando si es sólida o líquida, y carga fraccionada, y luego que informara si transferirá carga a granel sólida industrial de origen mineral y toda otra especificación de carga no informada de forma previa, respectivamente. A fojas 1911, EPSA señaló que el PGE transferirá carga a granel (sólida y líquida) y carga fraccionada y que, además, la misma corresponderá a un servicio básico sujeto a la tarifa regulada denominada "Tarifa de Transferencia de Otras Cargas" o "TTOC", según se indica a fojas 340 vuelta. Luego, a fojas 1916, sostiene que el PGE sí podrá transferir carga a granel sólido y sostiene que la obligación de dar servicio y establecer tarifas públicas en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

condiciones no discriminatorias, contemplada en el inciso final de 14 de Ley N° 19.542, les impediría restringir *a priori* determinados tipos de carga.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

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

A fojas 435, ASOEX aportó antecedentes, señalando que es una entidad gremial de carácter privado que representa a los exportadores de frutas y hortalizas frescas de Chile.

Comparte el diagnóstico hecho por la Solicitante en cuanto a que la Región de Valparaíso está llegando al límite de desarrollo de su capacidad portuaria, utilizando e invirtiendo en infraestructura desde fines de los años '90 bajo la Ley de Puertos. Agrega que el PGE es cualitativamente distinto a todos los anteriores y que tendría una capacidad de transferir hasta 6 millones de TEUs anuales.

Señala que el puerto es uno de los eslabones estratégicos de la cadena de servicios que permiten el desarrollo de la actividad de exportación y que, por tanto, las condiciones que le imponga el puerto a la naviera afectan el contrato de esta última con el exportador. Además, sostiene que las prácticas anticompetitivas en un puerto tienen un gran impacto en la economía, ya que se afectan la competitividad del producto nacional en el mercado de destino.

Respecto a las condiciones de la licitación, ASOEX señala que comparte la propuesta de EPSA en lo que se refiere a mantener la restricción absoluta a la integración horizontal, pero discrepa de la propuesta de establecer un umbral de un 80% para la restricción a la integración vertical, sugiriendo en cambio que dicho umbral sea de un 40% o que se disminuya sustancialmente el propuesto por EPSA.

Finalmente, ASOEX señala que debiese establecerse una obligación de continuidad de servicio en las Bases, al menos para el caso del transporte de productos perecibles, y exigir garantías para que ella sea efectiva.

3.2. Inversiones Neltume Limitada (“Neltume”)

A fojas 462, Neltume aportó antecedentes, indicando, en primer lugar, que es controladora del Terminal Pacífico Sur de Valparaíso (“TPS”).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Respecto a la Solicitud formulada por EPSA, comparte que se promueva el desarrollo de la infraestructura portuaria del país, pero señala que existen inquietudes que aún no tendrían respuesta fundada en antecedentes ciertos, objetivos y concluyentes que permitan avanzar en el desarrollo del PGE.

En primer lugar, cuestiona la ubicación donde se emplazará el PGE. Afirma que las posibilidades no se limitan al Puerto de San Antonio y añade que el mismo Plan detectó al menos cuatro ubicaciones potencialmente aptas para instalar un PGE en Chile. Asimismo, agrega que falta realizar estudios previos para disponer de la información necesaria para responder esta interrogante. Indica que EPSA tampoco menciona en su Solicitud cuáles serían las razones técnicas, económicas y sociales por las que convendría ubicar el PGE en el Puerto de San Antonio.

En segundo lugar, sostiene que también es incierto cuál es la mejor oportunidad para el inicio de las operaciones de este PGE. Neltume afirma que la Solicitud de EPSA se basa en estimaciones de demanda existentes al año 2013 y que el mismo Plan exigía contar con un “modelo predictivo de la demanda”, desconociéndose si éste existe. Agrega que, aun utilizando la proyección de la demanda presentada por EPSA, sobreestimada a su juicio, la infraestructura portuaria existente cuenta con capacidad suficiente para hacerse cargo del crecimiento proyectado.

Afirma que en el desarrollo del PGE de San Antonio están en juego grandes inversiones públicas que afectarán la relación de la demanda con la oferta ofrecida en el mercado respectivo. Asimismo, sostiene que existen impactos negativos en los mercados cuando se anticipan inversiones, pues se estaría generando de forma artificial una oferta cuando aún no se ha verificado la real necesidad de la misma.

En cuanto a las condiciones de competencia que debiesen considerarse en la licitación y posterior operación de los frentes de atraque de la Región de Valparaíso frente a la introducción de un nuevo terminal, Neltume indica estar a favor de la eliminación de la restricción a la integración horizontal por las siguientes razones: (i) no parecen existir riesgos serios y relevantes derivados de una eventual integración horizontal, dado que el mercado relevante presentaría altos niveles de madurez y competitividad; (ii) no se aprecian los beneficios de la restricción, pudiendo resultar más perjuicios que ganancias; y (iii) los riesgos se pueden contrapesar y mitigar con los demás resguardos legales y reglamentarios vigentes propuestos por la Solicitante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ahora bien, en caso de aprobarse la restricción a la integración horizontal propuesta, indica que se generan dudas respecto a cuál sería el plazo para que los incumbentes opten entre la concesión que operan y la nueva que se adjudiquen. Asimismo, no sería claro cuál es el plazo para realizar las desinversiones necesarias cuando un incumbente opta por la nueva concesión portuaria. En particular, Neltume recomienda que el primer plazo se contabilice desde la fecha de entrega de la concesión y que el segundo se cuente sólo desde que se ejerza dicha opción. Además, solicita que para el caso de TPS y sus relacionadas, se especifique que el plazo para desinvertir o enajenar su participación en otras concesiones debe coincidir con el término de la concesión portuaria actualmente conferida a favor de TPS, pues sólo le quedarían dos años y una desinversión por tal plazo no sería factible, traduciéndose esta exigencia en un pesado gravamen que generaría desincentivos importantes para quienes opten por la licitación del Terminal Mar.

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

A fojas 479, AGUNSA aportó antecedentes, en su calidad de agente de naves, afirmando que no es oportuno convocar a la licitación que propone EPSA, pues las cifras en la industria mostrarían que existe infraestructura portuaria suficiente para atender la demanda proyectada de transferencia de carga en contenedores.

En cuanto a la restricción a la integración vertical propuesta, sostiene que en ningún caso debiese ser un umbral superior a un 40%, atendida la concentración de los participantes en el mercado.

Por otro lado, afirma que el Estado, mediante la construcción del PGE, ha decidido intervenir la infraestructura portuaria afectando las condiciones de competencia en el mercado relevante lo que, inevitablemente generará distorsiones. Asimismo, discute sobre la ubicación elegida para el PGE, atendido el historial sísmico de la región y sus consecuencias. Por último, cuestiona la experiencia requerida en el borrador de Bases de Licitación del Terminal Mar propuestas por EPSA, porque sólo permitiría la participación de los actuales operadores TPS y San Antonio Terminal Internacional (STI).

3.4. SSA Holding International Chile Limitada (“SSA”)

A fojas 524 aportó antecedentes SSA, en calidad de inversionista del sector portuario, especialmente en el concesionario del Molo Sur de San Antonio, con una participación de un 50%.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En su presentación indica, en primer lugar, que el mercado relevante del producto corresponde al de servicios portuarios prestados a distintos tipos de carga: fraccionada, en contenedores y graneles. Luego, cuestiona la ausencia de información sobre la segunda fase del proyecto, lo que genera incertidumbre respecto a las condiciones competitivas en el mercado relevante de la Región de Valparaíso y las que enfrentará quien se adjudique el Terminal Mar. En tercer término, respecto a la propuesta de EPSA sobre restricción a la integración vertical, señala que difiere de ella porque no se observan factores importantes que hagan variar el umbral del 60%. Finalmente, en cuanto a la restricción a la integración horizontal, afirma que no existen argumentos que la justifiquen en Valparaíso y que EPSA no ha entregado antecedentes que sustenten los dos riesgos que argumenta en su presentación, más si la entrada del concesionario es mediante licitación y es la misma EPSA la encargada de diseñar un proceso que incentive la participación de nuevos entrantes (agrega que esta es la misma conclusión a la que arribó el Tribunal en el Informe N° 8/2012).

3.5. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (“Minecon”)

A fojas 539, el Minecon aportó antecedentes. En su presentación complementa lo señalado por la Solicitante respecto del mercado relevante del producto, indicado que el Terminal Mar no sólo será capaz de atender naves de clase triple E, sino que también prestará servicios a un conjunto de naves más pequeñas. Respecto del mercado relevante geográfico, agrega que la Macrozona Central es más amplia que la Región de Valparaíso y su área de influencia alcanza zonas donde existen otros terminales portuarios públicos para carga general.

Respecto a la restricción a la integración horizontal propuesta por EPSA, manifiesta la necesidad que se mantengan las limitaciones a la integración horizontal establecidas por este Tribunal a partir del año 2009. Agrega que no se advierten cambios en el mercado relevante, respecto de los procesos de licitaciones anteriores, que hayan atenuado los riesgos para este proceso. En cuanto a la regla de integración vertical, considera que su flexibilización es beneficiosa para la competencia *ex ante*, pero a su vez implica un riesgo de conductas anticompetitivas por parte de un concesionario integrado verticalmente. Finalmente, respecto a este punto, se refiere a la posibilidad de aumentar el umbral de participación por parte del total de usuarios relevantes, pero sólo en la medida en que se evalúe detalladamente el establecimiento de restricciones a la integración vertical adicionales y específicas por cada tipo de usuario.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.6. Cementos La Unión S.A. (“CLUSA”)

A fojas 599, CLUSA aportó antecedentes, explicando que es una empresa dedicada a la producción y comercialización de cemento, usuaria del Puerto de San Antonio. Señala que la producción del producto que comercializa requiere “*clinker*” (que corresponde a la materia prima principal para la elaboración del cemento), el cual es importado actualmente desde Perú y cuyo transporte es a granel por barcos que llegan a dicho puerto, para luego ser llevado en camión hasta su planta ubicada en San Juan. Agrega que la elección de la ubicación de dicha planta se debió precisamente a la cercanía con el Puerto (aproximadamente 15 Km de distancia de éste).

CLUSA destaca que la Solicitud de EPSA se indica que el Terminal Mar atenderá “prioritariamente” carga en contenedores. A esto se suma el hecho que el Puerto de San Antonio habría cambiado las condiciones para la carga a granel por lo que ha debido disminuir las importaciones de *clinker*, perjudicando su negocio.

Solicita al Tribunal que se aclare el tratamiento que tendrá la carga a granel dentro del nuevo régimen prioritario que tendrá la carga en contenedores, indicando si dicho régimen provocará algún tipo de perjuicio para los usuarios que importan carga de material sólido a granel.

Por último, a fojas 1162, CLUSA aportó antecedentes adicionales respecto a la operación de descarga de graneles sólidos.

3.7. Comité Sistema de Empresas Públicas (“SEP”)

A fojas 616, el SEP aportó antecedentes indicando la importancia del desarrollo del proyecto del PGE de San Antonio y sosteniendo que concuerda con el análisis relativo a los cambios que se han observado en la industria naviera.

Respecto del mercado relevante geográfico, afirma que se debe tener presente que la Macrozona Central es más amplia que la Región de Valparaíso y que el área de influencia alcanza zonas donde existen otros terminales portuarios públicos para carga general como Coquimbo. En cuanto al mercado relevante del producto, señala que el Terminal Mar no sólo será capaz de atender naves de clase triple E, sino que también prestará servicios a un conjunto de naves más pequeñas.

Por su parte, señala que concuerda con la restricción respecto a la integración horizontal solicitada por EPSA y que, en relación con la restricción de la integración

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vertical, estima que es necesario realizar un análisis profundo de cada usuario y el potencial riesgo de eventuales conductas contrarias a la libre competencia para efectos de definir de esta forma los umbrales límites de participación que serán permitidos en la sociedad concesionaria.

Además, el SEP sugiere incorporar los siguientes resguardos conductuales: (i) sancionar como causal de incumplimiento grave la entrega de información errónea o falsa respecto de información relativa a mallas societarias de los accionistas de cada concesionario y toneladas movilizadas en el frente de atraque concesionado, distinguiendo por cada tipo de carga y por cada uno de los eslabones del proceso, con exclusión de los agentes de muellaje; (ii) que la verificación de los resguardos estructurales sea realizada por una empresa auditora externa al concesionario; (iii) que el contrato de concesión establezca que el concesionario deberá proporcionar a EPSA toda la información respecto de las relaciones de sus accionistas con sus personas relacionadas que resulten pertinentes y que, si pasado un período desde que se produce un exceso de participación no se ha procedido a enajenar dicho exceso, se entienda por ese solo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, pudiendo EPSA poner término a la concesión; (iv) respecto a las tarifas de los servicios especiales, sugiere incorporar la obligación de expresar en las notas de los estados financieros el aporte total de los servicios especiales, pudiendo EPSA negarse a efectuar su registro en caso de no adecuarse a condiciones de mercado, y que, además, se incluya una clasificación de los servicios especiales y los básicos, incorporando una metodología para diferenciarlos. En la misma línea, propone auditar anualmente la clasificación de servicio básico o especial y que, en caso de discrepancia, estos antecedentes sean enviados a la FNE quien deberá resolver el asunto en forma vinculante; (v) aplicar a la sociedad anónima de giro exclusivo que ha de formar el concesionario, en lo posible, las reglas establecidas en el artículo 50 bis de la ley N° 18.046, especialmente en cuanto a la creación de un comité de directores y a los deberes y obligaciones establecidos para éstos y agrega que resulta necesario establecer un oficial de cumplimiento que dependa directamente del referido comité de directores.

Finalmente, a fojas 1777, el SEP complementó los antecedentes aportados, profundizando respecto a las etapas del proyecto del PGE y ofreciendo una propuesta de gatillos para su implementación. Así también, respecto a la integración vertical, las tarifas de servicios especiales y al rol de la autoridad portuaria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.8. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”)

A fojas 635, aportó antecedentes el MTT indicando que el aumento proyectado de la demanda y los aumentos de ofertas determina la necesidad de contar con nueva infraestructura portuaria para que inicie sus operaciones en la ventana temporal 2027 y 2030.

Aclara que la inversión tardía afecta gravemente las condiciones de competencia del mercado, mientras que inversión prematura de nuevas infraestructuras portuarias tiene un menor impacto potencial, pues correspondería, en términos estrictos, al costo financiero de la inversión en las obras de uso común (molo de abrigo y eventuales accesos terrestres).

También, en cuanto al mercado relevante agrega que el Terminal Mar no sólo será capaz de atender naves de clase triple E, sino que también prestará servicios a un conjunto de naves más pequeñas y que la Macrozona Central es más amplia que la Región de Valparaíso y el área de influencia alcanza zonas donde existen otros terminales portuarios públicos para carga general.

En cuanto a las restricciones a la integración vertical y horizontal, manifiesta la necesidad que se mantengan las limitaciones a la integración horizontal y plantea la necesidad de realizar un análisis profundo de cada usuario y su potencial riesgo de conductas contrarias a la libre competencia a efectos de definir los umbrales de la integración vertical.

Además, recomienda nuevos resguardos conductuales, estos son: (i) incluir en el manual de verificación de indicadores, los resguardos necesarios para que las empresas portuarias cuenten con toda la información necesaria de parte de los concesionarios; (ii) que la verificación del cumplimiento de los resguardos estructurales sea efectuada por una firma auditora externa a la sociedad concesionaria y que se entregue a la empresa portuaria; (iii) respecto a la clasificación de servicios básicos o especiales, comparte la propuesta de EPSA, pero la considera insuficiente, por ello solicita considerar la incorporación de una metodología para clasificación, además de exigir que las condiciones que definen el tipo de servicio se mantengan en el tiempo para conservar tal clasificación. Sugiere al respecto la realización de una auditoría anual y que, en caso de existir diferencias, estas sean remitidas a la FNE a fin de que las resuelva.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por último, a fojas 1750, el MTT complementó los antecedentes aportados refiriéndose a la política pública detrás del PGE, las características del mercado y propuestas de resguardos de la competencia.

3.9. Empresa Portuaria de Valparaíso (“EPV”)

A fojas 651, aportó antecedentes EPV indicando que este Tribunal no sólo debe analizar las condiciones de competencia en la Región de Valparaíso sino también el valor de los demás puertos del país, de manera que no se perjudique su desarrollo y existencia.

Sostiene que la proyección del aumento de la demanda de EPSA es muy optimista en relación con la realidad del mercado, por lo que el desarrollo del PGE generará una capacidad ociosa que afectaría las inversiones en los otros frentes de atraque en la Región de Valparaíso.

En cuanto al tamaño de la nueva unidad de negocios que se plantea crear, señalan que es esencial que los actuales competidores puedan enfrentar al entrante, lo que no podrá ocurrir si se concretiza el proyecto que propone EPSA. Dado lo anterior, sugiere que se determinen los parámetros para establecer unidades de negocio comparables con las actuales.

Respecto a la regla de integración horizontal, EPV sostiene que se debe permitir la integración horizontal con las siguientes condiciones en el mercado portuario de la Región de Valparaíso: (i) que se mantenga el mercado relevante de la Región de Valparaíso con al menos cuatro operadores distintos; (ii) que, como máximo, cada operador pueda operar dos terminales; y, (iii) que los terminales a operar por un mismo operador no sean adyacentes, así como tampoco puedan compartir infraestructura. Por su parte, indica que razonable mantener la restricción vertical en un umbral del 60%, dado que estima como prioritaria la eliminación de restricción a la integración horizontal.

En cuanto al establecimiento de un índice mínimo como factor de adjudicación indica que su incorporación sólo podría justificarse en caso de que el nuevo terminal sea de un tamaño significativamente mayor al de los demás actores presentes en la Región de Valparaíso. Por otro lado, respecto del mecanismo de desempate propuesto, sostiene que este ha demostrado no tener mérito alguno para proteger la competencia que se da “en la cancha”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Respecto de la reducción del plazo para solicitar el *ius variante*, señala que concuerda con lo propuesto por EPSA y recomienda que sea este Tribunal quien sea el encargado de fijar las modificaciones solicitadas.

Agrega que está conforme también con las propuestas relativas a reclasificar servicios especiales en básicos, la existencia de un canon variable y la adecuación del Dictamen N° 1045 a puertos privados, debiendo considerarse también las demás reglas que este Tribunal considere necesarias en virtud de estos autos.

Finalmente, EPV acompañó el informe “Condiciones de competencia de la licitación del Terminal Mar del Puerto Exterior de San Antonio” de Rojas y Asociados, en su versión preliminar a fojas 862 y su versión definitiva a fojas 1237.

3.10. Puerto Central S.A. (“Puerto Central”)

A fojas 693, aportó antecedentes Puerto Central indicando en primer lugar que es la actual concesionaria del Frente de Atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio.

Luego, destaca el problema de inconsistencia dinámica que se generará dada la fecha de licitación del Terminal Mar del PGE e indica que lo que se defina a propósito de la Solicitud de EPSA puede basarse en un contexto de mercado totalmente distinto al cual se enfrente el concesionario cuando inicie operaciones. Atendido lo anterior, propone tramitar la presente solicitud más adelante cuando exista infraestructura real para licitar que sea construida por EPSA.

En cuanto a la restricción a la integración vertical propuesta, afirma que es necesario mantener los resguardos dentro de un 40% al 60%, debido al escenario actual de la industria naviera. Añade además que se debe considerar como usuario relevante las líneas navieras dedicadas al transporte de carga de contenedores, sea por sí o por asociación con terceros.

Por último, sostiene que el Tribunal debe tener en cuenta las eventuales asimetrías regulatorias que se generen, las que pueden impactar negativamente a la competencia entre los puertos de la Región de Valparaíso en lugar de promoverla. Por lo que se debe instar por una simetría regulatoria entre todos los frentes de atraque de la Región de Valparaíso, al menos respecto de aquellos con capacidad para movilizar carga en contenedores

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.11. Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. (“CAMPORT”)

A fojas 715, aportó antecedentes CAMPORT, indicando que en la propuesta de EPSA falta precisar cuáles serán las reglas en materia de financiamiento de las obras de abrigo y posterior recuperación de los dineros que sean desembolsados por el Estado para tal fin, dado que, sin un análisis claro de dichas materias, la nueva Tarifa Única Portuaria podría ser excesivamente alta lo que impactaría en la competitividad del PGE.

Afirma que no hay claridad respecto de una política de inversión o financiamiento estatal, como la que está detrás de EPSA y que esta va en desmedro de la expansión de la infraestructura portuaria en otras zonas del país.

Añade que es necesario el impulso al funcionamiento efectivo de la Comisión Nacional para el Desarrollo Logístico (CONALOG), pues no ha funcionado con la regularidad esperada, pese al consenso del sector que el estancamiento se debe a la falta de coordinación.

En otras materias, cuestiona que EPSA se autodenomine la “autoridad del corredor ferroviario”, dado que las empresas portuarias no tienen calidad de autoridad en materia ferroviaria, ni siquiera si se interpreta ampliamente sus funciones legales.

En cuanto a la prohibición a la integración horizontal, sostiene que esta no se condice con el escenario competitivo actual en el mercado relevante y se pueden establecer otros resguardos como ocurrió en el caso del Informe N° 8 del Tribunal. En cuanto a la regla de integración vertical, indica que, si bien la propuesta de EPSA va en línea con aumentar la flexibilización, de todos modos, su mantención debe pasar por el análisis concreto de eficiencias detrás de dicha integración, especialmente frente a los riesgos reales que la misma pudiera acarrear. Sostiene que se deben verificar si los riesgos pueden o no ser mitigados por reglas conductuales menos lesivas que una medida estructural que termine por afectar la competencia en el mercado (como resguardos propuestos en Informe N° 6/2009).

Finalmente, a fojas 1302, aportó un informe denominado “Conectividad ferroviaria del sistema portuario nacional - Documento de análisis”.

3.12. SAAM Puertos S.A. (“SAAM”)

A fojas 750, SAAM aportó antecedentes, indicando que se debe considerar que ninguno de los actuales puertos de la región (ni del país) será capaz de atender la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señalada nave de diseño, por tanto, lo que se licitaría por EPSA será un cuasi monopolio o, al menos, un agente con poder de mercado sustancial. Añade que la entrada en operación del PGE de San Antonio a la zona central redefinirá sustancialmente la estructura y características de la competencia entre los distintos frentes de atraque que participan en dicho mercado y que, además, podría extender su área de influencia a otras regiones del país.

Respecto a la prohibición absoluta de la integración horizontal absoluta sostiene que se debiera aplicar a partir de la entrada en operaciones efectiva de la concesión del Terminal Mar. De esta forma, el concesionario que posee una concesión vigente estaría obligado a enajenar su participación en el terminal que originalmente se encuentra operando.

