

SANTIAGO, quince de octubre de dos mil nueve.

PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO

ROL NC Nº 317-08

SOLICITANTE: EMPRESA PORTUARIA SAN ANTONIO.

OBJETO: RESPECTO DE LAS CONDICIONES PARA LA LICITACIÓN PÚBLICA DEL FRENTA DE ATRAQUE COSTANERA-ESPIGÓN DEL PUERTO 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 INTERVINIENTES
- II) PARTE CONSIDERATIVA
 - 4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME
 - 5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME
 - 6. MERCADO RELEVANTE
 - 7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE
 - 8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN
 - 9. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS
 - 10. RESGUARDOS ESTRUCTURALES PROPUESTOS POR LA SOLICITANTE
- III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES.

1.1. Solicitante:

- Empresa Portuaria San Antonio, en adelante EPSA.

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

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

- Sindicato de Trabajadores Luciano Claude de EPSA (fojas 594)
- Sindicato de Profesionales, Técnicos y Administrativos de EPSA (fojas 603)
- Asociación Nacional de Agentes de Nave de Chile A.G. (ASONAVE) (fojas 609)
- Valparaíso Terminal de Pasajeros S.A. (VTP) (fojas 653)
- Federación de Trabajadores Marítimos Portuarios Eventuales Contratados y Afines de San Antonio (FETRAMPEC), Federación de Trabajadores Marítimos Portuarios (FETRAMAPORSA), Federación de Sindicatos Marítimos Portuarios (FESIPOINT), y Federación de Sindicatos de Trabajadores Portuarios, Extraportuarios y Otros (FETRAEXPORSAI) (Fojas 665)
- Puerto de Lirquén S.A. (fojas 726 y 1467)
- San Antonio Terminal Internacional S.A. (STI) (fojas 797)
- Comité del Sistema de Empresas (SEP) (fojas 864)
- APM Terminals B.V. (APM Terminals) (fojas 1183)
- Asociación de Exportadores de Chile A.G. (ASOEX) (fojas 1508)
- Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (fojas 1534)
- Fiscalía Nacional Económica (FNE) (fojas 1539)
- Sociedad Productora y Distribuidora S.A. (Soprodi) (fojas 1889)
- Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. (Cámara) (fojas 2423)

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

2.1. A fojas 531, con fecha 12 de noviembre de 2008, Empresa Portuaria San Antonio (EPSA) solicitó a este Tribunal que, en conformidad a lo dispuesto el artículo 23 de la Ley N° 19542 sobre Modernización de Sector Portuario Estatal (la Ley), informe favorablemente respecto de los términos y condiciones que propone para la licitación pública de una concesión portuaria para la explotación del Frente Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, compuesto por los sitios Nos 4, 5, 6 y 7, y sus correspondientes áreas de respaldo, almacenamiento y acceso, bajo un esquema monooperador (Licitación).

EPSA inserta en su solicitud una figura que muestra la superficie inicial de 24,58 hectáreas, aproximadamente, que serán entregadas en concesión, y las 4,83 hectáreas de áreas de respaldo adicionales que serán entregadas en el año 2014, una vez que concluya el actual contrato de arriendo que existe sobre ellas.

2.2. EPSA señala que es procedente la emisión del informe solicitado, porque en la Vª Región no existe otro frente de atraque estatal multioperado, capaz de atender la nave de diseño del proyecto referencial de expansión del Frente Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, de tipo post-panamax.

Además, sostiene la Solicitante, es posible que el concesionario que se adjudique la Licitación se relacione con concesionarios de otro frente de atraque del mismo puerto o de la Vª Región, configurándose la hipótesis a que se refiere el artículo 14 de la Ley, en el número 2 de su inciso tercero.

2.3. Explica que el Directorio de EPSA, conforme lo autoriza la Ley, ha adoptado la decisión de someter al informe las condiciones de competencia de la Licitación por medio de la cual la explotación, desarrollo y conservación del Frente Costanera Espigón será entregada en concesión a particulares para su operación bajo un esquema monooperador -manteniendo su carácter de frente de uso público- y que continúe su habilitación para la transferencia preferente y especializada de carga contenedor, aunque podrá satisfacer también la movilización de otros tipos de cargas.

2.4. Como antecedentes, EPSA caracteriza la primera fase de licitaciones efectuadas al amparo de la Ley, en los años 1999 a 2004, señalando que en ésta las empresas portuarias entregaron en concesión la explotación de la infraestructura física ya existente (Molo Sur y Sitio 8) y optaron por el esquema

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

monooperador, dejando de lado el sistema multioperador porque limitaba la eficiencia de los puertos.

Además, en dicha fase, las autoridades manifestaron su preocupación por promover una vigorosa competencia tanto al interior de los puertos (intraportuaria) como entre los diferentes puertos y frentes de atraque de una misma región (interportuaria), y por garantizar un acceso igualitario y no discriminatorio a la infraestructura y servicios portuarios de todos quienes requiriesen de sus servicios.

En el marco de esos propósitos, el Dictamen 1045 de la Comisión Preventiva Central reconoció y consideró que los frentes de atraque concesionados coexistirían y competirían con los estatales, y estableció las limitaciones a la integración horizontal y vertical de los futuros concesionarios que describe.

El esquema monooperador y la competencia en la primera fase permitieron alcanzar una mayor productividad y reducir los costos, así como traspasar tales beneficios a los usuarios. En este contexto, EPSA inserta cuadros que muestran incrementos en las velocidades de transferencia y reducciones de los costos portuarios.

2.5. Sin perjuicio de ello, EPSA manifiesta estar convencida de la urgencia de implementar una segunda fase de licitaciones que, a diferencia de la primera, asegure una mayor infraestructura física, nuevas instalaciones y equipamiento capaces de satisfacer los cambios que ha ido experimentando la industria naviera, a la vez que introduzca una mayor competencia que asegure que los beneficios de la mayor eficiencia se transfieran a los usuarios mediante tarifas competitivas.

Al respecto, EPSA señala que la competencia intraportuaria se ha debilitado o ha ido decreciendo en el tiempo, por la obsolescencia de los espigones de los puertos de Valparaíso y San Antonio, atendidos los obstáculos físicos inherentes a su larga data de construcción y a los nuevos requerimientos de las naves que se han incorporado, y que se incorporarán, a los tráficos marítimos.

La Solicitante explica que existe una creciente demanda por transferencia de contenedores en la Vª Región -insertando un gráfico que da cuenta de ello- la cual es producto de la “contenedorización” (sic) de cargas que tradicionalmente se transportaban de manera fraccionada, tales como fruta, cobre, celulosa, frutas frescas y hortalizas, a la exportación de nuevos productos alimentarios.

Además, EPSA afirma que el transporte marítimo ha presentado una tendencia hacia la especialización de las naves por tipo de carga y que los buques portacontenedores han ido incrementando su tamaño durante los últimos años, con el objeto de aprovechar economías de escala y de densidad, insertando también un gráfico que da cuenta de esto último y que muestra la evolución de la composición de las naves portacontenedores por tamaños (en capacidad TEUs).

Esas tendencias en el transporte marítimo, conllevan una creciente demanda por sitios para barcos de mayor capacidad, lo que exige que se amplíen las longitudes de los frentes de atraque y se aumenten los calados.

Como consecuencia de lo anterior, los espigones de los puertos de Valparaíso y San Antonio han ido quedando cada vez más obsoletos, y dadas las actuales limitaciones a los calados máximos permitidos, muchas naves deben primeramente ser alijadas en otros sitios para ser atendidas hoy en el Frente Costanera-Espigón.

Así, para que el Frente Costanera-Espigón pueda recibir naves portacontenedores, es preciso intervenir profundamente su estado actual para dotarlo de infraestructura y equipamiento necesario.

Además de la necesidad de incrementar la capacidad del Frente de Atraque Costanera Espigón, EPSA señala estar convencida de que el aporte de esa infraestructura adicional debe provenir de un nuevo competidor para restablecer la presión o tensión competitiva.

Por último, EPSA afirma también que la actual capacidad del Puerto de Valparaíso está cercana a superarse, tal como reconoce Empresa Portuaria Valparaíso (EPV) en su solicitud rol NC N°313-2008 y que los procesos de licitación y de posterior construcción necesarios para ampliar la infraestructura existente requieren de un plazo no inferior a cuatro años.

2.6. EPSA describe los tipos de carga y volúmenes que transfieren los puertos públicos y privados de la Región de Valparaíso, insertando el siguiente cuadro:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUADRO N°7: PRINCIPALES FRENTE DE ATRAQUE EN LA QUINTA REGIÓN

| Puerto y Frenes de Atraque | | Carga transferida | % * | %** | Administración y uso |
|---|--------------------------------------|--|-----|-----|--|
| Puerto San Antonio | Molo Sur (STI) | Contenedores, carga fraccionada y graneles | 62% | 20% | Concesionado y de uso público |
| | Costanera-Espigón | Contenedores, carga fraccionada y graneles | 23% | 7% | Estatal y de uso público |
| | Sitio 8 (Panul) | Graneles sólidos | 14% | 4% | Concesionado y de uso público |
| | Sitio 9 | Graneles líquidos | 1% | 0% | Estatal y de uso público (en proceso de concesionar) |
| Puerto de Valparaíso | Terminal N°1 (TPS) | Contenedores y carga fraccionada | 90% | 22% | Concesionado y de uso público |
| | Terminal N°2 o Espigón de Valparaíso | Contenedores y carga fraccionada | 10% | 2% | Estatal y de uso público |
| Bahía de Quintero | Oxiquim Quintero | Graneles líquidos | 6% | 3% | Particular y de uso privado |
| | Terminal Quintero (RPC) | Graneles líquidos | 70% | 31% | Particular y de uso privado |
| | Puerto Ventanas | Graneles sólidos y líquidos | 24% | 11% | Particular y de uso público |
| * Porcentaje calculado sobre el total de la carga transferida en cada puerto durante el año 2007. | | | | | |
| ** Porcentaje calculado sobre el total de la carga transferida en la Quinta Región durante el año 2007. | | | | | |

Fuente: EPSA.

2.7. Luego, EPSA describe el Puerto de San Antonio, indicando que éste se compone de nueve sitios distribuidos en cuatro Frenes de Atraque, cada uno de los cuales está especializado por tipo de carga.

El Frente de Atraque Molo Sur, concesionado a San Antonio Terminal Internacional S.A. (STI) y operado bajo un esquema monooperador, se compone de tres sitios -1, 2 y 3- y se especializa en movilizar y transferir carga en contenedores, aunque también transfiere otros tipos de carga.

Durante el año 2007, el Frente de Atraque Molo Sur transfirió el 62% de la carga total del Puerto de San Antonio (12.640.889 toneladas), desagregada como lo registra el cuadro que inserta EPSA en su solicitud.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por su parte, el Frente de Atraque Costanera-Espigón, operado directamente por EPSA bajo un esquema multioperador, se compone, como ya se señaló, de cuatro sitios que son los Nos 4, 5, 6 y 7, y es un Terminal multipropósito que se especializa en la transferencia de carga general.

Durante el año 2007 transfirió un total de 2.900.864 toneladas, esto es, un 23% del total de la carga movilizada por el Puerto de San Antonio, desagregada como lo registra el cuadro que EPSA inserta en su solicitud.

A su vez, el Frente de Atraque Panul, concesionado a Puerto Panul S.A. y operado bajo un esquema monooperador, se compone sólo del Sitio N° 8 y se especializa en graneles sólidos.

Durante el año 2007 transfirió un total de 1.775.913 toneladas, esto es, un 14% del total de la carga transferida por el Puerto de San Antonio.

Por último, el Frente de Atraque Policarpo Toro, operado directamente por EPSA, también cuenta con un solo sitio, el Sitio N° 9, y actualmente está destinado exclusivamente a graneles líquidos, particularmente químicos. Ese Frente de Atraque en el año 2007 transfirió aproximadamente 70.000 toneladas de graneles líquidos y representa el 1% de la carga total transferida por el Puerto de San Antonio.

Actualmente, el Sitio N° 9 está en proceso de ser concesionado a fin de habilitarlo para la transferencia de graneles sólidos, según consta en la causa Rol NC N° 274-08.

2.8. A continuación EPSA describe el Puerto de Valparaíso, indicando que éste se compone de ocho sitios distribuidos en dos Frentes de Atraque, cada uno de los cuales está especializado por tipo de carga.

Además de los dos frentes de atraque mencionados, el Puerto de Valparaíso cuenta con el Muelle Barón, que se compone de otros dos sitios inactivos desde hace mucho tiempo.

Indica que el Frente de Atraque N° 1, concesionado a TPS y operado bajo un esquema monooperador, se compone de cinco sitios -1, 2, 3, 4 y 5- y se especializa en transferir contenedores y carga fraccionada.

Durante el año 2007, este frente de atraque transfirió el 91,3% de la carga total del Puerto de Valparaíso (9.713.720 toneladas), desagregadas como lo registra el cuadro que inserta EPSA en su solicitud.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por su parte, el Frente de Atraque N° 2 o Espigón, operado directamente por EPV bajo un esquema multioperador, se compone de tres sitios que son los Nos 6, 7 y 8, de los cuales sólo dos se encuentran operando, y se especializa en la transferencia de carga general.

Durante el año 2007, transfirió 840.311 toneladas, equivalentes al 8,7% de la carga total del Puerto de Valparaíso.

EPSA señala que este Frente de Atraque tiene precarias condiciones de infraestructura y equipamiento, habiendo iniciado también la segunda fase de licitaciones antes referida.

2.9. Luego, EPSA se refiere someramente a los puertos privados de la Bahía de Ventanas, señalando que éstos son RPC, Oxiquim Quintero y Puerto Ventanas, pero que los dos primeros sólo movilizan carga de sus propietarios o accionistas y que el último no moviliza carga en contenedores.

2.10. Con respecto al mercado relevante, EPSA señala que el mercado de producto corresponde a los frentes de uso público que ofrecen servicios portuarios para transferir carga contenedorizada y capaces de atender la nave de diseño del frente a licitar, esto es, del Frente Costanera-Espigón.

En cuanto al mercado relevante geográfico, EPSA señala que éste corresponde a la Región de Valparaíso, atendido lo dispuesto en la Ley.

2.11. En lo relativo a las barreras de entrada, EPSA señala que tal como se estableció en el Dictamen 1045, la Quinta Región tiene: (i) escasez de bahías naturales; (ii) restricciones para la expansión de las áreas portuarias de apoyo; y, (iii) limitaciones para incrementar la capacidad portuaria por medio del mejoramiento de gestiones; circunstancias que constituyen una barrera de entrada al mercado, limitando de forma considerable las alternativas para el establecimiento de nuevos puertos y así satisfacer la creciente demanda por transferencia de carga.

2.12. En relación con la oferta en el mercado relevante, EPSA inserta el siguiente cuadro que resume los volúmenes de carga que transfiere cada uno de los puertos de la V Región, por tipo de carga:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUADRO N°13: CARGA MOVILIZADA AÑO 2007 PUERTOS QUINTA REGIÓN (TONELADAS)

| Puerto | Carga contenedor | Carga fraccionada | Carga granel sólido | Carga granel líquido | Total | Part. Regional |
|-----------------------|-------------------|-------------------|---------------------|----------------------|-------------------|----------------|
| Valparaíso | 8.438.386 | 1.275.334 | | | 9.713.720 | 24% |
| San Antonio | 6.564.856 | 1.027.002 | 4.062.086 | 986.945 | 12.640.889 | 31% |
| Ventanas | | 211.776 | 2.823.395 | 1.358.863 | 4.394.034 | 11% |
| Quintero (RPC) | | | 78.978 | 12.558.532 | 12.637.510 | 31% |
| Oxiquim Quintero | | | | 1.058.351 | 1.058.351 | 3% |
| Total Regional | 15.003.242 | 2.514.112 | 6.964.459 | 15.962.691 | 40.444.504 | 100% |

Fuente: Interaustral, completada para cabotaje con Información Puertos Quinta Región.

Asimismo, y en lo relativo a los frentes de atraque que movilizan contenedores, EPSA incorpora cuadros que resumen las características actuales de los frentes de atraque de cada uno de los puertos de San Antonio y Valparaíso:

DESCRIPCIÓN FÍSICA DE LOS
FRENTE DE ATRAQUE DEL PUERTO DE SAN ANTONIO

| Frente de atraque | Sitio | Longitud (m) | Calado máximo permitido (m) | Eslora autorizada (m) |
|--|-------|--------------|-----------------------------|-----------------------|
| Molo Sur | 1 | 769 | 11,4 | 294 |
| | 2 | | 11,34 | 253 |
| | 3 | | | 253 |
| Frente Costanera-Espigón (Costanera-Espigón) | 4 y 5 | 341 | 9,45 | 237 |
| | 6 | 321 | 7,93 | 190* |
| | 7 | | 6,28 | 225** |
| Sitio 8 (Panul) | 8 | 132 | 11 | 230 |
| Sitio 9 | 9 | 70 | 10 | 190 |

* Eslora hasta 190 metros para nave atracada por babor.

** Eslora hasta 225 metros para nave atracada por Estribor en sitio N°7.

Fuente: Cuadros N° 1 y 8 de la Solicitud de EPSA.

CUADRO N°11: DESCRIPCIÓN FÍSICA DE LOS
FRENTE DE ATRAQUE DEL PUERTO DE VALPARAÍSO

| Frente de atraque | Sitio | Longitud (m) | Ancho del delantal (m) | Calado máximo permitido (m) | Eslora autorizada (m) |
|--------------------|--------|--------------------|------------------------|-----------------------------|-----------------------|
| Terminal N°1 (TPS) | 1 | 200 | 26,4 | 11,4 | 628 |
| | 2 | 200 | 26,4 | 11,4 | |
| | 3 | 220 | 26,4 | 11,4 | |
| | 4 | 200 | 19,5 | 9,39 | 337,5 |
| | 5 | 165 | 19,5 | 9,39 | |
| Terminal N°2 | 6 | 245 | 14,4 | 8,5 | 185 |
| | 7 | 125 | 14,4 | 6,19 | 125 |
| | 8 | 240 | 14,4 | 8,80 - 8,50 | 215 - 235 |
| Muelle Barón | 9 y 10 | Paseo Muelle Barón | - | - | - |

Fuente: Empresa Portuaria Valparaíso, en la Consulta de EPV.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.13. EPSA describe el proyecto referencial de expansión del Puerto de San Antonio, indicando que el concesionario deberá transformar el Frente Costanera-Espigón en un terminal preferentemente especializado en movilizar carga en contenedores y dotarlo de una infraestructura idónea, que contempla aumentar el calado autorizado de modo de permitir el atraque de naves post-panamax de 6.000 o más TEUs, que exigen uno no menor a 13,5 metros.

El siguiente cuadro da cuenta de las principales características de dicho proyecto:

| CUADRO N° 2: PROYECTO REFERENCIAL PARA EL NUEVO FRENTE COSTANERA-ESPIGÓN DEL PUERTO SAN ANTONIO | | | | | |
|--|--------|----------------------|--|----------------------------|-----------------------------|
| Frente de atraque | Sitios | Longitud (m) | Explanada Respaldo (hás) | Cota mínima de dragado (m) | Capacidad de nave de diseño |
| N°1 | 4 | 1.000 (continuos) | Año 2009: 31,08 hectáreas Año 2014: 35,91 hectáreas | - 15m NRS ¹ | 6000 a 6500 Teu's |
| | 5 | | | | |
| | 6 | | | | |
| N°2 | 7 | 350 | | | |

Fuente: EPSA.

La inversión estimada del proyecto referencial asciende a US\$400 millones (dólares, moneda legal de los Estados Unidos de América).

2.14. Como factor económico de adjudicación, EPSA propone utilizar “la cantidad de dinero ofertado” ya que, por un lado, el nuevo concesionario estará sujeto a un índice de tarifa máxima, y por otro, porque ese es el factor económico de adjudicación que está contractualmente obligada a utilizar –por el plazo de 10 años- según la Sección Siete punto Seis de los contratos de concesión suscritos con STI y Panul en el mes de noviembre de 1999.

De esta manera, el concesionario que ofrezca más será aquél que pueda operar en forma más eficiente la concesión o pueda extraer un mayor valor del negocio.

2.15. En lo relativo a las restricciones a la integración horizontal, EPSA estima conveniente que el aumento de la capacidad portuaria esté necesariamente acompañado de mayor competencia y, en este sentido, advierte cuatro razones para mantener vigente la regla de integración horizontal del Dictamen 1045: (i) introducir presión o tensión competitiva en el mercado de los servicios portuarios de la V Región; (ii) ampliar número de actores, actualmente reducido a sólo dos;

¹ NRS: Nivel de reducción de sondas.

(iii) evitar que los incumbentes puedan disuadir la entrada por estar dispuestos a pagar un “sobreprecio”; y, (iv) porque existe interés de participar en la Licitación por parte de nuevos operadores.

En cuanto a lo primero (i), EPSA acompaña un informe económico titulado “Un análisis económico de la adjudicación del Terminal Costanera del Puerto de San Antonio”, de Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza, que concluye que para asegurar una mayor presión o tensión competitiva, los incumbentes no deben ser también los titulares del frente Costanera-Espigón, toda vez que los precios de equilibrio de la transferencia de carga serán menores si un tercer operador independiente se lo adjudica.