Concuerda con la solicitud de EPSA de hacer aplicable a los puertos privados de la región las reglas sobre restricciones, de forma tal que los destinatarios de la restricción a la integración horizontal debiesen ser tanto la concesionaria del PGE como todas las personas relacionadas a ésta que tengan participación en otro frente de atraque de uso público de la región que provea servicios portuarios de carga general, con independencia de si dicho frente de atraque tiene carácter estatal o privado.

Respecto de aumentar el umbral de restricción de integración vertical permitido, afirma que es contraproducente para la libre competencia, dada las características particulares y no replicables del Terminal Mar, así como las condiciones del transporte marítimo mundial de contenedores en servicios en línea. Considera que se debe fijar un umbral similar al de sus criterios históricos y en todo caso inferior al 80%.

3.13. Minera Los Pelambres (“MLP”)

A fojas 782, MPL aportó antecedentes. Sostiene que es parte de Antofagasta Minerals, grupo minero dedicado a la explotación y producción de concentrado de cobre y molibdeno para sus clientes y que utiliza el puerto de San Antonio para almacenar y exportar concentrado de molibdeno. Señala que considera necesario que el Tribunal clarifique e identifique quiénes serán calificados como usuarios relevantes para efectos de la restricción vertical que se defina para esta licitación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

A fojas 796, aportó antecedentes la FNE. Indica que en este caso se debe realizar una proyección de condiciones de competencia para el año 2026, ya que en tal año comenzaría la operación del Terminal Mar, lo que implica grandes dificultades debido a la complejidad de anticipar los cambios que se producirían en el mercado.

Define el mercado relevante del producto como aquel de *“los frentes de atraque de uso público que puedan atender naves newpanamax, y potencialmente post-newpanamax [que corresponderían a los Portacontenedores Clase E], para cada uno de los tipos de carga, esto es, carga en contenedor, fraccionada, graneles sólidos y graneles líquidos”*. En cuanto al ámbito geográfico señala que éste comprende la Región de Valparaíso. Concluye que en este mercado existen factores que impedirían una entrada oportuna de competidores y elementos que limitarían la competencia efectiva que pudieran ejercer los incumbentes. Además, que existen riesgos de un eventual ejercicio de poder de mercado por parte del Terminal Mar, con especial énfasis en la carga en contenedores, lo que justifica adoptar medidas más prudentes que las solicitadas por EPSA.

Respecto a la restricción a la integración horizontal, sugiere mantener la restricción absoluta, pues permitir dicha integración actuaría como una barrera a la entrada para este mercado. Asimismo, levantarla reduciría de forma considerable la presión competitiva *ex post*, lo que se amplificaría por la escala del Terminal Mar en relación con el resto de los concesionarios en el mercado relevante. Añade que, además, dada la incertidumbre sobre condiciones del mercado en el momento de inicio de operaciones del nuevo terminal, la competencia *ex ante* tiene limitaciones para emular el resultado de competencia *ex post*.

En cuanto a las restricciones a la integración vertical, no comparte la propuesta de EPSA y, en cambio, sugiere un umbral de restricción vertical de un 40% o no superior a un 60%, sujeto a la posibilidad de incrementarlo durante la vigencia de la concesión si las condiciones de competencia son más favorables que las estimadas inicialmente. Afirma que se deben tener mayores antecedentes para justificar los beneficios de la integración vertical como la que propone la Solicitante para flexibilizar dicha regla y en particular, que dichas eficiencias esperadas debieran ser verificables, inherentes y aptas para compensar los potenciales riesgos.

Por otro lado, sugiere evaluar la posibilidad de modificar la planificación propuesta por EPSA, adelantando la entrada del Terminal Tierra y postergando la segunda

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fase del Terminal Mar. Afirma que es relevante la definición de la oportunidad en que el concesionario del Terminal Mar realizará la ampliación (que corresponde a la segunda etapa del Terminal Mar conforme con el proyecto obligatorio de inversión contemplado en el borrador de Bases de Licitación), pues el concesionario tiene incentivos a iniciar la explotación de la extensión cuando se alcance el tope máximo rentable de congestión en la parte que está operativa (primera etapa del Terminal Mar), lo que podría no ser socialmente óptimo. En particular cuestiona la definición *a priori* del momento en el cual sea necesaria la inversión en capacidad por lo que el plazo de 60 meses establecido en el borrador de Bases de Licitación puede no ser el óptimo. Asimismo, respecto del sistema de multas por incumplimiento del plazo para la operación de esta segunda etapa, afirma que este debiera, al menos, considerar montos superiores a las rentas que obtendría el concesionario por operar con la congestión, para disuadir un retraso en la construcción y operación de dicha segunda etapa.

A continuación, se refiere a las variables de adjudicación propuestas por EPSA, indicando que se debe eliminar el I_{min} , pues este criterio ya ha sido desestimado por el Tribunal en Informes anteriores. Asimismo, considera que se debe eliminar el pago por desempate.

Sostiene que es indispensable que las bases consideren otorgar mayores atribuciones a la empresa portuaria para obtener información de parte de los concesionarios, especialmente, si se tiene en cuenta las dificultades constatadas por la FNE en la fiscalización de puertos realizada por la FNE (Rol N° 2315-14 FNE). Así, considera adecuado que se establezca un mecanismo específico que permita obligar a las empresas concesionarias a entregarle la información necesaria a las empresas portuarias para el cumplimiento de sus facultades legales.

Finalmente, a fojas 1086, la FNE solicita tener presente información respecto a la integración vertical, la concentración de empresas navieras, rutas de empresas navieras en Chile, estudios sobre integración vertical en Sudamérica, conectividad vía ferrocarril del PGE y situación de las cargas a granel.

II) PARTE CONSIDERATIVA

4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME

1. La Solicitud de EPSA tiene por objeto que este Tribunal emita un informe de conformidad a lo exigido en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, en relación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con los artículos 18 N° 5 y 31 del D.L. N° 211, respecto de los términos y condiciones bajo los cuales debe realizarse la licitación del Terminal Mar (en adelante la “Licitación”), uno de los dos terminales que contendrá el nuevo PGE San Antonio.

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

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

4. Asimismo, la citada Ley N° 19.542 establece, en el inciso segundo de su artículo 7°, que las concesiones portuarias deben otorgarse mediante licitación pública. Por lo tanto, la concesión portuaria del Terminal Mar del Puerto a Gran Escala de San Antonio debe otorgarse mediante un proceso de licitación pública, en el que podrán participar quienes cumplan con los requisitos establecidos en dicha ley, en el Decreto N° 104, de 24 de abril de 1998, de la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones, que establece normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 19.542 (en adelante, el “Reglamento de Licitaciones Portuarias” o simplemente el “Reglamento”) y en las correspondientes Bases de Licitación.

5. En el caso de autos, atendido que no existe en la Región de Valparaíso otro frente de atraque estatal mono o multioperado capaz de atender la nave de diseño objeto de la concesión portuaria, se cumplen los supuestos de las citadas normas para que este Tribunal emita el informe correspondiente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME

6. Respecto al desarrollo y construcción del PGE, EPSA señala que se dividirá en dos grandes fases. La primera comprende las obras de abrigo y las labores de dragado para el canal de acceso y dársena interior, además de muelle, relleno posterior, explanada de superestructura y equipamiento del Terminal Mar. La segunda fase, en tanto, comprende el muelle, relleno, explanada de superestructura y equipamiento del Terminal Tierra. A su vez, ambas fases serán desarrolladas y construidas en dos etapas.

7. En cuanto al modelo de negocios propuesto para el PGE de San Antonio, este contempla, por una parte, que el Estado sea responsable de la construcción de las obras de abrigo, acceso terrestre y áreas comunes y, por otro lado, que los concesionarios de los dos terminales del PGE de San Antonio, el Terminal Mar y el Terminal Tierra, construyan, desarrollen, mantengan, reparen y exploten la infraestructura de dichos terminales. Además, ambos terminales dispondrán de acceso vial y ferroviario, y una parrilla de vías para transportar por ferrocarril hasta el 30% o más de la correspondiente carga.

8. El Terminal Mar contará con una longitud de muelle de 1.730 metros, lo que permite el atraque de cuatro naves Portacontenedores Clase E, pudiendo el concesionario acordar con EPSA prestar servicios a naves con una envergadura mayor. Además, este Terminal tendrá una superficie suficiente para transferir anualmente 3 millones de TEUs.

9. En cuanto a las etapas del proyecto obligatorio de inversión del Terminal Mar, como se señaló, este distingue dos etapas. La primera de ellas contempla que el muelle debe encontrarse operativo dentro de un plazo de 36 meses contados desde la "Fecha de Entrega para la Construcción", la que conforme al borrador de Bases de Licitación, corresponde a la fecha que se consigne en el Acta de Entrega que firmarán las partes dentro del plazo de 90 días siguientes a la notificación por parte de EPSA al concesionario o, en falta de esta, el primer día hábil siguiente al vencimiento del plazo de 18 meses contado desde la fecha de firma del contrato de concesión (fs. 14). La segunda etapa dispone que el muelle debe encontrarse operativo dentro de un plazo de 60 meses contados desde la "Fecha de Entrega de la Concesión", que según el citado borrador corresponde al día en que EPSA otorgue la autorización provisoria que permitirá al concesionario iniciar la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

explotación de la primera etapa del Proyecto Obligatorio de Inversión o el día siguiente del vencimiento del plazo de 36 meses contado desde la fecha de firma del contrato de concesión, lo que ocurra primero (fs. 14).

10. Aclarado lo anterior, la metodología que se utilizará para resolver la presente Solicitud es la siguiente: (i) en las Secciones 6 y 7 se identificará y caracterizará el mercado en el que participará el concesionario del Terminal Mar del PGE de San Antonio; (ii) luego, en las Secciones 8 y 9 se abordarán los mecanismos de resguardo de la competencia, tanto en la Licitación como en el mercado en el que participará el adjudicatario de la misma; y (iii) por último, la Sección 10 se referirá a la conveniencia de imponer restricciones a la integración horizontal o vertical del concesionario.

6. MERCADO RELEVANTE

11. El Terminal Mar, que será licitado por EPSA, corresponde, como se ha indicado, a la primera fase del PGE de San Antonio. El PGE se construirá en el sector sur del recinto portuario, adyacente a la Plataforma Logística Internacional San Antonio (fs. 320 vuelta), y el Terminal Mar estará ubicado en el extremo oeste de dicho puerto. El PGE, por disposición del artículo 3° de la Ley N° 19.542, será un puerto público, porque es de propiedad estatal, y de uso público, ya que, por una parte, prestará servicios indistintamente a cualquier usuario que lo requiera y, por otra, la prestación de dichos servicios constituye una actividad independiente y no accesoria al giro principal de su propietario. Los puertos públicos de uso público deben prestar servicios en forma continua, permanente y no discriminatoria, los que están sometidos a ciertas exigencias, tales como velocidades de transferencias, tiempos de espera, publicidad de tarifas, entre otras.

12. Como el Terminal Mar será un puerto de uso público, sólo deberán considerarse dentro del mercado relevante aquellos frentes de atraque que sean de acceso abierto, es decir, aquellos que permitan la atención de terceros. En este sentido, tal como se ha estimado en anteriores informes sobre licitaciones portuarias (v.gr., Informes N° 9/2013 y 11/2014), deberán incorporarse dentro del mercado relevante no sólo los frentes de atraque ubicados en puertos públicos de uso público, sino también aquellos localizados en puertos privados que sean de uso público, que se encuentren dentro del mercado geográfico (cuya determinación se explicita más adelante) y que presten los servicios portuarios que deberá ofrecer el futuro concesionario del frente de atraque licitado. Los frentes de atraque de uso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

privado no constituyen una alternativa o un sustituto de los terminales de uso público, toda vez que sólo prestan servicios a los usuarios que ellos mismos determinan, los que usualmente corresponden a empresas con las que están verticalmente integrados.

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

6.1. Mercado del producto

14. El mercado del producto dice relación con los servicios que podrán ser provistos por el adjudicatario de la Licitación. Desde el punto de vista de la libre competencia, los frentes de atraque constituyen infraestructuras destinadas a prestar servicios portuarios de dos tipos: básicos o especiales. Los primeros son todos aquellos que, por las particulares condiciones de las áreas e infraestructuras objeto de la concesión, no tienen la posibilidad de ser provistos de manera alternativa en dicho frente de atraque por parte de empresas distintas e independientes del concesionario. Los servicios especiales, por su parte, son aquellos que pueden ser prestados por empresas distintas e independientes del concesionario y para cuya provisión no es necesaria la infraestructura que se entrega en concesión por medio de la Licitación.

15. No ha existido mayor controversia en estos autos respecto de la definición del mercado relevante del producto. En términos generales, los aportantes de antecedentes y EPSA han seguido el criterio de anteriores informes en esta materia, señalando que el mercado del producto estaría constituido solamente por los servicios básicos. En cambio, indican que los servicios especiales no formarían parte del mercado relevante del producto. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de reclasificación de los servicios básicos a especiales que trata la Sección 9.

6.2. Capacidad de la infraestructura

16. Un segundo elemento que se debe considerar al momento de definir el mercado relevante del producto es la nave de diseño que podrá atender el

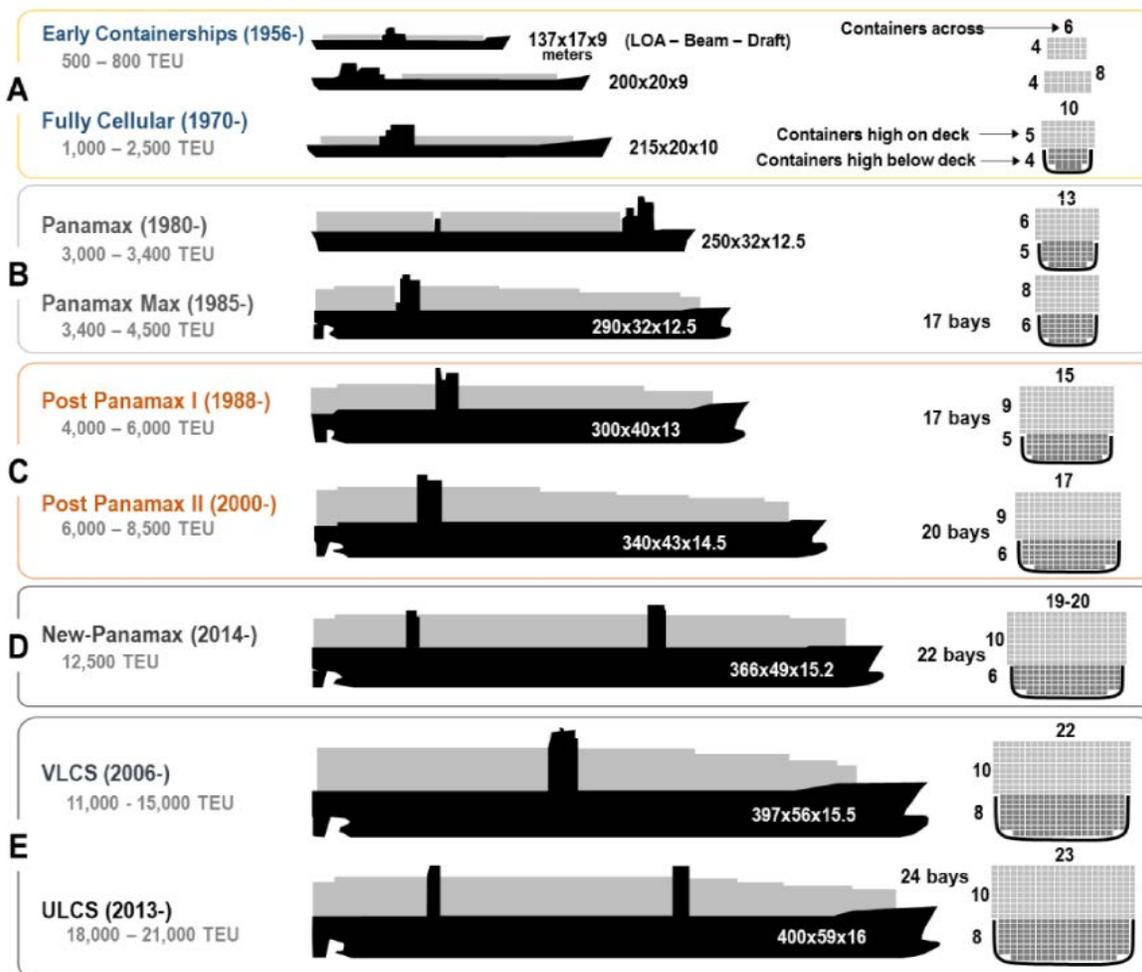
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adjudicatario de la Licitación, lo que depende de la longitud y profundidad de los sitios que conformarán el Terminal Mar y la aptitud de expansión de los otros frentes de atraque.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Figura N° 1
“Evolución de las naves portacontenedores”



Nota: Respecto a las naves Clase E, dicha categoría se ha denominado también *post-newpanamax* (Ver: Monfort, A. (2015). Tráfico portuario de contenedores: una visión holística de su impacto desde la innovación. International Conference on Regional Science, p. 6. Recuperado de: <https://old.reunionesdeestudiosregionales.org/Reus2015/htdocs/pdf/p1367.pdf> [última vista: 25 de junio de 2020])

Fuente: Cuadro citado por FNE en su aporte de antecedentes (fs. 805 vuelta). Recuperado de: http://1/transportgeography.org/?page_id=2232, [última vista: 25 de junio de 2020].

18. En su Solicitud, EPSA señala que los sitios tendrán una dimensión mínima de 430 metros de eslora y 17 metros de calado, por lo que la nave de diseño del Terminal Mar corresponde a la nave Portacontenedores Clase E la cual posee una eslora de diseño mínimo de 397 metros, una manga de 56,4 metros y un calado de 15,5 metros (fs. 321). La Solicitante agrega que cada terminal del PGE de San Antonio podrá atender simultáneamente cuatro de estas naves. Sin perjuicio de ello, indica que el concesionario del Terminal Mar podrá proponer la atención de naves de mayor envergadura, previo acuerdo con la empresa portuaria.

19. Respecto a este último punto, la Fiscalía sostiene que es un escenario posible, pues las naves portacontenedores presentan una mayor tasa de crecimiento

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

respecto a otras naves como las graneleras y petroleras (las primeras han aumentado en un 90%, en toneladas a movilizar, en el período 1996 a 2015, mientras que las últimas, registran un aumento de 55% y 21%, respectivamente) (fs. 805 y 805 vuelta).

20. En cuanto al tamaños de las naves que podrán recalar en el Terminal Mar, la FNE señala que el mercado debería restringirse a los terminales que tengan la capacidad de atender naves *newpanamax* (Clase D) y *post-newpanamax* (Clase E), puesto que *“el traslado de carga por buques de menor tamaño atendidos por terminales de menor escala no sería sustituto válido ante las altas economías de escala de los buques newpanamax y post-newpanamax, ni la mayor eficiencia de operación en los terminales que atienden este tipo de naves”* (fs. 806).

21. En línea con lo expuesto precedentemente, este Tribunal ha señalado en informes anteriores que dentro del mercado relevante se deben considerar no solamente los frentes de atraque que sean capaces de atender la nave de diseño de la Licitación, sino también aquellos que potencialmente puedan hacerlo. Así, por ejemplo, en los Informes N° 9/2013, N° 10/2014 y N°11/2014, relativos a las licitaciones de los frentes de atraque del Puerto de Puerto Montt, del Puerto de Iquique y del Puerto de Antofagasta, respectivamente. En este caso, se seguirá el mismo criterio, por lo que los posibles sustitutos del frente de atraque objeto de la Licitación son todos aquellos que actualmente atiendan a una nave de tipo Clase D y que potencialmente tengan la capacidad de atender a una nave de Clase E.

22. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener en consideración la presión competitiva que enfrentará el Terminal Mar por parte de los puertos que atienden naves de menor tamaño (Clase C). Si bien estos terminales no pueden considerarse sustitutos del Terminal Mar, por su menor envergadura, sí limitan en algún grado la capacidad que este tiene de ejercer poder de mercado. Esto se explica porque los servicios portuarios son parte de la cadena de transporte de un bien determinado, es decir, su demanda es derivada. Así, quienes demandan servicios portuarios básicos deciden cómo movilizarán la carga optimizando todos los costos de la cadena, en otras palabras, consideran conjuntamente los precios cobrados por las empresas navieras y por los puertos. De esta manera, es razonable predecir que, si el precio cobrado por el Terminal Mar fuese mucho mayor al cobrado por los puertos de menor tamaño, las empresas importadoras y exportadoras seguirán transportando sus bienes a través de estas naves más pequeñas que recalen en dichos puertos, aun cuando las naves más grandes (Clase D y E) les permitan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

alcanzar mayores economías de escala y, por tanto, menores costos de transporte marítimo. Lo anterior se sostiene siempre y cuando los puertos tengan capacidad ociosa que les permita ofrecer el servicio de transporte y así disciplinar el actuar del Terminal Mar.

23. Dicha presión competitiva podría ser relevante al menos en los primeros años de operación del Terminal Mar, considerando que las proyecciones de demanda muestran que para el año 2025 menos del 20% de los buques portacontenedores que arriben a San Antonio serán Clase E (menos del 5% para Valparaíso) y que recién hacia 2045 se proyecta una mayor concentración de estas naves en las costas de Chile (fs. 805 vuelta y 806). En la misma línea, el informe económico acompañado a fojas 996 por EPSA, indica que en 2030 aún no recalarían naves del tamaño de la nave de diseño y que, incluso, después de esa fecha una “fracción importante de los servicios será con naves de tamaño inferior” (fojas 1016).

6.3. Tipo de carga

24. Un tercer aspecto a considerar al momento de definir el mercado relevante del producto es la carga que se transportará a través del Terminal Mar. EPSA señala que este último atenderá prioritariamente naves portacontenedores, lo que se justificaría en el mayor crecimiento del transporte de carga en contenedores experimentado en la Región de Valparaíso en los últimos años en relación a otros tipos de carga y en la tendencia global hacia el abandono de buques de cámara o frigoríficos en favor de contenedores refrigerados (*reefer*), aprovechando las economías de escala y densidad obtenidas por el incremento en capacidad de estas naves.

25. La FNE tiene una opinión distinta. De acuerdo con dicho organismo, se deben considerar las otras cargas que habitualmente se transportan en los terminales portuarios. A este respecto, indica que *“se debe tener presente: (i) el carácter multipropósito del mismo [el Terminal Mar], conforme establece la Ley de Puertos; y, (ii) que, en periodos de holguras de capacidad, el terminal igualmente competirá por otras cargas, distintas a las de su especialización. Tal es el caso de PCE [Puerto Central], especializado en contenedores, el cual, producto de la ampliación de su infraestructura en 2016, generó mayor competencia por graneles sólidos y carga fraccionada”* (fs. 804 vuelta).

26. Por su parte, a fojas 1910 y 1915, se ordenó a la Solicitante aclarar qué tipos de cargas se transferirán, en definitiva, en el Terminal Mar. EPSA señaló que, si

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

bien se priorizaría la carga en contenedores, dicho terminal podría atender cualquier tipo de carga (fs. 1911 y 1916), afirmando que la obligación de prestar los servicios básicos de forma no discriminatoria le impediría *a priori* descartar el transporte de otros tipos de carga.

27. A juicio de este Tribunal, la obligación de no discriminar establecida en la Ley de Puertos no significa que los puertos estatales deban ser multipropósito. El tipo de carga que pueden transferir los puertos tiene directa relación con la infraestructura que tengan, pues existen distintas exigencias para la transferencia de los distintos tipos de carga. Dicha infraestructura está dada por el Proyecto Obligatorio de Inversión que contemple las Bases de Licitación, así como las demás inversiones que acuerden la empresa portuaria con el concesionario. Así, por ejemplo, puertos estatales que sólo transfieren carga de granel y carga fraccionada, como el Terminal N° 1 y Terminal N° 2 del Puerto de Valparaíso, no pueden transferir carga contenedorizada y eso no implica que no cumplan su obligación legal de no discriminar.

28. La priorización de carga de contenedores señalada por EPSA es coherente con la infraestructura propuesta para los terminales y el análisis del aumento de carga que la operación del Terminal Mar, y en general el PGE, significará para la región, la que está medida según ese tipo de carga, especializada en el transporte de contenedores (Portacontenedores Clase E).

29. Respecto del segundo argumento esgrimido por la FNE -que el Terminal Mar en períodos de holgura podría recibir carga distinta a la de contenedores-, su incidencia se analizará al estudiar el impacto que el inicio de operaciones del Terminal Mar tendrá sobre las condiciones competitivas imperantes en la Sección 7 siguiente, descartándose que afecte la definición de mercado relevante.

6.4. Mercado geográfico

30. Sobre esta materia, se ha señalado que la Ley de Puertos no resulta vinculante para la determinación de la extensión geográfica de la sustituibilidad entre puertos, siendo necesario establecer lo que en esta industria se conoce como "*hinterland*", esto es, el área de influencia geográfica que tiene un determinado puerto (v.gr. Informe N° 11/2014), en este caso el Puerto de San Antonio. Por consiguiente, lo importante es revisar las distancias que existen entre los puertos y los respectivos centros de consumo, más que las distancias existentes entre los distintos puertos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

31. En la Solicitud se indica que el mercado relevante geográfico se acota a la Región de Valparaíso, conteste con lo señalado en informes anteriores, en particular los Informes N° 5/2009 y N° 6/2009, emitidos a propósito de concesiones otorgadas en dicha región. Sin embargo, algunos intervinientes han cuestionado esta definición, argumentando que el mercado relevante geográfico debiese ser más amplio. En particular, el Ministerio de Economía, el SEP y el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones afirman que la denominada “macrozona central” sería más amplia que la Región de Valparaíso, alcanzando el *hinterland* zonas donde existen otros terminales portuarios públicos para carga en contenedores.

32. A este respecto, es relevante considerar que en el Informe N° 4/2009 se realizó un análisis más detallado de la zona de influencia del Puerto de Coquimbo que el que podría hacerse con los antecedentes disponibles en el expediente. En ese entonces, la Empresa Portuaria de Coquimbo señaló que parte de la carga que sería movilizaba por dicho puerto utilizaba, a esa época, el Puerto de Valparaíso para su transporte, identificando, en su memoria del año 2007, a los puertos de Valparaíso y San Antonio como posible competencia. Al constatar que el año 2007 los puertos de Valparaíso y San Antonio transfirieron aproximadamente 48 y 63 veces la carga transportada por el Puerto de Coquimbo, respectivamente, la empresa afirmó que era *“poco probable que el Puerto de Coquimbo pueda disciplinar el comportamiento competitivo de los terminales portuarios de la V Región”* (Informe N° 4/2009, página 17). Sin embargo, indicó que los puertos de la Región de Valparaíso podían imponer *“un umbral máximo al ejercicio de poder de mercado del concesionario de Coquimbo, dada su escala”* (Informe N° 4/2009, página 17).

33. Al respecto, no existen en autos datos que permitan concluir que esa diferencia haya variado en el tiempo. Por tanto, puede concluirse que el Puerto de Coquimbo –y, por ende, la Región de Coquimbo– no forman parte del mismo mercado geográfico, pues si bien el PGE podría ejercer presión competitiva en puertos de otras regiones (al ser un buen sustituto de terminales que atienden naves de menor tamaño), lo inverso es poco probable, debido a las economías de escala alcanzadas y los mayores ahorros de costos que de ellas se derivan al transportar carga en naves Portacontenedores Clase E.

6.5. Definición del mercado relevante

34. De acuerdo con lo señalado precedentemente, el mercado relevante para los efectos de este informe corresponde al de la provisión de servicios portuarios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

básicos ofrecidos en los puertos de uso público de la Región de Valparaíso, que actualmente atiendan a una nave de tipo Clase D, pero que potencialmente tengan la capacidad de atender a una nave Portacontenedores Clase E, para carga en contenedores.

35. De la revisión de la información que obra en autos, no existe claridad respecto a qué terminales cuentan actualmente con capacidad para atender naves Clase D, así como tampoco existe certeza respecto a qué terminales tendrían la capacidad de expandirse para atender en el futuro a naves Clase E.

36. A este respecto la Solicitud solamente da cuenta de que el Terminal Tierra también podrá atender naves Clase E en cuanto comience su operación. Sin embargo, EPSA no ha señalado cuál sería su fecha de inicio.

37. En cuanto a los demás frentes de atraque de la Región de Valparaíso, la FNE, a fojas 806 y siguientes, afirma que los terminales operados por Puerto Central, STI y TPS tendrían la capacidad actual de atender naves Clase D, mientras que estos mismos más TCVL tendrían la capacidad potencial de atender naves Clase E, con lo cual todos debiesen considerarse parte del mercado relevante. El cuadro a continuación resume lo señalado por la FNE.

Cuadro N° 1
“Dimensiones de los frentes de atraque de la Región de Valparaíso”

Puerto o Frente de Atraque	Tipo de Carga	Largo muelle (m)	Máximos autorizados (m)			Capacidad <i>newpanamax</i>	Capacidad potencial <i>post-newpanamax</i>
			Eslora	Manga	Calado		
Oxiquim (Quintero)	Granel líquido	235	235	sin información	12.5	No	No
Ventanas (Quintero)	Granel sólido y líquido	950	245	sin información	14.3	No	No
Sito 9 (San Antonio)	Granel líquido	62.3	190	32.2	10	No	No
Panul (San Antonio)	Granel sólido	186	230	32.3	11	No	No
PCE (San Antonio)	Contenedor, granel y fraccionada	422 y 700	367	48.2	13.5	Sí	Sí

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

STI (San Antonio)	Contenedor, granel y fraccionada	842	363	48.4	13.5	Sí	Sí
Terminal Mar (San Antonio)	Contenedor, granel y fraccionada	1730	397	56.4	15.5	Sí	Sí
TCVAL (Valparaíso)	Contenedor y fraccionada	235	235	50	9.3	No	Sí
TPS (Valparaíso)	Contenedor y fraccionada	740	366	52	13.8	Sí	Sí

Fuente: Aporte de antecedentes FNE (fs. 806 vuelta)

38. Sin embargo, la conclusión a la que arriba la FNE es contradictoria con las medidas máximas autorizadas informadas por ella misma, por cuanto las naves Clase D poseen un calado mayor al permitido en los terminales operados por TPS, Puerto Central y STI. De esta manera, si bien los concesionarios podrían solicitar autorización para atender naves de esta envergadura (al tener sus sitios una profundidad un poco mayor al calado máximo permitido, como muestra el cuadro a continuación), no formaría parte de su operación habitual. Es posible corroborar esto en las memorias del año 2019 de Puerto Central y TPS, las cuales informan que solo cuentan con capacidad para atender naves Clase C (página 15, Memoria Puerto Central. Recuperado de: http://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=a4dd58194facbfdb6c57b15c338487c7VFDwQmVVMUVRVEJOUkVFMFRsUmpIRTVSUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1594332557 [última visita: 9 de julio de 2020]; y página 15, Memoria TPS. Recuperado de: http://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=0ce4308dcf4c8d62304b2684bc5a5a32VFDwQmVVMUVRVEJOUkVFMFRVUnJNazFSUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1594332640 [última vista: 09 de julio de 2020]).

Cuadro N° 2
“Calado máximo permitido y profundidad total de los terminales de Valparaíso y San Antonio”

Puerto	Terminal	Largo (m)	Sitio	Longitud (m)	Calado máximo (m)	Profundidad (m)
Valparaíso	Terminal N° 1 (TPS)	1,003	1	740	13.8	14.5
			2			
			3			
			4	383	9.4	10.0
			5			

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

	Terminal N° 2 – (TCVAL)	605	6	245	8.5	9.0
			7	120		7.0
			8	240		9.0
San Antonio	Molo Sur (STI)	930	1	390	13.5	15.0
			2	540	13.5	15.0
			3		13.5	15.0
	Costanera Espigón	1,256	CE	700	13.5	15.0
			CE		13.5	15.0
			nuevo 5	235	12.0	11.3
			5	321	7.9	8.5
7	6.3	7.0				

Fuente: Informe económico de fojas 896, ofrecido por EPSA (fs. 910).

39. Por otra parte, en cuanto a TCVAL, si bien la FNE considera que tiene la capacidad potencial de atender la nave de diseño objeto de la Licitación, esta habría puesto término anticipado a su concesión, por lo que dejaría de operar el Terminal N° 2 del Puerto de Valparaíso el año 2021, según consta en el expediente (fs. 1754), y, por lo tanto, no podría considerarse como un competidor potencial del Terminal Mar.

40. De los datos anteriores se desprende que, desde 2027 y hasta la entrada en operación del futuro Terminal Tierra, el Terminal Mar podría ser el único frente de atraque con capacidad para atender naves Clase D y Clase E, a menos que el resto de los frentes de atraque realicen las inversiones necesarias para ello con la antelación suficiente para poder competir en ese período.

7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE

41. Habiéndose determinado el mercado relevante en el que incide la Licitación, a continuación, se evaluarán las condiciones de competencia en el mismo, con el fin de realizar un análisis prospectivo de las posibilidades de ejercer poder de mercado por parte del Terminal Mar, toda vez que el solo estudio de los niveles de concentración en un mercado no es suficiente para llegar a conclusiones sobre esta materia. Para estos efectos, se presenta a continuación el análisis de las condiciones de competencia en la transferencia de carga en contenedores en la Región de Valparaíso, sin distinción por tamaño de nave atendida, donde participan TPS, TCVAL, STI y Puerto Central, sin perjuicio de lo que se indicó en la sección anterior en cuanto que solo formarían parte del mercado relevante aquellos terminales que atiendan naves clase D y superiores.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

42. Por lo anterior, se analizarán los niveles de competencia en la carga de contenedores y aquellos esperados con la entrada del Terminal Mar, así como las condiciones de entrada al mercado.

7.1. Carga transferida en la Región de Valparaíso

43. Si bien la carga relevante para efectos de este informe es la de contenedores, para contextualizar se presentará un panorama general de la totalidad de la carga transportada en la Región de Valparaíso. Esta región se caracteriza por tener una gran actividad portuaria, distribuida entre las bahías de San Antonio, Valparaíso y Quintero. Según consta en el expediente de autos, en la actualidad la Región de Valparaíso cuenta con siete frentes de atraque de uso público.

44. De estos siete frentes de atraque, cinco de ellos son operados por empresas privadas bajo el modelo establecido en la Ley de Puertos. En el caso de los frentes de atraques ubicados en el Puerto de San Antonio, los concesionarios son STI, que comenzó su operación el año 2000; Puerto Central, que opera desde el año 2011; y Panul, que opera desde el año 2000. Por su parte, en el Puerto de Valparaíso, las empresas concesionarias son TPS, que comenzó su operación el año 2000, y TCVAl, que opera desde 2014 y que informó el término de su operación para el año 2021.

45. El siguiente cuadro muestra un panorama general de la estructura del mercado en la Región de Valparaíso, en que se observa la importancia relativa de cada uno de los puertos o frentes de atraque de uso público de la zona sobre el total de toneladas transferidas, detallando las participaciones históricas en la transferencia de carga en la región.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 3

“Evolución de las participaciones de mercado sobre el total de la carga transferida por los puertos de uso público en el mercado relevante, medida en miles de toneladas entre los años 2000 y 2017”

Puerto	Frente de Atraque	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	
Puerto Valparaíso	Terminal N° 2 (EPV-TCVAL)	820 5%	774 5%	595 4%	617 4%	645 3%	533 2%	903 4%	804 3%	882 3%	517 2%	917 3%	838 3%	1084 3%	1127 3%	1480 4%	1656 5%	1433 4%	1354 4%	
	Terminal N° 1 (TPS)	3111 20%	3695 23%	3998 25%	4355 25%	5221 26%	4993 23%	6721 28%	8452 32%	9532 34%	7329 31%	8859 31%	9469 31%	9027 28%	8956 27%	9334 28%	8579 26%	8542 26%	10342 30%	
Puerto San Antonio	Espigón y Sitio 9 (EPSA)	2772 18%	2511 16%	2527 16%	2282 13%	2257 11%	2752 13%	2910 12%	2971 11%	2562 9%	1929 8%	2217 8%	2202 7%	95 0%	130 0%	124 0%	112 0%	97 0%	65 0%	
	Costanera Espigón (Puerto Central)	- -	- -	136 0%	1799 6%	1992 6%	1620 5%	1765 5%	2693 8%	4731 13%										
	Molo Sur (STI)	5080 33%	5094 32%	5268 33%	6155 35%	7282 36%	8140 38%	7577 32%	7894 30%	9178 32%	8625 37%	10663 38%	11619 38%	12661 39%	13068 39%	12010 36%	12909 38%	12902 39%	10439 30%	
	Sitio 8 (Panul)	1314 8%	1247 8%	1480 9%	1312 7%	1212 6%	1271 6%	1791 8%	1773 7%	1463 5%	1549 7%	1555 5%	1754 6%	2121 7%	2257 7%	2422 7%	2620 8%	2518 8%	2713 8%	
Puerto Ventanas		2389 15%	2748 17%	2069 13%	2834 16%	3628 18%	3883 18%	3860 16%	4383 17%	4652 16%	3618 15%	4111 15%	4783 16%	5458 17%	6117 18%	5938 18%	5928 18%	5216 16%	5413 15%	

Nota: El Terminal N° 2 del Puerto de Valparaíso fue operado por EPV hasta 2013, año en el cual empezó a operarlo TCVAL.

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada en informe económico de fojas 896, ofrecido por EPSA.

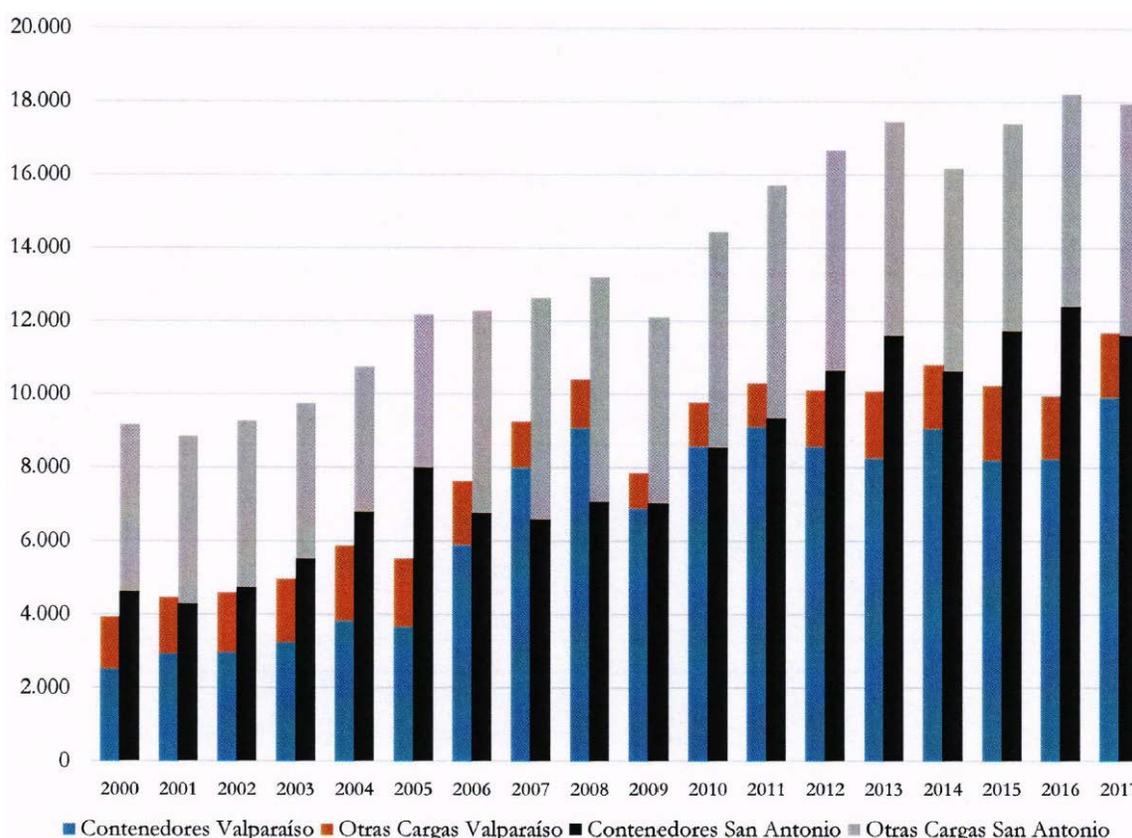
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

46. Como se puede apreciar, la carga movilizada por los puertos de la Región de Valparaíso ha aumentado sostenidamente, pasando de 15.485.000 toneladas en el año 2000 a 35.058.000, en 2017, lo que representa un crecimiento anual compuesto de un 4,9%. Los actores más grandes son STI y TPS, promediando en los últimos 5 años una participación de 36,4% y 27,1%, respectivamente. Cabe destacar, también, el crecimiento que ha experimentado Puerto Central desde su entrada en operación, alcanzando en el año 2017 un 13% de participación en el total de la carga transferida en la región.

47. Como se observa en el gráfico a continuación, el aumento que ha experimentado la transferencia de carga detallado precedentemente ha estado dominado por el crecimiento de la carga contenedorizada. Este tipo de carga pasó de representar un 46,1% del total, en 2000, hasta casi un 62% en 2017, en contraposición de las cargas fraccionadas y graneleras, que disminuyeron de 15,8% a 7,9% y de 38,1% a 30,4%, respectivamente.

Gráfico N° 1

“Evolución de la importancia relativa de cada tipo de carga transportada por los puertos de uso público del mercado relevante, medida en toneladas transferidas, entre los años 2000 y 2017”



Nota: No se incluye el Puerto de Ventanas, a pesar de que corresponde a un puerto de uso público, porque el informe no reporta dicha información en el gráfico reproducido.

Fuente: Informe económico de fojas 896, ofrecido por EPSA (fs. 915).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7.2. Carga en contenedores transferida en la Región de Valparaíso

48. Respecto de la demanda por servicios portuarios para carga contenedorizada, se debe destacar que la Región de Valparaíso concentra alrededor de la mitad de la carga contenedorizada transferida en Chile, en gran parte producto de que las exportaciones e importaciones se realizan mayoritariamente en este formato de carga (fs. 810 vuelta).

49. A este respecto, el siguiente cuadro muestra la evolución de las participaciones de mercado en los frentes de atraque de uso público existentes en la Región de Valparaíso.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 4

“Evolución de las participaciones de mercado de los puertos de uso público de la Región de Valparaíso y del nivel de concentración en el transporte portuario de carga en contenedores, medidas en toneladas transferidas, entre los años 2000 y 2017”

Puerto	Frente de Atraque	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Puerto Valparaíso	Espigón (EPV)	429 6%	500 7%	255 3%	368 4%	267 3%	192 2%	278 2%	288 2%	130 1%	78 1%	88 1%	94 1%	77 0%	44 0%	- -	- -	- -	- -
	Terminal N° 2 (TCVAL)	- -	- -	125 1%	144 1%	101 0%	68 0%												
	Terminal N° 1 (TPS)	2068 29%	2457 34%	2732 35%	2887 33%	3571 34%	3490 30%	5623 44%	7728 53%	8967 56%	6818 49%	8505 50%	9028 49%	8498 44%	8231 41%	8955 45%	8079 40%	8156 39%	9876 46%
Puerto San Antonio	Espigón y Sitio 9 (EPSA)	1528 22%	1375 19%	1396 18%	1387 16%	1328 13%	1637 14%	1331 11%	1561 11%	841 5%	763 5%	673 4%	495 3%	95 0%	130 1%	124 1%	112 1%	97 0%	65 0%
	Costanera Espigón (Puerto Central)	- -	27 0%	19 0%	228 1%	49 0%	41 0%	609 3%	2284 11%										
	Molo Sur (STI)	3076 43%	2895 40%	3329 43%	4113 47%	5442 51%	6350 54%	5417 43%	5003 34%	6211 38%	6247 45%	7854 46%	8816 48%	10619 55%	11382 57%	10574 53%	11683 58%	11787 57%	9323 43%

Notas: (1) Los frentes de atraque que transportan carga en contenedores son el Molo Sur y Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio y los Terminales N° 1 y N° 2 del Puerto de Valparaíso.

(2) La cantidad de carga transferida por EPSA considera Espigón y Sitio 9 hasta 2011, año en el que se licitó el frente de atraque Espigón a Puerto Central.

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por informe económico de fojas 896, ofrecido por EPSA.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

50. El cuadro anterior muestra que el transporte de contenedores se realiza principalmente por el Terminal N° 1 de Valparaíso, operado por TPS, y por el Molo Sur de San Antonio, operado por STI, lo que se ha mantenido relativamente estable. Sin perjuicio de lo anterior, desde 2017 se observa un aumento considerable de participación del frente Costanera Espigón del Puerto de San Antonio, operado por Puerto Central, producto de inversiones realizadas en el frente de atraque el año 2016. Con todo, su participación aún es menor a aquella que obtienen TPS y STI.