Además, de acuerdo con otro informe económico acompañado por EPSA, titulado “Concesión de Frente Costanera del Puerto de San Antonio e Incentivos de Concesionarios Preexistentes”, de Ricardo Raineri, un nuevo competidor tendrá fuertes incentivos para competir por la carga, lo cual generará una presión o tensión competitiva en el mercado, que se traducirá necesariamente en una disminución de las tarifas, una mejor calidad de los servicios y una herramienta eficaz para prevenir los eventuales riesgos de colusión, entre otros. En cambio, agrega este informe, no existen garantías de que eventuales mayores eficiencias derivadas de la operación integrada de dos frentes de atraque en una misma región, sean necesariamente traspasadas a los usuarios y produzcan un beneficio o rentabilidad social mayor al que generaría la introducción de un nuevo competidor.

Con respecto a lo (ii), EPSA argumenta que se ha producido un cambio estructural en el mercado que ha debilitado la competencia que se previó que existiría en el Dictamen 1045 de 1998, ya que los frentes licitados no enfrentan la competencia de los espigones (no existe competencia intraportuaria).

Por lo tanto, ahora que la competencia en la región se ha restringido prácticamente a dos oferentes (TPS y STI) y que se ha más que duplicado la transferencia de contenedores, EPSA considera evidente que deben mantenerse las restricciones a la integración horizontal establecidas en 1999.

En cuanto a lo tercero (iii), EPSA señala que diversos autores han observado que los incumbentes que ven amenazada su participación de mercado por un actor que desea ingresar al mismo, intentarán obstaculizar la materialización de ese riesgo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En este sentido, EPSA se remite nuevamente al informe económico de Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza ya citado, que señala que los actuales concesionarios portuarios tienen un incentivo adicional para adjudicarse el nuevo frente de atraque: proteger su negocio, bloqueando la entrada de un nuevo competidor.

Añade que la aversión del incumbente a aceptar lisa y llanamente la competencia se traducirá en una disposición a pagar un mayor “valor de cambio” para adjudicarse la concesión en cuestión, lo que tendrá por efecto: (i) que otros operadores interesados en participar de la licitación pudieran abstenerse, al preveer que su posibilidad de adjudicarse la concesión es menor mientras compitan con incumbentes dispuestos a pagar un sobreprecio para proteger su negocio; y, (ii) que la mayor disposición a pagar no se origine en un mayor valor de la concesión desde el punto de un nivel superior de eficiencia, sino que en las rentas adicionales que los incumbentes pudieran obtener, dada su capacidad de cobrar precios más altos mientras menos sean los competidores.

En tales condiciones, EPSA concluye que mantener las restricciones horizontales establecidas en el Dictamen 1045 permitirá evitar la situación antes descrita.

Por último (iv), EPSA señala que ha constatado un gran interés de nuevos operadores por participar en la Licitación, y que la experiencia de la primera fase indica que las restricciones a la integración horizontal no constituyen un obstáculo para el éxito de las licitaciones. Además, EPSA estima conveniente permitir que el mercado revele si es apropiado o no licitar el Frente Costanera-Espigón, pues le atribuye a la licitación una significativa importancia como test de mercado.

Por lo tanto, EPSA concluye que mantener las restricciones horizontales promoverá una mayor participación y competencia ex-ante en el proceso de licitación.

2.16. No obstante lo anterior, EPSA solicita que este Tribunal se pronuncie expresamente respecto de si los controladores y accionistas de las sociedades concesionarias de frentes de atraque estatales tienen o no derecho de participar en las licitaciones de otros frente de atraque de la región, con la facultad de elegir, en caso de adjudicarse la misma, por: (i) acceder a no más de un 15% de las acciones de la sociedad concesionaria; o, (ii) adquirir una mayor participación en el segundo frente de atraque, reduciendo su participación en el primer frente de atraque hasta alcanzar el 15% del capital accionario.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Explica que el Dictamen 1045 sólo estableció ese derecho para los propietarios de puertos privados porque entonces no existían concesionarios de frentes de atraque estatales. Sin embargo, ahora que tales concesionarios existen, sería preciso adecuar la regla, reconociendo a estos últimos los mismos derechos que tienen los propietarios de puertos privados.

2.17. Con respecto a la integración vertical, EPSA propone alzar la regla establecida en el Dictamen 1045, indicando que las razones para ello están en el informe que evacuó el 14 de noviembre de 2005 con ocasión de la solicitud de informe de Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A., que dio origen a las causas roles NC N°97-05 y N°100-05, agregando que, desde esa fecha, no ha habido una modificación de las circunstancias de hecho y derecho que EPSA tuvo en consideración.

Señala asimismo que, en la mencionada causa, este Tribunal aumentó de un 40% al 60% el límite máximo de integración vertical y, por ende, autorizó única y exclusivamente que los usuarios relevantes, entre los cuales se encontraba SAAM, pudieran tener una participación en el capital, en el capital con derecho a voto y en las utilidades de STI, hasta el 60% de las mismas; quedando plenamente vigentes las demás restricciones horizontales y verticales establecidas por el Dictamen 1045.

2.18. En síntesis, desde el punto de vista estructural, el acuerdo del Directorio de EPSA es proponer: (i) mantener las restricciones a la integración horizontal fijadas en el Dictamen 1045; y, (ii) condicionado a lo anterior, alzar las restricciones a la integración vertical establecidas en el mismo, de manera de permitir que los distintos agentes del comercio marítimo puedan participar a la licitación del Frente Costanera-Espigón y ser adjudicatarios del mismo y, (iii) precisar que los controladores y accionistas de las sociedades concesionarias de un frente de atraque estatal afectadas por las restricciones a la integración horizontal del Dictamen 1045 pueden participar en la Licitación, pero que, en caso de adjudicarse la concesión, deben optar entre limitar su participación en el Frente Costanera-Espigón, o bien adquirir una mayor participación en el mismo reduciendo la que tiene en el primero.

2.19. Desde el punto de vista conductual, EPSA propone dar aplicación a las mismas reglas fijadas en el Dictamen 1045 y, con el objeto de fortalecer el principio de no discriminación y la libre competencia, profundizar las siguientes:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

i) Régimen general de multas por incumplimientos contractuales y específico de multas por incumplimiento en calidad de servicio: EPSA propone establecer que todo incumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión será sancionado con multa y, específicamente, se contemplará una multa ante los siguientes supuestos de hecho: (a) incumplimientos vinculados a la calidad de servicios (Manuales de Servicios: Tiempo de Ocupación Máximo –TOM–, Tiempo de Ocupación Máximo Anual –TOMA– y Tiempo de Espera); (b) cobro de tarifas superiores a las registradas; (c) discriminación en accesos, servicios o tarifas; y, (d) no entrega veraz, integra u oportuna de información solicitada por EPSA.

ii) Mayor frecuencia en la entrega de información operativa: Establecer como obligación del futuro concesionario entregar a EPSA información operativa con mayor frecuencia a la actual (que es variable según el tipo de informes) o, idealmente, en línea con EPSA.

iii) Recalificación de los servicios especiales como básicos (fijación de tarifas máximas a servicios especiales): EPSA podrá recalificar como servicios básicos los especiales u opcionales cuando éstos pasen a ser necesarios para la presentación de cualquiera de los servicios de transferencia, acopio o demás servicios básicos de la carga. Por lo mismo, EPSA podrá fijar tarifas máximas respecto de servicios con tarifas especiales, cuando aquellos pasen a ser servicios obligatorios o no existan alternativas de competencia.

iv) Facultades fiscalizadoras de EPSA: EPSA podrá actuar de oficio ante actos de discriminación de concesionarios, pues hoy sólo tiene esa atribución a petición de parte (ver Capítulo XV.6 del Dictamen que aprobó una regla que dispone: “La Empresa Portuaria actuará a solicitud de cualquier interesado que alegue actos de discriminación del concesionario”).

v) Liberación respecto de EPSA del carácter de privada de información vinculada a la concesión: EPSA podrá requerir la entrega de cualquier información, ya sea de interés para el mercado portuario, privilegiada, reservada o confidencial, relacionada con el contrato de concesión. Para los efectos del contrato no será aplicable la obligación de reserva prevista en el artículo 43 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, toda vez que de acuerdo a sus estatutos, la sociedad concesionaria se encontrará obligada a entregar a EPSA la información exigida. Por consiguiente, los directores y los ejecutivos de la sociedad concesionaria, no podrán negarse o excusarse de proporcionar a EPSA la información por esta solicitada, ni cualquier otra información adicional requerida por EPSA, amparándose en que tal información no ha sido divulgada oficialmente por la

sociedad concesionaria. En tal evento, el concesionario señalará específicamente a EPSA la información que se encuentre en la situación anterior, la que será tratada por EPSA como información confidencial.

De esta manera, se asegurará que el futuro concesionario preste sus servicios a todo aquél que lo requiera, en términos y condiciones generales y no discriminatorias, asegurando, así, el acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios; y, se fortalecerá la fiscalización de parte de EPSA a través de controlar y generar los mecanismos destinados a lograr una protección eficiente al usuario.

En síntesis, desde el punto de vista conductual, el acuerdo del Directorio de EPSA es proponer que se mantenga la aplicación de las reglas fijadas en el Dictamen 1045, salvo que se solicita profundizar, vía contractual, las siguientes reglas: (i) régimen general de multas por incumplimiento contractuales y específico de multas por incumplimiento de la calidad de servicio comprometida; (ii) mayor frecuencia en la entrega de información operativa; (iii) recalificación de servicios especiales a básicos; (iv) incremento de las facultades fiscalizadoras de EPSA; y, (v) liberación respecto de EPSA del carácter de privada de la información de interés para el mercado, privilegiada, reservada, confidencial o relevante del futuro concesionario y que esté vinculada al objeto del contrato de concesión.

2.20. Por todo lo anterior, EPSA solicitó a este Tribunal emitir un informe que fije las condiciones de competencia que regulará la licitación bajo un esquema monooperador del Frente Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, destinado a la transferencia de carga de contenedores, efectuando las propuestas mencionadas anteriormente.

2.21. A fojas 597, con fecha 9 de diciembre de 2008, EPSA rectificó la solicitud de informe de autos, en el sentido de solicitar que se mantenga la regla de integración vertical establecida en el Dictamen 1045 y, en consecuencia, se establezca que el conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de un 40% de capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% de las utilidades de la sociedad concesionaria del Frente Costanera-Espigón.

Explica que, en reciente reunión, el Consejo del Sistema de Empresas (SEP) acordó solicitar a EPSA que mantenga la regla de integración vertical del Dictamen 1045, y que el Directorio de EPSA decidió acoger dicha proposición complementando su solicitud de informe en los términos ya señalados.

Agrega que, el acuerdo de mantener la regla de integración vertical se adoptó en base a los siguientes argumentos: (i) no existen fundamentos suficientemente poderosos como para modificar esa regla en la V Región, la que hasta ahora ha funcionado de manera adecuada; (ii) el Puerto de San Antonio tiene un significativo rol como “cluster logístico” (agrupación de localizaciones de servicios comunes) y resulta deseable que exista un concesionario que privilegie ante todo el negocio portuario propiamente tal; y, (iii) no se advierte que la mantención de la regla de integración vertical vaya a tener efectos negativos en la Licitación pues, no obstante que ella estaba vigente en la primera fase de licitaciones, hubo una veintena de postulantes.

2.22. A fojas 2384, con fecha 8 de abril de 2009, EPSA hizo presente una sistematización de las opiniones y antecedentes aportados en la solicitud de informe de autos.

2.23. EPSA acompañó: A fojas 531, (i) Plano que muestra la ubicación y superficie del Frente Costanera-Espigón; (ii) Copia del Dictamen 1045 y de la solicitud de las empresas portuarias que le dio origen; (iii) Plano que muestra la ubicación y superficie de los diversos frentes de atraque que conforman el Puerto de San Antonio; (iv) Informe de Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza “Un análisis económico de la adjudicación del Terminal Costanera del Puerto de San Antonio”, de noviembre de 2008; (v) Informe de Ricardo Rainieri “Concesión de Frente Costanera del Puerto de San Antonio e Incentivos de Concesionarios Preexistentes”, de noviembre de 2008; (vi) Copia de la Resolución N°11/ 2006 de este Tribunal; (vii) Cuadro comparativo de las bases de la licitación del Molo Sur (1999: primera fase) en relación la propuesta de de bases de la licitación del Frente Costanera-Espigón; (viii) Copia del contrato de concesión del Molo Sur celebrado entre EPSA y STI el 10 de noviembre de 1999, y de su modificación de septiembre de 2006; (ix) Copia del contrato de concesión del Sitio 8 celebrado entre EPSA y Panul el 12 de noviembre de 1999, y de su aclaración de abril de 2004. A fojas 2384: (x) Síntesis de la actividad procesal llevada a cabo con ocasión del Dictamen 1045; (xi) Copia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 2006, recaída en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso 2º del artículo 23 de la Ley de Puertos. Y a fojas 2550: (xii) Copia del documento denominado “Manual de Verificación de Indicadores”, que establece la metodología para calcular las participaciones a que se refiere el Dictamen 1045.

2.24. A fojas 1879, 2099 y 2244, en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 5 de enero de 2009, EPSA acompañó: (i) Proyecto referencial de desarrollo Terminal Costanera-Espigón Puerto de San Antonio”; (ii) Estudios técnicos de ingeniería y oleaje del Puerto de San Antonio; (iii) Borrador de las Bases de la Licitación y sus anexos; y (iv) Borrador del Contrato de Concesión y sus anexos.

2.25. A fojas 2550, en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 30 de abril de 2009, EPSA informó: (i) los veinte primeros usuarios de los puertos de la Vª Región y de cada uno de los frentes de atraque del Puerto de San Antonio; (ii) los usuarios vinculados a los concesionarios STI y Puerto Panul; (iii) los propietarios, accionistas y personas relacionadas a los concesionarios STI y Puerto Panul, precisando las actividades marítimas y/o portuarias que desarrollan; y (iv) la medida en que STI y Puerto Panul comparten propietarios, controladores, accionistas o personas relacionadas.

2.26. A fojas 2569, en cumplimiento de lo ordenado mediante resolución de 20 de mayo de 2009, EPSA acompañó en formato electrónico: (i) las personas relacionadas a los veinte primeros usuarios de cada uno de los frentes de atraque del Puerto de San Antonio, precisando las actividades marítimas y/o portuarias que desarrollan; (ii) las toneladas de carga movilizadas por cada uno de los veinte primeros usuarios para las categorías informadas, de los puertos de la Vª Región y de cada uno de los frentes de atraque del Puerto de San Antonio; y (iii) resumen de la propiedad de filiales y proporción que representa la inversión en el activo total de la matriz o coligante, obtenidos de la Memoria Anual 2008 de “Compañía Sudamericana de Vapores S.A.”.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES.

3.1. Sindicato de Trabajadores Luciano Claude de EPSA.

A fojas 594, con fecha 9 de diciembre de 2008, aportó antecedentes el Sindicato de Trabajadores Luciano Claude de EPSA, quien señaló que la solicitud de EPSA acentuaría un monopolio que abusaría de su poder de mercado, de lo cual sería demostrativa la circunstancia de que EPSA no se refiera a la protección de la vida, la salud, seguridad e higiene de los trabajadores. Además, el abuso monopólico atenta contra un justo nivel de remuneraciones de los trabajadores portuarios.

Agrega que la Licitación implica una eventual modificación de la empresa por lo que deberá contemplarse que ésta no podrá alterar los derechos y obligaciones

de los trabajadores emanados de sus contratos individuales de trabajo o de instrumentos colectivos.

Por último, el Sindicato de Trabajadores Luciano Claude de EPSA solicita a este Tribunal que, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 18 N° 3 del Decreto Ley N° 211, determine las condiciones mínimas de respeto a los derechos y obligaciones de los trabajadores portuarios, teniendo en cuenta las normas de orden público referidas en su presentación.

3.2. Sindicato de Profesionales, Técnicos y Administrativos de EPSA.

A fojas 603, con fecha 10 de diciembre de 2008, aportó antecedentes el Sindicato de Profesionales, Técnicos y Administrativos de EPSA, manifestando que apoya los procesos de modernización del estado en la medida que sean favorables a la comunidad nacional, los usuarios, los consumidores y los trabajadores.

Además, el Sindicato de Profesionales, Técnicos y Administrativos de EPSA cuestiona el levantamiento de las reglas de integración vertical, originalmente propuesto por EPSA, la eventual sobreinversión y el esquema monooperador.

Con respecto a la integración vertical, este sindicato estima conveniente ser muy cuidadosos porque las reglas establecidas en el Dictamen 1045 previenen situaciones de abuso de posición dominante, ya que el poder de mercado en los servicios portuarios puede extenderse a toda la cadena de transporte y no todos los servicios pueden estar regulados.

En cuanto a la eventual sobreinversión, este sindicato señala que debería considerarse la capacidad potencial de los terminales existentes y en construcción, ya que una vez modernizado el Sitio 9 y resuelto el problema de congestión en carga a granel, le parece que la capacidad disponible es suficiente para atender la demanda proyectada.

Finalmente, este sindicato manifiesta que las eficiencias operativas, economías de especialización y los incentivos a las inversiones que se atribuyen al sistema monooperador deben ser contundentes, pues dicho sistema reduce el número de actores que participan en el mercado.

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

A fojas 609, con fecha 10 de diciembre de 2008, aportó antecedentes la Asociación Nacional de Agentes de Nave de Chile A.G. (ASONAVE), quien cuestionó el esquema monooperador fundamentalmente por dos razones. Por un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

lado, porque la licitación conjunta de concesiones de infraestructura y de servicios portuarios confunde dos tipos de concesiones distintas, contraviniendo la Constitución y la Ley, y por otro, porque la Licitación genera barreras de entrada, desincentiva la libre competencia y promueve situaciones de posición dominante.

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

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

Expone que la actividad de muellaje está sujeta a las garantías que la Constitución establece, estando prohibido al legislador restituirla al Estado en virtud de los principios y garantías constitucionales de subsidiariedad y libertad económica. En este caso, los agentes de muellaje quieren, pueden y de hecho desarrollan la actividad económica de muellaje.

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

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

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

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

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

Con respecto a lo segundo, esto es, que la Licitación genera barreras de entrada, desincentiva la libre competencia y promueve situaciones de posición dominante,

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

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

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

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

A fojas 609, Asonave acompañó: (i) Boletín Estadístico Marítimo, Edición 2008 de la Directemar, con información marítimo portuaria de enero a diciembre de 2007, en formato electrónico; (ii) Copia del libro “La Nueva Teoría del Comercio Internacional y la Política Comercial Estratégica”, de Federico Steinberg, en formato electrónico; y, (iii) Algunos artículos de la Ley Española 48/ 2003, sobre el régimen económico y prestación de servicios en los puertos españoles, en formato electrónico.

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

A fojas 653, con fecha 10 de diciembre de 2008, aportó antecedentes Valparaíso Terminal de Pasajeros S.A. (VTP), señalando que comparte el diagnóstico de EPSA en cuanto a la necesidad de licitar.

No obstante, considera inaceptables las propuestas de EPSA en cuanto a profundizar algunas reglas del Dictamen 1045 y recalificar los servicios básicos, ya que ello implicaría que el concesionario del Frente de Atraque Costanera Espigón estaría afecto a normas más rigurosas que aquellas que rigen para el Molo Sur, lo

cual constituiría, a su juicio, una discriminación y una barrera de entrada. Por lo anterior, estima preferible que se mantengan los mismos criterios vigentes hasta la fecha.

Además, VTP solicita que este Tribunal autorice la realización de las licitaciones de los espigones de Valparaíso y de San Antonio en forma diferida, porque ello permitiría a los interesados enfocarse individualmente en cada proceso, con consiguientes beneficios para la competencia.

3.5. Federación de Trabajadores Marítimos Portuarios Eventuales Contratados y Afines de San Antonio (FETRAMPEC), Federación de Trabajadores Marítimos Portuarios (FETRAMAPORSA), Federación de Sindicatos Marítimos Portuarios (FESIPORT), y Federación de Sindicatos de Trabajadores Portuarios, Extraportuarios y Otros (FETRAEXPORSAI).

A fojas 665, aportaron antecedentes la Federación de Trabajadores Marítimos Portuarios Eventuales Contratados y Afines de San Antonio (FETRAMPEC), la Federación de Trabajadores Marítimos Portuarios (FETRAMAPORSA), Federación de Sindicatos Marítimos Portuarios (FESIPORT), y la Federación de Sindicatos de Trabajadores Portuarios, Extraportuarios y Otros (FETRAEXPORSAI), en adelante conjuntamente las Federaciones de Sindicatos.

Las Federaciones de Sindicatos manifiestan no tener objeciones con respecto a la licitación en los términos propuestos por EPSA, y sólo solicitan el establecimiento de reglas de integración horizontal que aseguren la competencia en el Puerto de San Antonio.

Explican que los trabajadores portuarios tienen en la práctica sólo dos alternativas laborales, que son las empresas de muellaje que efectúan sus operaciones en el Frente de Atraque Costanera-Espigón, o bien, la concesionaria del Molo Sur (STI), de manera que consideran fundamental que el adjudicatario de la Licitación sea una empresa distinta de esta última. Añaden que la realidad laboral de los trabajadores de STI es deplorable y que dicha empresa ha sido sancionada por la autoridad laboral en numerosas oportunidades.