7.3. Niveles de competencia en la carga de contenedores en la Región de Valparaíso

51. En cuanto a la actual competencia observada en la región, tanto en el informe económico acompañado por EPV que rola a fojas 1237, como en los presentados por EPSA que rolan a fojas 896 y 996, se indica que existiría una intensa dinámica competitiva entre concesionarios en el transporte de carga en contenedores. En particular, el informe económico de fojas 896, apoya tal conclusión al referirse a los traslados de servicios de línea, esto es, los movimientos o cambios de contratos de las empresas navieras entre los terminales concesionados. Así, el informe sostiene que entre 2005 y 2008 se traspasaron servicios de línea por un neto de 125.000 box(contenedor)/año de STI a TPS; y que entre 2009 y 2016 ocurrió lo contrario, traspasándose servicios de línea por un neto de 90.000 box/año de TPS a STI. Asimismo, en 2017, habría habido nuevos movimientos de carga desde STI hacia TPS y, por otra parte, la entrada de Puerto Central habría aumentado la competencia en el segmento de carga en contenedores (fs. 920), siendo recurrentes los intercambios de contratos de empresas navieras entre TPS, STI y Puerto Central (fs. 955). Todo lo anterior puede visualizarse en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 5
“Traspasos de navieras entre terminales de la Región de Valparaíso”

Año	Línea/Servicio	Sentido	Box/Año
2002	MSC WC	TPS a STI	30000
2004	Hamburg Sud/Conosur	STI a TPS	15000
2006	P & O Nedloyd (Fusión Maersk)	TPS a STI	30000
2006	MSC WC + MSC Andes	STI a TPS	125000
2006	NYK/ALEX	STI a TPS	40000
2007	Hamburg Sud/Conosur	TPS a STI	15000
2009	Evergreen	TPS a STI	40000
2011	MSC WC (Serv. Conjunto CSAV)	TPS a STI	60000
2012	MSC USA	TPS a STI	30000
2014	MSC USA	STI a TPS	50000
2015	ASPA II	TPS a STI	40000
2016	MSC Europa	STI a TPS	50000

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2017	SERVICIO STRING I - Mediterranean Shipping Company	STI a Puerto Central	65000
2017	SERVICIO AC1 - Maersk Line	STI a TPS	75000

Fuente: Informes económicos de fojas 896 y 1711, ofrecidos por EPSA (fs. 956, 1719 y 1720).

52. Según la FNE (fs. 808), el alto nivel de competencia observado entre los terminales de la región que transfieren carga en contenedores también se ve reflejado en el dinamismo en las participaciones de mercado de los mismos. Dicho organismo señala que la ampliación de Puerto Central inyectó competencia al segmento de carga contenedorizada, atendido que se requiere de infraestructura especializada para poder competir en la transferencia de contenedores. Asimismo, concluye que se espera aún mayor especialización en el futuro, especialmente en periodos de congestión (fs. 810).

53. Por su parte, en el informe presentado por EPSA que rola a fojas 896, se afirma que también sería señal de la existencia de un mercado competitivo la homogeneidad en las tarifas ofertadas en la licitación del Terminal Costanera Espigón. En dicha oportunidad, *“el contexto de competencia de los otros dos terminales equivalentes [STI y TPS] permitió a los proponentes estimar tarifas eficientes y competitivas de forma muy similar”* (fs. 957). Asimismo, se sostiene que el menor índice ofertado fue un 23% inferior al índice máximo de STI, similar a lo que cobraría dicha empresa en la práctica, lo que también sería un indicio de que el mercado era competitivo a la fecha de esa licitación.

54. Atendido lo anterior, se puede concluir que a la fecha se observa un mayor nivel de competencia que el constatado en informes anteriores que estudiaron las condiciones de competencia en la Región de Valparaíso (Informes N° 6/2009 y N° 8/2012).

7.4. Niveles de competencia esperados con la entrada del Terminal Mar

55. Ahora bien, a diferencia de Informes anteriores, en esta Solicitud se plantea la construcción y operación de un puerto a gran escala que aumentará drásticamente la capacidad de transferencia instalada en la región, especialmente respecto de la carga contenedorizada. Además, dicho puerto considera la capacidad de atender a una nave de diseño que, según se revisó en la sección anterior, sólo podría ser atendida por los puertos y frentes de atraque existentes en la Región de Valparaíso si estos realizan las inversiones en infraestructura necesarias para esto. Por ello, se revisará a continuación la capacidad instalada actual para atender carga

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contenedorizada y el aumento que se contempla tras la entrada en operación del Terminal Mar, así como el impacto de dicho aumento en las condiciones de competencia en el mercado relevante.

56. En cuanto a la capacidad instalada de la región para la transferencia de contenedores, esta alcanzó un total de 3,437 millones de TEUs a finales de 2017, producto de la entrada en operación de la Fase I de Puerto Central y la expansión de STI y TPS (según se indica a fojas 910 y 911). Si bien existía un proyecto de ampliación de TCVAl para la atención de naves portacontenedores, información contenida en el expediente afirma que tales obras no se realizarán (aporte de antecedentes complementario del MTT, fs. 1754). De esta manera, la configuración y capacidad actual de los terminales de la Región de Valparaíso es la que se muestra en el Cuadro N° 6.

Cuadro N° 6
“Transferencia de carga en contenedores en la Región de Valparaíso”

Puerto	Terminal	Superficie (ha)	Rendimiento (TEUs/m/año)	Capacidad (TEUs/año)	Capacidad (TEUs/ha/año)
Valparaíso	Terminal N° 1 (TPS)	16.0	1,450	1,073,000	67,063
	Terminal N° 2 (TCVAL)	6.4	-	-	-
San Antonio	Molo Sur (STI)	29.0	1,450	1,348,500	46,500
	Costanera Espigón	29.4	1,450	1,015,000	34,512
Total		80.8		3,436,500	42,526

Fuente: Elaboración propia en base al informe económico de fojas 896, ofrecido por EPSA.

57. El PGE, una vez que esté operativo en su totalidad, agregaría 6 millones de TEUs anuales adicionales a la actual capacidad instalada en la Región de Valparaíso para transferencia de contenedores, tal como lo ha indicado la Solicitante (fs. 322). Lo anterior se cumpliría de forma escalonada en cuatro fases, en donde la entrada en operación de cada una de ellas implicaría un aumento de 1,5 millones de TEUs de capacidad: Fase 1 y 2 del Terminal Mar, y Fase 1 y 2 del Terminal Tierra. Aparte del aumento de capacidad de transferencia de contenedores por la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

construcción y operación del PGE, solo se tiene conocimiento de la eventual ejecución de obras opcionales por parte de Puerto Central el año 2031, que se espera estén en plena operación el año 2039, lo que permitiría aumentar la capacidad en otros 290.000 TEUs (fs. 912 y 913).

58. Todo lo mencionado anteriormente plantea un escenario futuro de competencia muy distinto al actual. En este sentido, si bien los informes económicos acompañados en autos coinciden en que el mercado de transferencia de contenedores es competitivo, estos presentan divergencias respecto al impacto que tendrá en la competencia la entrada en operación del Terminal Mar. Mientras en los informes económicos presentados por EPSA (fs. 896 y 996) se sostiene que las condiciones de competencia permiten la entrada de un nuevo competidor con las características del Terminal Mar, en el informe económico presentado por EPV (fs. 1237), se afirma que su entrada en operación podría ser perjudicial para la competencia.

59. Este último informe basa sus conclusiones en la supuesta asimetría de tamaño que tendrían los nuevos terminales del PGE en comparación al resto de la región (fs. 1249). En efecto, sostiene que ningún otro terminal sería capaz de recibir la nave de diseño que contempla la Licitación (fs. 1243). En este sentido, menciona que las condiciones de competencia descritas en la Solicitud debieran ser analizadas considerando la magnitud del tamaño de la unidad que se desea licitar, ya que *“un tamaño demasiado grande le entregará una ventaja al nuevo Terminal, fundamentalmente por la posibilidad que tendrá de desarrollar mayores economías de escala producto de las dimensiones del Terminal, en particular la longitud de su frente de atraque y sus áreas de respaldo”* (fs. 1244) y, por ende, *“podrá ofrecer tarifas por debajo de las que podrían ofrecer los demás terminales en condiciones de eficiencia, afectando el equilibrio competitivo del mercado relevante”* (fs. 1245). Afirma que esto se observaría con mayor intensidad en la primera etapa de operación, cuando el PGE tenga capacidad excedentaria.

60. Por su parte, el informe económico de fojas 998 ofrecido por EPSA, concuerda en que *“no habrá otro frente de atraque de la Región que pueda atender la nave de diseño del PGE”* (fs. 1002). Sin embargo, indica que otros terminales ejercerán de todos modos presión competitiva sobre PGE, pues se debe considerar que al menos hasta el año 2030 aún no recalarán naves del tamaño de la nave de diseño y que, incluso, después de esa fecha, una *“fracción importante de los servicios será con*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

naves de tamaño inferior” (fs. 1016). Indica, además, que naves grandes, aunque más pequeñas que la nave de diseño, *“pueden ser atendidas -con algunas restricciones de calado- en las actuales concesiones de STI en San Antonio y de TPS en Valparaíso, aunque en condiciones menos eficientes que en el PGE”* (fs. 1016). De esta manera, se concluye que, si se aumentara la profundidad de los frentes de atraque de Molo Sur (STI), en San Antonio, y del Terminal 1 (TPS), en Valparaíso, estos terminales podrían limitar la posibilidad de PGE de ejercer poder de mercado.

61. Por otra parte, la FNE plantea que *“la intensidad de la competencia entre estos terminales está condicionada a sus tasas de ocupación pues, como es evidente, un terminal congestionado no compite por atraer carga adicional”* (fs. 807 vuelta) y advierte que se han presentado escenarios de congestión en verano. Sin perjuicio de lo anterior, indica que en 2017 no habrían existido problemas de congestión, además de la época puntual mencionada, gracias a la expansión de Puerto Central (fs. 814).

62. En conclusión, en cuanto al impacto en las condiciones de competencia que tendría la operación del Terminal Mar, este debe ser analizado en dos segmentos. En primer lugar, el ingreso de este nuevo competidor aumentaría la competencia en la transferencia de contenedores realizada por terminales con capacidad de atender naves de Clase C (como los que existen actualmente en la región), ya que el Terminal Mar podría atender naves de dicho tamaño y superiores.

63. En segundo lugar, todo lo mencionado anteriormente plantea un escenario futuro de competencia muy distinto al actual, por cuanto la nave de diseño del Terminal Mar actualmente no puede ser atendida por ninguno de los puertos de la región. Sin perjuicio de lo anterior, en el corto plazo los terminales existentes en la región podrían ejercer presión competitiva al Terminal Mar, porque se proyecta que la mayoría de la transferencia de contenedores sea a través de naves de menor tamaño. Ahora bien, en el largo plazo, el nivel de competencia del mercado relevante dependerá de si los actuales terminales realizan las inversiones de infraestructura necesarias para atender naves de mayor tamaño. Aun así, existen otras restricciones que pueden atenuar la competencia potencial, tales como áreas de acopio limitadas, congestión en las vías de acceso a los terminales actuales y altos niveles de ocupación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7.5. Condiciones de ingreso

64. En lo relativo a las condiciones de entrada al mercado, se ha señalado en los Informes N° 6/2009 y N° 8/2012, que la Región de Valparaíso cuenta con escasas bahías naturales aptas para la instalación de nuevos puertos y que la construcción artificial de una bahía tiene altos costos hundidos, por lo que sería altamente improbable que un entrante realice una inversión de estas características (también lo sostiene la FNE en estos autos, a fojas 813).

65. En este mismo sentido, otros factores que pueden disminuir la intensidad competitiva en el mercado son la disponibilidad limitada de áreas de acopio y la congestión en las vías de acceso a los puertos, sobre lo cual no hay controversia en autos, sin perjuicio de que no existan datos empíricos para cuantificar ello. Adicionalmente, y tal como señala la FNE (fs. 814), el Terminal Mar tendría accesos exclusivos para camiones y trenes, lo que le daría una ventaja competitiva frente al resto de los puertos que forman parte del mercado relevante.

66. Adicionalmente, la FNE plantea que con la puesta en marcha del Terminal Mar se generaría una mayor concentración de la actividad en el Puerto de San Antonio, en detrimento de Valparaíso, en virtud de las economías de escala generadas en el transporte de contenedores vacíos (fs. 814).

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

8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN

8.1. Introducción

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

69. En las condiciones de competencia en la licitación resulta imprescindible que el mecanismo de asignación de la concesión sea lo más competitivo posible, ya que ello asegurará la participación de distintos oferentes y la asignación óptima del recurso escaso. Para lograr el objetivo propuesto, esto es, maximizar la competencia en la Licitación, a continuación, se analizará el marco regulatorio aplicable a la asignación en concesión de frentes de atraque estatales, las propuestas de EPSA y, finalmente, los resguardos adicionales que este Tribunal estima necesario incorporar.

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

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

71. Los principales resguardos legales y reglamentarios para la competencia en la Licitación serán analizados por materias, en el siguiente orden: (i) subsidiariedad y mecanismo de asignación de frentes de atraque estatales; (ii) modalidad de licitación y criterios de evaluación; (iii) criterios de adjudicación; (iv) criterios de evaluación; (v) Canon Anual; (vi) otros pagos establecidos en las Bases de Licitación; y (vii) contenidos mínimos, plazos, garantías y sanciones.

72. En cada una de estas materias se señalará, primero, el marco regulatorio aplicable, cuyas normas deben entenderse incorporadas en las Bases de Licitación por el sólo ministerio de la ley; segundo, la propuesta de EPSA; y, finalmente, aquellos términos o condiciones complementarias que este Tribunal estima necesarias para propender a una mayor competencia en la asignación de los frentes de atraque.

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

73. El artículo 19 de la Ley de Puertos dispone que tanto la construcción como el desarrollo de nuevos frentes de atraque deben ser efectuados por privados mediante concesiones portuarias licitadas públicamente y sólo subsidiariamente por las empresas portuarias estatales. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley de Puertos, la prestación de los servicios en los recintos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

portuarios estatales debe efectuarse por privados o con participación de éstos, y sólo subsidiariamente por las empresas portuarias estatales.

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

(ii) Modalidad de licitación y criterios de evaluación

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

76. En el borrador de Bases de Licitación, que rola a fojas 6 de estos autos, se indica que la Oferta consta de dos partes: una Oferta de Antecedentes Generales y una Oferta Económica. La primera incluye, entre otros, la identificación del oferente, la garantía de seriedad de la oferta, la acreditación de la experiencia y patrimonio del oferente, la acreditación de constitución del consorcio oferente, el Plan Referencial de Desarrollo, la designación de apoderados judiciales, la declaración jurada de aceptación de las Bases y el contrato preliminar. La Oferta Económica, por su parte, consiste en las tarifas a cobrar por los servicios básicos que ofrece el participante del proceso. Ambas deben entregarse el día del concurso. Primero procede la apertura de las Ofertas de Antecedentes Generales y, según lo establecen las Bases, la apertura de las Ofertas Económicas se realiza dentro de los 120 días siguientes a la fecha de la recepción de las Ofertas (fojas 22).

77. En relación con los criterios de evaluación de las Ofertas de Antecedentes Generales y siguiendo lo establecido en informes anteriores (como el Informe N° 11/2014), el borrador de Bases de Licitación indica que el Plan Referencial de Desarrollo deberá contener las apreciaciones del Oferente respecto de la evolución de la demanda en el Frente de Atraque, una descripción de la forma en que esta será atendida y las características de los sitios que se habilitarán, todo ello conforme con lo dispuesto en el Anexo I de dicho borrador, que rola a fojas 84.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

78. Respecto de la Oferta Económica, ésta deberá expresar las Tarifas Básicas ofertadas, según lo establece el borrador de Bases de Licitación (puntos 2.8.2 y 2.10). De esta manera, se adjudicará la concesión al oferente cuya Oferta de Antecedentes Generales haya sido preseleccionada y que presente el Menor Índice Ofertado. Según determine EPSA, las tarifas de cada servicio de la oferta que resulte adjudicada constituirán la tarifa máxima aplicable al correspondiente servicio básico, o bien podrán utilizarse para construir Índices Tarifarios Máximos reajustables por tipo de carga.

79. Lo anterior es consistente con lo señalado en anteriores informes (Informes N° 11/2014 y 6/2009), en el sentido que se debe definir un mecanismo de licitación que busque maximizar los incentivos para que los participantes compitan entre sí en función de un menor índice tarifario ofertado a los usuarios de servicios básicos, generando, de esta forma, competencia *ex ante*. Asimismo, este Tribunal concuerda que el Índice Tarifario Máximo de Reserva (en este caso, denominado I_{max}) sea secreto y conocido sólo al momento de abrirse las ofertas económicas, pues esto mejora las condiciones de oferta cuando existen pocos oferentes.

80. Adicionalmente, es esencial que se establezcan con claridad y objetividad los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las cuales una oferta puede ser desestimada y los motivos por los cuales la Licitación o cualquiera de sus etapas puede ser declarada desierta, todo lo cual será analizado a continuación.

(iii) Criterios de adjudicación

81. El artículo 9° del Reglamento enuncia los posibles criterios de adjudicación de la concesión que EPSA puede emplear, siendo decisión de dicha empresa usar uno o varios de ellos, u otro distinto. El borrador de Bases de Licitación indica en el punto 2.10 (“Adjudicación de la Concesión”) que:

- a) La concesión se adjudicará al oferente cuya oferta económica iguale el Índice Mínimo que pueden arrojar las tarifas básicas propuestas en las ofertas económicas (en adelante “I_{min}”) como índice de tarifas ofertado.
- b) Si más de un oferente iguala el I_{min}, la concesión se adjudicará al oferente que proponga el mayor Aporte para Bienes Comunes del Puerto Exterior, en los términos contemplados en la letra b) del punto 2.9.6 del borrador de Bases de Licitación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- c) Si ningún oferente iguala el I_{min} , la concesión se adjudicará al oferente que proponga el Menor Índice Ofertado, ya sea en el Oferta Económica, esto es, aquella en que el oferente propone las tarifas según el punto 2.8.2 del borrador de Bases de Licitación, o en la Oferta Final, que según dicho borrador corresponde a aquella en que el oferente mejora su Oferta Económica en caso que haya empate en los valores del Índice Ofertado, siempre que esta no supere el I_{max} definido por EPSA, ni sea inferior al I_{min} .

82. Como se señaló en el párrafo 79 y siguiendo el criterio establecido en informes anteriores (Informe N° 3/2009 y siguientes, y Dictamen N° 1045), es recomendable que EPSA defina un mecanismo de licitación que busque maximizar los incentivos para que los participantes compitan entre sí en función del menor índice tarifario ofrecido en la licitación por los servicios básicos, esto es, el menor promedio ponderado de cada una de las tarifas por los servicios sujetos a valores máximos (“Índice de Adjudicación”), dado un determinado nivel de calidad de servicio especificado en el numeral 3.9 del borrador de las Bases de Licitación y en el Anexo III de las mismas.

83. Como se describe en el párrafo 81, el borrador de Bases de Licitación incluye como primer criterio de adjudicación la igualación al I_{min} , el que quedará definido en las Bases de Licitación (expresado en dólares por TEUs), a pesar de que este Tribunal lo ha desestimado en sus últimos informes (véase desde el Informe N°4/2009 en adelante). Lo anterior, por cuanto dicho criterio no permite a los participantes ofrecer un precio por debajo de dicho índice y, por tanto, tampoco se garantiza el aprovechamiento y traspaso de las eficiencias a los usuarios que de ello se derivarían. Sin embargo, en este caso existen razones atendibles que aconsejan reconsiderar dicho criterio, según se expondrá a continuación.

84. En efecto, cuando se dieron en concesión los primeros frentes de atraque, en la denominada Fase 1 de Licitaciones¹, el I_{min} fue introducido con la intención de reproducir las condiciones de un mercado competitivo y lograr que las tarifas fuesen eficientes o competitivas en la adjudicación. Lo anterior, por cuanto se temía que una oferta agresiva o por debajo de las tarifas eficientes de mercado pudiera (i) estar motivada en el interés de un usuario relevante por adjudicarse la concesión y, luego,

¹ Correspondiente a las licitaciones del Frente de Atraque N°1 de Valparaíso (TPS, 1999); sitio N°8 de San Antonio (Panul, 1999); Molo Sur de San Antonio (STI, 1999); Puerto de San Vicente (SVTI, 1999); Frente de Atraque N° 1 de Iquique (ITI, 2000); Sitios N°3 al 7 de Antofagasta (ATI, 2003); y, Sitios N°1 al 6 de Arica (TPA, 2004).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a través de precios de transferencia a sus relacionadas, rentabilizar la concesión, o bien, (ii) poner en riesgo las obras adicionales que se requieran en el futuro al no ser rentable económicamente la operación del puerto. Respecto de esto último, el desincentivo a la inversión derivado de tarifas máximas muy bajas podría generar, además, congestión en el puerto.

85. El Imin, introducido en la Fase 1 de Licitaciones, fue calculado por medio de modelos eficientes y por análisis comparado, pues, por una parte, de fijarse éste muy bajo, no se eliminarían los riesgos antes identificados, estos son, el de ofertas agresivas o el de futuros desincentivos a la inversión. Por otra parte, la empresa portuaria tiene el incentivo a fijar el Imin muy alto, de modo que aumenten las transferencias al Estado a través del pago por desempate, disminuyendo los potenciales beneficios a los usuarios que significaría tener un índice tarifario máximo menor. En adición, desde el punto de vista de la competencia, un Imin muy alto, es decir, tarifas máximas elevadas, encontraría solución en la competencia *en la cancha* siempre y cuando exista un terminal equivalente que ejerza presión competitiva, lo que no sucedería en el caso del PGE, según se explicó en la Sección 7.

86. En la denominada Fase 2 de Licitaciones², entendida como las licitaciones de frentes de atraque desde el 2008 en adelante, se ordenó eliminar el criterio por pago único a la empresa portuaria, el Imin y el pago por desempate como variables de adjudicación, preservando solo el Índice de Adjudicación. Lo anterior, pues dichos criterios en nada garantizan e incentivan la provisión de servicios portuarios como los que se observarían en un mercado competitivo, tanto en términos de cantidad, calidad y precio de dichos servicios. Así, se propuso que el criterio de asignación fuera el menor Índice de Adjudicación y que se estableciera un I_{max}, en virtud del cual podían ser rechazadas la o las ofertas que lo excedan, o bien, ser declarada desierta la licitación (Informe N°5/2009). Esto permite que las tarifas de servicios portuarios se aproximen lo más posible a las que existirían en un mercado competitivo.

87. EPSA propone introducir nuevamente el Imin para evitar la denominada “maldición del ganador”. Respaldan esta idea los informes económicos de fojas 896 y 996 al considerar que, en la actual Licitación, por una parte, hay un riesgo

² Correspondiente a las licitaciones realizadas desde 2008 en adelante, en específico, las de Coquimbo, Valparaíso, San Antonio, Puerto Montt, Iquique y Antofagasta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relevante de que participantes oferten un índice tarifario temerario que desincentive en el futuro las inversiones necesarias en este y otros terminales del mercado, y, por otra parte, de no haber un mínimo, se reduzca la necesidad de competencia *ex post*. De este modo, el informe de fojas 896 propone que las actuales tarifas de Puerto Central sean el Imin para esta licitación, ya que considera que las actuales tarifas de Valparaíso y San Antonio serían eficientes. Sin perjuicio de lo anterior, a fojas 1725 se propone utilizar dos mecanismos alternativos al Imin en caso de que un adjudicatario desista de la concesión: (i) boletas de garantía que reduzcan el riesgo de un comportamiento estratégico del participante en cuanto a ofertas temerarias o retrasos en la construcción, y (ii) relicitar el proyecto entre los perdedores.

88. Por su parte, la opinión vertida en el informe económico que rola a fojas 1237 es contraria al uso del Imin y al pago por desempate, por cuanto no se justifica su uso y el mismo no asegura que los servicios portuarios se presten en condiciones de competencia. Lo anterior, dado que su uso en la Fase 1 se debió al desconocimiento del grado de competencia en los puertos, del modo de competencia con los puertos estatales y la relación de los operadores portuarios con las empresas estatales. Por otra parte, respecto de la “maldición del ganador”, se indica que existe suficiente información acerca de la operación de los puertos como para que un participante de la licitación la internalice y no oferte un índice tarifario demasiado bajo.

89. En base a lo expuesto en la Sección 7.3 y a lo comentado *supra* acerca del Imin, este Tribunal considera que el mismo debe ser restablecido en esta licitación, por cuanto no existirá un terminal equivalente al Terminal Mar durante la primera etapa del PGE. Dicho Imin deberá ser determinado por EPSA en base a un modelo de empresa eficiente y análisis comparado, de modo que se reduzcan los riesgos identificados respecto de ofertas temerarias de los partícipes e incentivos de la empresa portuaria a fijar un Imin muy alto.

90. Respecto del índice tarifario máximo, tanto la Solicitante como la FNE solicitan mantener el I_{max}. Misma posición plantean los informes económicos acompañados en el proceso y que rolan a fojas 996 y 1237. Al respecto, este Tribunal ha señalado que las razones por las cuales una propuesta puede ser desestimada por la Comisión Evaluadora deben quedar especificadas con claridad y objetividad en las Bases de Licitación. Para ello se ha permitido el uso de un Índice Máximo de Tarifas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a cobrar, por sobre el cual la oferta será desestimada, pero se ha exceptuado de la obligación de darlo a conocer a los postulantes en las Bases de Licitación. En este sentido, es positivo lo indicado en el borrador de Bases de Licitación acerca de que el Directorio de EPSA determinará este índice en forma previa a la apertura de las Ofertas Económicas y lo entregará en un sobre cerrado al ministro de fe respectivo, quien lo mantendrá en custodia hasta la apertura de dichas ofertas (punto 2.9.4 borrador de Bases de Licitación, fs. 15 y 35).

91. Respecto del mayor pago al Estado como variable de desempate en caso de que dos o más ofertas igualen el Imin ("Aporte para Bienes comunes del Puerto Exterior"), se ha señalado (Informe N°5/2009 y siguientes) que tal criterio en nada garantiza ni incentiva a que la provisión de los servicios portuarios básicos se aproxime, en la medida de lo razonablemente posible, a las condiciones de oferta en un mercado competitivo, tanto en términos de cantidad, calidad y precio de dichos servicios. La FNE es de la misma opinión y solicita eliminar el pago para desempate (fs. 820 vuelta). No obstante, según se define a fojas 11 en del borrador de Bases de Licitación, este aporte serviría para financiar obras como las del molo de abrigo, lo que redundaría en una eventual disminución de la Tarifa por Uso de Puertos ("TUP"), definida en el borrador de Bases de Licitación como la tarifa que cobra EPSA a toda nave que atraque en el PGE de San Antonio y a la que se le provea el uso de aguas abrigadas y de otros Bienes Comunes del PGE (fs. 18).

92. Lo anterior es de especial interés para usuarios del PGE, por cuanto, tal como lo indica en su aporte de antecedentes Camport, una TUP más alta podría reducir la competitividad del PGE respecto de otros puertos de la región (fs. 720). Por lo tanto, este Tribunal considera oportuno el aporte para bienes comunes del PGE, por cuanto eventualmente permitiría reducir la TUP de cara a los usuarios del puerto.

93. Por último, y respecto a la TUP, se considera importante precisar en las Bases de Licitación cuáles serán las reglas en materia de financiamiento de las obras de abrigo. Por cuanto, ello impacta en el valor de la TUP y en la competitividad del Terminal Mar. Como se señaló, si existe empate en las ofertas iguales al Imin, dicho empate se resolverá mediante el mayor pago al Estado para financiar directamente las obras de abrigo. Este pago, entonces, permitirá disminuir la TUP y con ello mejorar la competitividad del Terminal.

94. Por otra parte, el borrador de Bases de Licitación establece que el Índice de Tarifas por los Servicios Básicos sea calculado considerando las tarifas por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transferencia de: (i) contenedores no refrigerados con o sin carga (TTC); (ii) contenedores refrigerados (TTCR); (iii) otras cargas en toneladas (TTOC); (iv) tarifa de uso de muelle a la carga (TMC); y (v) tarifa uso de muelle a la nave (TMN).

$$I = TTC \times \alpha + TTCR \times \beta + TTOC \times \gamma + TMC \times \delta + TMN \times \lambda$$

95. El objetivo del Índice de Tarifas es incorporar todos los servicios que sean indispensables para el atraque de las naves, y la movilización y acopio de carga, y que se ofrezcan en condiciones monopólicas en el frente de atraque. En cuanto a los servicios considerados por EPSA, ellos incorporan la transferencia de la carga según la especificidad del Terminal Mar (que principalmente se centrará en transferencia de carga contenedorizada).

96. Respecto de los ponderadores, el Tribunal ha señalado (v.gr. Informe N° 5/2009) que la fórmula deberá considerar un criterio objetivo de ponderación, como puede ser la participación proyectada de cada tipo de carga respecto del total de carga proyectada durante el período completo de la concesión, expresado en toneladas. Lo mismo se solicitará en esta ocasión.

97. Respecto de las tarifas de servicios especiales, ellas no quedan sujetas a regulación dado que el monto a cobrar se determina en condiciones competitivas. Ahora bien, con el objeto de transparentar los aportes que los servicios especiales representan a los ingresos del concesionario, se solicitará que el concesionario indique en sus estados financieros qué servicios se clasifican como básicos y cuáles se clasifican como especiales. Asimismo, se le solicitará que en una nota de los estados financieros exprese el aporte total de los servicios especiales. Lo anterior, permitirá tener un mejor control respecto de la correcta clasificación entre servicios especiales y básicos, la que podrá ser revisada conforme a lo señalado en la Sección 9.

(iv) Criterios de evaluación

98. Respecto de los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, es esencial que se establezcan con claridad y objetividad las razones por las cuales una oferta puede ser desestimada, y los motivos por los cuales la Licitación o cualquiera de sus etapas puede ser declarada desierta.

99. Tal como se ha señalado previamente, las razones por las que una oferta pueda ser desestimada y aquellas por las que la Licitación o cualquiera de sus

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

etapas puedan ser declaradas desiertas deberán ser objetivas, estar establecidas con claridad en las bases y ser conocidas por los postulantes, a excepción del I_{max}.

100. En la Solicitud de autos, el borrador de Bases de Licitación establece claramente que EPSA declarará desierta la Licitación si no se presentan ofertas. Adicionalmente, se establece que la empresa portuaria rechazará las ofertas en las siguientes situaciones: i) cuando no se acompañe la respectiva póliza o boleta de garantía de seriedad de la oferta; ii) cuando no se acompañe el sobre Oferta Económica; y iii) cuando fueren entregadas por oferentes que tengan un miembro participando en más de un postulante. Adicionalmente, se establece que EPSA tendrá la facultad de rechazar toda oferta que haya infringido la prohibición establecida en el punto 2.4.3 del borrador de Bases de Licitación.

101. A juicio de este Tribunal, las razones por las que EPSA puede desestimar una oferta y declarar desierta la Licitación son objetivas y están expuestas con claridad en las Bases.

(v) Canon Anual

102. El inciso tercero del artículo 7º de la Ley de Puertos señala que para el establecimiento del monto mínimo de la renta o canon de la concesión portuaria servirá de referencia el valor económico del activo objeto de esta. Además, esta norma establece que, tratándose de la primera licitación del Terminal Mar del PGE de San Antonio, EPSA no puede cobrar por concepto de renta o canon un monto inferior al “pago anual equivalente mínimo” (PAm_i), el cual se rige por la siguiente fórmula:

$$PAm_i = SVA_i \times r_i$$

Donde:

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

103. Para efectos de determinar el primer pago anual equivalente, deberá considerarse la fecha en que se haga el llamado a licitación como mes de cálculo del pago, y este debe efectuarse asimilando el valor económico de los activos objeto de la concesión a los valores libro vigentes para los mismos, lo que equivale al costo de construcción de las obras ejecutadas por EPSA en el Área de Concesión. En caso de que la empresa portuaria estime que su valor económico difiere significativamente de aquél, debe fundamentar el valor económico de los activos en un estudio técnico. Al respecto, el Anexo XIII de las Bases, indica que el valor económico de los activos de la concesión se determinará en función de la estimación del contrato de construcción adicionando los costos de ingeniería, control y administración asociados. Dicho valor incluirá los enrocados de cierre, rellenos, terreno, redes eléctricas, de agua y otros activos, los que se determinarán una vez concluida la ingeniería de detalle del proyecto.

104. En el borrador de Bases de Licitación se especifica que el Canon Anual estará compuesto por:

- i) Un Canon Base, el cual corresponde al concepto de renta o canon según lo establecido en el artículo 6° del Reglamento y que se ha indicado *supra*. Este se establece para los “primeros [XX] años contractuales” (sin especificar cuántos años son), y
- ii) Un Canon Variable, que se pagará a partir del año contractual que se determine (no queda especificado en las Bases), hasta el término de la concesión.

105. El valor del Canon Base quedará establecido en las Bases de Licitación y se reajustará anualmente. Por su parte, el valor del Canon Variable será calculado por EPSA dentro del primer trimestre de cada año contractual en base a los TEUs de carga transferida en el Terminal Mar durante el año anterior.

106. Así y de acuerdo con la siguiente fórmula definida en las Bases, el Canon Anual (AF) a pagar será:

$AF = CANON\ BASE \times PPIAF$, si el volumen de TEUs transferidos en el año anterior es igual o inferior a AC; y

$AF = CANON\ BASE \times PPIAF + [(AT - AC) \times \left(\frac{CANON\ VARIABLE\ EN\ US\$}{TEU}\right) \times PPIAF]$, si el volumen de TEUs transferidos en el año anterior es mayor que AC.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Donde:

AF = Canon anual expresado en dólares.

AT = Transferencia de Contenedores del Año Anterior en TEUs.

PPIAF = US PPI – Factor de Ajuste.

AC = se definirá un volumen en TEUs.

107. Sin perjuicio de que los montos no aparecen determinados aún por EPSA en el borrador de Bases, cabe señalar que lo relevante desde el punto de vista de la libre competencia es que el Canon Anual no sólo tenga un valor mínimo, sino también que su monto diga relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión desde el segundo año, en adelante. Por esta razón, el monto del Canon Anual debe contribuir a facilitar que las ganancias en eficiencia del concesionario se puedan traducir en mejores condiciones de precio, cantidad y calidad para todos los usuarios, y no en un eventual traspaso de rentas monopólicas desde el concesionario a la empresa portuaria.

108. En este sentido, para que el Canon Anual que EPSA cobrará por la infraestructura que entrega en concesión sea en definitiva compatible con las normas de libre competencia, el “valor económico de los activos” no debería considerar su valor económico total, pues dicho valor podría incluir la posibilidad de generar rentas monopólicas con los activos concesionados, frustrando así los resultados procompetencia y de mayor eficiencia asignativa que se esperan del sistema de concesiones portuarias. En consecuencia, es recomendable que el valor mínimo del Canon Anual quede establecido en las Bases y diga relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión desde el segundo año, en adelante, pues el primer año se rige conforme a lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento.

109. Asimismo, como lo ha señalado el Tribunal en los Informes N° 4/2009, 5/2009 y 6/2009, los pagos deben especificarse en las Bases de Licitación y estar razonablemente asociados a los costos en los que incurrirá la empresa portuaria. En efecto, respecto del Canon Variable, este debe ser suficiente como para cubrir los mayores costos de administración del contrato y monitoreo del cumplimiento de las condiciones de este por parte EPSA, derivados de aumentos en el volumen de carga transferida, pero, a su vez, debe ser lo más bajo posible para incentivar la presentación de menores tarifas a público en las ofertas de los participantes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(vi) Otros Pagos establecidos en las Bases de Licitación

110. El borrador de Bases de Licitación contempla otros pagos a EPSA, además del Canon Anual, por concepto de derecho a explotar la Concesión. Se trata del Pago Estipulado y el Pago para la Operación Eficiente de EPSA.

111. El Pago Estipulado corresponde a un pago único en dólares que el concesionario deberá pagar a EPSA en cuatro cuotas y su monto no está determinado aún en el borrador de las Bases de Licitación. La primera cuota se pagaría al contado y en dinero efectivo al momento de la firma del contrato de concesión respectivo. La segunda, tercera y cuarta cuota se pagarán dos días hábiles bancarios luego de una cantidad de meses a fijar en las Bases, desde la fecha de entrega para la construcción de la obra (punto 3.12.1 letra a)).

112. Al respecto, este Tribunal considera que su objeto no está lo suficientemente determinado. No obstante, se aceptará en la medida que esté claramente definido en las Bases y se trate de un pago inicial que el concesionario debe pagar por única vez al momento de suscribir el contrato de concesión y que está pensado como mecanismo de financiamiento para reembolsar los gastos incurridos por la empresa portuaria en las tareas, asesorías y estudios necesarios para preparar el proceso de licitación, así como el monto a pagar por el concesionario a los trabajadores portuarios eventuales con el fin de cumplir las mitigaciones a que éstos tengan derecho (Informe N° 11/2014).

113. Por su parte, según el punto 3.12.1 letra c), el Pago para la Operación Eficiente de EPSA corresponde a un pago anual que deberá pagar el concesionario a la empresa portuaria durante toda la vigencia de la concesión. Sin embargo, su cuantía no está determinada en las Bases y su objeto parece coincidir con el que pretende el Canon Variable. Por tal motivo, este Tribunal considera que, de aceptarse, existiría una duplicidad de pagos orientados a los mayores costos de fiscalización y administración del contrato de concesión que se derivarían de incrementos en el volumen de carga transferida, por lo que se rechazará.

(vii) Contenidos mínimos, plazos, garantías y sanciones

114. El artículo 3° del Reglamento exige la elaboración de una Memoria Explicativa por parte de EPSA y señala las materias mínimas que ésta debe contener, en tanto que su artículo 4° establece los contenidos mínimos de las Bases

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la Licitación que EPSA debe elaborar en concordancia con su Memoria Explicativa.

115. Al respecto, es indispensable que tanto la capacidad de la infraestructura a concesionar como los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes, se encuentren predefinidos con claridad y precisión en dicha Memoria Explicativa, tal como se observa en el borrador de Bases de Licitación. De esta manera, la competencia por tarifas que se propone en este informe se producirá entre servicios de calidad y características de infraestructura equivalentes, y con ello los postulantes estarán en mejores condiciones de evaluar los costos y riesgos de la provisión de los servicios. Ello incrementará la información disponible y su simetría entre los postulantes, favoreciendo con ello mejores condiciones de competencia en la Licitación.

Capacidad de la infraestructura a concesionar

116. Tal como señala el borrador de Bases de Licitación y según cómo se adjudique la concesión, el concesionario deberá desarrollar el Proyecto Obligatorio de Inversión con sus requerimientos técnicos mínimos, detallado en el Anexo VII de las Bases, en dos etapas. Este proyecto considera que la primera etapa del muelle del Terminal Mar debe encontrarse operativa dentro de un plazo de 36 meses, contado desde la Fecha de Entrega para la construcción. La segunda etapa del muelle de dicho Terminal debiese estar operativo dentro de un plazo de 60 meses, contado desde la Fecha de Entrega de la concesión y su descripción se encuentra contenida en dicho anexo y el Anexo VIII.

117. Por tanto, el borrador de Bases de Licitación cumple con describir en su Proyecto Obligatorio de Inversión las especificaciones mínimas de la infraestructura a construir, según se observa en su Anexo VII, mientras que el Anexo IV, describe el área de concesión y frente de atraque. Sin embargo, el Anexo VIII que señala los criterios de diseño de obras y mejoras, se encuentra desactualizado, por tanto, para una mejor descripción del proyecto, debiese estar actualizado en la versión definitiva de las Bases de Licitación.

Estándares de Calidad de Servicio

118. Por otra parte, el Anexo III del borrador de Bases de Licitación especifica las Velocidades de Transferencia Mínimas y Promedios por tipo de nave o tipo de carga

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que deberá cumplir el concesionario. Tal como ahí se especifica, se establecen velocidades mínimas y promedios de transferencia para carga en contenedores y para naves especializadas en traslado de vehículos que se cargan o descargan con sus propios medios, y otras naves que transfieren carga en contenedores u otro tipo de cargas.

119. Respecto de otras variables que miden la calidad del servicio, el borrador de Bases de Licitación especifica que EPSA verificará el cumplimiento de los niveles de servicio a través del Tiempo de Ocupación Máximo del Frente de Atraque por parte de cada nave, el Tiempo de Ocupación Anual del Frente de Atraque, el Tiempo de Permanencia Máximo y el Tiempo de Permanencia Máximo del Ferrocarril, de conformidad al Manual de Verificación de Indicadores que formará parte del Contrato y que contendrá una fórmula para el cálculo del Tiempo de Ocupación Máximo Anual. Por último, el citado borrador establece que el Tiempo de Espera Máximo de cada nave no deberá superar las 6 horas (punto 3.9.3).

120. Por otra parte, el borrador de Bases de Licitación especifica la calidad de servicio de los medios de transporte terrestre. Así, se establece un tiempo de permanencia máximo para el servicio de carga y descarga de camiones y de los trenes atendidos en el Frente de Atraque. La fórmula de cálculo de dichos tiempos de permanencia máximos se establecerá en el Manual de Verificación de Indicadores.

121. Además, el punto 3.9.4.3 del borrador de Bases de Licitación establece un tiempo de espera máximo para los transportistas, de tal manera que el tiempo que transcurra entre la fecha y hora en la que un camión ingresa al Recinto Portuario e ingresa al *Pregate* del Terminal no podrá ser superior a “[60 minutos]”.

122. Finalmente, el punto 3.9.4.4 del borrador de Bases de Licitación establece que el concesionario se obliga a observar las instrucciones de EPSA o de la entidad que ésta determine como “Autoridad del Corredor Ferroviario” para efectos de coordinación, a fin de no afectar los itinerarios de ingreso y salida de los ferrocarriles que movilicen carga al interior del terminal. Al respecto, cabe señalar que, si bien se reconoce la autoridad administrativa de la Solicitante dentro del recinto portuario, la coordinación que se indica en dicho punto debe estar enmarcada dentro de las atribuciones legales de las empresas portuarias contempladas por la Ley de Puertos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

123. Por tanto, de acuerdo con lo revisado precedentemente, si bien el borrador de Bases de Licitación cumple con señalar los mecanismos mediante los cuales medirá el nivel de calidad de los servicios, es necesario que en la versión definitiva de dichas bases se especifique la fórmula que contendría el Manual de Verificación de Indicadores y que las velocidades mínimas y promedios indicadas en el Anexo III sean las definitivas.

124. Adicionalmente, en Informes anteriores, se ha considerado que el establecimiento de plazos mínimos para la presentación de las propuestas a que se refiere el artículo 7° del Reglamento, favorecen la competencia en la Licitación ya que aseguran a los postulantes recabar información que es esencial para participar.

125. A este respecto, el borrador de Bases de Licitación establece en el punto 2.1. el cronograma de la Licitación. En él se indica la fecha del llamado a licitación, en un día a definir y según lo señalado en el artículo 7° del Reglamento de Licitaciones; el período de venta de las bases, de consultas y de visitas a terreno; que las ofertas se presentarán en un día y a una hora por definir; que las Ofertas Antecedentes Generales se abrirán en un día a definir, pero señalándose que ello será inmediatamente después de la clausura del acto de recepción de ofertas; que EPSA revisará las Ofertas Antecedentes Generales dentro de los 90 días siguientes de la recepción de las Ofertas; que las Ofertas Económicas se abrirán dentro de los 120 días siguientes a la fecha de recepción de las Ofertas; y, que la adjudicación se decidirá dentro de los treinta días siguientes a la apertura de las Ofertas Económicas. De esta manera, el borrador de Bases de Licitación cumple con lo dispuesto en el artículo 7° del Reglamento y lo recomendado por este Tribunal en informes anteriores (v.gr. Informe N°11/2014).

Exigencias en materia de experiencia, patrimonio mínimo y otras

126. Respecto de los requisitos generales para participar en el concurso, el borrador de Bases de Licitación establece exigencias copulativas en materias de experiencia y de patrimonio. En cuanto a la experiencia, el concesionario o alguno de sus miembros, en caso de un consorcio, deberá haber transferido un mínimo anual de 1.000.000 de TEUs en al menos tres años durante los últimos diez años en puertos de acceso público en general. Se especifica que no podrán utilizarse, para acreditar la experiencia, las de los socios minoritarios sin control.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Adicionalmente, no podrá sumarse la experiencia de dos o más miembros para acreditar la experiencia total solicitada (punto 2.7.1 letra d)).

127. En lo que se refiere al patrimonio, las Bases indicarán el patrimonio mínimo que el Oferente deberá acreditar, monto que no aparece singularizado en el borrador de Bases de Licitación acompañado al proceso.

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

129. En particular, respecto a la exigencia de experiencia en transferencia de carga, esta es atendible considerando que las Bases deben garantizar la adjudicación a un operador con experiencia en la transferencia de carga en puertos de la envergadura del licitado, la cual no es sustituible por la experiencia adquirida en puertos de menor escala. Por esta misma razón se considera razonable que las Bases no permitan sumar las experiencias de los miembros de un eventual consorcio.