Concluyen que de permitirse la participación de STI en la Licitación, se limitaría su garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección (artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República), y solicitan que se establezca que la sociedad que se adjudique el Frente Costanera-Espigón, sus controladores y accionistas, no podrán participar en modo alguno, directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria del Molo Sur.

3.6. Puerto de Lirquén S.A.

A fojas 726, con fecha 10 de diciembre de 2008, aportó antecedentes Puerto de Lirquén S.A., señalando que opera un puerto privado de uso público ubicado en la bahía de Concepción de la VIII Región, que transfiere carga en contenedores, fraccionada y a granel, y que está interesado en participar en las licitaciones que se realizarán en la V Región.

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

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

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

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

Por lo anterior, Puerto de Lirquén S.A. señala que comparte en lo sustancial la propuesta de EPSA, pero que, para resguardar y promover la libre competencia en el mercado portuario de carga en contenedores de la V Región, estima necesario mantener e incluso reforzar las restricciones a la integración horizontal del Dictamen 1045, por la vía de: (i) reducir el porcentaje de participación máxima de los concesionarios monooperadores incumbentes en otros puertos de la V Región,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a un porcentaje inferior al 10%; o, (ii) a lo menos, someter las relaciones societarias a una adecuada fiscalización que reduzca los riesgos de coordinación ilícita, abuso de posición de dominio conjunta o aprovechamiento de las asimetrías de información derivadas de tales integraciones.

En cuanto a la integración vertical, este interviniente estima que se pueden flexibilizar las restricciones a la integración vertical impuestas por el Dictamen 1045, sólo en la medida que se mantengan o perfeccionen las restricciones a la integración horizontal, por ejemplo, en una medida similar a la resuelta por este Tribunal (Resolución N°11), aunque sólo en la medida en que se garantice una óptima competencia a nivel horizontal, tanto intraportuaria como interportuaria. Pero esto, bajo la condición de que las restricciones verticales subsistentes sean adecuadamente fiscalizadas, a diferencia de lo que ha sucedido hasta la fecha.

Por último, con respecto a las reglas conductuales del Dictamen 1045 que EPSA propone profundizar, Puerto de Lirquén señala que tales modificaciones deben ser aplicadas de manera no discriminatoria y, por lo tanto, regir tanto respecto de los actuales como de los futuros concesionarios de la V Región. Además, considera que se deben cuidar los incentivos para la participación de nuevos actores en la Licitación, limitando la facultad que EPSA propone tener en materia de recalificación de servicios especiales.

A fojas 1467, Puerto de Lirquén ratificó su posición expuesta a fojas 726, complementó la misma y formuló algunas consideraciones respecto de los antecedentes aportados por STI y ASONAVE.

En esta presentación, Puerto de Lirquén afirma que es fundamental establecer una simetría regulatoria entre los incumbentes y potenciales entrantes, de manera que el límite a la integración vertical debería ser de un 60%, que es el que rige para STI y, sólo en subsidio, dicho límite debería ser de un 40%, que es el que establece el Dictamen 1045, pero hacerse extensivo a STI, modificándose en lo pertinente la Resolución N° 11/ 2006.

Añade que, en todo caso, es importante que EPSA y los organismos de defensa de la competencia fiscalicen realmente el cumplimiento de las restricciones que este Tribunal establezca.

A fojas 726, Puerto de Lirquén acompañó: (i) Certificación notarial del hecho de que el sitio web www.tps.cl contiene las tarifas que TPS cobra por prestación de servicios básicos y no regulados; (ii) Certificación notarial del hecho de que el sitio web www.stiport.com contiene las tarifas que STI cobra por prestación de servicios

básicos y no regulados; (iii) Certificación notarial del hecho de que el sitio web www.tps.cl contiene las tarifas que TPS cobra por concepto de servicios de almacenaje; y, (iv) Certificación notarial del hecho de que el sitio web www.stiport.com contiene las tarifas que STI cobra por concepto de almacenaje. Y a fojas 1467: (v) Copia del primer informe de la Comisión de Obras Públicas, Transporte y Telecomunicaciones que consta en la Historia de la Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal.

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

A fojas 797, aportó antecedentes San Antonio Terminal Internacional S.A. (STI), señalando que se opone al llamado a licitación pretendido por EPSA, y que si se llega a concretar se opondrá por todas las vías legales, haciendo expresa reserva de sus derechos para hacerlo.

Sin perjuicio de lo anterior, STI señala que aportará antecedentes en este proceso, a fin de que este Tribunal pueda fijar de la manera más acertada posible las condiciones de competencia en la Licitación, en el evento de llevarse a cabo ésta.

STI describe el proceso de reforma del sector portuario estatal chileno, el Dictamen 1045 a que dio origen la presentación conjunta de las empresas portuarias de San Antonio, Valparaíso y Talcahuano-San Vicente, las licitaciones efectuadas al amparo de la Ley 19.542 que lo modernizó, las concesiones resultantes de esas licitaciones, su especialización por tipo de carga y los criterios de adjudicación empleados en la V Región.

Además, STI se refiere a los pagos e inversiones que efectuó o se obligó a efectuar en virtud de su contrato de concesión y a los antecedentes que ponderó al momento de presentar su oferta por el Molo Sur.

A continuación, STI señala que existen diversos estudios y estadísticas que dan cuenta de los altos rendimientos obtenidos por el sector portuario producidos por la modernización, las inversiones y los altos niveles de competencia existente entre puertos, particularmente entre TPS y STI.

Justifica lo anterior, insertando un cuadro comparativo de tarifas por contenedor, y un gráfico que muestra la evolución de la tasa de utilización del muelle de STI versus el volumen de carga en contenedores transferida, a lo largo del tiempo; de todo lo cual concluye que existen altos índices de eficiencia alcanzados por los puertos de la Vª Región en materia de contenedores.

En cuanto a los problemas que enfrentan los terminales de la Región, STI afirma que se puede observar que el Puerto de San Antonio presenta problemas exclusivamente en la atención de graneles, y que Valparaíso sólo enfrenta congestión en los meses de mayor actividad exportadora en el mercado de la fruta.

Además, señala que entre enero y noviembre de 2008, STI sólo registró una utilización de muelle del 24%, que considerando las inversiones proyectadas, impiden pronosticar un escenario de congestión antes de 7 años.

STI agrega que los datos y conclusiones anteriores son avalados por el Informe del Panel de Expertos Portuarios, que en caso alguno recomienda llevar a cabo las licitaciones de los espigones propuestas por las empresas portuarias.

En el contexto antes descrito, es que EPV y EPSA han anunciado su intención de licitar sus respectivos espigones para el servicio de transferencia de contenedores, lo cual, a juicio de STI, no soluciona los problemas que esos terminales enfrentan y es, por el contrario, absolutamente innecesario, ineficiente y contrario al marco regulatorio vigente.

En efecto, muelles especializados para fruta y graneles son infraestructura mucho más barata que la requerida para contenedores –que es lo que pretenden las empresas portuarias- por lo que se está induciendo a los privados a una ineficiente asignación de recursos, que podría inducir inversiones desmesuradas que, por carecer de demanda, terminen por generar capacidades ociosas que aumenten los costos de operación y del comercio exterior del país.

Por lo anterior, STI concluye que pretender solucionar las ineficiencias o estrecheces en la atención de graneles y de fruta por medio de nuevas infraestructuras para contenedores no sólo no resolverá el problema, sino que se traducirá en la alternativa menos competitiva, menos eficiente y más costosa, adoptada quizás, en el peor momento de los últimos años.

A fojas 797, STI acompañó el documento denominado “Informe del Panel de Expertos Portuarios, Análisis de los planes de expansión de las empresas portuarias estatales de la V Región”, de 30 de abril de 2007.

3.8. Comité del Sistema de Empresas (SEP).

A fojas 864, con fecha 31 de diciembre de 2008, aportó antecedentes el Comité del Sistema de Empresas (SEP), indicando que comparte la decisión de EPSA de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitar bajo el esquema monooperador, atendidos los beneficios de ese sistema y el éxito que ha tenido su implementación.

Está de acuerdo con mantener las restricciones horizontales y coincide en las justificaciones económicas dadas por EPSA para ello. Lo anterior, sin perjuicio de lo que señaló respecto del alzamiento condicional de las restricciones horizontales pedido por EPV para una segunda ronda, ya que en su opinión la situación de cada puerto es distinta –particularmente porque son mayores las urgencias de incrementar la capacidad de transferencia del Puerto de Valparaíso- y debe ser entendida en su propio mérito. Por consiguiente, una mera simetría formal en las licitaciones podría vulnerar la independencia de intereses y circunstancias de hecho de cada una de las empresas portuarias,

Además, coincide con la solicitud de EPSA en el sentido de precisar que los controladores y accionistas de las sociedades concesionarias de un frente de atraque estatal afectados por las restricciones a la integración horizontal del Dictamen 1045 pueden participar en la licitación del Frente de Atraque, pero que, en caso de adjudicarse la concesión, deben optar entre limitar su participación en el Frente Costanera-Espigón, o bien, adquirir una mayor participación en el mismo reduciendo la que tienen en el primero.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por otra parte, en relación a la definición de usuario relevante y en línea con lo que señaló en la Solicitud de Informe de Empresa Portuaria Coquimbo, el SEP solicita que se excluya de dicha categoría a los agentes de nave y a los agentes de muellaje. Los primeros -agentes de nave- porque son mandatarios del naviero que tienen poca capacidad para decidir el puerto de destino de atraque de las naves, siendo ésta una decisión propia del armador. Los segundos -agentes de muellaje- porque de acuerdo con el Dictamen N° 1280 de la Comisión Preventiva Central, en el esquema monooperador es el concesionario quien efectúa las labores de estiba y desestiba, siendo entonces un “agente de muellaje” por lo que no procede incluirlos dentro de los usuarios relevantes.

Con respecto a las reglas adicionales propuestas por EPSA para evitar conductas discriminatorias, el SEP opina que: (i) el monto de las multas debe ser suficientemente significativo de modo que actúen como un mecanismo efectivo que desincentive conductas anticompetitivas; (ii) está de acuerdo en entregar a EPSA la facultad de recalificar los servicios que deben considerarse básicos, así como las tarifas que les sean aplicables; (iii) está de acuerdo con aumentar las facultades de EPSA en materia de entrega de información, pero opina que el contrato de concesión debería establecer detalladamente la información que la concesionaria estará obligada a entregar, y cuidarse que esta obligación recaiga en información que no guarde relación con las obligaciones cuyo cumplimiento se desea prever o que pudiera ocasionar perjuicios a la concesionaria, sus accionistas o terceros; (iv) está de acuerdo en aumentar las facultades de EPSA, en particular dotándola de la atribución de actuar de oficio ante situaciones de discriminación arbitraria.

Además, el SEP propone que, cualquiera sea el patrimonio de la respectiva sociedad concesionaria del Frente de Atraque, sus estatutos contemplen la existencia de un Comité de Directores.

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

3.9. APM Terminals B.V. (APM Terminals).

A fojas 1183, con fecha 31 de diciembre de 2008, aportó antecedentes APM Terminals B.V. (APM Terminals), señalando que opera más de 60 terminales portuarios en 32 países, pero que no tiene presencia en Chile y está muy interesada en participar en la licitación del Frente Costanera-Espigón.

Explica que APM Terminals es una de las divisiones de A.P. Moller-Maersk Group, de la cual también forma parte la división de líneas navieras Maersk-Line, que es uno de los principales usuarios del Puerto de San Antonio.

Señala que la modificación a la solicitud inicial de EPSA no sólo le causa un grave perjuicio a APM Terminals -que para poder participar en la Licitación requiere que se alcen las restricciones a la integración vertical del Dictamen 1045- sino también a la propia consultante, porque deja de lado a uno de los líderes mundiales en administración y operación de terminales portuarios que tiene conocimientos, experiencia, acceso a tecnologías, contactos, imagen de marca y fortaleza financiera para realizar inversiones.

A continuación, APM Terminals explica las razones por las cuales la integración en la industria naviera es normal, señalando que ello obedece a eficiencias y sinergias, siendo común que operadores portuarios posean líneas navieras, agentes de naves, etc. Señala que, atendidos los altos montos de inversión involucrados en esta licitación, los operadores portuarios requieren asegurar ciertos volúmenes de movimiento, lo cual es menos riesgoso de hacer con líneas navieras verticalmente integradas.

Destaca que en ninguno de los 32 países en los que opera existen restricciones a la integración vertical como las impuestas por el Dictamen 1045 y que, incluso, en algunos países incluso se promueve la integración vertical como un modo de asegurar volúmenes mínimos en el terminal portuario. Agrega que en general, las discriminaciones arbitrarias del operador portuario se combaten con medidas de fiscalización y regulaciones de tarifas que también existen en Chile y que son menos onerosas y más efectivas.

En efecto, el contrato de concesión establece estándares mínimos de rendimiento y calidad de servicios, recogiendo el principio de “no discriminación”, lo que resulta una herramienta eficaz y suficiente que impide la discriminación de un concesionario contra navieras de la competencia. Además, la consultante solicita nuevas y mayores facultades de fiscalización que harán aún más difícil discriminar arbitrariamente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, la naturaleza global del negocio de transporte marítimo impide que se discrimine a favor de un determinado usuario, debido a que esta discriminación podría dar pie a una represalia en contra del concesionario que la efectúa.

Por lo anterior, APM Terminals considera que la restricción vertical constituye una barrera de entrada porque hace impracticable que grandes operadores mundiales -que podrían ser los más eficientes e imprimir mayor competencia en el mercado- se interesen en participar, ya que la inversión requerida solo será realizada por un operador que pueda mantener el control efectivo de su inversión.

Por otra parte, APM Terminals, recuerda que el Dictamen 1045 manifestó que las restricciones a la integración vertical debían ser evaluadas transcurridos 5 años, de manera que éstas no se convirtieran en una barrera de entrada para futuros competidores y en un estorbo para la libre competencia.

En este sentido, explica que estas restricciones se establecieron en un escenario de mayor incertidumbre y menos competitivo; todo lo cual hace que actualmente sean absolutamente innecesarias.

Por un lado, los operadores portuarios no han discriminado a favor de sus líneas navieras y la experiencia de los puertos de Iquique, Arica y Talcahuano, en los que se han alzado o flexibilizado las reglas en cuestión, ha sido positiva.

Por otro, la licitación del Espigón introducirá más competencia y la competencia entre frentes de atraque públicos y entre éstos y los privados de una misma región es una eficaz herramienta de resguardo, porque impide que existan usuarios que dependan exclusivamente de un concesionario para movilizar su carga.

Al respecto, cita el informe del economista Patricio Rojas elaborado el año 2005 con ocasión de la consulta de SAAM que dio origen a la Resolución N° 11/ 2006 de este Tribunal, en el que se señala que tales restricciones no han sido beneficiosas para la competencia en el mercado y, por el contrario, han impuesto costos relevantes limitando los efectos positivos que pudieran derivar de las mismas, principalmente porque la empresa verticalmente integrada ve limitada su iniciativa y decisiones por sus socios, lo que afecta la eficiencia del terminal portuario.

También, cita el informe de EPSA en la causa antes mencionada, una sesión de directorio de dicha empresa del año 2005, y algunos considerandos de la correspondiente resolución de este Tribunal, referidos al alzamiento de las restricciones a la integración vertical solicitado por SAAM.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tal como se desprende del citado informe de EPSA, la estructura de costos fijos es un incentivo para que la competencia se dé en condiciones de igualdad, por cuanto la rentabilidad del terminal portuario sólo se logra en la medida que se incremente la escala de operación de éste, y la discriminación en contra de usuarios no relacionados no es económicamente racional.

Recuerda que en el caso que culminó con la Resolución N° 11/ 2006, se decidió relajar la mencionada restricción en el Molo Sur, aumentando de un 40% a un 60% la participación en la concesión por parte de los usuarios relevantes, y que ello se hizo teniendo en especial consideración lo expuesto entonces por la FNE, en cuanto a que para alzar dichas restricciones sería necesario, al menos, contar con que el Espigón tuviese capacidad y condiciones suficientes como para competir con el Molo Sur.

El argumento de la FNE en cuanto a que la competencia se daba en forma imperfecta, contemplando la posibilidad de alzar totalmente las restricciones a la integración vertical del Dictamen 1045, cuando se habilitara el Frente Costanera-Espigón para naves de mayor calado, que es lo que se pretende con esta licitación, avala la petición original de EPSA de solicitar el alzamiento de tales restricciones.

Añade que si estas reglas se mantienen, no sólo se estaría impidiendo que se incremente la competencia en el puerto de San Antonio, sino que además, se estaría discriminando arbitrariamente al operador del Espigón, en cuanto éste tendría que operar con una restricción vertical de un 40%, mientras que el Molo Sur opera con una del 60% según la Resolución 11/2006 de este Tribunal.

Finalmente, APM Terminals señala que el SEP ha sido contradictorio en su actuar, porque el 2005 solicitó que las restricciones se alzaran a favor de STI, pero ahora solicita que las mismas se mantengan sin que existan motivos para ello, y por el contrario, estemos en un escenario más competitivo que en el 2005.

Por todo lo anterior, APM Terminals solicita que se acoja la petición original de EPSA y se alcen las restricciones a la integración vertical impuestas por el Dictamen 1045, de manera que empresas relacionadas a los usuarios relevantes del frente licitado o de la V Región, puedan participar y adjudicarse la licitación sin restricciones en cuanto a su participación en el capital accionario de la sociedad concesionaria.

A fojas 2312, APM Terminals hizo presente que existen maneras más eficientes que las restricciones establecidas en el Dictamen 1045 y que, en particular, el

Borrador de Contrato de Concesión acompañado por EPSA establece una serie de obligaciones y sanciones para el concesionario que impedirían un comportamiento discriminatorio y abusivo contra los usuarios del Frente Costanera-Espigón.

En esta presentación, agrega que de mantenerse en un 40% el límite de integración vertical se estaría dando lugar a una discriminación injustificada entre el concesionario del Frente Costanera-Espigón y STI, pues este último está afecto a un límite del 60%.

A fojas 1183, APM Terminals acompañó: (i) *Corporate Profile* de APM Terminals, obtenido del sitio web www.apmterminals.com; (ii) *Annual Review 2007* de APM Terminals obtenido del sitio web www.apmterminals.com; (iii) Información corporativa de Maersk Line, obtenida del sitio web www.maerskline.com; (iv) Copia de diversas piezas de la causa Rol NC N° 100-05 de este Tribunal, incluyendo la consulta de SAAM que le dio origen, el informe de EPSA, un acta de sesión extraordinaria de directorio de EPSA de octubre de 2005, la respuesta del SEP a un ordinario de este Tribunal, el informe de Patricio Rojas y Susana Jiménez “Consideraciones económicas acerca de las restricciones verticales en el mercado portuario: El caso de SAAM”, de septiembre de 2005, el informe de la FNE; (v) Copia del Dictamen N° 1268/ 2003 de la Comisión Preventiva Central, de la Resolución N° 733/ 2004 de la Comisión Resolutiva, y de la Resolución N° 11/ 2006 de este Tribunal; (vi) Copia del fallo dictado por la Comisión Europea con ocasión de la consulta por el acuerdo de cooperación entre ECT y PONL para la construcción, desarrollo y operación del terminal Euromax (Case No. COMP/M.3576); y, (vii) Folleto de APM Terminals “Crecimiento Global, Economía Global, Operador Global”. Y a fojas 2312: (viii) *Client Newsletter* del primer cuatrimestre de 2009 que da cuenta de sus operaciones en otros terminales a nivel mundial; (ix) Perfil de APM Terminals de marzo de 2009; (x) Documento obtenido de la plataforma electrónica Wikipedia de APM Terminals.

3.10. Asociación de Exportadores de Chile A.G. (ASOEX).

A fojas 1508, con fecha 2 de enero de 2009, aportó antecedentes la Asociación de Exportadores de Chile A.G. (ASOEX), señalando que es la entidad gremial de carácter privado que representa a los exportadores de frutas y hortalizas frescas de Chile y que tiene interés en estos autos, porque lo que se decida afecta directamente a sus asociados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Señala que son conocidas las necesidades de expansión portuaria en la zona central, así como las tendencias de crecimiento de uso de contenedores y de naves. Destaca, asimismo, que se está licitando un proyecto de expansión de capacidad portuaria que, en realidad, equivale a un nuevo puerto porque con el proyecto a licitar duplican los frentes que actualmente explota la concesionaria STI, con la ventaja de que el proyecto contará con 1000 metros lineales continuos.

Indica que el desafío es procurar una mayor competencia y evitar que los puertos sean instrumentos de las compañías navieras para extender el poder de mercado que tienen en las rutas que sirven, de manera que el pronunciamiento de este Tribunal incide en dos mercados: (i) el mercado portuario; y, (ii) el mercado del transporte marítimo.

Explica que en el mercado portuario presenta una alta concentración -actualmente existe un virtual duopolio (STI y TPS)- que se agrava por las relaciones de integración vertical que existen en ambos puertos entre los controladores de los puertos, empresas navieras y agencias de nave.