130. Ahora bien, no obstante lo señalado en cuanto a la razonabilidad de los criterios de experiencia expuestos anteriormente, la transferencia de un mínimo anual de 1.000.000 de TEUs en al menos tres años durante los últimos diez años en puertos de acceso público en general, esto es, un tercio de la capacidad de transferencia, pareciera excesiva si se toma en consideración lo ordenado por este Tribunal en el último informe en que se pronunció sobre esta materia. En dicha oportunidad (Informe N° 10/2014), se aprobó una exigencia de 100.000 TEUs equivalente al 16% de la capacidad total del puerto a licitar. Con todo, la envergadura del Terminal Mar amerita fijar una exigencia superior al 16%, pero no de un 33% como propone EPSA, pues podría desincentivar la participación de un mayor número de oferentes en la licitación, por lo que se propondrá una exigencia de transferencia mínima de 600.000 TEUs anuales en al menos tres años durante los últimos diez años, es decir, un 20% de la capacidad total de transferencia.

131. De esta manera, la exigencia de experiencia, siguiendo con los criterios de la Consultante, será la siguiente: el concesionario o alguno de sus Miembros, en caso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de un consorcio, que tenga al menos un 35 % de los derechos en dicho consorcio, deberá haber transferido un mínimo anual de 600.000 de TEUs en al menos tres años durante los últimos diez años en puertos de acceso público en general.

132. Respecto de la exigencia de un patrimonio mínimo, como señaló, este debiera quedar especificado en las Bases de Licitación y ser de un monto que no constituya un desincentivo a la entrada de nuevos participantes o interesados en la concesión. Se deberá establecer además que, en caso de que el oferente estuviera conformado por varios integrantes, cada uno debe acreditar un patrimonio no inferior al producto entre el patrimonio mínimo exigido y su participación accionaria en la sociedad concesionaria prometida.

133. Otro requisito exigido en el borrador de las Bases de Licitación es que un Miembro de un Oferente no podrá ser Miembro de otro Oferente, lo cual es apropiado para evitar riesgos de conductas coordinadas en esta licitación que puedan infringir la normativa de libre competencia.

134. En relación con el plazo de vigencia del contrato de concesión, la propuesta de EPSA contempla otorgar la concesión por el plazo máximo de 30 años permitido por el artículo 14 de la Ley de Puertos y el artículo 12 del Reglamento, lo que parece razonable teniendo en consideración la experiencia del sector y los montos de las inversiones a realizar.

Garantías

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

136. En el borrador de Bases de Licitación se indica que el monto de la Garantía de Seriedad de la Oferta ascenderá a un mínimo de US\$ 5.000.000 (cinco millones de dólares), según se indica en su punto 2.8.1. letra d).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

137. A su vez, el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento (punto 3.13.1) no está determinado en el borrador de Bases de Licitación, pero se señala que deberá ser extendida en 4 boletas bancarias, cada una de ellas por un monto que será establecido en las Bases. El valor de esta garantía se incrementará de manera de cubrir cualquier aumento del Canon Anual y del Pago Anual y estará vigente mientras dure el plazo del contrato hasta los 240 días inmediatamente siguientes al vencimiento de dicho plazo. Atendido lo resuelto respecto del Pago para la Operación Eficiente de EPSA, si el "Pago Anual" se refiere a este último, deberá modificarse esta garantía en las Bases de Licitación definitivas.

138. Adicionalmente, las Bases establecen una garantía de Fiel Cumplimiento del Proyecto Obligatorio de Inversión, una garantía del Pago Estipulado y una garantía del Aporte para Bienes Comunes del Puerto Exterior (puntos 3.13.2, 3.13.3 y 3.13.4). La primera de ellas garantizará la ejecución de las obras de inversión obligatorias y consistirá en 4 boletas bancarias extendidas a favor de EPSA, representando cada una de ellas la cuarta parte del valor del Canon Anual. La garantía del Pago Estipulado, por su parte, garantizará el pago íntegro y oportuno de la segunda cuota del Pago Estipulado. Finalmente, la garantía del Aporte para Bienes Comunes del Puerto Exterior garantizará los pagos a EPSA por concepto de aporte para Bienes Comunes del Puerto Exterior, en caso de que la concesión sea adjudicada por esta variable, previo empate de las ofertas económicas iguales al I_{min} .

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Régimen de sanciones y multas

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

142. Al respecto, en primer lugar, cabe señalar que el borrador de Bases de Licitación señala bajo qué circunstancias EPSA podrá poner término anticipado a la concesión portuaria. Ello se producirá por mutuo acuerdo de las partes o bien cuando el concesionario incumpla gravemente sus obligaciones.

143. Conforme a lo señalado en el borrador de Bases de Licitación punto 3.25, letra c), se entiende que existe incumplimiento grave cuando: (i) el concesionario cobre reiteradamente tarifas superiores a las registradas; (ii) el concesionario incumpla la obligación de pago del Canon Fijo Anual en dos cuotas consecutivas; (iii) el concesionario incumpla el Tiempo de Ocupación Máximo Anual en tres mediciones consecutivas; (iv) el concesionario incumpla las condiciones establecidas por este Tribunal; (v) el concesionario no renueve las garantías; (vi) al concesionario se le apliquen las multas referidas en el punto 3.20 de las Bases de manera reiterada; (vii) el concesionario infrinja las condiciones de competencia establecidas por este Tribunal en el presente Informe; y (viii) el concesionario incumpla la obligación de ejecutar las obras del Proyecto Obligatorio de Inversión dentro de plazo. A juicio de este Tribunal, quedan razonablemente especificadas en borrador de Bases las causales de incumplimiento grave de parte del concesionario.

144. En segundo lugar, el borrador de Bases de Licitación incorpora sanciones distintas al término anticipado del contrato de concesión (véase el punto 3.20 del borrador), destacándose que se propongan multas específicas en función de la entidad de cada tipo de incumplimiento. Ellas podrán disuadir eficazmente el incumplimiento de las obligaciones del concesionario, tal como se indicó en el Informe N° 9/2013 y en el Informe N°10/2014.

145. Adicionalmente, EPSA incluye nuevas causales de incumplimiento del contrato, en el borrador de Bases de Licitación, sancionadas con multas, como el: (i) incumplimientos a la Resolución de Calificación Ambiental; (ii) incumplimiento por calidad del servicio de tierra; (iii) incumplimiento por retraso en la entrega de información; (iv) incumplimiento por infracciones laborales; y (v) incumplimiento por retraso en la ejecución del Proyecto Obligatorio de Inversión. Estas causales

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

parecen pertinentes para establecer los incentivos correctos al futuro concesionario. Asimismo, se considera relevante la distinción que se contempla en el borrador de Bases de Licitación respecto al incumplimiento de la obligación de entregar información íntegra y oportuna y cuando la información entregada adolece de falta de autenticidad o veracidad, para efectos de las multas aplicables.

146. Finalmente, el borrador de Bases de Licitación establece que es requisito para poder reclamar de la aplicación de una multa, el pago previo de la misma, lo que este Tribunal considera inconveniente, pues esta figura hoy casi no es aceptada por razones de debido proceso. Además, en el extremo, podría desincentivar la participación en la Licitación y la competencia *ex ante*. Por tanto, debe ser eliminada dicha exigencia del punto 3.20.2 del borrador de Bases de Licitación. Lo anterior es sin perjuicio del plazo para pagar la multa señalado en el artículo 23 del Reglamento.

Imponderables y fuerza mayor

147. El borrador de Bases de Licitación establece, en el punto 3.16, que, en caso de destrucción del frente de atraque por un evento de fuerza mayor, será el concesionario el responsable de reparar y reconstruir totalmente dicho frente. Lo anterior debiese ser eliminado por cuanto no se ajusta a lo dispuesto en artículo 15 del Reglamento el cual señala que serán de cargo del concesionario las reparaciones de siniestros o daños materiales causados a los bienes bajo su responsabilidad, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

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

148. Las Bases de Licitación deben promover condiciones de provisión de los servicios portuarios básicos lo más cercanas posible a las que prevalecerían en un mercado competitivo en términos de precio, cantidad y calidad, pues ello permite garantizar que las condiciones *ex post* serán similares a las que prevalecerían bajo una situación competitiva.

9.1. Introducción

149. Tal como se ha establecido en anteriores Informes (v.gr. Informe N° 11/2014), la competencia en la licitación que asigna el frente de atraque no es la única relevante para el buen funcionamiento del mercado de servicios portuarios, sino que también se debe resguardar en la misma licitación la competencia posterior en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

provisión de dichos servicios, esto es, la competencia *ex post*, especialmente en el presente caso en que no existirán otros oferentes capaces de atender la misma nave de diseño (Portacontenedores Clase E) hasta que el Terminal Tierra entre en funcionamiento, por lo que se hace necesario imponer algunas medidas para evitar eventuales abusos de posición dominante por parte del concesionario del Terminal Mar, cuyo marco regulatorio se expone a continuación.

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

150. Como se ha señalado, la administración y operación del frente de atraque licitado por parte del concesionario está regulada por la Ley de Puertos, su Reglamento y por el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque (en adelante, "RUFA") de EPSA (aprobado por Resolución Exenta N° 442 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de fecha 30 marzo de 1999), además de las Bases de Licitación y las normas generales, como el D.L. N° 211.

151. Este conjunto de normas, que constituyen el marco regulatorio aplicable a la prestación de servicios portuarios, se analiza a continuación agrupándolo en las siguientes materias: (i) acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios; (ii) mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros; (iii) obligaciones en relación a las tarifas; (iv) del registro y publicidad de las tarifas especiales; (v) normas de calidad; (vi) reglas de asignación de capacidad y atención eficiente de las naves y carga; (vii) deberes de transparencia e información; (viii) control de no discriminación y Comité de Directores; y, (ix) modificaciones del contrato de concesión.

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

152. El Puerto de San Antonio es un puerto de uso público, por lo que el futuro concesionario del Terminal Mar deberá prestar servicios en forma continua, permanente y no discriminatoria. Estas obligaciones del concesionario están establecidas en el inciso final del artículo 14 de la Ley de Puertos y en el artículo 19 letra d) del Reglamento.

153. Por su parte, el RUFA de EPSA establece en sus artículos 16 y siguientes que cada concesionario deberá contar con un Manual de Servicios, el que será de conocimiento público y establecerá las normas y procedimientos conforme a las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cuales los particulares, concesionarios y usuarios podrán acceder a los servicios que se presten en los frentes de atraque de dicho puerto.

154. Las normas y procedimientos que se establezcan en el Manual de Servicios se deben orientar a otorgar un trato no discriminatorio a los usuarios de los frentes, un uso eficiente de la infraestructura, y un desarrollo armónico y sustentable en el largo plazo de la actividad portuaria (artículo 19 del RUFA). En este sentido, el RUFA de EPSA establece en su artículo 31 que “[...] *los Manuales de los concesionarios que exploten la infraestructura de un frente de atraque, establecerán normas y procedimientos destinados a una atención eficiente y no discriminatoria de las naves*”.

155. Tal como se ha determinado en informes anteriores (Informes N° 10/2014 y 11/2014), se establecerá que las condiciones para la prestación de los servicios por parte del concesionario, deberán ser generales y no discriminatorias y estar contenidas en documentos públicos (como puede ser el mencionado Manual de Servicios), a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el concesionario de este puerto mantenga en San Antonio, como en los medios que utilice en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro).

(ii) Mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros

156. El RUFA de EPSA establece en sus artículos 56 y 57 que los usuarios de los frentes de atraque podrán someter al conocimiento o resolución del gerente general de dicha empresa portuaria, las controversias que se susciten con los concesionarios respecto de la prestación de los servicios contratados con éstos. Producto de lo anterior, EPSA podrá sancionar con multas a aquellos concesionarios que infrinjan las normas o procedimientos establecidos en el respectivo Manual de Servicios.

157. Sin perjuicio de lo señalado y considerando lo que se ha resuelto en informes anteriores, especialmente en el Informe N° 6/2009, el borrador de Bases de Licitación contempla la posibilidad de que EPSA actúe de oficio ante situaciones de discriminación, lo que es útil ya que puede contribuir a la eficacia y eficiencia de la fiscalización de conductas contrarias a la libre competencia. Así, en la letra l) punto 3.20.1 del citado borrador, faculta a la Solicitante para actuar de oficio ante las situaciones de discriminación que observare y aplicar la multa que ahí se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecerá, sin perjuicio del derecho del concesionario de acudir al árbitro o al experto independiente, según la naturaleza de la cuestión en disputa, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse por la aplicación de sanciones por parte de EPSA, tal como se establece en punto 3.29 del borrador de Bases de Licitación.

(iii) Obligaciones en relación con las tarifas

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

159. El borrador de Bases de Licitación acompañado por EPSA en su Solicitud establece que el concesionario no podrá registrar y cobrar por los servicios básicos que preste, tarifas que resulten en la utilización de un Índice Tarifario mayor al Índice Tarifario Máximo. Este último se calculará considerando las tarifas más altas registradas en relación con cada servicio básico y se reajustará anualmente según el Factor de Ajuste definido por EPSA.

160. El Índice Tarifario que se cobrará anualmente será calculado a partir de las tarifas ofertadas por cada uno de los servicios básicos, según la siguiente fórmula:

$$I = TTC \times \alpha + TTCR \times \beta + TTOC \times \gamma + TMC \times \delta + TMN \times \left(\frac{\sum_{i=1}^{N_d} esl_i \times t_i}{AT} \right)$$

donde: α y β son ponderadores adimensionales a definir antes del inicio de la licitación; γ y δ son ponderadores (ton/TEU) a definir antes del inicio de la licitación; esl_i corresponde a la eslora de la nave i-ésima; t_i corresponde al tiempo de ocupación de la nave i-ésima; y AT corresponde al total de contenedores transferidos el Año Anterior en TEU.

161. Tal como se ha señalado en anteriores informes (Informes N° 6/2009, 9/2013, 10/2014 y 11/2014), las tarifas de cada servicio con las cuales resulte adjudicada la concesión deberán considerarse como la tarifa máxima aplicable al correspondiente servicio básico, o bien, como propone EPSA en su borrador de Bases de Licitación, deberán emplearse para construir los índices tarifarios máximos aplicables a cada uno. Por consiguiente, el concesionario no podrá cobrar, por los servicios definidos como básicos en este Informe, tarifas o índices máximos de tarifas que superen aquellos a los que se obligó en el proceso de licitación, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste (Factor de Ajuste) de tarifas que EPSA determine.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

- a) No se podrán realizar cobros adicionales por actividades y/o recursos implícitos necesarios para prestar alguno de los “Servicios Sujetos a Valores Máximos”.
- b) La tarifa de cualquier servicio que incluya alguna actividad propia de un “Servicio Sujeto a Valor Máximo” no podrá exceder de la tarifa más alta fijada por el concesionario para el “Servicio Sujeto a Valor Máximo” que incluye esa actividad.
- c) La suma de las tarifas de servicios que incluyan una o más actividades comprendidas en un “Servicio Sujeto a Valor Máximo” no podrá exceder a la tarifa más alta fijada por el concesionario para el “Servicio Sujeto a Valor Máximo”.
- d) Podrá ofrecer grupos de servicios.
- e) El usuario siempre podrá contratar un servicio registrado en forma individual, pagando la tarifa registrada por el concesionario.
- f) Las tarifas serán públicas y no discriminatorias.

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

164. A su vez, pese a que se indica en el borrador de Bases de Licitación que los criterios de diferenciación asociados a cada tarifa deberán ser puestos en conocimiento de todos los usuarios y de EPSA, no se señalan las condiciones bajo las cuales deberán publicarse dichos criterios. Por este motivo, deberán establecerse en las Bases de Licitación o en el contrato de concesión, normas de registro de tarifas que prevengan un uso estratégico o discriminatorio producto de la facultad de la concesionaria de establecer tarifas diferenciadas o de modificar libremente las tarifas. Así, se sugiere un mecanismo similar al recogido en anteriores informes (Informes N° 6/2009, 9/2013, 10/2014 y 11/2014), esto es, que las tarifas que el concesionario determine deberán ser registradas ante EPSA con al menos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

30 días de anticipación a su entrada en vigencia, teniendo un plazo mínimo de duración de 60 días, como se observa en el punto 3.11.3 del borrador de Bases de Licitación.

165. Respecto de la letra d) del punto 3.11.2, el cual establece que el concesionario “Podrá ofrecer grupos de servicios”, se solicitará que se agregue la palabra “básicos”, y una frase a continuación que indique que se prohíbe la venta atada de servicios básicos con servicios especiales. Esta prohibición desincentivará el uso de estrategias como la venta en paquete o la venta atada con fines exclusorios y discriminatorios.

166. Por otra parte, para evitar cualquier discriminación arbitraria entre clientes, como la adopción de condiciones más competitivas para algunos en desmedro de otros, se exigirá que las tarifas que cobre el concesionario por sus servicios básicos, especiales u opcionales, sean objetivas, públicas y no discriminatorias. Asimismo, cualquier acuerdo particular entre el concesionario y un determinado usuario que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas, deberá ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas.

167. Finalmente, respecto de la posibilidad que el concesionario establezca el pago de premios por servicios expeditos u otorgue descuentos, EPSA deberá incorporar una letra g) nueva, en el punto 3.11.2 del borrador de Bases de Licitación, para evitar posibles efectos exclusorios de dichos beneficios: “g) No podrán otorgarse premios por servicios expeditos o descuentos por fidelidad que involucren exclusividad de servicio ni que hagan referencia a la carga transferida o a las metas cumplidas en relación con lo realizado en otros terminales.”

(iv) Del registro y publicidad de las tarifas especiales

168. Se señala en el borrador de Bases de Licitación (punto 3.11.3), respecto de las tarifas especiales que el concesionario deberá acompañar, junto a la solicitud de registro, la memoria de cálculo en base a la cual determinó la tarifa de los servicios especiales, incluyendo el detalle de gastos generales y utilidades. Lo anterior, con el fin de verificar si dichas tarifas se adecuan a las condiciones de mercado imperantes. En caso de que no lo haga, el borrador de Bases de Licitación establece que EPSA podrá negar el registro de la tarifa.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

169. Si bien es necesario registrar y publicitar las tarifas tanto de los servicios básicos como la de los servicios especiales, como se indica en el borrador de Bases de Licitación, se solicitará eliminar la obligación de presentar la memoria de cálculo de los servicios especiales porque las tarifas de dichos no se encuentran sujetas a fijación tarifaria y tampoco se aplican respecto de ellas valores máximos, y, por tanto, no corresponde que el concesionario acompañe dicha memoria ni que EPSA verifique si dichas tarifas se adecuan o no a las condiciones de mercado imperantes.

(v) Normas de calidad

170. Tal como se propone en el borrador de Bases de Licitación, es necesario establecer en éstas o en el contrato de concesión algún estándar de calidad mínimo que deba cumplir el concesionario, al menos en cuanto a los tiempos de ocupación máxima por nave -TOM- (esto es, el tiempo que demora el concesionario en la transferencia de carga de una nave promedio), tiempos de ocupación máxima anuales -TOMA- y tiempos máximos de espera por nave, cuyo cumplimiento deberá ser supervisado por EPSA.

171. Asimismo, y como se ha solicitado en informes previos (Informes N° 6/2009, 9/2013, 10/2014 y 11/2014), EPSA deberá establecer multas o sanciones eficaces para prevenir el incumplimiento de dichos estándares de calidad de servicio o los umbrales de ocupación que sean definidos. A esto responden las multas predefinidas en el borrador de Bases de Licitación (punto 3.20.).

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

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

173. De este modo, se mencionan algunos criterios que deberán cumplir las reglas de prioridad, identificando los sitios a los cuales son aplicables, la forma y contenido

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la solicitud de atraque, la antelación con que debe presentarse y los procedimientos de programación, entre otros. Sin perjuicio de esto, en el RUFA de EPSA se establece que el Reglamento y el Manual de Servicios deberán contemplar, al menos, la asignación de prioridad por estricto orden de llegada de las naves al puerto.

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

175. En línea con lo resuelto en informes anteriores (v.gr. Informe N° 11/2014), se deberá establecer clara y objetivamente en los respectivos Reglamentos o Manuales de Servicios, las condiciones de prioridad y asignación de los espacios, uso de infraestructura y capacidad en el puerto, debiendo realizarse en términos objetivos y no discriminatorios.

176. El borrador de Bases de Licitación contempla lo anterior, al señalar que se exigirá al concesionario la elaboración de un Manual de Servicios (punto 3.9.5) que deberá contener normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves, todo ello de conformidad con los criterios generales y requisitos mínimos establecidos en el RUFA. Se especifica en el borrador de Bases de Licitación que, en razón que el Terminal Mar se destinará predominantemente a la atención de carga contenedorizada, se incorporará en el contrato de concesión la obligación para el concesionario de incluir como primera prioridad en el Manual de Servicios a las naves full carga de contenedores. Lo anterior, permitirá mitigar riesgos de sabotajes observados en la Sección 10.

177. Por su parte, el punto 3.20.1 establece multas por el mal uso o por la demora en la prestación de servicios a los diversos usuarios del Terminal Mar, las que también responden a criterios claros y objetivos.

178. Además, EPSA 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia en el ámbito de sus atribuciones.

(vii) Deberes de transparencia e información

179. El concesionario deberá constituirse como sociedad anónima de giro exclusivo y se registrará por las normas de las sociedades anónimas abiertas, según lo establece el número 1 del inciso tercero del artículo 14 de la Ley N° 19.542.

180. En concordancia con lo establecido en informes anteriores (v. gr. Informe N°11/2014), y considerando las “Otras Obligaciones del Concesionario”, definidas en el punto 3.21 del borrador de Bases de Licitación, EPSA deberá, además, establecer la periodicidad con la que el concesionario deberá entregarle la información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, tales como precios y cumplimiento de estándares de calidad. Asimismo, dicha información deberá ponerse a disposición de cualquier interesado, tanto en las oficinas que el concesionario mantenga en San Antonio, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro).

181. Además, las Bases de Licitación deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información respecto de sus empresas relacionadas, en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores (en adelante, “Ley N° 18.045”).

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

183. Adicionalmente, se considera necesario incorporar la recomendación formulada por la Fiscalía Nacional Económica en el Archivo de Investigación Rol N° 2315-14 FNE, como lo propone el SEP (fs. 625), el MTT (fs. 645 y 1760) y la misma

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FNE (fs. 821) relativa a la obligación de la concesionaria de entregar información sobre mallas societarias y toneladas movilizadas. De esta manera, las Bases de Licitación deben incluir la obligación anual del concesionario de entregar información relativa a las mallas societarias de los accionistas de las concesionarias y sus empresas relacionadas, como asimismo las toneladas movilizadas en los respectivos frentes de atraque y por región, en los 12 meses anteriores a cada fiscalización, desagregada por tipos de carga y también por modalidades o categorías de usuarios, tanto a la Solicitante como a la Fiscalía Nacional Económica.