Así, en el caso de San Antonio, hay integración entre el puerto (STI), la compañía naviera CSAV y su agencia naviera SAAM, mientras que en Valparaíso ocurre algo similar entre TPS y el Grupo Ultramar.

Por su parte, con respecto al mercado del transporte marítimo, ASOEX explica que generalmente los exportadores no tienen opciones u ofertas alternativas de flete marítimo, porque en este mercado sólo son competidoras aquellas empresas navieras que sirven el mismo par de puertos de origen y destino, lo que generalmente no ocurre y grafica con datos de exportaciones de uva y manzana que incorpora a su presentación.

ASOEX concluye expresando que la situación antes descrita -falta de competencia en el transporte marítimo, concentración e integración vertical en el mercado portuario- no es satisfactoria y tiene como consecuencia, por una parte, que no hay incentivos para que las compañías navieras se disputen los clientes y, por otra, que surgen situaciones objetables desde el punto de vista de la libre competencia.

No obstante ASOEX comparte la posición de EPSA en cuanto a que deben existir restricciones a la integración vertical y a la integración horizontal para proteger y promover la libre competencia en el transporte marítimo, estima que las restricciones a la integración vertical deben profundizarse a fin de disminuir la integración directa o indirecta entre puertos y empresas navieras.

Así, ASOEX sostiene que el nuevo tope de integración vertical debería rebajarse de 40% a 30%, o un porcentaje menor a un tercio de modo de evitar que uno o unos pocos usuarios relevantes mantengan el quórum que señala la ley de sociedades anónima para algunas decisiones esenciales.

Con respecto a las restricciones a la integración horizontal, ASOEX coincide con EPISA y con los dos informes acompañados por ésta en cuanto a que deben mantenerse.

Por todo lo anterior, ASOEX solicita que se asegure la entrada de nuevos actores a la actividad portuaria y se hagan más estrictas las condiciones establecidas en el Dictamen 1045, al menos, en los siguientes sentidos: (i) se rebaje la participación de usuarios relevantes en el capital, derecho a voto o utilidades de la concesionaria a un máximo de 30%, en puertos de uso público concesionados por el Estado; (ii) se incorporen mecanismos que aseguren que las mejoras de eficiencia de los puertos redunden en mejores condiciones para los usuarios finales; (iii) se prohíba la aplicación de nuevos cobros a los exportadores sin que medie la prestación de un nuevo servicio que sea efectivamente voluntario y prescindible para éstos.

3.11. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

A fojas 1534, con fecha 3 de enero de 2009, aportó antecedentes el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, adjuntando una Minuta Técnica elaborada para estos efectos por la Subsecretaría de Transportes.

En la referida minuta técnica se señala, en síntesis, que la explotación de los puertos concesionados bajo el sistema monooperador ha sido exitosa y que ejemplos de ello son los casos de licitaciones convocadas en las regiones de Tarapacá, Antofagasta, Valparaíso y del Bío Bío.

En el caso de San Antonio, la minuta inserta un cuadro que muestra la evolución decreciente del porcentaje que del total de la carga del Puerto de San Antonio es movilizada por el frente Costanera-Espigón.

Además, incorpora otro cuadro que compara las velocidades de transferencia del frente concesionado Molo Sur con las del frente no concesionado, en la que se observa que, a partir de 2004, las primeras superan a las segundas por más del doble. Lo anterior se debe, como en todos los casos en que el frente no concesionado compite con un frente concesionado, a la falta de inversión en el terminal no concesionado, versus el dinamismo de su par concesionado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agrega que los dos principales puertos de Chile se ubican en la región de Valparaíso y que la competencia interportuaria está asegurada debido a la corta distancia entre ambos, de lo cual sería un ejemplo la circunstancia de que la compañía naviera MSC haya trasladado sus operaciones de San Antonio a Valparaíso en el 2006, principalmente por los mejores precios ofrecidos por este último. Más aún, es esperable que la competencia sea aún más intensa en el caso de licitarse los frentes no concesionados, dado que las inversiones se darán con mayor frecuencia y montos.

Con respecto al sistema monooperador, señala que éste es preferible al multioperador, ya que en este último no se dan las condiciones para generar estructuras de costo que sean competitivas con la del terminal concesionado. Es claro que la industria portuaria, al menos en lo que respecta a los puertos estatales, posee características de monopolio natural, puesto que las inversiones requeridas para su funcionamiento son cuantiosas (adquisición de grúas, habilitación de frentes de atraque, etc.), pero una vez realizadas éstas, los costos marginales (en este caso, por ejemplo, el costo de movilizar un contenedor adicional) son muy bajos. Esa estructura de costos impide que existan incentivos para la inversión privada en infraestructura por parte de múltiples empresas, y justifica otorgar concesiones a un único operador que explote y desarrolle el terminal.

Además, el esquema de monooperación propuesto por EPSA se justifica por las dificultades de coordinación y costos asociados a ellas que supone el esquema multioperador, y porque la experiencia ha mostrado que el esquema monooperador mejora los niveles de eficiencia en la transferencia de carga.

Lo anterior, sin perjuicio de que conforme a la Ley 19.542, la construcción y desarrollo de nuevos frentes de atraque deberán realizarse mediante concesiones portuarias licitadas públicamente.

Destaca que el poder de mercado o eventual abuso del concesionario se encuentra limitado por la fijación de tarifas máximas definida en la Licitación, ya que las bases señalan que el IMax no podrá exceder del vigente para el concesionario del Terminal N° 1.

En todo caso, la experiencia muestra que el régimen de monooperación no ha producido aumentos en las tarifas y, por el contrario, el sistema portuario de Chile se ha mantenido como uno de los que posee menores costos a nivel mundial, de lo cual da cuenta el gráfico que inserta.

Por su parte, la calidad de servicio se encuentra regulada por la fijación de estándares de servicio establecidos en el contrato de concesión y supervisados por la empresa portuaria.

No obstante, la experiencia muestra que la generación de monopolios locales en la operación portuaria no ha generado disminución de la calidad del servicio prestado y que, por el contrario, dicha calidad ha aumentado, de lo cual da cuenta el gráfico que inserta y en el cual se comparan las velocidades de operación de los terminales concesionados y no concesionados.

No obstante, con el objeto de intensificar la competencia del intraportuaria e interportuaria y evitar tanto la formación de monopolios como el ejercicio de poder de mercado, corresponde aplicar restricciones a la integración vertical y horizontal.

Por lo anterior, en la referida Minuta Técnica se recomienda acoger la solicitud de EPSA en cuanto permitir la licitación del frente Costanera-Espigón, en régimen de monooperación, efectuando las precisiones y profundizaciones de las reglas del Dictamen 1045 que ésta pide.

3.12. Fiscalía Nacional Económica (FNE).

A fojas 1539, con fecha 7 de enero de 2009, aportó antecedentes la Fiscalía Nacional Económica, efectuando, en primer lugar, una descripción general de la industria portuaria, de los distintos esquemas de operación de los frentes de atraque y de los criterios utilizados para asignar las primeras concesiones al amparo de la Ley (índice de tarifas de los 4 servicios básicos y desempate por canon).

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

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

Además, la FNE proporciona información respecto de volúmenes de carga movilizada en la V Región, desagregada por tipo de carga (general y granel), indicando que los proyectos a desarrollar en los espigones de Valparaíso y San

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Antonio están orientados a carga general, tanto fraccionada como en contenedores.

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

En dicho mercado existen importantes barreras de entrada, fundamentalmente por la escasez de bahías abrigadas, y la improbabilidad de que los puertos privados graneleros de la región transfieran carga general. Además, han existido otras restricciones a la inversión por parte de las empresas portuarias en frentes no concesionados, no sólo derivadas de la Ley, sino también como consecuencia de procesos judiciales como el juicio arbitral que se siguió entre STI y EPSA. Lo anterior hace probable el ejercicio de poder de mercado.

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

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

En cuanto a las restricciones a la integración vertical, la FNE afirma que los concesionarios tienen incentivos para beneficiar a una relacionada, discriminando en precios o calidad y traspasando poder de mercado desde los servicios portuarios al servicio integrado. Sin embargo, el alzamiento de tales restricciones -

pero manteniendo las horizontales- permitiría el ingreso de operadores capaces de disciplinar a los concesionarios actuales, incrementando la competencia.

Atendido lo anterior, la FNE concluye que deben mantenerse las restricciones a la integración horizontal, ya que es fundamental asegurar el mayor número de operadores independientes y no visualiza remedios que permitan relajar las restricciones establecidas en el Dictamen 1045.

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

En lo atinente al criterio de adjudicación, la FNE considera que en este caso la adjudicación en base a la mayor oferta monetaria o recaudación para el licitante no generaría distorsiones, de manera que el criterio de adjudicación no necesariamente debiera ser el menor índice de tarifas máximas ofrecido por los servicios portuarios básicos. Lo anterior, porque: (i) el adjudicatario de todas maneras enfrentaría competencia; (ii) las tarifas máximas son poco efectivas en presencia de servicios no afectos a ellas; y, (iii) corresponde a lo estipulado en el contrato de concesión entre EPSA y STI.

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

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

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

3.13. Sociedad Productora y Distribuidora S.A. (Soprodu).

A fojas 1889, con fecha 22 de enero de 2009, aportó antecedentes Sociedad Productora y Distribuidora S.A. (Soprodu), señalando que comparte lo solicitado por EPSA en sus presentaciones de 12 de noviembre y 9 de diciembre de 2008.

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

A fojas 2423, con fecha 20 de abril de 2009, encontrándose fuera del plazo establecido para ello, la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. (Cámara) solicitó ser admitida como interviniente en estos autos y, subsidiariamente, pidió que este Tribunal tuviese en cuenta su opinión. El Tribunal, por resolución de 21 de abril de 2009, negó lugar a lo primero, pero accedió a la petición subsidiaria, ordenando incorporar a los antecedentes la opinión de la Cámara.

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

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

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

A fojas 2423, la Cámara acompañó un extracto de su Memoria de 1999 en la que se desarrolla su opinión.

II) PARTE CONSIDERATIVA

4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME.

EPSA ha solicitado a este Tribunal pronunciarse respecto de los términos y condiciones que propone para la licitación del Frente de Atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, compuesto por los sitios N° 4, 5, 6 y 7, y sus

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

correspondientes áreas de respaldo, almacenamiento y acceso, bajo un esquema monooperador, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542 sobre Modernización de Sector Portuario Estatal, considerando que en la Vª Región de Valparaíso no existe otro frente de atraque estatal multioperado, capaz de atender la nave de diseño del proyecto referencial de expansión, de tipo post-panamax.

Al respecto, cabe tener presente que, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley, las empresas portuarias estatales (en este caso EPSA), para proceder a otorgar en concesión portuaria los frentes de atraque que administran u operan, deben contar con un informe favorable de la Comisión Preventiva Central, o de su sucesor legal que es el TDLC, cuando, en los puertos o terminales estatales de la misma región, no exista otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño del frente objeto de la concesión portuaria.

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

Este Tribunal estima que la nave de diseño que se debe considerar para evaluar la procedencia de los informes preceptivos mencionados no corresponde a la que actualmente es capaz de atender el Frente de Atraque Costanera-Espigón, sino a la que podrá atender el frente objeto de licitación una vez entregado en concesión y efectuadas las inversiones mínimas u obligatorias que el adjudicatario comprometerá en el respectivo contrato de concesión.

La nave de diseño del proyecto de expansión del Frente de Atraque Costanera-Espigón será de tipo post-panamax, como ha señalado EPSA en su Solicitud y en el borrador de Bases de Licitación acompañado a fojas 2099.

En ese sentido, el Frente N° 2 del Puerto de Valparaíso es el único otro frente estatal de la Vª Región actualmente operado bajo un esquema multi-operador, pero será licitado para su operación bajo un esquema monooperador y considera atender, en el futuro, naves de tipo panamax o post-panamax, de acuerdo con la decisión adoptada por el directorio de Empresa Portuaria de Valparaíso de que da

cuenta la causa Rol NC 313-08, y en la que se dictó el Informe N° 5 de este Tribunal.

Por lo tanto, dado que la Licitación pretende implementar un esquema monooperador en el Frente de Atraque Costanera-Espigón, cuya nave de diseño es de tipo post-panamax, y que no existe ni se espera que exista en la Vª Región otro frente de atraque estatal operado bajo un esquema multi-operador que sea capaz de atender naves de ese tipo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley resulta procedente la solicitud de un informe de este Tribunal - como sucesor legal de la Comisión Preventiva Central- respecto de los términos y condiciones de la Licitación del Frente de Atraque Costanera-Espigón.

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

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA.

Según se adelantó en la Sección 4 anterior, este informe tiene por objeto establecer los términos y condiciones de la Licitación a los que EPSA deberá sujetarse para entregar en concesión el Frente de Atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio bajo un esquema monooperador.

Como se ha afirmado reiteradamente por este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley, corresponde al Directorio de la Empresa Portuaria decidir si un determinado frente de atraque será administrado bajo un esquema multioperador o monooperador. Así, este informe no tiene por objeto autorizar o no la implementación de un esquema monooperador o pronunciarse respecto de la decisión del Directorio de EPSA de adoptar tal sistema –como pretendería la solicitud del Sindicato de Profesionales, Técnicos y Administrativos de EPSA y la entidad gremial ASONAVE– sino que sólo se circunscribe a los términos que deben incorporarse a la licitación que determinará la adjudicación de la concesión a un monooperador, y a las condiciones de competencia a que éste deberá sujetar su actividad, con el objeto de resguardar tanto la competencia *por* el frente de atraque (en la licitación), como la competencia *entre* frentes de atraques (una vez adjudicada ésta).

Considerando que en su Informe N° 5 este Tribunal ya se pronunció sobre materias jurídicas preliminares respecto de los cuestionamientos formulados por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ASONAVE a la licitación del Frente de Atraque N° 2 de Valparaíso, idénticos a los planteados por dicha asociación gremial respecto de la licitación objeto de este Informe, y que no existen hechos ni circunstancias diferentes a las ya analizadas, se reproducirá a continuación la Sección 6 del Informe N° 5 de este Tribunal, y en virtud de las consideraciones allí desarrolladas se desecharán los planteamientos de ASONAVE.

Asimismo, considerando este Tribunal que los mercados relevantes para este informe corresponden en parte sustantiva al mismo analizado en el Informe N° 5 anteriormente señalado, puesto que el Frente de Atraque que será objeto de licitación en el puerto de San Antonio se destinará preferentemente al transporte de carga en contenedores, y la nave de diseño máxima corresponde a las del tipo post-panamax, se reproducirán asimismo, como fundamento de este Informe, las Secciones 7, 8 y 9 del Informe N° 5 de este Tribunal;

Sin perjuicio que el proyecto referencial del Frente materia de este informe establece, como se señaló, que éste tendrá como destino preferente la transferencia de carga en contenedores, al analizar el mercado relevante y las condiciones de competencia se considerará además que, a diferencia del Frente de Atraque N° 2 de Valparaíso, el Frente Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio cuenta actualmente con infraestructura para la transferencia de graneles, la que pasará a ser operada por el futuro concesionario de dicho Frente, al menos hasta que sea reemplazada por otra destinada exclusivamente a la transferencia de contenedores. Este Tribunal también se ha referido recientemente a esta materia en su Informe N° 3, del que se reproducirán las secciones pertinentes, actualizadas con los datos aportados en este proceso.

En las siguientes secciones 10, 11 y 12, 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 las restricciones estructurales propuestas por EPSA.

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

6. EN CUANTO A LOS CUESTIONAMIENTOS DE ASONAVE.

Según se señaló en la sección 3.3 de este Informe, Asonave cuestionó el esquema monooperador que EPSA pretende implementar, porque contravendría la Constitución Política de la República y la legislación sectorial aplicable, y también porque infringiría el Decreto Ley N° 211.

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

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

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

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

Con respecto al segundo capítulo de impugnación de Asonave, basado en que el esquema monooperador sería contrario al Decreto Ley N° 211, cabe tener

presente que el legislador exige un informe de este Tribunal precisamente para precaver los riesgos para la libre competencia que conlleva la implementación de dicho esquema de operación. En otras palabras, la implementación de un esquema monooperador no sería por sí sola apta para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, en la medida que la competencia en la licitación sustituya efectivamente a la competencia en el mercado, que es lo que este informe está orientado a lograr.

En este contexto, resulta improcedente cuestionar en sí mismo el esquema monooperador que el artículo 23 de la Ley autoriza a EPSA a implementar, o la competencia de este Tribunal para informar y establecer las condiciones de competencia a que deberá sujetarse la correspondiente licitación pública, de acuerdo con lo previsto en la misma norma legal.

7. MERCADO RELEVANTE.

7.1. Mercado de Producto.

7.1.1. Los Puertos de uso Público.

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

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

Adicionalmente, y sin perjuicio de la definición de mercado geográfico que se adoptará en la Sección 7.2, se debe tener presente que no existen antecedentes en autos que permitan suponer que los actuales puertos privados de uso privado

de la Región de Valparaíso –Oxiquim y Terminal Quinteros– puedan llegar a operar como puertos de uso público en plazos razonables, si así se lo propusieran.

7.1.2. Los servicios portuarios básicos.

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

La Solicitud de EPSA recoge esta distinción, utilizando como criterio diferenciador que los servicios portuarios provistos sean o no necesarios para la prestación de cualquiera de los servicios de transferencia, acopio o demás servicios básicos de la carga o, como se señala en el Borrador de Bases (acompañado a fojas 2099), que *“sea obligatorio para el usuario contratar esos servicios y no existan otros prestadores de estos servicios en el Puerto”*.

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

Al respecto, los “servicios opcionales” se definieron en el Dictamen N° 1.045 de 21 de agosto de 1998 de la Honorable Comisión Preventiva Central (en adelante Dictamen 1045) como aquellos que *“no son indispensables para el atraque de las naves, la movilización y el acopio de la carga”*, concepto que este Tribunal precisó en su informe N° 3 de 15 de abril de 2009 sobre Licitación del frente de atraque Sitio N° 9 del Puerto de San Antonio (en adelante Informe N° 3), señalando que corresponden a aquellos *“para cuya provisión no es necesaria la infraestructura entregada en concesión, de manera que el concesionario enfrenta o puede enfrentar competencia en el frente de atraque licitado”*.

En contraposición, los “servicios básicos” han sido definidos por este Tribunal, tanto en su Informe N° 3, como en su Informe N° 4, de 15 de mayo de 2009, sobre Licitación Pública del Frente de Atraque del Puerto de Coquimbo (en adelante Informe N° 4), como aquellos *“que son indispensables para el atraque de las naves, la movilización y el acopio de la carga, o para cuya provisión es necesaria la infraestructura entregada en concesión, de manera que el concesionario los presta o puede prestar en condiciones de monopolio en el frente de atraque licitado.”*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, en el Informe N° 4 se precisó que, a juicio de este Tribunal, para efectos de los conceptos antes señalados -“servicios básicos” y “servicios opcionales”- la expresión “el concesionario” se refiere no sólo al titular de la concesión portuaria y sus relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, sino también a cualquier tercero que sea designado o deba ser autorizado por éste para prestar tales servicios, en términos que no pueda ser considerado un agente independiente de la voluntad del adjudicatario de la licitación; esto es, cualquier tercero que, en la práctica, pueda cobrar la potencial renta monopólica del concesionario.

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

Así, este Tribunal estima que EPSA deberá ajustar la definición de servicios básicos que utiliza en los borradores de Bases de Licitación y de Contrato de concesión, acompañado a fojas 2099, que actualmente incluye: (i) muellaje a la nave; (ii) muellaje a la carga; (iii) transferencia de contenedores, y; (iv) transferencia de carga fraccionada, agregando a dicho conjunto todos aquellos servicios que el concesionario, en los términos definidos por este Tribunal, prestará o podrá prestar en condiciones de monopolio en el frente de atraque licitado, atendiendo a las particulares características del frente objeto de concesión.

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

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

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

7.1.3. Capacidad de la infraestructura.

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

En efecto, de la información acompañada en autos (presentación de EPSA a fojas 531, informes de fojas 94 y 143, entre otras) resulta evidente que cada vez son más grandes las naves que se emplean para el transporte marítimo de carga, lo que reduce los costos de transporte por economías de escala. Sin embargo, lo anterior también requiere invertir en infraestructura y equipamiento en los puertos, para permitir el atraque de las naves de mayor tamaño e incrementar las velocidades de transferencia de carga.

De acuerdo a lo indicado por la Solicitante, el Frente de Atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio cuenta actualmente con cuatro sitios de entre 6 y 9 metros de calado, y la actual nave de diseño es de 237 metros de eslora y 9 metros de calado.

No obstante, y como la nave de diseño a considerar es aquella que podrá atender el concesionario una vez que realice las obras de expansión obligatorias comprometidas en su contrato de concesión, es preciso tener en cuenta que, de acuerdo a lo señalado en la Solicitud de fojas 531, las Bases contemplan la obligación del concesionario de realizar obras de expansión de la infraestructura

actual, a fin de permitir el atraque de naves del tipo post-panamax (de 300 metros de eslora y 14 metros de calado).

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

Por consiguiente, la nave de diseño que se debe tener en cuenta para los efectos de determinar la aptitud del concesionario del Frente de Atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, para competir con otros frentes de atraque que eventualmente formen parte del mismo mercado relevante, es del tipo post-panamax.

7.1.4. Tipos de carga o segmentos de usuarios.

De acuerdo con lo señalado por la Solicitante, dentro de los servicios portuarios es posible distinguir los siguientes segmentos de clientes según el tipo de carga que transportan: (i) carga general, que a su vez puede ser transportada en contenedores o fraccionada en otro tipo de unidades que se manejan individualmente; y, (ii) carga a granel, que se puede clasificar en graneles sólidos que pueden ser limpios (utilizados para el consumo humano o animal, en general productos agroalimentarios) o sucios (no destinados a consumo humano ni animal) y en graneles líquidos.

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

Al respecto, se debe tener presente que el Frente de Atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio actualmente moviliza tanto carga general –en contenedores y fraccionada- como graneles, como se aprecia en el cuadro siguiente, y que además, según el proyecto de inversión previsto en la Licitación, no necesariamente dejaría de atender los mismos tipos de carga una vez entregado en concesión, no obstante que se especializará en el transporte de carga en contenedores, según se señala en la Solicitud.

Cuadro N° 1: Distribución por Tipo de Carga Transferida en el Espigón de San Antonio, año 2008.

| Tipo de Carga | Tons. | % |
|-----------------------|--------------|----------|
| Carga en Contenedores | 840.851 | 33,9% |
| Carga Fraccionada | 760.400 | 30,7% |
| Graneles Sólidos | 879.388 | 35,5% |
| Total | 2.480.639 | 100,0% |

Fuente: Elaboración propia en base a Plan Maestro 2009 de EPSA publicado en <http://www.sanantonioport.cc.cl/>.

Dada la nula sustitución que en este caso existe por el lado de la demanda, y teniendo también en consideración la clara especialización planificada para el frente por licitarse, este Tribunal concluye que no es posible considerar dentro de un mismo mercado relevante a los servicios portuarios para carga general y para graneles, por lo que serán analizados en forma separada.

Respecto de la carga a granel, se debe distinguir entre graneles sólidos y líquidos. Si bien el Frente de Atraque Costanera-Espigón ha transferido en los últimos años graneles líquidos, al año 2007 éstos sólo representaron el 0,2% del total de carga transferida en ese frente y un 0,2% del total de graneles líquidos transferidos en la región. Además, según la información publicada por EPSA en el “Plan Maestro 2009 del Puerto de San Antonio”, durante el año 2008 el Espigón de San Antonio no transfirió graneles líquidos. Por lo tanto, para efectos de este informe, este Tribunal considerará como parte del mercado relevante sólo a los graneles sólidos.

Adicionalmente, y sin perjuicio de la definición de mercado geográfico que se adoptará en la Sección 7.2, debe tenerse presente que, no obstante que el puerto

privado de uso público de Ventanas está especializado en graneles, no será considerado como un sustituto que pueda ejercer una real presión competitiva en los otros frentes de atraque de la Región de Valparaíso destinados a la descarga y movilización de graneles sólidos ya que, tal como fue señalado en el Informe N° 3, el Puerto Ventanas mantiene un acuerdo comercial de largo plazo con su principal cliente de graneles sólidos limpios -Graneles de Chile S.A.- mediante el cual este usuario posee acceso exclusivo a la cinta transportadora y a las dos bodegas situadas en dicho puerto. Por lo anterior, y dado que el Espigón de San Antonio y los otros frentes de atraque que operan con graneles en la Región de Valparaíso movilizan principalmente graneles sólidos limpios, este Tribunal estima que el Puerto de Ventanas no forma parte del mercado relevante de autos.

Asimismo, aunque en el año 2007 un 4,5% del total de la carga que movilizó el puerto de Ventanas fue de tipo fraccionada², este Tribunal considera que este puerto no desarrolla el negocio de carga general de manera principal ni cuenta con la capacidad necesaria para disciplinar eventuales conductas anticompetitivas de los incumbentes en este mercado, sin que existan antecedentes en autos que den cuenta de una futura expansión de éste en el negocio de la transferencia de carga general.

Finalmente, se ha y considerado también lo señalado por la FNE a fojas 1539, en cuanto a que el Puerto Ventanas no posee las características requeridas para atender naves portacontenedores -ya que la ola máxima con la que pueden operar naves de contenedores sería de 0,5 metros, condición que no es cumplida por este puerto, no será considerado parte del mercado relevante de este tipo de carga.

7.1.4.2. Sustitución entre el transporte de carga en contenedores y el transporte de carga fraccionada.

En relación a la sustitución entre el transporte de carga en contenedores y el transporte de carga fraccionada, desde el punto de vista de la demanda, se debe tener presente que la FNE señaló, en su informe de fojas 1539, que ambos tipos de carga “*serían considerados como sustitutos*” ya que se ha observado una tendencia, entre los años 2000 y 2005, a sustituir el transporte de frutas frescas desde carga fraccionada a contenedores.

² Memoria Anual Puerto Ventanas S.A. año 2008.

En el mismo sentido, el Informe del Panel de Expertos del Sistema de Empresas SEP de enero 2008, señala: *“es una realidad que más del 88,6% del comercio internacional se transfiere vía marítima y una serie de productos emblemáticos para nuestro país, como los cátodos de cobre, celulosa y toda la producción hortofrutícola, están en un franco e irreversible proceso de contenedorización, lo que aumentará la necesidad de mejorar e incrementar nuestros terminales portuarios especializados en este tipo de carga”*³.

Por su parte, la Solicitante también señala que actualmente están siendo movilizados en contenedores productos que normalmente se transportaban como carga fraccionada (cobre, productos hortofrutícolas y automóviles). Asimismo, EPV en el expediente Rol NC N° 313-08, en su presentación de fojas 107, señala que *“incluso en el último tiempo se observa que hasta el cobre tiende a exportarse crecientemente en contenedores”*. Argumenta que esta migración se debería a las ventajas de los contenedores en cuanto a: i) seguridad de la carga, lo que disminuye los daños; ii) posibilidad de usar lugares descubiertos para su almacenamiento; y, iii) la estandarización en el equipo destinado a su manipulación, todo lo cual implica una rebaja en los costos y facilita el transporte multimodal⁴.

Asimismo, en el informe de fojas 972bis del citado expediente Rol NC N° 313-08, se indica que *“los contenedores están desplazando a las demás formas de carga general, incluso para cargas como cobre (75% contenedorizado en TPS) o frutas (más del 65 % en la V Región). En los puertos de Valparaíso y San Antonio los contenedores representan más de un 80% del tonelaje de carga general, porcentaje que es creciente en el tiempo. La carga general restante corresponde sobre todo a automóviles, y a frutas que aún se envían en naves reefer”*⁵.

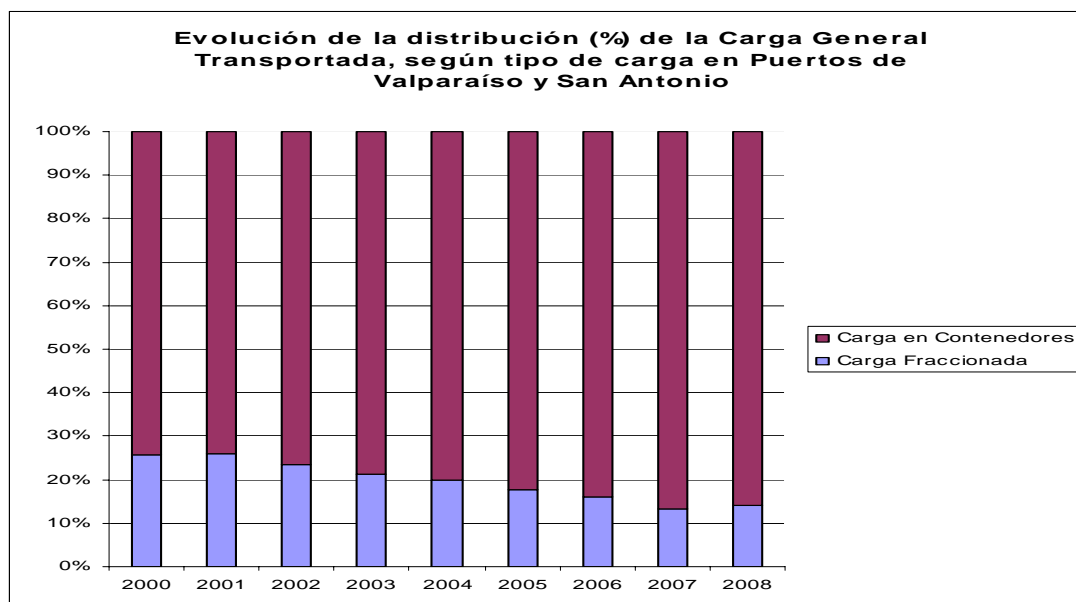
Relacionado con lo anterior, el siguiente gráfico muestra la evolución de la participación relativa de carga en contenedores y carga fraccionada dentro del total de carga general transportada por los puertos de Valparaíso y San Antonio.

³ Fuente: www.sepchile.cl

⁴ El transporte de mercancías por a lo menos dos medios diferentes de transporte.

⁵ Nave refrigerada.

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



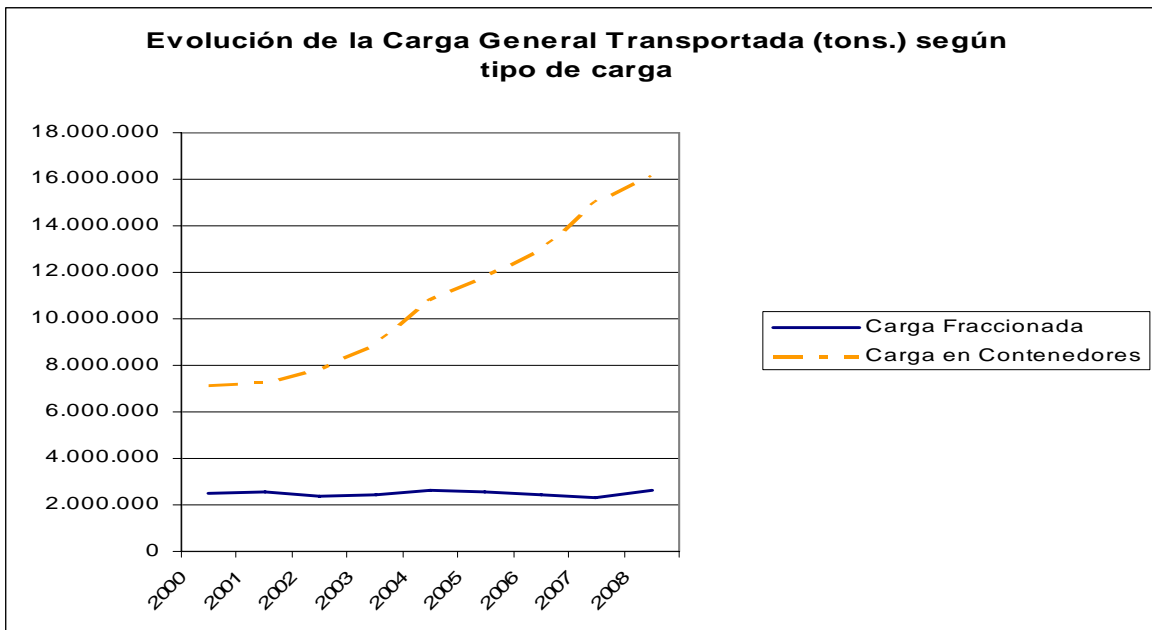
Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud, del informe de fojas 143, e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio web www.subtrans.cl.

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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



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

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

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

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

En relación a la sustitución desde el punto de vista de la oferta, es decir, en qué medida una determinada infraestructura portuaria puede ser usada para atender uno y otro tipo de carga, EPV argumenta, a fojas 125 del expediente Rol NC N° 313-08, que ambos tipos de carga *no son sustituibles*, ya que la especialización

portuaria requiere de inversiones diferentes en equipamiento según el tipo de carga que transfieren, y que éstas son mayores en el caso de la carga en contenedores, donde destaca la inversión en grúas Gantry. Sostiene asimismo que *“el Terminal N° 2 transfiere mayor tonelaje de carga fraccionada que de contenedores debido a la imposibilidad estructural de incorporar estas pesadas grúas para operar contenedores, dadas las limitaciones físicas del terreno”*. Luego, es precisamente por esta razón que el proyecto de inversión referencial de EPV contempla como obligación del concesionario realizar inversiones en infraestructura específica para movilizar carga en contenedores.

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

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

Sin embargo, dados los antecedentes disponibles en autos, a este Tribunal no le es posible determinar con precisión el grado y relevancia de tal sustitución.

En definitiva, y atendido que existe un cierto grado de sustitución entre el transporte de carga fraccionada y en contenedores, tanto por el lado de la demanda como de la oferta, este Tribunal estima que ambas deben ser consideradas dentro de un mismo mercado relevante, correspondiente al de carga general.

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

7.1.5. Conclusión.

De acuerdo con lo razonado precedentemente, para los efectos de este informe se considerarán dos mercados relevantes de producto: el de los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de uso público que puedan atender la nave de

diseño del proyecto a licitar, (i) para carga general, incluyendo tanto carga en contenedores como carga fraccionada; y, (ii) para graneles sólidos.

7.2. Mercado Geográfico.

En cuanto al mercado geográfico, el artículo 14 de la Ley presume que éste está delimitado a la Región de Valparaíso, es decir, considera que no existe sustituibilidad entre los servicios prestados por los frentes de atraque de puertos de uso público ubicados en otras regiones del país. En el mismo sentido se ha argumentado, tanto por la Consultante como por la FNE, que el mercado geográfico para efectos de este informe corresponde precisamente a la Región de Valparaíso.

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

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

7.3. Definición de mercado relevante:

En base a lo expuesto precedentemente, para efectos del presente informe este Tribunal estima que los mercados relevantes corresponden a: *los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso que puedan atender la nave de diseño del proyecto a licitar, (i) para carga general, que está compuesto por dos segmentos, carga en contenedores y carga fraccionada; y, (ii) para graneles sólidos.*

8. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS RELEVANTES.

Con el objeto de establecer las condiciones de competencia en los mercados relevantes, en la sección 8.1. se efectúa una descripción general de la industria del transporte marítimo de carga. En las secciones 8.2 y 8.3 se analiza la oferta en cada uno de los mercados relevantes antes definidos y las condiciones de ingreso, respectivamente. Finalmente, en la sección 8.4 se caracterizará la demanda en cada uno de ellos.

8.1. Descripción general.

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

La demanda de servicios portuarios se deriva de la demanda de transporte marítimo. Así, los servicios portuarios básicos son un eslabón dentro de la cadena del transporte marítimo que, a su vez, forma parte del conjunto de servicios de transporte multimodal⁶ y de apoyo logístico que permiten desplazar bienes desde la bodega de un cargador o exportador hasta la de un consignatario o importador⁷.

Los usuarios finales corresponden a los exportadores y/o importadores, que cumplen las funciones de cargador⁸ y consignatario⁹ en el contrato de transporte marítimo regulado en el Libro III del Código de Comercio.

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

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

El diagrama siguiente ilustra lo anterior:

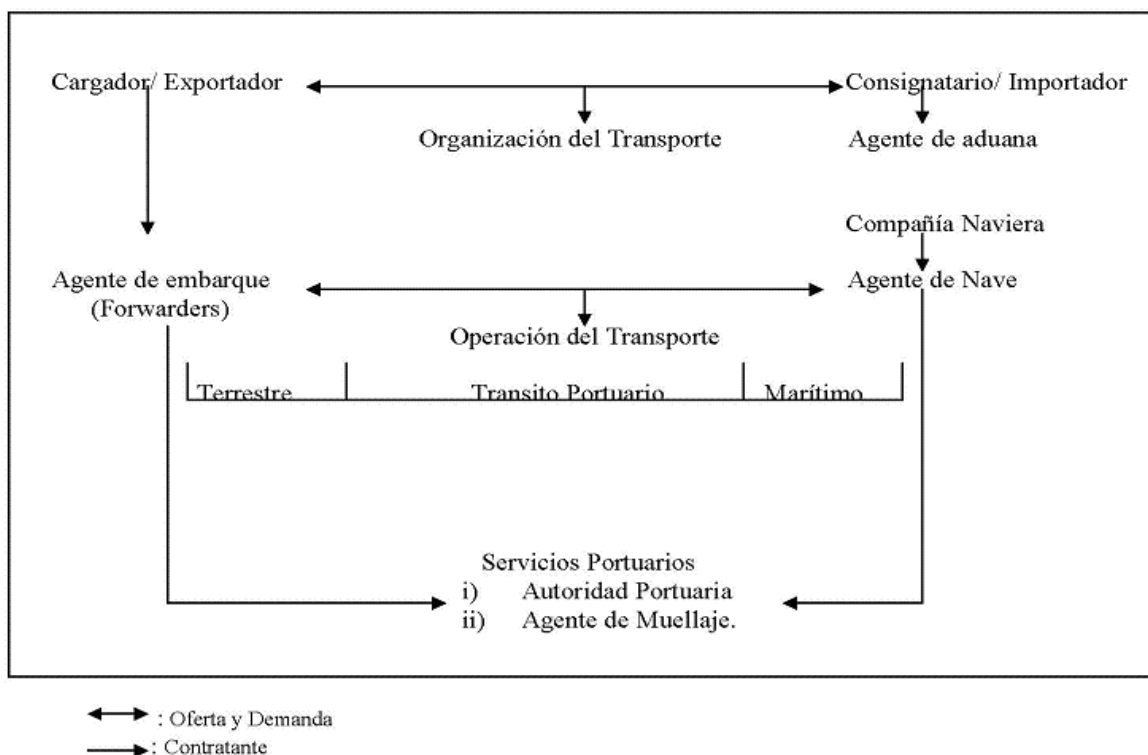
⁶ La cadena de transporte multimodal de que forma parte el transporte marítimo normalmente contempla dos tramos terrestres que colocan las mercancías en el puerto de origen y la trasladan fuera del puerto de destino, respectivamente.

⁷ El cargador o exportador puede ser a la vez el consignatario o importador.

⁸ Persona que encarga la conducción.

⁹ Persona a la cual va dirigida la carga.

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



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

Es preciso señalar que es el cargador quien determina el puerto de origen y destino de las mercancías. No obstante, quienes se relacionan directamente con el operador portuario son los usuarios intermedios que corresponden a todas aquellas personas que efectúan, contratan o intervienen a cualquier título o modalidad en el transporte de carga por vía marítima, sea como empresas navieras¹⁰, fletadores¹¹, porteadores, transportistas multimodales¹², agentes¹³, corredores, o forwarders.

¹⁰ El transportador marítimo, empresa o línea naviera es el responsable de transportar la carga por vía marítima de un puerto a otro y se identifica con el “transportador” que regula el Título V del Libro III del Código de Comercio.

¹¹ El fletador es la persona que presta servicios de transporte marítimo de carga en virtud de un contrato de fletamento regulado en el Título V del Libro III del Código de Comercio.

¹² Véase Nota 1.

¹³ Son diversos: (i) Agente de estiba y desestiba o agente de muellaje representa al cliente en la estiba y desestiba de naves y contenedores y, en general, en todos los actos y gestiones propias de la movilización de la carga entre la nave y los recintos portuarios o los medios de transporte terrestres, y viceversa. Se ocupan integralmente de la transferencia de carga entre la nave y el puerto. En el caso en que el frente posea un esquema multioperado distintas empresas otorgarán dichos servicios, mientras que en el esquema monoperado es una sola empresa; (ii) Agentes generales son los representantes de los armadores extranjeros, o sea de quienes explotan las naves o navieras; (iii) Agentes de naves o consignatarios de naves son los representantes del armador, dueño o capitán, para todos los actos concernientes a la atención de la nave en el puerto de su consignación. Representan a las líneas navieras para todos los fines y también atienden a las naves de su línea en sus requerimientos de provisiones, combustibles e información; y, (iv) Agentes de aduana: actúan por mandato de los consignatarios de la carga que las navieras transportan por mar, para facilitar su descarga, desaduanamiento y traslado al destino final.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

Por otra parte, se observa¹⁴ una tendencia internacional a la integración horizontal entre compañías navieras, y vertical entre compañías navieras, operadores portuarios, empresas de muellaje, agencias navieras y servicios de transporte terrestre en los denominados “operadores globales”, que brindan todos los servicios de la cadena de transporte marítimo o multimodal.

En efecto, la concentración horizontal en el negocio del transporte marítimo a nivel mundial ha aumentado considerablemente a partir del año 2000, producto de alianzas y/o fusiones entre compañías navieras. Así, y a modo de ilustración general, en el cuadro siguiente se puede apreciar que, al año 2000, las principales 20 compañías navieras transportaban el 52% de la carga en contenedores a nivel mundial, mientras que, al año 2008, este porcentaje se incrementó a 82%, en tanto que las 10 principales navieras concentraban el 60% de ese mercado mundial (ver Cuadro 3).