(viii) Control de no discriminación – Comité de Directores

184. EPSA deberá exigir a la sociedad concesionaria el cumplimiento de todas las obligaciones que establece el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, cualquiera sea su patrimonio, pero en la medida que tenga accionistas independientes del controlador que permitan hacerlo. Asimismo, podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores que se constituya de conformidad con dicho artículo.

(ix) Modificaciones del contrato de concesión

185. Las modificaciones del contrato de concesión estarán sujetas a las siguientes reglas.

186. La modificación de aspectos establecidos en el contrato de concesión que digan relación con tarifas o el índice tarifario máximo y, en general, con materias directamente relacionadas con las variables de adjudicación, sólo podrá efectuarse una vez que: (i) hubieren transcurrido a lo menos diez años desde que haya entrado en operaciones el Terminal Mar de acuerdo con lo dispuesto en el contrato de concesión, y (ii) este Tribunal las hubiere autorizado en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Se considerarán materias directamente relacionadas con las variables de adjudicación, entre otras, las siguientes: (a) las modificaciones a obras adicionales, cualquiera sea su valor o porcentaje de la inversión; salvo que se liciten competitivamente y resulte ganador el mismo concesionario; (b) la extensión del plazo de la concesión; (c) las definiciones para el reconocimiento de obras de avance; (d) la modificación, adición, supresión y/o intercambio de obras de construcción; (e) las precisiones sobre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aspectos técnicos contenidas en las Bases de Licitación; (f) modificaciones que afecten al concesionario, como por ejemplo la venta del derecho de concesión o los cambios en los miembros del consorcio original, siempre que alteren los criterios de adjudicación; y (g) las garantías de ingreso mínimo o similares otorgadas al Estado.

187. La modificación de aspectos establecidos en el contrato de concesión que digan relación con la reclasificación de servicios especiales a básicos, sólo podrá efectuarse una vez que: (i) hubiere transcurrido a lo menos un año desde que haya entrado en operaciones el Terminal Mar de acuerdo con lo dispuesto en el contrato de concesión, y (ii) este Tribunal hubiere constatado la variación de las condiciones de competencia en el mercado, en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211.

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

10. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

10.1. Introducción

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

190. Como se ha señalado, EPSA solicita, en lo principal, que se consoliden las reglas del Dictamen N° 1045 y del Informe N° 6/2009, salvo en lo relativo al umbral de restricción vertical, respecto del cual solicita que sea de un 80%, condicionado al mantenimiento de la prohibición absoluta de la integración horizontal y que se profundicen las reglas conductuales. Funda el aumento del umbral permitido para la integración vertical en los cambios sustantivos que han ocurrido en los servicios portuarios y en la industria naviera, y plantea que la prohibición absoluta de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

integración horizontal sería necesaria para mantener la presión competitiva en el mercado relevante e impedir que los incumbentes bloqueen el ingreso de nuevos competidores.

191. Tal como se ha señalado en informes anteriores (Informes N° 6/2009, N° 10/2014 y N° 11/2014), en el análisis de los resguardos estructurales se debe tener en consideración que éstos tienen por objeto asegurar la existencia de oferentes de servicios portuarios independientes y que carezcan de incentivos para incurrir en conductas contrarias a la libre competencia.

10.2. Integración Vertical

(i) Introducción

192. Los riesgos de la integración vertical en la industria naviera han sido latamente descritos en anteriores informes. En suma, ellos dicen relación con la posibilidad de que el concesionario integrado aguas arriba o aguas abajo, niegue el acceso al terminal portuario, discrimine entre sus usuarios o incurra en prácticas de sabotaje. Con el objeto de mitigar estos riesgos se han establecido reglas sobre la integración vertical, junto a otras medidas conductuales. En el caso del Puerto de San Antonio, el Dictamen N° 1045 estableció un umbral de un 40% de integración vertical, es decir, el conjunto de usuarios relevantes no puede poseer más del 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% de las utilidades de la sociedad concesionaria. Este resguardo se estableció en las licitaciones públicas de los siguientes frentes de atraque: a) Sitios 1 a 5 del Puerto de Valparaíso; b) Sitios 1, 2 y 3, “Molo Sur” del Puerto de San Antonio; c) Sitio 8, “Panul” del Puerto de San Antonio; d) Sitios 1 al 3 del Puerto de San Vicente. Esta regla fue posteriormente modificada por la Resolución N° 11/2006 y el Informe N° 6/2009, en los que se aumentó el umbral de dicha integración a un 60% para los frentes de atraque Molo Sur y Costanera Espigón, respectivamente, ambos del Puerto de San Antonio.

193. Los fundamentos esgrimidos en la Resolución N° 11/2006 para aumentar el umbral de la integración vertical a un 60%, se centraron en la evolución de las condiciones de competencia en el mercado en cuestión, desde el otorgamiento de la concesión del Molo Sur del Puerto de San Antonio a STI. Con todo, si bien se reconoció en dicha resolución que el terminal del concesionario STI enfrentaba competencia, tanto intra como interportuaria, y que la regulación aplicable a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

puertos establecía mecanismos que disminuían los riesgos de prácticas anticompetitivas por parte de la empresa concesionaria, los riesgos anticompetitivos, sobre todo estrategias discriminatoras, eran elevados. Así, un umbral del 60% de integración vertical se estimó razonable porque permitía que la empresa concesionaria tuviera al menos un accionista que no fuera usuario relevante de dicho terminal, con derecho a participar en el directorio y en las utilidades de la empresa, generándose un mecanismo de control de este tipo de conductas.

194. En el caso del Informe N° 6/2009, se analizó con mayor profundidad los riesgos y ventajas de la integración vertical. Respecto de los primeros, se señaló que no bastaban los resguardos conductuales, por cuanto para fiscalizar adecuadamente el comportamiento del concesionario se requería contar “*con información detallada que permita detectar las diferencias en la calidad del servicio otorgado a los distintos usuarios, en los diferentes ámbitos en que la discriminación sea posible*”. En cuanto a los beneficios de la integración vertical, se indicó que estos derivaban de las economías de ámbito y menores riesgos de inversión en el respectivo frente de atraque por parte de usuarios de los servicios portuarios. Sin embargo, en dicha oportunidad se consignó que no se habían acompañado antecedentes empíricos que dieran cuenta de estas eficiencias, razón por la cual se fijó el umbral de integración vertical en un 60%, como había sido establecido en la Resolución N° 11/2006.

195. Similares razones para mantener el umbral de integración vertical en un 60% se entregaron en los siguientes informes: (i) Informe N° 9/2013, emitido con ocasión de la licitación pública del frente de atraque del Puerto de Puerto Montt denominado “Muelle Comercial”, compuesto por los sitios 1 y 2, y del Terminal Panitao; (ii) Informe N° 10/2014, emitido con ocasión de la licitación pública del Frente de Atraque N° 1 o Molo del Puerto de Iquique; y (iii) Informe N° 11/2014, emitido con ocasión de la licitación pública del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Antofagasta.

(ii) Opinión de los intervinientes

196. Como se señaló, la Solicitante es de la opinión de que el conjunto de usuarios relevantes no posea más del 80% del capital, ni más del 80% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 80% de las utilidades de la sociedad concesionaria. En respaldo de una regla de integración vertical de un 80% o más, se acompañaron algunos informes económicos que se analizan a continuación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

197. De acuerdo con las conclusiones del informe económico acompañado por EPSA que rola a fojas 896, se debería elevar el umbral para la restricción a la integración vertical a un rango entre 80% y 100%, por las siguientes razones: (i) este umbral permitiría fomentar la competencia por la cancha, ya que habría un mayor número de operadores interesados en participar de la Licitación; (ii) la empresa portuaria contaría con mayores facultades para solicitar información y sancionar a los concesionarios, las que actúan como disuasivo de conductas anticompetitivas; (iii) la actual competencia en la cancha que existiría con otros cuatro operadores no relacionados entre sí; y (iv) el concesionario no tendría incentivos a discriminar porque debe atender a la mayor cantidad de naves posibles para rentabilizar la alta inversión en capital que requiere la construcción del Terminal Mar.

198. Por otra parte, en el informe acompañado por la Solicitante que rola a fojas 996, se señala que el negocio del transporte marítimo ha evolucionado hacia la integración entre empresas navieras y portuarias, y que los potenciales riesgos sobre la competencia que una mayor integración vertical genera serían bajos en un contexto con seis participantes y capacidad excedentaria. Una ventaja adicional de relajar estas condiciones, según este informe, es que podría ser más atractivo participar para las empresas navieras internacionales, lo que daría origen a subastas más competitivas. Por tanto, aconseja establecer un límite a la integración vertical de 60% como en el caso del Molo Sur del Puerto de San Antonio, o bien, elevarlo preferentemente a uno de 80%.

199. Asimismo, en el informe económico de fojas 1711, ofrecido por EPSA, se afirma que los beneficios de la integración vertical existen y son importantes, pero indica que no han podido ser medidos en forma cuantitativa. En el mismo se cita diversa literatura económica que confirmaría los beneficios de la integración vertical entre la operación de terminales y las empresas navieras, destacando la denominada reducción del conflicto de canales (*channel conflict*, en inglés), concepto utilizado en la literatura de marketing y de logística. El conflicto de canales aparece cuando un miembro del canal de transporte interfiere con los objetivos de otro miembro. Por ejemplo, en el transporte marítimo esto puede ocurrir cuando un puerto que quiere asegurar la máxima utilización de sus activos interfiere con el objetivo principal de las navieras, que es minimizar el tiempo de la escala en el puerto. La integración vertical entre la naviera y el terminal permitiría reducir estos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conflictos. Otra ventaja de la integración vertical que se cita en el informe dice relación con la reducción de los costos totales de transporte mediante la mejor programación de las naves y la reducción de los tiempos en puerto, señalando que la empresa portuaria integrada con una naviera tiene interés en que otras navieras lo usen, lo que aumenta el bienestar y permite ofrecer mejores servicios. Finalmente, el informe también menciona el hecho que, en la actualidad, las conductas anticompetitivas tienen una mayor probabilidad de ser perseguidas y sancionadas por organismos de la libre competencia, así como castigadas por la misma EPSA, por lo que estrictas reglas de prevención *ex ante* introducirían ineficiencias productivas y reducirían la participación en las subastas por los terminales.

200. La FNE, por su parte, estuvo por mantener una regla de integración horizontal de un 40% o máximo un 60%, sujeto a la posibilidad de incrementarlo durante la vigencia de la concesión si las condiciones de competencia son más favorables que las estimadas inicialmente. En términos generales, propone mantener los umbrales que se han fijado en los últimos informes debido a que se deben tener mayores antecedentes para justificar los beneficios de una integración vertical como la que propone la Solicitante. Plantea, además, que dichas eficiencias esperadas debieran ser verificables, inherentes y aptas para compensar los potenciales riesgos, lo que no se ha demostrado en autos.

201. Finalmente, EPV considera que se debe mantener una regla de restricción vertical del 60%, dado que estima como prioritaria la eliminación de restricción a la integración horizontal. Para respaldar esta petición, EPV acompañó el informe económico que rola a fojas 1237 en el que se propone dicha regla. En opinión del informante, considerando la falta de antecedentes de cómo operará el mercado portuario de la Región de Valparaíso frente a la mayor concentración e integración de las líneas navieras, los efectos negativos de la integración vertical serían superiores a sus beneficios al ser mayor el tamaño del terminal concesionado en el PGE, lo que aumentaría los incentivos de la empresa naviera relacionada para destinar toda su carga a dicho terminal para que sea eficiente.

(iii) Opinión del Tribunal

202. Para establecer una de regla integración vertical se deben considerar los siguientes antecedentes: (i) las condiciones de competencia en el mercado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relevante en el que incide el presente informe; (ii) la suficiencia de los resguardos conductuales establecidos en la Sección 9 para evitar conductas discriminatorias, subsidios cruzados y sabotaje; (iii) los efectos de dicha regla en el número de oferentes en la licitación; y (iv) las eficiencias propias de la integración vertical en la industria naviera. Como se expondrá a continuación, al ponderar en su conjunto dichos elementos con los antecedentes que obran en el proceso, es posible concluir que no existen todavía las condiciones para elevar el umbral de integración vertical a un 80% o más, como solicita EPSA.

203. Por una parte, las condiciones de competencia entre los puertos de uso público de la Región de Valparaíso si bien han variado desde que el año 1998 se impusiera el umbral del 40% para los frentes de atraque singularizados en el párrafo 192, tanto en lo que se refiere al número de terminales portuarios como a la forma cómo se ha desarrollado la industria, ello no es suficiente para mitigar los riesgos de conductas discriminatorias por parte del futuro concesionario, en el caso de que esté integrado casi en su totalidad con algún usuario relevante, según se explicó en la Sección 7.

204. Por otra parte, como ya se anticipó, los resguardos conductuales establecidos en la Sección 9, si bien mitigan estos riesgos, no los eliminan por completo. A pesar de que se han ido imponiendo mayores obligaciones de informar al concesionario y más atribuciones a quien tiene que fiscalizarlo, los costos de información y de supervisión que implica una fiscalización efectiva por parte de la empresa portuaria siguen siendo altos, ya que existen prácticas sutiles de discriminación que son muy difíciles de detectar y sancionar. Entre otras, y como se citó en el Informe N° 6/2009, se pueden mencionar dentro de dichas prácticas la asignación de espacios más funcionales en las áreas de acopio a las relacionadas, dar mejor calidad de servicio a las mismas, usar información privilegiada y manipular la reserva de sitios.

205. Junto con lo anterior, existen riesgos de sabotaje. Al efecto, Puerto Central señala que, a diferencia de los frentes de atraque estatales, el mercado de los servicios navieros regulares de línea no se encuentra sujeto a reglas preventivas como las de no discriminación arbitraria y provisión obligatoria de sus servicios. Entonces una naviera podría elegir que la totalidad de su servicio recalara en un puerto relacionado, copándolo y con ello el concesionario del terminal tendría una justificación operacional para negar sus servicios a otras navieras. En

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consecuencia, existe el riesgo de direccionamiento de la carga de usuarios relevantes no relacionados a puertos menos eficientes (fs. 706).

206. En cuanto a eventuales desincentivos a una mayor participación en la licitación producto de un umbral del 60% de integración vertical, no se aportaron antecedentes suficientes en el proceso que respalden esta afirmación. La experiencia indica que la fijación de una regla como la que se ha descrito no ha sido obstáculo para que se lleven a cabo licitaciones exitosas de frentes de atraque estatales. Incluso, de considerar esta afirmación como cierta, si se ponderan ambos elementos -una mayor cantidad de oferentes vs. mitigar de forma más efectiva los riesgos ya descritos-, a juicio de este Tribunal, resulta más conveniente privilegiar el segundo objetivo.

207. Por último, en cuanto a la supuesta evolución del negocio del transporte marítimo hacia la integración entre empresas navieras y portuarias, por las mayores ganancias en eficiencia que dicha integración implicaría, existen en la literatura económica algunos estudios que avalan esta afirmación. Así, por ejemplo, Carbone y Stone (2005) señalan que la integración fue un comportamiento estratégico común dentro de los 20 principales proveedores europeos de servicios de logística que, ante un entorno cambiante y exigentes condiciones operativas, optaron por crecer a través de fusiones y adquisiciones que les permitieran mejorar su diversificación geográfica y comercial, y así lograr (i) aprovechar las economías de alcance que mejoren sus márgenes operativos, (ii) alcanzar un tamaño suficiente para hacer frente a la alta inversión en infraestructura física que se requiere y (iii) aprovechar las sinergias estratégicas y operativas, especialmente en servicios de mayor valor agregado³. Asimismo, Altuntaş y Göçer (2014) sostienen que debido a su naturaleza altamente interdependiente y su estructura tipo red, la industria naviera contempla varias actividades de integración, especialmente en transacciones frecuentes como lo son los servicios de agencia y operación de terminales, motivados por la búsqueda de nuevas oportunidades de mercado, el control de operaciones o servicios “puerta a puerta”, la capacidad de ampliar la variedad de servicios y la creación de relaciones a largo plazo con los clientes⁴.

³ Carbone y Stone (2005). *Growth and relational strategies used by the European logistics service providers: Rationale and outcomes*. Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review (Vol. 41, N°6), pp.495-510.

⁴ Altuntaş y Göçer (2014). *Integration Strategies in Shipping Industry: drivers and barriers*. International Logistics and Supply Chain Congress, Istanbul Technical University, Istanbul, Turkey (pp. 126-138).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

208. Más recientemente, Zhu et al (2019) estudiaron los efectos de la integración vertical entre líneas navieras y terminales portuarios, concluyendo, a través de un modelo analítico con supuestos de demanda lineal y costos de demora particulares, que la integración conduce a un aumento en la capacidad portuaria, en la carga transferida y en el excedente del consumidor, además de reducir los costos de demora y aumentar la producción, eso sí, a expensas de las líneas navieras rivales⁵. Sin perjuicio de lo anterior, los mismos autores señalan, por una parte, que el modelo no analiza la competencia entre puertos y, por otra, que la evidencia empírica preliminar confirma que los puertos integrados verticalmente manejan un mayor volumen de tráfico y están asociados a una mejor infraestructura y equipo, por lo que recomiendan a las autoridades portuarias y reguladores gubernamentales revisar el estado de la competencia en el mercado y los planes de expansión de cada puerto, ya que los operadores de terminales requieren una mayor inversión de capital para mejorar las instalaciones portuarias para dar servicio a buques cada vez más grandes.

209. Sin embargo, la Solicitante no acompañó en el proceso antecedentes cuantitativos y empíricos que dieran cuenta de dichos beneficios. Es más, en el informe acompañado por EPSA que rola a fojas 1711, se señala que los beneficios de la integración vertical existirían y serían importantes, pero al mismo tiempo indica que no han podido ser medidos en forma cuantitativa. En este sentido, este Tribunal coincide con la FNE en cuanto a que las eficiencias deben ser demostradas, esto es, debieran ser verificables, inherentes y aptas para compensar los potenciales riesgos derivados de la integración.

210. En suma, no existen antecedentes suficientes en el expediente que ameriten modificar el criterio que se ha fijado en los informes N°6/2009, N°9/2013, N°10/2014 y N°11/2014 citados, por lo que se mantendrá el umbral señalado en ellos, vale decir, de un 60% de integración vertical.

(iv) Regla de integración con el concesionario de Ferrocarril

211. Otra materia que ha sido objeto de diversos planteamientos por algunos aportantes de antecedentes corresponde al acceso ferroviario con el que contará el PGE, el cual permitiría, según lo indicado por la Solicitante, transportar entre el 30%

⁵ Zhu, S., S. Zheng, Y. Ge, X. Fu, B. Sampaio y C. Jiang (2019). *Vertical integration and its implications to port expansion*. Maritime Policy & Management, DOI: 10.1080/03088839.2019.1594426

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y 40% de la carga por esta vía (fs. 321 vuelta). Esta proyección de movimiento de carga nos lleva a considerar que el futuro concesionario del Ferrocarril podría ser un usuario relevante del Terminal Mar, por lo que convendrá ahondar en su análisis con el objeto de definir si corresponde o no la aplicación de medidas o resguardos estructurales.

212. En este análisis debemos considerar, por una parte, que el Terminal Mar concentraría, en forma previa a la entrada del Terminal Tierra, hasta el 50% de la capacidad de transferencia de carga contenedorizada de la Región de Valparaíso cuando esté en plena operación y, por otra parte, que en tal escenario el Ferrocarril podría llegar a atender hasta un 80% de la transferencia de carga, por lo que el riesgo de cierre de mercado es bastante alto. De este modo, en el peor escenario posible, si el concesionario del Ferrocarril estuviese integrado con el del Terminal Mar, este último tendría la capacidad suficiente para coparlo y, en la práctica, imposibilitar la atención de carga del futuro Terminal Tierra. Si a lo anterior le sumamos la posibilidad de integración completa de la cadena, es decir, con una línea naviera como controladora del Terminal Mar y del Ferrocarril, las posibilidades de discriminación son mayores.

213. Por lo tanto, atendidos los riesgos identificados, este Tribunal considera prohibir cualquier tipo de participación societaria entre las concesionarias del Terminal Mar y del Ferrocarril.

(v) Regla de Integración Vertical

214. El conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más del 60% del capital, ni más del 60% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 60% de las utilidades de la sociedad concesionaria del terminal Mar. Dicha regla no se aplicará al concesionario del Ferrocarril, quien no podrá participar, de ninguna forma, en la sociedad concesionaria del Terminal Mar, y viceversa.

215. Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga general por vía marítima en puertos de uso público, sea como: (a) empresas navieras, (a.i) con más de un 10% del tonelaje de carga marítima movilizada a nivel nacional; (a.ii) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva; o (a.iii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada en el frente de atraque objeto de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

10.3. Integración Horizontal

(i) Introducción

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

218. En el caso del Puerto de San Antonio, el Dictamen N° 1045, respecto de los frentes de atraques señalados en el párrafo 192, estableció un umbral de un 15% de integración horizontal, es decir, la sociedad que se adjudique un frente de atraque estatal, sus controladores y accionistas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas tengan, directa o indirectamente, más del 15% del capital

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

accionario, no podrán participar con más del 15%, directa o indirectamente, en una sociedad concesionaria de otro frente de atraque estatal en la misma región.

219. Posteriormente, esta regla de integración horizontal fue modificada por el Informe N° 6/2009, en el cual se estableció su prohibición absoluta. En dicha oportunidad, se concluyó que si bien era posible que existieran *“algunas economías de escala asociadas al uso compartido de activos indivisibles entre frentes contiguos o aledaños que estuviesen eventualmente a cargo de un mismo operador portuario”*, no existieron antecedentes que permitieran *“extraer una deducción concluyente sobre la relevancia empírica de este conjunto de conjeturas”* ni que permitieran concluir que una proporción significativa de tales economías se traspasaría finalmente a los usuarios de los servicios portuarios. Así, se entendió que la nueva regla de restricción absoluta a la integración horizontal debía entenderse como parte de un sistema más amplio de restricciones estructurales, que incluía también a la nueva regla que aumentaba el umbral de la integración vertical a un 60%.

220. En forma previa a analizar las opiniones de los intervinientes y aportantes de antecedentes sobre esta materia, se presenta en el cuadro a continuación la situación actual de los frentes de atraque de la Región de Valparaíso, en términos de su propiedad. Como se observa, en el mercado geográfico relevante, hay 4 operadores portuarios independientes de carga contenedorizada.

Cuadro N° 7
“Propiedad actual de los Frentes de Atraque de la Región de Valparaíso”

Puerto	Frente de Atraque	Carga	Empresa	Año término de la Concesión	Propietario	Porcentaje	Grupo económico
Puerto San Antonio	Terminal Molo Sur (Sitios 1 al 3)	Contenedores, fraccionada y granel	STI	2024, extensible hasta 2029	SSA Marines	50%	
					SAAM	50%	Luksic
	Terminal Costanera Espigón (Sitios 4 al 7)	Contenedores, fraccionada y granel	Puerto Central	2031, extensible hasta 2041	Puertos y Logística	100%	Matte
					Puerto Lirquén	0%	

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Puerto de Valparaíso	Terminal N° 1 (Sitios 1 al 5)	Contenedores y fraccionada	TPS	2029	Contug Terminals S.A.	40%	Ultramar
					Neltume Ltda.	60%	
	Terminal N° 2 (Sitios 6 al 8)	Contenedores y fraccionada	TCVAL	2021	ALEATICA S.A.	100%	Aleatica (grupo español)
					ALEATICA S.A.U.	0%	
					INMOBILIARIA ESCORIAL LIMITADA	11%	
					SERVICIOS QUELENTARO S.A.	9%	
					Sigdo Koppers	7%	

Fuente: Elaboración propia del TDLC.

(ii) Opinión de los intervinientes

221. EPSA solicita que se prohíba totalmente la integración horizontal debido a: (i) la necesidad de mantener la presión o tensión competitiva, ya que con dicha prohibición se evitarían los riesgos de coordinación de comportamientos que reducen la rivalidad entre las empresas, y (ii) que dicha regla impediría que los incumbentes bloqueen la entrada de un nuevo operador. A su juicio, un nuevo operador tendrá incentivos para competir por la carga actual y futura de contenedores y esta presión competitiva se traducirá en una disminución de tarifas, una mejor calidad de servicios y en una herramienta eficaz para prevenir los eventuales riesgos de un accionar abusivo, ya sea unilateral o coordinado entre los operadores de terminales portuarios.

222. Otros aportantes de antecedentes coinciden con la propuesta de EPSA de prohibir absolutamente la integración horizontal. Entre ellos destacan el Ministerio de Economía, que estima que la operación conjunta del Terminal Mar con otro terminal de uso público en la misma región no implica ganancias de eficiencia significativas, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, el SEP y la FNE.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

223. Los principales argumentos de la FNE para mantener la prohibición absoluta de integración horizontal son los siguientes: (i) la integración horizontal actuaría como una barrera a la entrada dado que un incumbente tendría una mayor valoración por la concesión que un entrante; (ii) la integración horizontal disminuye la presión competitiva *ex post* o en la cancha, considerando las barreras a la entrada al mercado y porque la concesión del Terminal Mar, antes de la entrada del Terminal Tierra, detentaría entre el 23,6% y el 38,1% de la capacidad portuaria de la Región de Valparaíso; (iii) dado el alto nivel de incertidumbre sobre las condiciones del mercado a la época de inicio de operaciones del Terminal Mar, es más difícil emular las condiciones de competencia *ex post*, por lo que, en este escenario, resulta más conveniente prohibirla.

224. Por su parte, EPV estima que la restricción horizontal absoluta es muy restrictiva para el actual escenario. Señala que permitir la integración horizontal con condiciones en el mercado portuario de la Región de Valparaíso, no afectaría la competencia que exhibe actualmente este mercado. Así, proponen que: (i) se mantenga el mercado relevante de la Región de Valparaíso con al menos cuatro operadores distintos; (ii) como máximo, cada operador pueda operar dos terminales; (iii) los Terminales a operar por un mismo operador no sean adyacentes, así como tampoco puedan compartir infraestructura; por lo que deberán ser unidades de negocio separadas, con administraciones distintas y planes de inversión diferentes.

225. También sobre esta materia se pronunciaron los informes económicos ofrecidos por EPSA y EPV. Por una parte, el informe económico de fojas 1237, ofrecido por EPV, señala que la restricción absoluta a la integración horizontal sería un castigo a los terminales que operan actualmente en el mercado, porque al ser estos de menor tamaño les sería muy difícil competir con el Terminal Mar y porque disminuiría el interés por ellos en futuras concesiones, lo que eventualmente disminuiría el número de competidores en el mercado. Por lo tanto, a su juicio sería más razonable permitir la integración horizontal con condiciones, dado que el mercado presenta una alta madurez de competencia.

226. Por otra parte, los informes económicos ofrecidos por EPSA que controvierten lo planteado por EPV. Tanto el informe de fojas 896, como el de fojas 996, coinciden en que, si bien ha aumentado la competencia en la región, se debe mantener la restricción absoluta a la integración horizontal. Para sostener sus posturas señalan, principalmente, que el Terminal Mar puede introducir mayor competencia en el mercado, promoviendo la eficiencia y el bienestar de los usuarios,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y que de permitirse la participación de incumbentes en la licitación éstos podrían bloquear la entrada de nuevos operadores. No obstante lo anterior, el informe de fojas 896 plantea que se debe permitir que los incumbentes participen de la Licitación, sujeto a que, en caso de adjudicación, enajenen su participación en el otro terminal que administren en el mercado relevante, en un plazo razonable.

227. Por último, el informe económico de fojas 1730, ofrecido por EPSA, en respuesta al informe económico acompañado por EPV a fojas 1237, plantea que la propuesta de EPV no tiene sentido económico, ya que sugiere aceptar la integración horizontal con condiciones, equivale a aceptar la integración con todos sus riesgos, pero eliminando los beneficios de economías de escala y ámbito, además de la posible reducción en los costos fijos de tener una sola matriz. En este sentido, los informes económicos aportados por EPSA sugieren que, de permitirse la integración horizontal entre frentes de atraque de la región, las operaciones de concentración naturales para enfrentar los terminales Tierra y Mar del PGE serían las de STI con Puerto Central y de TPS con TCVL.

(iii) Opinión del Tribunal

228. A juicio de este Tribunal, la prohibición absoluta de la integración horizontal es la opción que se justifica a partir de los antecedentes de este proceso. Permitir la integración horizontal, en cualquier porcentaje, traería consigo riesgos para la competencia, tanto *ex ante* como *ex post*, mayores a sus potenciales beneficios.

229. En primer lugar, en línea con lo sostenido por EPSA y la FNE, permitir la integración horizontal puede producir un efecto adverso en la competencia *ex ante*, al existir el riesgo de que nuevos entrantes se inhiban de participar si creen que los incumbentes pueden realizar mejores ofertas que ellos en la Licitación. Esta situación se explica porque un incumbente tiene una mayor valoración por la nueva concesión, ya que de adjudicársela -aunque sea en un porcentaje- aumenta su participación de mercado y restringe la intensidad competitiva, en comparación al escenario donde la Licitación se adjudica a un entrante independiente. Así, el incumbente internaliza estos efectos y puede hacer una mejor oferta que un potencial entrante, aún con similares condiciones de eficiencia.

230. En el caso de autos, lo anterior puede suceder si los incumbentes igualan el *l_{min}* en su oferta e incorporan en su pago por desempate las pérdidas que tendrían en caso de no adjudicarse un porcentaje de participación en el Terminal Mar. De

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

esta manera, un incumbente podría participar en la Licitación a través de un consorcio, aumentar el pago por desempate ofrecido por este y adjudicarse la concesión. Esto, además de actuar como una barrera a la entrada, tendría efectos adversos en la competencia *ex post*.

231. En segundo lugar, en cuanto a la competencia *ex post*, la integración horizontal disminuiría el incentivo a competir del terminal que tenga el porcentaje de participación cruzada, por cuanto obtendría parte de las ganancias del Terminal Mar. Lo anterior en el contexto del mercado descrito en las Secciones 6 y 7 puede ser muy nocivo para la competencia *ex post*, considerando que el Terminal Mar será el único capaz de atender Portacontenedores Clase E, a menos que alguno de los actuales puertos de la Región de Valparaíso realice las inversiones en infraestructura necesarias para recibir dichas naves. Además del posible monopolio en la atención de naves Clase E, el Terminal Mar podrá atender naves de menor tamaño y, al comenzar su operación, tendrá más de un 45% de la capacidad de transferencia total de la región, por lo que no resulta razonable permitir la participación de otro terminal portuario en su propiedad, ya que este por sí solo tendrá significativas economías de escala.

232. En cuanto a la eventual integración horizontal entre otros frentes de atraque de la región, como lo plantea el informe económico ofrecido por EPSA que rola a fojas 996, las operaciones de concentración naturales para competir con ambos terminales del PGE serían la de los concesionarios STI y Puerto Central, en el Puerto de San Antonio, y la de los concesionarios TPS y TCVL, en el Puerto de Valparaíso. Ahora bien, esto no es materia del presente informe y requeriría la revisión detallada de las condiciones de competencia del mercado en su oportunidad.

(iv) Regla de Integración Horizontal

233. En conclusión, considerando los razonamientos anteriores, este Tribunal prohibirá la integración horizontal en el Terminal Mar. Así, la sociedad que se adjudique la concesión del Terminal Mar del PGE de San Antonio, y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, no podrán participar directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público en la misma región -sea público o privado- que provea servicios portuarios a carga en contenedores.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10.4. Reglas comunes para la restricción vertical y horizontal

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

(i) Cálculo de porcentajes máximos

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

(ii) Transferencia forzosa del exceso

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iii) Vigencia de las restricciones

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

10.5. Participación de los incumbentes en la Licitación

239. Ningún interesado estará impedido de participar en la Licitación. Los controladores y accionistas de las sociedades concesionarias de un frente de atraque estatal que pudieren verse afectados por las restricciones a la integración horizontal establecidas tanto en anteriores informes como en el presente podrán participar en la licitación del Terminal Mar, pero, en caso de adjudicarse la concesión, deberán optar entre la concesión del Terminal Mar del PGE de San Antonio y aquella en que son partícipes. De este modo, las actuales sociedades concesionarias de frentes de atraque de puertos de uso público de la Región de Valparaíso o sus personas relacionadas, que opten por sustituir la participación o vinculación que tengan en un frente, por una participación o vinculación en el Terminal Mar del PGE de San Antonio, 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. Las Bases de Licitación definitivas deberán señalar cuando se entiende ejercida dicha opción.

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

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

Evacuar el Informe solicitado a fojas 319 por la Empresa Portuaria San Antonio, fijando las siguientes condiciones a que deberá sujetarse la licitación del Terminal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mar del Puerto a Gran Escala de San Antonio, las que deberán incorporarse a las respectivas Bases y al contrato de concesión:

I. Resguardos de la competencia en la licitación:

- 1) La Licitación deberá adjudicarse al postulante cuya oferta económica iguale el Índice Mínimo (Imin) definido por EPSA. En caso de empate en dos o más ofertas económicas se adjudicará al oferente que proponga el mayor Aporte para Bienes Comunes del Puerto Exterior. Si ninguna oferta igual el Imin, la concesión se adjudicará a quien ofrezca el menor índice de tarifas por los servicios básicos (índice de adjudicación), 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 preste o pueda prestar en condiciones de monopolio en el frente de atraque licitado, dado un determinado nivel de calidad de servicio especificado en las mismas Bases de Licitación y Anexo III;
- 2) 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 EPSA una “oferta final” de índice tarifario máximo que, en caso alguno, podrá ser más alto al ya ofertado, y tampoco puede superar el Índice Tarifario Máximo de Reserva definido por EPSA, ni ser inferior al Imin;
- 3) EPSA deberá establecer una metodología o fórmula de ponderación de las tarifas de cada uno de los servicios de acuerdo con la Sección 8 deben ser considerados básicos, según la participación proyectada de cada tipo de carga respecto del total de la carga proyectada durante el período completo de la concesión;
- 4) EPSA deberá establecer un Índice Tarifario 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 objetivas, estar establecidas con claridad en las Bases y ser conocidas por los postulantes, a excepción del Índice Tarifario Máximo de Reserva;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 6)** Por concepto de Canon Anual, se considerará aquel compuesto por un “Canon Base”, que corresponde al pago anual equivalente mínimo (PAm_i) a que se refiere el artículo 6° del Reglamento de Licitaciones Portuarias, asimilando el valor económico de los activos objeto de concesión al valor libro durante el primer año de la concesión y luego al costo de reposición de las instalaciones existentes, y por un “Canon Variable” que será calculado por EPSA en base a los TEUs de carga transferida en el Terminal Mar durante el año anterior;
- 7)** Los demás pagos que el concesionario deba efectuar a EPSA deberán estar asociados a costos, tales como aquellos que produzca la Licitación. Así, EPSA deberá unificar el Pago Inicial Estipulado en un monto que se asocie a los costos incurridos por ella para la realización de la Licitación y la compensación de los trabajadores portuarios eventuales. Por su parte, atendida la existencia de un Canon Variable y que no se ha justificado por la Solicitante la necesidad de un pago específico para la Operación Eficiente de EPSA, deberá eliminarse dicho pago del borrador de Bases de Licitación;
- 8)** EPSA deberá especificar con claridad y precisión en las Bases de Licitación la capacidad de infraestructura y los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes, tal como se observa en el borrador de Bases de Licitación;
- 9)** EPSA deberá especificar con claridad y precisión en las Bases de Licitación la fecha del llamado a Licitación, el período de ventas de las Bases, el período para formular consultas, el período de visitas a terrenos, tal como se observa en el borrador de Bases de Licitación;
- 10)** Las Bases de Licitación deberán especificar el monto del patrimonio mínimo requerido, el que no debe constituir un desincentivo a la entrada de nuevos interesados a la concesión. En cuanto a la exigencia de experiencia, las Bases deberán contemplar la exigencia que el concesionario o alguno de sus miembros, en caso de un consorcio, que tenga al menos un 35% de los derechos en dicho consorcio, deberá haber transferido un mínimo anual de 600.000 de TEUs en al menos 3 años durante los últimos 10 años en puertos de acceso público en general;
- 11)** El monto de las garantías contempladas en las Bases de Licitación no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una;
- 12)** EPSA deberá eliminar de las Bases de Licitación la obligación del concesionario de responder por la destrucción de infraestructura en caso de fuerza mayor o caso fortuito;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

II. Resguardos en la provisión de servicios portuarios

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

14) El concesionario estará obligado, por las Bases y por el contrato de concesión, a observar las instrucciones que le imparta EPSA y que tengan por fin evitar o poner término a actos de discriminación. EPSA 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 o al experto independiente, según la naturaleza de la cuestión en disputa, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse en caso de estimar improcedente la aplicación de sanciones por parte de la empresa portuaria;

15) Las Bases de Licitación deberán contemplar que cada tarifa ofertada se constituya en una tarifa máxima reajutable, o bien la existencia de diversos Índices Tarifarios. De este modo, en el caso de establecerse Índices Tarifarios Máximos, las tarifas cobradas por el concesionario por los servicios básicos en el frente de atraque concesionado no deberán superar dicho índice, reajustado anualmente de acuerdo con el factor de ajuste que EPSA defina, el que deberá representar verazmente la variación en los costos de proveer los servicios;

16) Las tarifas que el concesionario determine deberán ser registradas ante EPSA, con a lo menos 30 días de anticipación a su entrada en vigencia y, además, tendrán un plazo mínimo de vigencia de 60 días;

17) EPSA deberá establecer un mecanismo de adecuación del contrato de concesión distinguiendo entre materias que serán modificadas directamente por el Tribunal y aquellas cuya modificación se efectuará de común acuerdo o mediante el procedimiento de resolución de controversias que se establezca en el contrato, según se establece en la Sección 9 de este Informe. Para el primer caso, se requiere que (i) hubieren transcurrido a lo menos diez años desde que haya entrado en operaciones el Terminal Mar de acuerdo con lo dispuesto en el contrato de concesión, y (ii) este Tribunal las hubiere autorizado en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Para el segundo caso, se requiere

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que: (i) hubieren transcurrido a lo menos diez años desde que haya entrado en operaciones el Terminal Mar de acuerdo con lo dispuesto en el contrato de concesión, y (ii) las modificaciones propuestas se hayan notificado previamente a la Fiscalía Nacional Económica con, al menos, 90 días de anticipación a su implementación. En cuanto a la reclasificación de los servicios especiales a básicos, ésta sólo podrá efectuarse una vez que: (i) hubiere transcurrido a lo menos un año desde que haya entrado en operaciones el Terminal Mar de acuerdo con lo dispuesto en el contrato de concesión, y (ii) este Tribunal hubiere constatado la variación de las condiciones de competencia en el mercado, en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211;

18) Las tarifas que cobre el concesionario por sus servicios sean básicos o especiales, deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias; y cualquier acuerdo particular entre éste y un determinado usuario, que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas, debe ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas. Las Bases de Licitación no podrán contener cláusulas que permitan al concesionario otorgar premios por servicios expeditos o descuentos por fidelidad que involucren exclusividad de servicio ni que hagan referencia a la carga transferida o a las metas cumplidas en relación con lo realizado en otros terminales, conforme se indica en la Sección 9. Asimismo, se deberá incluir que el concesionario solo podrá vender grupos de servicios básicos, prohibiéndose la venta atada de servicios básicos y especiales;

19) EPSA deberá eliminar de las Bases de Licitación la exigencia de presentar las memorias de cálculo para realizar el registro de las tarifas de los servicios especiales y tampoco podrá negar el registro de dichas tarifas. Ahora bien, el concesionario deberá indicar en sus estados financieros qué servicios se clasifican como básicos y cuáles se clasifican como especiales, según lo señalado en la Sección 8;

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ocupación que sean definidos, tal como se observa en el borrador de Bases de Licitación.

21) El concesionario deberá establecer en el Manual de Servicios normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves que formarán parte de las condiciones generales de prestación de los servicios portuarios, de conformidad con los criterios generales y requisitos mínimos que EPSA fije en su Reglamento de Uso de Frentes de Atraque, todo lo cual deberá asegurar un uso eficiente de la infraestructura portuaria.

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

23) EPSA deberá establecer la obligación al concesionario de otorgar a cualquier interesado el acceso libre y expedito a toda aquella información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, con la periodicidad que dicha empresa portuaria establezca, mediante su sitio web u otro.

24) EPSA deberá establecer que el concesionario y sus accionistas deberán proporcionar a su Directorio, cualquier información legal o económica que éste requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la ley, de las Bases de Licitación, del contrato de concesión y de las condiciones establecidas en este Informe. Estas obligaciones deberán ser contractualmente extensivas a los accionistas de la empresa concesionaria, para los efectos de proveer a la debida observancia de las reglas sobre propiedad accionaria que se establezcan. Para ello, las Bases de 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° 18.045 de Mercado de Valores. El concesionario o sus accionistas no podrán excusarse de proporcionar a EPSA 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 EPSA la información que se encuentre en la situación anterior, debiendo la empresa portuaria adoptar los resguardos correspondientes.

25) Las Bases de Licitación deberán contemplar la obligación anual del concesionario de entregarle información a EPSA y a la Fiscalía Nacional Económica relativa a las mallas societarias de los accionistas de las concesionarias y sus empresas relacionadas, como asimismo las toneladas movilizadas en los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

respectivos frentes de atraque y por región, en los 12 meses anteriores a cada fiscalización, desagregada por tipos de carga y también por modalidades o categorías de usuarios, tanto a la Solicitante como a la Fiscalía Nacional Económica, conforme a lo indicado en la Sección 9 de este Informe;

26) La sociedad concesionaria deberá cumplir con todas las obligaciones establecidas en el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, cualquiera sea su patrimonio, pero en la medida que tenga accionistas independientes del controlador que permitan hacerlo. EPSA podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores constituido en conformidad a ese artículo;

27) Las sanciones y multas aplicables por EPSA deben quedar claramente establecidas en las Bases de Licitación o en el contrato de concesión y deberán ser suficientes para disuadir eficazmente el incumplimiento de las obligaciones del concesionario que tienen por objeto resguardar la libre competencia;

III. Resguardos estructurales:

28) Integración Vertical:

28.1. 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;

28.2. Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga general por vía marítima en puertos de uso público, sea como: (a) empresas navieras, (a.i) con más de un 10% del tonelaje de carga marítima movilizada a nivel nacional; (a.ii) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva; o (a.iii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión; o bien, (b) como exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, operadores de transporte multimodal, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier otro título o modalidad, con exclusión de los agentes de muellaje, (b.i) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva; o (b.ii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas) participare a varios títulos o en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distintos eslabones de la cadena de transporte marítimo, será considerado usuario relevante si supera los porcentajes referidos en razón de su participación en un mismo eslabón o a un mismo título. Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán al 31 de marzo y 30 de septiembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a EPSA dentro de los 30 días siguientes;

28.3. 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;

28.4. Sin perjuicio de lo anterior, se prohibirá absolutamente la integración vertical entre el concesionario del Terminal Mar y el concesionario a cargo de la administración del Ferrocarril, conforme a lo señalado en la Sección 10;

29) Integración horizontal:

29.1. La sociedad que se adjudique la concesión del Terminal Mar, 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 en contenedores;

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

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

30.2. Los estatutos de la sociedad concesionaria deberán establecer que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que supere los umbrales de participación permitidos en la regla de integración vertical, o incumpla la regla de integración horizontal alcanzando una participación o vinculación con otro frente de atraque de uso público de la Región de Valparaíso, deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación o desvincularse, de la manera que tales accionistas acuerden en los pactos que celebren, otorgándose en todo caso poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a esa enajenación, por medio de una bolsa de valores,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

si pasados 45 días desde que venció el plazo indicado, este exceso no fuere enajenado;

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

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

31) Los controladores y accionistas de las sociedades concesionarias de un frente de atraque estatal que pudieren verse afectados por las restricciones a la integración horizontal establecidas tanto en anteriores informes como en el presente podrán participar en la licitación del Terminal Mar, pero, en caso de adjudicarse la concesión, deberán optar entre la concesión del Terminal Mar del PGE de San Antonio y aquella en que son partícipes, en la forma señalada en la Sección 10.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese personalmente o por cédula a la Solicitante y a los aportantes de antecedentes, salvo que estos autoricen notificación vía correo electrónico. De conformidad con el acuerdo del Tribunal adoptado con ocasión de la publicación de la Ley N° 21.226 y del estado de catástrofe, de 2 de abril de este año, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada. Hecho, inclúyase en el estado diario y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 444-18.

Emitido por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, y Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias. No firma el Sr. Javier Tapia Canales, no obstante haber concurrido a la audiencia pública y al acuerdo de la causa, por inconvenientes técnicos al momento de suscribir electrónicamente el documento.

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