Cuadro N° 2: Participación de Mercado de las 20 principales Compañías Navieras en el Transporte de Contenedores a nivel Mundial

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

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

Cuadro N° 3: Participación de Mercado de las 10 principales Compañías Navieras en el Transporte de Contenedores a Nivel Mundial, 2008.

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

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

¹⁴ Frémont-Discussion Paper 2009-1 © OECD/ITF 2009

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A su vez, a partir de 1980 se inició el proceso de integración vertical de los distintos eslabones de la cadena de transporte marítimo a nivel internacional¹⁵, lo que contribuye a disminuir los riesgos involucrados en la prestación de los servicios asociados al transporte marítimo, por cuanto permite asegurar volúmenes de carga en los distintos eslabones de la operación, lo que se traduce en que la empresa integrada enfrente menores riesgos de inversión ya que tiene mayor certeza y conocimiento de la demanda que enfrentará, y a la vez reduce los costos de transacción y logísticos de proveer los diversos servicios asociados al transporte marítimo a un determinado cliente.

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

Cuadro N° 4: Principales Holdings a nivel Mundial Integrados Verticalmente para proveer Servicios en la Cadena de Transporte Marítimo, año 2007.

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

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

En Chile, la Región de Valparaíso no ha estado exenta de esta tendencia ya que, por ejemplo, y tal como se desprende de los antecedentes aportados a fojas 2550, el concesionario del Frente Molo Sur de San Antonio (STI) está relacionado con la línea naviera CSAV por medio de SAAM, agencia naviera que, a su vez, mantiene alianzas con compañías navieras a nivel mundial. Asimismo, y tal como se desprende de los antecedentes aportados a fojas 1302 del expediente Rol NC N° 313-08, el Concesionario de Valparaíso (TPS) está relacionado con la Agencia Marítima Ultramar Ltda., agencia de naves que presta servicios en varios países del mundo, y a la vez con la agencia de naves Mediterranean Shipping Company Chile S.A. (MSC).

¹⁵ Frémont-Discussion Paper 2009-1 © OECD/ITF 2009

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A continuación se ilustra la estructura de propiedad de los puertos de la Región de Valparaíso, al primer trimestre de 2007, según lo informado por la Solicitante.

Cuadro N° 5: Esquema de Propiedad de Empresas Concesionarias de Puertos en la Región de Valparaíso

| Accionista | Frente Concesionado de San Antonio (STI) | Sitio 8 (Panul) | Frente Concesionado de Valparaíso (TPS) |
|--|--|-----------------|---|
| SAAM Puertos S.A. | 50% | 14,4% | |
| SSA Holdings International Chile Ltda. | 50% | | |
| Graneles de Chile S.A. | | 40% | |
| Sociedad de Inversiones Portuarias Ltda. | | 34,6% | |
| Sociedad de Inversiones Feld S.A. | | 11% | |
| Inversiones Neltume Ltda. (Ultramar) | | | 95,9% |
| DEG - Deutsche Investitions und Entwicklungsgesellschaft MBH | | | 4,1% |

Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud y a fojas 2550.

8.2. Oferta en el mercado relevante de carga general.

Los oferentes en los dos segmentos del mercado relevante definido para la carga general son los cuatro operadores de los cuatro frentes de atraque de uso público de los puertos de Valparaíso y San Antonio: el Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Valparaíso (concesionado a TPS), el Frente de Atraque N° 2 de Valparaíso (Espigón de Valparaíso), el Frente de Atraque Molo Sur de San Antonio (concesionado a STI), y el Frente Costanera-Espigón de San Antonio (Espigón de San Antonio).

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

Cuadro N° 6: Carga General Movilizada (en tons.), año 2008 - Puertos y frentes de atraque de la Región de Valparaíso

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

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

En relación a lo anterior, la proyección realizada por EPV –a fojas 107 del expediente Rol N° 313-08- sugiere que al realizarse las inversiones obligatorias definidas por los proyectos referenciales a ser licitados por las empresas portuarias de Valparaíso y San Antonio, los espigones y los actuales frentes concesionados transferirán principalmente carga en contenedores, mientras que la carga fraccionada será atendida, mayoritariamente, por STI y TPS. Este Tribunal no cuenta en autos con antecedentes para evaluar la robustez y, por tanto, el grado de validez de esta proyección.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 7: Proyecciones de participación de mercado por frente de atraque.

| Frente de Atraque | 2010 | | 2020 | | 2025 | |
|---------------------------------|----------------|---------------|-------------------|---------------------|-------------------|---------------------|
| | Contenedores % | Fraccionada % | Contenedores % | Fraccionada % | Contenedores % | Fraccionada % |
| Concesionario Valparaíso (TPS) | 96 | 4 | 91 | 9 | 92 | 8 |
| Espigón Valparaíso (EPV) | 34 | 66 | 100 | 0 | 99 | 1 |
| Concesionario San Antonio (STI) | 89 | 11 | 90 | 10 | 91 | 9 |
| Espigón San Antonio (EPSA) | 89 | 11 | 100 | 0 | 100 | 0 |
| Total (tons.) | 19.851.168 | 2.484.734 | 40.248.920 | 2.672.302 | 54.182.423 | 2.773.054 |
| Tasa crecimiento promedio anual | | | 7% ⁽¹⁾ | 0,7% ⁽¹⁾ | 6% ⁽²⁾ | 0,7% ⁽²⁾ |

(1) periodo 2010 a 2020; (2) periodo 2020 a 2025.

Fuente: Elaboración propia en base a la Solicitud de fojas 107 del expediente Rol N° 313-08. EPV considera que la primera obra obligatoria estará en funcionamiento a partir del año 2012 y la segunda el año 2021 y distribuyendo la carga según la capacidad de servicio de cada Terminal.

Por consiguiente, a fin de determinar el impacto de la Licitación en la estructura de la oferta, a continuación se describirán tanto la situación actual como la proyectada, para cada uno de los dos segmentos de este mercado relevante.

8.2.1. Carga en contenedores.

8.2.1.1. Situación Actual.

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

Cuadro N° 8: Características de los Frentes de Atraque según Calado y Eslora Máxima Permitida

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

* Se reporta el calado máximo que posee el frente de atraque considerando su sitio más profundo. Fuente: Elaboración propia en base a información de las solicitudes de EPSA (a fojas 531) y de EPV (a fojas 107 del expediente Rol N° 313-08).

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

Otro elemento relevante al comparar las condiciones de oferta de los servicios provistos a carga en contenedores, por los diferentes frentes de atraque, se relaciona con la eficiencia operacional alcanzada por cada operador portuario. Al respecto, y según el informe de fojas 143, un primer indicador, de uso frecuente en la industria portuaria mundial, se refiere a la transferencia de carga por metro de frente de atraque disponible, lo que usualmente se mide por el volumen de carga transferida, medido en TEUs¹⁶, por metro lineal de muelle.

En el cuadro siguiente se reporta este indicador para los distintos frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso. Al respecto, resaltan las mayores eficiencias operacionales alcanzadas por los dos frentes actualmente concesionados, en relación al caso de los frentes estatales. Esta diferencia es una señal (indirecta) de que la calidad de los servicios ofrecidos a carga en contenedores ha ido creciendo en el caso de los frentes actualmente concesionados, en términos absolutos y también en relación al correspondiente servicio de los espigones estatales. Más adelante se provee información sobre un par de otros indicadores, más directos, de la calidad de los servicios portuarios ofrecidos, para carga en contenedores, por los dos frentes actualmente concesionados en la Región de Valparaíso.

Cuadro N° 9: Indicador de Eficiencia Operacional: TEUs/metro lineal de muelle

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

Fuente: fojas 143.

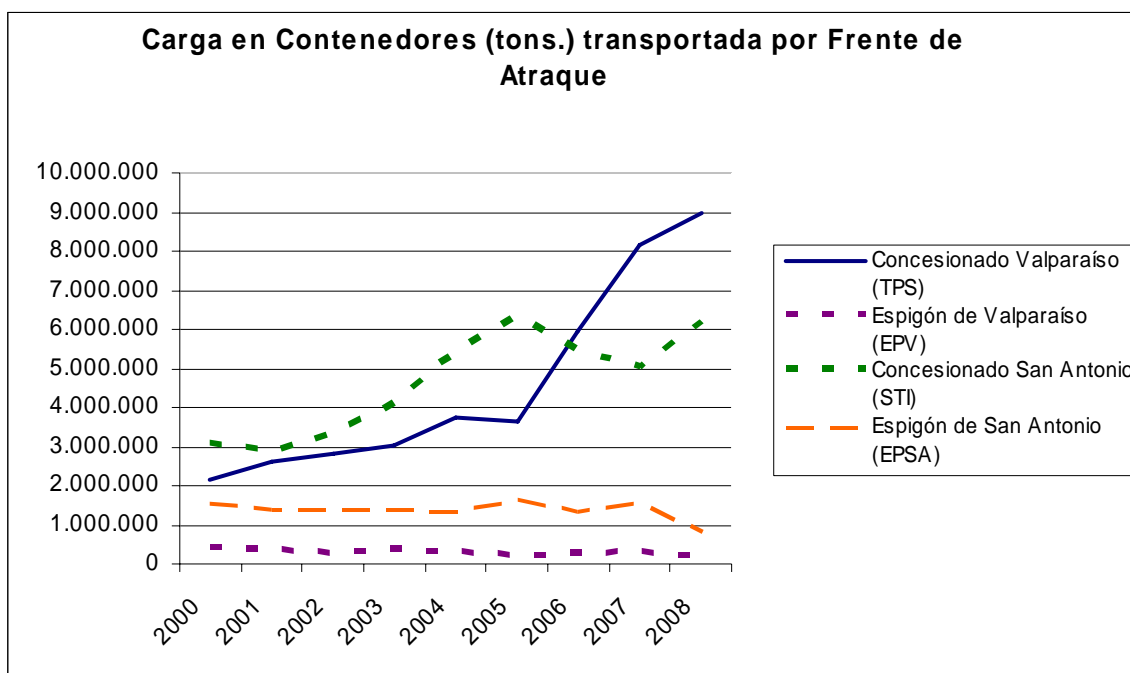
Nota: este indicador sólo se refiere a carga transferida en contenedores

¹⁶ Equivale a la capacidad de un contenedor de 20 pies de largo cuyo volumen es de 33 metros cúbicos, siendo su capacidad máxima de carga, según el informe de fojas 781, del orden de 28 toneladas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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



Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud, del informe de fojas143, e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio web www.subtrans.cl.

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

El cuadro siguiente muestra la evolución de las participaciones de mercado de cada uno de los frentes de atraque que forman parte de este mercado relevante, en la transferencia de contenedores:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 10: Participación relativa (%), por Frente de Atraque, en la Movilización de Carga en Contenedores (medida en tons.), período 2000-2008.

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

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

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

Competencia interportuaria

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

Con respecto a los movimientos de usuarios de carga en contenedores entre uno y otro frente de atraque, el cuadro siguiente muestra información al respecto (presentada en el informe de fojas 972 bis del expediente Rol NC 313-08), considerando servicios regulares, durante el periodo 2000-2007. Del total de 12 casos mencionados en ese informe, a continuación se presentan aquellos con movimientos de carga de navieras especializadas en el transporte de contenedores.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 11: Movimientos de Usuarios de carga en contenedores entre el Puerto de Valparaíso y San Antonio

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

Fuente: Elaboración propia en base al cuadro incluido en el Informe de fojas 972 bis e información agregada a fojas 1326 del expediente Rol NC 313-08;

Notas: */: empresa relacionada con el concesionario TPS; **/: empresa relacionada con el concesionario STI.

Los traslados de usuarios reportados para el periodo 2000-2007 se concentran mayoritariamente en el año 2006. Nótese que no se reporta ningún traslado de usuario con servicios regulares durante el año 2007. Ello se explica, en buena medida, por la creciente aproximación del frente concesionado a TPS hacia una situación de pleno uso de su capacidad instalada (tal como se afirma en el Informe de fojas 972 bis del expediente Rol NC N° 313-08); contexto que reduce el ámbito y capacidad de competencia del frente operado por TPS con el frente concesionado a STI.

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

En síntesis, de los antecedentes disponibles sobre traslados de usuarios entre los frentes concesionados a los operadores STP y STI, este Tribunal deduce que ellos proveen indicios sobre la existencia de algún grado de competencia inter-portuaria en la Región de Valparaíso, en la movilización portuaria de carga en contenedores. No obstante, a partir de esta evidencia parcial no es posible deducir nada concluyente sobre el grado de intensidad de dicha competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

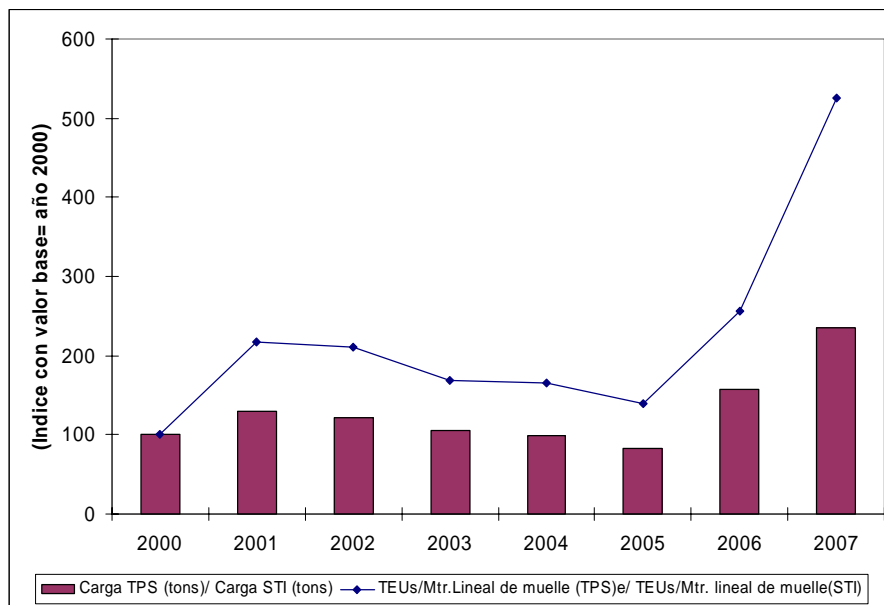
En términos de los volúmenes relativos de carga en contenedores movilizados por TPS y STI, se observa que STI incrementó su participación relativa en este segmento hasta el año 2005. Sin embargo, en los dos años siguientes TPS revirtió esta tendencia, incrementando a más del doble su participación relativa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

Estos indicadores de eficiencia operacional miden, respectivamente: (a) los TEUs movilizados por metro lineal de frente de atraque, (b) el rendimiento en toneladas movilizadas por hora, por año y (c) las horas de espera promedio, por nave y por año. Debe tenerse presente, no obstante, que estos indicadores no sólo capturan los efectos operacionales de cambios y decisiones de propia iniciativa de las empresas concesionarias, sino también los efectos de cambios que, al menos en parte, son independientes de tales decisiones, por ejemplo cambios exógenos en los niveles y composición de la demanda por servicios portuarios. En este sentido,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

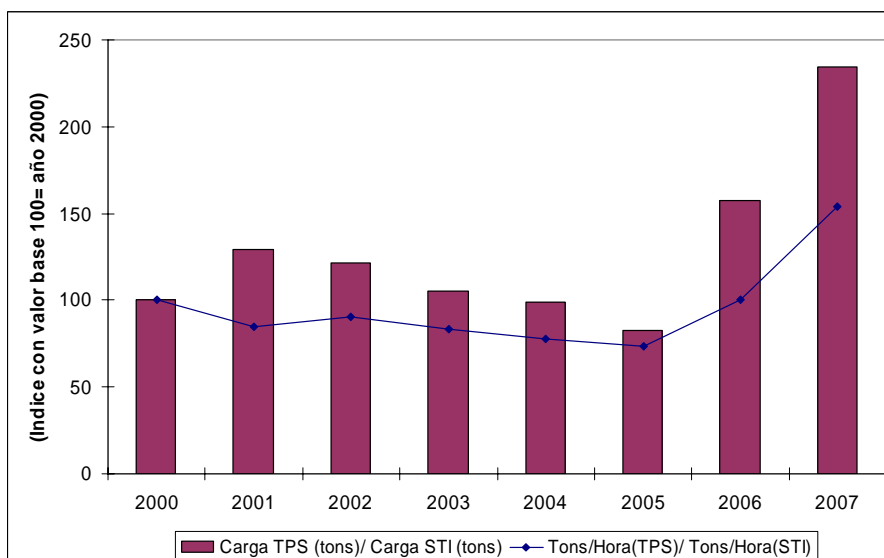
el indicador (c) probablemente está relativamente más influido por efectos no directamente dependientes de decisiones de propia iniciativa del concesionario portuario; mientras que, por otra parte, el indicador (a) captura, de forma residual y en total, los distintos cambios que afectan a los otros dos indicadores de eficiencia operacional.

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



Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud de Informe de EPV (fojas 107 del expediente Rol N° 313-08), del informe de fojas 143 e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio www.subtrans.cl.

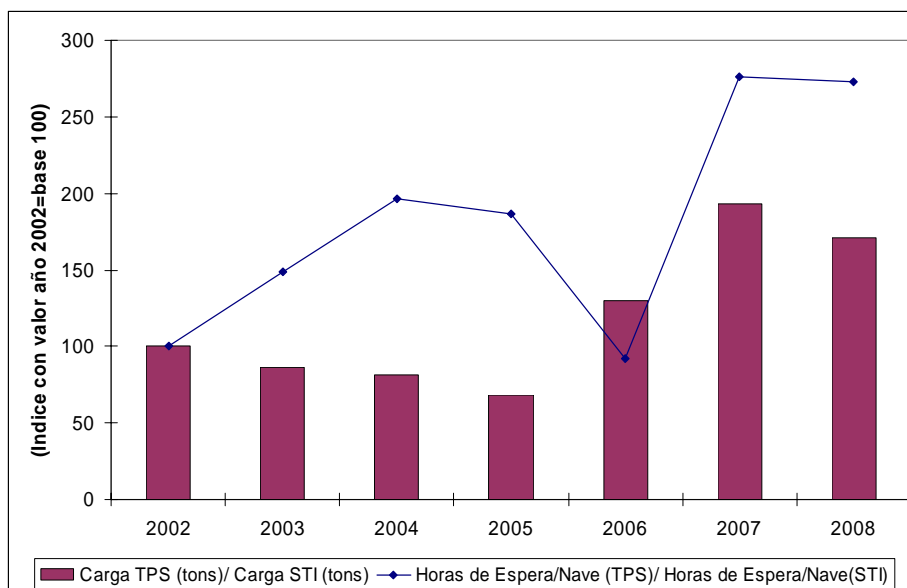
Gráfico N° 5: Índices sobre evolución de volúmenes (relativos) de carga en contenedores transferidos por los operadores concesionados (TPS en términos relativos a STI), y de los respectivos rendimientos relativos (medidos en toneladas transferidas por hora), período 2000-2007



Fuente: Elaboración propia en base a información de la solicitudes de EPV (fojas 107 del expediente Rol N° 317-08), de EPSA a fojas 531, e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio www.subtrans.cl.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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



Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud de Informe de EPV (fojas 107 del expediente Rol N° 317-08), de EPSA a fojas 531 e información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio www.subtrans.cl

Así, en los gráficos precedentes se constata, en general, una primera etapa, hasta el año 2005, de mejoría en la eficiencia operacional de los servicios portuarios prestados por STI, en términos relativos a la correspondiente evolución para TPS. A partir del año 2006, tal situación se revierte a favor de TPS. Este patrón de cambio relativo, entre TPS y STI, se observa de forma especialmente evidente en la evolución de los indicadores de (a) TEUs movilizados por metro lineal de frente de atraque y (b) toneladas movilizadas promedio por hora. En el caso del indicador (c), esto es las horas de espera promedio por nave, la interpretación de su evolución es menos directa. De hecho, deterioros en este indicador pueden ser reflejo, al menos en parte, de tener éxito en obtener una mayor proporción de la demanda relevante por servicios portuarios. Por ejemplo, la creciente congestión del frente portuario concesionado a TPS, a partir del año 2007, se ha reflejado no sólo en un rápido deterioro relativo de este indicador, en desmedro de TPS, sino además en una merma en la proporción de la carga en contenedores movilizada por TPS en el año 2008, en términos relativos al caso de STI.

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

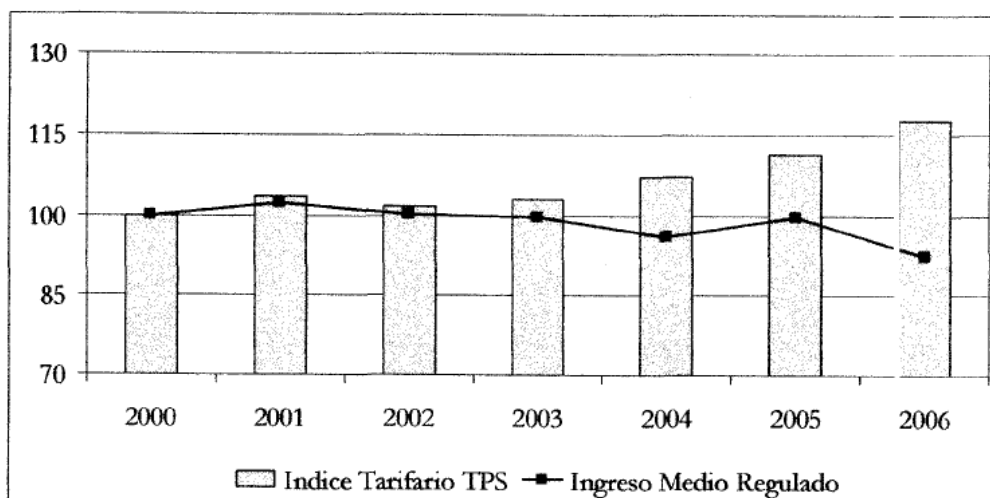
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

Sin embargo, al respecto este Tribunal sólo cuenta en autos con evidencia parcial. En particular, y en primer lugar en relación con los servicios tarificados, sólo se dispone de una estimación, reportada en el informe de fojas 781 y 844 del expediente Rol NC 313-08 a modo de un valor índice promedio año, del ingreso medio agregado para ese conjunto de servicios, prestados por el concesionario TPS. Sin embargo, las fuentes de esta información no explican el método de cálculo empleado en dicha estimación, ni tampoco este Tribunal cuenta con la información necesaria para poder replicar o verificar tales cálculos. Por ello, esta información se presenta, fundamentalmente, a modo de una primera referencia preliminar.

El siguiente gráfico, incluido en el informe citado, presenta, por un lado, la evolución de este índice del ingreso medio agregado para el conjunto de los servicios sujetos a tarifas máximas prestados por TPS, con su valor efectivo al año 2000 definido como valor base e igualado al guarismo 100 (entendiendo este Tribunal que los valores tarifarios efectivos considerados en cada año, para realizar este cálculo, están expresados en US\$/tonelada). Por otro lado, también reporta la evolución indexada del índice tarifario máximo comprometido por TPS al momento de adjudicarse la concesión, para los cuatro servicios sujetos a este esquema de regulación tarifaria¹⁷.

Gráfico N° 7: Variación de Índice Tarifario e Ingreso Medio Regulado - TPS



Fuente: Informe de fojas 781 del expediente NC N° 313-08

¹⁷ Para más detalles al respecto, ver Sección 10.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

A modo de un chequeo alternativo –y por cierto imperfecto—sobre la magnitud estimada para las eventuales diferencias entre el valor del índice tarifario máximo comprometido por TPS y el valor de su ingreso medio efectivo (por tonelada), obtenido en la provisión de los servicios portuarios sujetos a un índice de tarifas máximas, este Tribunal ha calculado aproximaciones para ambos valores¹⁸ usando datos para el año 2009, respectivamente para TPS y STI.

Así, para calcular el valor del índice tarifario máximo, se ajustó anualmente el valor del correspondiente índice ofertado al año 2000 por cada concesionario, obtenido del informe de fojas 94, indexándolo según la variación porcentual anual del índice USPPI, a fin de obtener el índice de tarifas máximas correspondiente al año 2009. Por su parte, y como una forma de aproximar –imperfectamente– el ingreso medio efectivo obtenido por cada concesionario al proveer los cuatro servicios que se rigen por ese índice, se estimó un índice de tarifas efectivas, calculado en base a las tarifas publicadas actualmente por cada uno de esos cuatro servicios en las respectivas páginas web de TPS y STI, y luego aplicando a ellas la fórmula de ponderación señalada en el informe de fojas 94¹⁹.

Según este cálculo, al año 2009 el índice de tarifas efectivas se encontraría por debajo del índice de tarifas máximas comprometidas en torno a 8% de este último índice para el caso de TPS, y casi 6% en el caso de STI²⁰.

¹⁸ Considerando la misma fórmula y esquema de ponderación definidos en el contrato de concesión, y cuyos detalles se explican en el informe de fojas 94.

¹⁹ Para el caso de STI, en la estimación de la tarifa efectiva se utilizó como ponderador de la tarifa de muellaje a la nave el parámetro lambda -que corresponde a la suma de las esloras de las naves atendidas durante un año multiplicadas por su tiempo de estadía, divididas por la carga total transferida en un año- obtenido del informe de fojas 94, y para el caso de TPS se considera el valor correspondiente al parámetro lambda del año 2008 reportado en el mismo informe, ya que no se contó con el valor de estos dos parámetros para el año 2009.

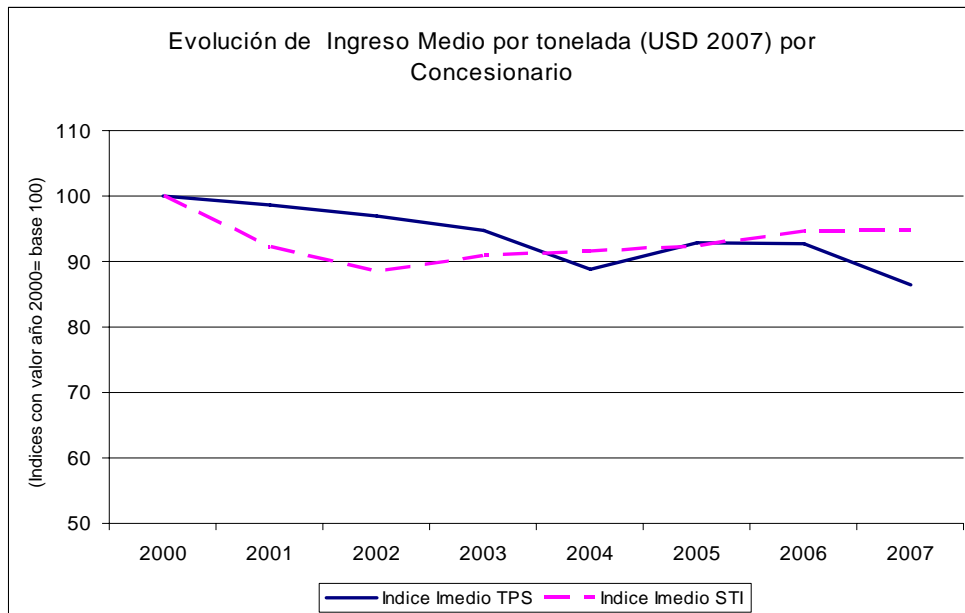
²⁰ Dado que STI publica en su página web dos tarifas de Uso de Muellaje a la nave, para el cálculo se consideró aquella de mayor valor reportada por el concesionario, tal como se señala que deben

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Como tercer y último ejercicio de análisis sobre la evolución de las tarifas promedio efectivamente cobradas por los concesionarios TPS y STI, pero ahora además incluyendo lo ocurrido con las tarifas de los servicios opcionales -los que, como lo señala la FNE a fojas 1539, equivaldrían al año 2007 aproximadamente a un 30% de los ingresos totales de los concesionarios- este Tribunal ha utilizado la estimación del ingreso medio (por tonelada) reportada en el informe de fojas 143, que considera los ingresos obtenidos en el total de los servicios portuarios provistos por uno y otro concesionario, incluyendo por lo tanto los servicios sujetos a tarifas máximas y también los que no lo están. A partir de estos datos, este Tribunal ha calculado los correspondientes valores índices del ingreso medio estimado para TPS y para STI, definiendo ambos índices con valor igual a 100 para los respectivos valores de los ingresos medios al año 2000. Así, si el valor de alguno de estos índices fuese igual a 90 al año 2007, por ejemplo, ello implicaría que esta estimación del ingreso medio efectivo, por tonelada movilizada y considerando el total de servicios portuarios ofrecidos por cada concesionario, sería 10% inferior al valor de dicho ingreso medio al año 2000.

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

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



Fuente: Elaboración propia en base a información del informe de fojas 143.

Así, según esta estimación de los ingresos medios por tonelada movilizada, los precios promedio de ambos concesionarios habrían experimentado una tendencia

ser consideradas en el cálculo del índice tarifario según su contrato de concesión (a fojas 277), la que corresponde a la tarifa de "Uso de Muelle a la Nave - Otras Naves".

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

decreciente, durante el periodo 2000-2007, siendo los ingresos medios al año 2007, de TPS y de STI, inferiores en 14% y 5%, respectivamente, en relación a sus ingresos medios estimados para el año 2000.

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

Cuadro N° 12: Inversiones efectuadas por Concesionarios, período 2000-2008.

| Frente de Atraque | MMUS\$ |
|---------------------------------|--------------------|
| Concesionario Valparaíso (TPS) | 64,6 ²¹ |
| Concesionario San Antonio (STI) | 99,5 |

Fuente: Elaboración Propia en base a información de fojas 797, de fojas 844 del expediente Rol NC 313-08, y memorias 2007-2008 de TPS.

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

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

Al respecto, se ha señalado en autos (informe de fojas 94) y lo ha reconocido la propia empresa TPS -a fojas 131 del expediente Rol NC 313-08- que la capacidad máxima de transferencia del Frente Concesionado de Valparaíso está próxima a

²¹ Este monto considera las inversiones en activo fijo realizadas (a) en el período 2000–2006, equivalentes a US\$ 39MM, obtenidas la presentación de TPS, de fojas 844 del expediente Rol NC N° 313-08, y (b) las realizadas en los años 2007 y 2008, equivalentes U\$12.3 MM y U\$13.3MM, respectivamente, obtenidas de las Memorias de TPS correspondientes a los años 2007 y 2008.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ser alcanzada, considerando la tasa de crecimiento anual del volumen de carga en contenedores transferido en los últimos años por dicho frente por dicho frente. Según los datos que figuran en el Cuadro 8, esa tasa de crecimiento ha sido de un 21% anual en promedio durante los años 2000-2008. Por lo tanto, esta restricción de capacidad podría reducir la competencia interportuaria, en tanto TPS no realice nuevas inversiones en su frente concesionado, y todavía no entren en operación algunas de las nuevas inversiones a que darán lugar las licitaciones de los dos espigones estatales de la Región de Valparaíso.

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

Cuadro N° 13: Capacidad de Transferencia en la Región de Valparaíso por frentes de Atraque, al año 2007

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

Fuente: Elaboración propia en base a información adjunta del informe de fojas 789 y fojas a 1151 – 1154 de los autos Rol NC N° 313-08.

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

8.2.1.2. Situación Projectada

Los frentes de atraque que competirían directamente con el futuro frente Costanera-Espigón de San Antonio en los servicios de carga en contenedores, una vez concesionado este último, son aquellos capaces de atender a la nave de diseño del proyecto de inversión a licitar, es decir, las naves de tipo post panamax, según se indicó en la Sección 7.1.3.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

Cuadro N° 14: Características Futuras de los Frentes de Atraque según Calado, Eslora Máxima Permitida y Capacidad de Transferencia Máxima²²

| Frentes de Atraque | Longitud Frente de Atraque Total (mts.) | Calado (mts) (2) | Eslora Máxima Permitida (mts) | Capacidad Transferencia Máxima Anual (TEUS/año) Estimación TPS | Capacidad Transferencia Máxima Anual (TEUS/año) Estimación |
|--|---|------------------|-------------------------------|--|--|
| Concesionario Valparaíso (TPS) | 984 | 14 | 628 | 900.000 | 1.015.000 |
| Espigón Valparaíso (EPV) post Licitación | 1.145 | 15 | 359 | 1.000.000 | 1.450.000 |
| Concesionario San Antonio (STI) | 900 | 15 | 294 | 1.500.000 ²³ | 1.305.000 |
| Espigón San Antonio (EPSA) post Licitación | 1.350 | 15 | 1.000 | 1.300.000 | 1.957.500 |

Fuente: Elaboración propia en base a información de la Solicitud de Informe, a información adjuntada por TPS a fojas 1152; la Solicitud de Informe de EPV, expediente Rol 313-08 y al informe de fojas 789. Para el caso de los frentes concesionados TPS y STI se consideran los datos de eslora máxima permitida actuales, ya que no se dispone de proyecciones sobre estos; (4) Información

Con respecto a las características de los frentes de atraque, el cuadro anterior muestra que los espigones en el futuro dispondrán, en general, de mayor infraestructura (tanto en calado como longitud del frente de atraque) en relación a los frentes concesionados a TPS y STI. No obstante, se debe tener en cuenta que (a) es factible para estos últimos expandir en forma voluntaria la capacidad de los

²² Los supuestos considerados para proyectar las capacidades máximas en el Informe de fojas 789 y por TPS en los autos Rol NC N° 313-08 no necesariamente son coincidentes. En el primer caso se considera que por cada metro lineal de muelle se transportan 1.450 TEUs, mientras que TPS no explicita en autos los supuestos utilizados para estimar la capacidad de transferencia máxima de cada frente.

²³ En la proyección de TPS aportada a fojas 1152 del expediente Rol NC N° 313-03 se señala que, al año 2011 STI alcanzaría esta capacidad de transferencia, y para el año 2026 estima que el Molo Sur tendría una capacidad de 3.200.000 (en TEUs). Esta última cifra incluye la capacidad del proyecto Dársena, el cual incrementaría la capacidad del Puerto de San Antonio pero no necesariamente la de STI, ya que no forma parte de sus proyectos opcionales (fojas 415), debiendo ser licitado por EPSA.

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

actuales frentes que operan, previa autorización de la empresa portuaria respectiva, y (b) que la probabilidad de que ello ocurra dependerá, por un lado, de la intensidad de la competencia existente y, por otro, de la aptitud y limitaciones naturales de expansión de cada sitio que conforma el frente de atraque.

Al respecto, y en base a la información disponible en autos, en el Informe del Panel de Expertos Portuarios titulado “Análisis de los planes de expansión de las empresas portuarias estatales de la Vª Región”, de abril de 2007 (que rola a fojas 789), se señala que *“respecto a la potencial respuesta del Puerto de Valparaíso para enfrentar las restricciones de capacidad y sus efectos sobre la competencia interportuaria, es posible identificar las siguientes dificultades que presentan los proyectos de expansión existentes: i) el proyecto de TPS para modificar los sitios 4 y 5 no generan aumentos efectivos en la capacidad de transferencia(sólo produciría un aumento en el plazo de concesión)[...]”*.

No obstante, es factible para TPS incrementar los calados de los sitios 2 y 3, tal como se señala en su propia página web²⁴ y en el “Proyecto de Impacto Ambiental del frente concesionado de Valparaíso (TPS) para la profundización de los sitios 2 y 3”²⁵. Por lo tanto, se podría afirmar que ambos frentes concesionados (TPS y STI) pueden incrementar su capacidad de transferencia por medio de nuevas inversiones en profundización de sus sitios, o de otra naturaleza, sin perjuicio de las diferencias que puedan existir entre las potencialidades naturales de expansión de uno y otro frente.

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

Cuadro N°15: Proyecciones de participación de mercado por frente de atraque.

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

Fuente: Elaboración propia en base a la Solicitud de EPV, fojas 107 del expediente Rol NC N° 313-08. Considera que la primera obra obligatoria del Espigón Valparaíso estará en funcionamiento a partir del año 2012 y la segunda el año 2021, y que la carga se distribuye según la capacidad de cada Frente de Atraque.

²⁴ En la página web de TPS se señala que en el año 2006 se habrían iniciado los trabajos de dragado en el sitio 3, para aumentar su profundidad a 15 metros, con el fin de atender a naves de mayor calado.

²⁵ Informe obtenido del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la Corporación Nacional de Medio Ambiente (CONAMA).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

8.2.2. Carga Fraccionada

8.2.2.1. Situación Actual.

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

Cuadro N° 16: Carga Fraccionada Movilizada año 2008 - Puertos y frentes de atraque de la Región de Valparaíso

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

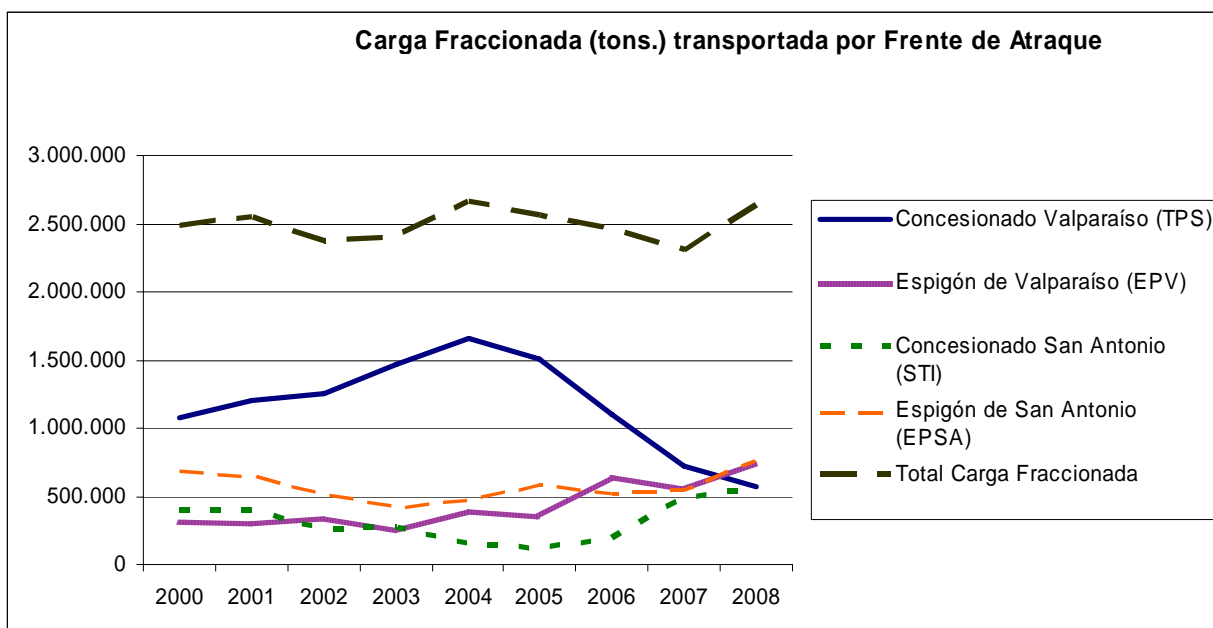
Fuente: Elaboración propia en base a información publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en su sitio web, www.subtrans.cl.

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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



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

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

Cuadro N° 17: Participación relativa (%), por Frente de Atraque, en la Movilización de Carga Fraccionada (tons.), período 2000-2008.

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

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

En el cuadro anterior se observa que la participación del Frente Concesionario de Valparaíso en la transferencia de carga fraccionada ha disminuido considerablemente.

8.2.2.2. Situación proyectada.

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

Cuadro N° 18: Proyecciones de participación de mercado por frente de atraque.

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

Fuente: Elaboración propia en base a la Solicitud de EPV, fojas 107 del expediente Rol NC N° 313-08. Considera que la primera obra obligatoria estará en funcionamiento a partir del año 2012 y la segunda el año 2021 y distribuyendo la carga según la capacidad de servicio de cada Terminal.

En el cuadro anterior es posible apreciar que EPV proyecta que, en el largo plazo, los principales actores en este mercado sean los actuales frentes concesionados, dado que los futuros espigones se especializarán en la atención de carga en contenedores, realizando inversiones específicas al respecto, y a partir de ello EPV proyecta que estos últimos lograrían participaciones mayoritarias en este segmento del mercado.

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

8.3. Oferta actual en el mercado relevante de graneles sólidos

El siguiente Cuadro muestra la participación de mercado, al año 2008, de los distintos frentes portuarios de uso público de la Región de Valparaíso que participan en la transferencia de carga de graneles sólidos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 19: Carga Graneles Sólidos Movilizada año 2008 - Puertos y frentes de atraque de la Región de Valparaíso

| Puerto | Carga Graneles Sólidos | |
|---------------------------------|------------------------|---------------|
| | Tons. | % del Total |
| Sitio 8 (Panul), San Antonio | 1.460.378 | 39,2% |
| Concesionario San Antonio (STI) | 1.381.999 | 37,1% |
| Espigón San Antonio (EPSA) | 879.388 | 23,6% |
| Total | 3.721.765 | 100,0% |

Fuente: Elaboración propia en base a información de la Memoria Anual 2008 Puerto de Ventanas y a Plan Maestro 2009 del Puerto San Antonio.

Del cuadro anterior se desprende que el Sitio N° 8 (Panul) y el Frente Concesionario de San Antonio (STI) son actualmente los principales operadores portuarios en la transferencia de carga de graneles sólidos.

A continuación se reportan las características actuales de los frentes de atraque de los operadores que forman parte de la oferta de servicios portuarios de carga a granel.

Cuadro N° 20: Características actuales de los Frentes de Atraque, según Calado y Eslora Máxima Permitida.

| Frentes de Atraque | Calado Máximo (mts) | Eslora Máxima Permitida (mts) |
|---------------------------------|---------------------|-------------------------------|
| Sitio 8 (Panul) | 11 | 230 |
| Concesionario San Antonio (STI) | 11,4 | 294 |
| Espigón San Antonio (EPSA) | 9,45 | 237 |

Fuente: Informe N° 3 de este Tribunal

A partir de la información precedente, podría estimarse, en principio, que los frentes de atraque Concesionario de San Antonio (STI) y Sitio 8 (Panul) son competidores que poseen similares características, ya que ambos pueden atender naves del tipo panamax, a diferencia del actual Espigón de San Antonio. No obstante, debe tenerse presente que Panul está especializado en la atención de carga a granel, estando por lo tanto sus servicios para este tipo de carga sujetos a tarifa máxima. En tanto que el Frente Concesionario de San Antonio (STI) puede cobrar una tarifa mayor por movilizar carga a granel, pues no tiene una tarifa explícitamente regulada para servir este tipo de carga, aplicando la tarifa estipulada para carga general y, además, su Reglamento no da ningún tipo de prioridad al atraque de naves graneleras. En consecuencia, este Tribunal concluye que los frentes de atraque que forman parte del mercado relevante para graneles sólidos son sustitutos imperfectos entre sí.

Situación Projectada

En relación a la situación proyectada, cabe recordar que EPSA pretende licitar el Sitio N°9 del Puerto de San Antonio, que se transformará en un frente de atraque especializado en movilizar carga en graneles sólidos. De ello, se espera que, en un plazo relativamente breve, ingrese un nuevo competidor a este mercado.

Cuadro N° 21: Características Futuras de los Frentes de Atraque, según Calado y Eslora Máxima Permitida.

| Frentes de Atraque | Calado Máximo (mts) | Eslora Máxima Permitida (mts) |
|--------------------------------|----------------------------|--------------------------------------|
| Sitio 8 (Panul) | 11 | 230 |
| Concesionado San Antonio (STI) | 15 | 294 |
| Espigón San Antonio (EPSA) | 15 | 237 |
| Sitio N° 9 | 13 | 220 |

Fuente: Elaboración propia en base al Informe N° 3 de este Tribunal, y Solicitud de EPSA de fojas 531

De este cuadro se desprende que tanto el frente concesionado de San Antonio (STI) como el Espigón de San Antonio serán sustitutos cercanos, ya que ambos estarán especializados en movilizar carga en contenedores y poseerán un calado apto para atender a naves del tipo panamax y post-panamax;; mientras que el Sitio 8 (Panul) y el futuro Sitio 9 serán capaces de atender sólo a naves del tipo panamax y estarán especializados en movilizar carga a graneles, por lo este Tribunal estima que serán sustitutos imperfectos del Espigón de San Antonio.

8.4. Condiciones de ingreso.

Caracterizada la oferta en los mercados relevantes descritos, es preciso referirse a continuación a las condiciones o circunstancias que afectan la posibilidad, oportunidad y suficiencia de entrada de nuevos competidores.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

En segundo lugar, tampoco existen en autos antecedentes concretos de proyectos de extensión de los Puertos de Valparaíso y San Antonio, que permitan incorporar nuevos oferentes al mercado en el corto y mediano plazo, distintos de los proyectos de inversión en los espigones de estos puertos, de la futura concesión del Sitio N° 9 del Puerto de San Antonio –destinada a graneles- y de los proyectos de ampliación de los actuales operadores portuarios de los frentes ya concesionados,

Lo anterior, sin perjuicio de que, de acuerdo a lo señalado por el plan de desarrollo de la Memoria Anual de la EPV del 2008, existiría la posibilidad a más largo plazo de aumentar la oferta de servicios portuarios en la región, fuera de la poza de abrigo actual del puerto de Valparaíso (esto es, los denominados proyectos Terminal 3 San Mateo y Terminal 4 Yolanda), lo cual incrementaría la capacidad de transferencia de este puerto en 19 millones de toneladas (esto es, cerca del 64% de la capacidad máxima actual del puerto de Valparaíso, estimada por TPS²⁶). Por otro lado, según el Plan Maestro 2009 del Puerto de San Antonio, también existe la posibilidad de ampliar, a largo plazo, el Puerto de San Antonio a través de la construcción de un nuevo Frente de Atraque Exterior especializado en la transferencia de contenedores, lo cual incrementaría la capacidad de transferencia en 3.2 millones de TEUs anuales (lo que sería equivalente a dos veces la capacidad máxima actual del Puerto de San Antonio, estimada por TPS).

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

²⁶ Se utilizó para estimar el correspondiente porcentaje de toneladas de transferencia la regla de conversión señalada por el informe adjuntado a fojas 781, según el cual un TEU correspondería a un volumen máximo de carga del orden de 28 toneladas.

En conclusión, se observan significativas barreras de entrada al mercado relevante. Por ello, este Tribunal considera que, actualmente y sobre la base de los antecedentes disponibles en autos, las licitaciones de los espigones de Valparaíso y San Antonio, y del Sitio N° 9 del mismo puerto, son la única oportunidad de ingreso de nuevos competidores adicionales, en el corto y mediano plazo, a los respectivos mercados relevantes de carga general y de graneles sólidos.

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

8.5. La demanda.

8.5.1. Carga General

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 22: Tonelaje Movilizado (total carga general) por Agente de Nave, por Frente, año 2008

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

Fuente: Elaboración propia en base a información de fojas 2550, y de fojas 1302 y 1326 del expediente Rol NC N° 313-08.

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

Asimismo, y según la información reportada en el siguiente cuadro, más de un 60% de total de carga transportada en el mercado relevante de carga general es movilizado por 7 compañías navieras. Por otra parte, y en relación con el eslabón productivo de las empresas navieras, los niveles de concentración industrial varían según el frente de atraque del que se trate; por ejemplo, en el Espigón de San Antonio (EPSA) más de 73% del total de la carga general es transportado por 4 compañías navieras, tres de ellas relacionadas entre sí.

Cuadro N° 23: Tonelaje Movilizado (total carga general) por Compañía Naviera por Frente, año 2008

| Usuario | Puerto Valparaíso | | Puerto de San Antonio | | Total |
|--|---------------------|---------------|-----------------------|----------------|-------|
| | Concesionario (TPS) | Espigón (EPV) | Concesionario (STI) | Espigón (EPSA) | |
| COMPAÑÍA SUDAMERICANA DE VAPORES S.A. (CSAV) | 16,5% | 31,6% | 33,3% | 20,5% | 22,6% |
| COMPANIA CHILENA DE NAVEGACION INTEROCEANICA S.A. (CCNI) | | | | | |
| NYK LINE (NIPPON YUSEN KAISHA) | 8,5% | 2,9% | 0,3% | 5,0% | 5,6% |
| MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY | 24,2% | | | | 14,1% |
| HAMBURG SUD | 13,8% | | 4,6% | | 9,4% |
| MAERSK | | | 26,1% | | 7,7% |
| HAPAG LLOYD CHILE | 9,0% | | | | 5,3% |
| EVERGREN | 6,8% | | | | 4,0% |
| CMA-CGM CHILE S A | 1,7% | | 8,2% | 4,7% | 3,7% |
| KAWASAKI KISEN KAISHA LTD (Kline) | 5,9% | | 0,2% | 1,4% | 3,6% |
| MITSUI OSK LINE | 4,2% | | | 9,0% | 3,0% |
| SEABOARD MARINE | 4,4% | 0,8% | | | 2,6% |
| MARUBA | | | 7,1% | 2,3% | 2,3% |
| GEAR BULK | | | 2,9% | 8,6% | 1,4% |
| NYK COOL AB | 2,3% | | | | 1,4% |

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

| | | | | | |
|-------------------------------|------------------|----------------|------------------|------------------|-------------------|
| A.P.L. AMERICAN PRESIDENT LIN | | | 0,4% | 17,6% | 1,3% |
| ALIANCA TRANSP. MARIT. (H.S.) | | | 4,1% | | 1,2% |
| TRANSMARES NAVIERA CHILENA | 0,9% | 9,8% | | 1,5% | 1,2% |
| EMP MARITIMA DEL ESTADO | | | 3,0% | | 0,9% |
| EUCOR CAR | | | 0,6% | 9,3% | 0,8% |
| PACIFIC SEAWAYS | 0,2% | 10,0% | | | 0,7% |
| BBC CHARTERING | 0,1% | 8,3% | | 1,4% | 0,6% |
| CHARTER FIERRO | | 9,5% | | | 0,5% |
| OTROS | 1,5% | 27,1% | 9,2% | 18,8% | 6,4% |
| Total % | 100,0% | 100,0% | 100,0% | 100,0% | 100,0% |
| Total (tons) | 9.950.103 | 953.226 | 5.041.147 | 1.120.678 | 17.065.154 |

Fuente: Elaboración propia en base a información de fojas 2550 y de fojas 1326 del expediente Rol NC N° 313-08.

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

En base a las participaciones de mercado así definidas, y bajo el supuesto de que se mantuviesen las mismas restricciones impuestas por el Dictamen 1045, los usuarios que no podrían participar con más del 40% de la propiedad de la futura concesión del Frente Costanera-Espigón de San Antonio son: las agencias de nave relacionadas SAAM, AGUNSA y AGENTAL ya que en conjunto son considerados usuarios relevantes al transferir más de un 25% de la carga general en el frente a licitar y adicionalmente porque transfieren más de un 15% de la carga en este mercado relevante. Tampoco podría participar con más del 40% de la propiedad de la futura concesión por licitarse los agentes de nave relacionados ULTRAMAR, GREEN ANDES y MSC, ya que transfieren algo más de 33% de la carga general transportada en el frente a licitar y en el mercado relevante.

Asimismo, las empresas navieras que tampoco podrían participar con más del 40% de la propiedad de la futura concesión del Frente Costanera-Espigón de San Antonio son: CSAV y CCNI, ya que son considerados usuarios relevantes al transferir más de un más de un 15% de la carga en el mercado relevante.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 24: Cajas de Frutas Exportadas en Contenedores desde Región de Valparaíso a algunos puertos de destino (temporada 2007-2008)

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

Fuente: Elaboración propia en base a información presentada por ASOEX a fojas 2502

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

Además, se debe tener en cuenta que los contratos existentes entre los concesionarios de los puertos y sus clientes o líneas navieras, generalmente poseen duraciones de un año o más, tal como señala TPS a fojas 844 del expediente Rol NC N° 313-08. Así, no sería del todo infrecuente que en este mercado prevalezcan relaciones contractuales, entre la empresa portuaria concesionaria y sus clientes, con plazos más largos que meras transacciones *spot*²⁷. Ello podría dificultar la competencia entre frentes portuarios, en caso de intentarse contratos con compañías navieras previamente servidas por la competencia. No obstante lo anterior, este Tribunal no cuenta con antecedentes respecto de las cláusulas de salida de estos contratos y, por tanto, no dispone de

²⁷ S. Craig Pirrong (Journal of Law & Economics, vol. XXXVI, October 1993), al analizar evidencia sobre contratos entre firmas navieras y usuarios de carga a granel, concluye que esos contratos pueden estipular plazos bastante largos, en ocasiones con duración contractual de más de 15 años. Entre los factores que incentivarían un mayor uso de contratos a más largo plazo, se menciona la presencia de mayores economías de escala en el transporte entre un par de puertos y también cuán específico es el uso posible de dar a la nave que permite transportar un determinado tipo de carga. Al respecto, consta que las naves porta-contenedores permiten la apropiación de significativas economías de escala, y a la vez requieren diversas inversiones con valor de uso específico. Por ello, y siendo reconocida además la fuerte importancia de programaciones anticipadas para coordinar los tiempos y rutas de transporte de la carga en contenedores que debe movilizar una determinada naviera, es dable presumir que en el transporte marítimo de contenedores no sea del todo infrecuente el uso de contratos con duraciones superiores a 1 año.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

antecedentes suficientes para formarse convicción respecto de qué tan probable sería, en el mercado de autos, poder arrebatar clientes a operadores portuarios rivales. En todo caso, los números relativamente bajos de traspasos de usuarios entre TPS y STI, reportados para un periodo total de 8 años (2000-2007) y referidos en la Sección 8, proveen indicios parciales de que los costos de cambio para los usuarios no serían del todo despreciables.

8.5.2. Carga de Graneles Sólidos

Con respecto a los usuarios finales de los servicios portuarios en el mercado relevante de graneles sólidos, es decir importadores y exportadores, es posible considerarlos como usuarios relevantes para los efectos de este informe ya que se encuentran bastante concentrados. En efecto, al año 2007 la empresa Graneles de Chile S.A. representó más del 40% del total de la carga de graneles sólidos movilizada en el mercado relevante, y al año 2008 representó 21% del total de la carga de graneles sólidos transportada en el Espigón de San Antonio.

En relación con el eslabón productivo de las empresas navieras, se aprecia en el cuadro siguiente que los niveles de concentración varían según el frente de atraque del que se trate. Así, en el Sitio 8 de Panul cerca del 70% del total de graneles sólidos movilizados en el año 2007 por este frente fueron transportados por dos compañías navieras; mientras que en el Espigón de San Antonio ninguna naviera transfiere por sí sola más del 25% de la carga movilizada en el frente.

Cuadro Nº 25: Tonelaje Movilizado (total carga graneles sólidos) por Compañía Naviera por Frente, año 2007

| Emisor de B/L o Naviera | Sitio 8 (Panul) | Concesionario San Antonio (STI) | Espigón San Antonio (EPSA) | Más de uno en San Antonio | TOTAL |
|--------------------------------|------------------------|--|-----------------------------------|----------------------------------|------------------|
| PAN OCEAN SHIPPING | 31,0% | 11,1% | 15,6% | 11,3% | 18,2% |
| F.H. BERTLING | 34,9% | 5,0% | 5,2% | 20,9% | 18,4% |
| NIPPON YUSEN KAISHA | | 43,3% | | | 13,2% |
| MITSUI OSK LINES LTD | | 13,2% | | 4,3% | 5,0% |
| ALLIED TRANSPORT | | 1,7% | | 3,8% | 1,4% |
| WESTERN BULK CARRIERS | 11,8% | | | 22,0% | 8,9% |
| ULTRABULK | 5,3% | | 4,0% | 5,7% | 3,6% |
| EMP MARITIMA DEL ESTADO | 5,5% | 7,9% | 15,9% | | 6,4% |
| NAV. CHILENA DEL PACIFICO | 4,0% | 5,2% | 7,9% | 5,3% | 5,2% |
| DS NORDEN A/S | | | | | |
| SWISS MARINE SERVICES | | | | | |
| PAN COAST | 2,6% | | 5,5% | 2,1% | 2,1% |
| CIA SUDAMERICANA DE VAPORES | 2,8% | | | 8,7% | 2,9% |
| Otros | 2,1% | 12,7% | 46,0% | 15,8% | 14,6% |
| Total % | 100,0% | 100,0% | 100,0% | 100,0% | 100,0% |
| Total Toneladas | 1.321.383 | 1.239.403 | 559.993 | 941.307 | 4.062.086 |

Fuente: Informe Nº 3 de este Tribunal.

Nota: La columna "Más de uno en San Antonio" se refiere a aquella carga que fue movilizada por más de un frente de atraque.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Con respecto al segmento de los agentes de naves, el siguiente cuadro muestra que también se encuentra bastante concentrada respecto de la transferencia de carga granelera. En efecto, durante el año 2008, cerca de 90% de la carga de graneles sólidos fue movilizada por tres agentes de nave.

Cuadro N° 26: Tonelaje Movilizado (total carga graneles sólidos) por Agente de nave en el Espigón de San Antonio, año 2008

| Agencia de Nave | % |
|------------------------|----------|
| ULTRAMAR | 26,9% |
| B&M AGENCIA MARÍTIMA | 34,3% |
| SAAM S.A | 25,7% |
| IAN TAYLOR Y CIA. S.A. | 2,4% |
| AGENTAL LTDA. | 1,1% |
| NACHIPA | 6,3% |
| SOMARCO LTDA. | 3,3% |
| Total | 960.422 |
| Total % | 100,0% |

Fuente: Elaboración propia en base a información adjuntada a fojas 1539 y 2550.

9. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN.

9.1. Introducción.

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

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

La importancia de este último desafío adquiere, además, particular relevancia en el caso de la licitación de autos, y también para la futura licitación del espigón del puerto de Valparaíso (Informe N° 5 de este Tribunal), por cuanto, una vez resueltas ambas licitaciones, los antecedentes disponibles en autos indican que, a corto y mediano plazo, no habrán frentes de atraque adicionales que se pudieran incorporar a la oferta relevante para el segmento de movilización portuaria, en la Región de Valparaíso, de carga en contenedores.

Así, para lograr el objetivo propuesto, a continuación se analizará primero el marco regulatorio aplicable a la asignación en concesión de frentes estatales, de acuerdo con la Ley y el respectivo Reglamento de Licitaciones Portuarias²⁸ (en adelante, el Reglamento), cuyas normas deben entenderse incorporadas a las Bases de la Licitación por el solo ministerio de la ley. Luego se analizarán las proposiciones de EPSA y, finalmente, se presentarán los resguardos adicionales que este Tribunal estima relevante incorporar para promover la libre competencia en la Licitación y, de esta manera, incentivar a su vez la ocurrencia de condiciones asimilables a la libre competencia en la provisión de servicios portuarios en el mercado relevante.

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

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

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

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

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

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

²⁸ Decreto Supremo N° 104 de 1998, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

(ii) *Criterios de adjudicación.*

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

En su Solicitud, y de acuerdo con el borrador de Bases de la Licitación, EPSA propone utilizar como criterio de adjudicación la “*mayor cantidad de dinero ofertada*”; y, en el evento de que dos o más postulantes ofrezcan el mismo valor, el desempate también se realizará en base a la mayor oferta monetaria.

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

En relación a lo expresado por EPSA en cuanto a que el único criterio de adjudicación que puede utilizar, de acuerdo al contrato de concesión suscrito con STI y Panul, sería el descrito, cabe precisar que la cláusula contractual en cuestión (Sección Siete, punto Seis) podría tener efectos relativos, pero en caso alguno obliga a terceros o a este Tribunal y que, en cualquier caso, dicha limitación contractual expira en noviembre del presente año.

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

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

Por consiguiente, EPSA deberá establecer en las bases de la licitación una metodología o fórmula de ponderación de las tarifas de cada uno de los servicios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que de acuerdo a la Sección 7.1.2 deben ser considerados básicos, la que deberá ponderar cada tarifa según la importancia relativa que proyecte que tendrá cada servicio en los ingresos del concesionario durante el período de vigencia de la concesión portuaria.

En caso de empate, se deberá informar a los postulantes que se encuentren en esta situación el plazo de que disponen para mejorar su oferta, a efectos de que formulen a EPSA una “oferta final” de índice tarifario máximo que, en caso alguno, podrá ser más alto que el inicialmente ofrecido.

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

(iii) Modalidad de licitación y criterios de evaluación.

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

A su vez, el borrador de Bases de Licitación presentado por EPSA señala, en el párrafos 3 del punto 3.11:

“Por su parte, EPSA se reserva el derecho para rechazar las Ofertas en las que: ... (iii) no sean técnicamente satisfactorias para EPSA. En esos casos, quedará a criterio de EPSA la exclusión de esas Ofertas del proceso de licitación o su mantención en el mismo, para lo cual podrá pedir al Oferente las aclaraciones y complementaciones a que se refiere la sección 3.12 siguiente.”

En el mismo sentido, el punto 3.15 de las Bases de Licitación, sobre “Adjudicación de la Concesión” establece:

“b) EPSA tendrá la facultad de rechazar todas las ofertas presentadas, quedando eximida de pagar indemnizaciones de ninguna clase a los oferentes”.

Al respecto, y sin perjuicio de que el eventual establecimiento de restricciones a la integración horizontal será abordado en la Sección 11, este Tribunal considera recomendable que EPSA defina 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, para lo cual es esencial que se establezcan, con claridad y objetividad, los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las cuales una oferta puede ser desestimada y por las cuales la Licitación o cualesquiera de sus etapas puede ser declarada desierta.

En efecto, facultades discrecionales como las citadas precedentemente elevan el riesgo de un comportamiento arbitrario por parte de la licitante, incrementando el costo esperado de los interesados en competir en la Licitación y generando, por lo tanto, desincentivos artificiales de participación que reducen la probabilidad de lograr una competencia *ex ante* vigorosa y eficiente.

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

(iv) Canon anual.

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

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

En cuanto a la propuesta de EPSA, en la Sección 9.4 del borrador del contrato de concesión, acompañado a fojas 2244 se contempla la obligación del concesionario

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de pagar un Canon Anual, indexado por el US PPIAF²⁹, por el derecho a explotar la concesión:

- Para el primer año contractual, corresponderá al Canon Mínimo Anual proporcional correspondiente, según la Fecha de Entrega de la concesión;
- Para el segundo año, corresponderá al Canon Mínimo Anual;
- A partir del tercer año, el Canon Anual anterior se incrementará en una suma en dólares equivalente al producto entre el Canon Mínimo Anual, el tonelaje anual (en tres tramos) y el índice PPIAF.
- Todo lo anterior, sin perjuicio de que dicho Canon Anual no pueda en ningún caso ser inferior al Canon Mínimo Anual, monto fijo en dólares establecido en el Contrato e indexado cada año por el US PPIAF correspondiente.

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

En este sentido, a juicio de este Tribunal y tal como ya se señaló en el Informe N° 4, 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, dado que éste podría incluir la posibilidad de generar, con ellos, rentas monopólicas frustrando así los resultados pro-competencia y de mayor eficiencia asignativa que se esperan del sistema de concesiones portuarias.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal estima que el canon anual no necesariamente debe calcularse asimilando el valor económico total de los activos

²⁹ Que corresponde a la variación del USPPI experimentada en un año contractual, donde el USPPI corresponde al índice mensual de precios del productor para mercancías terminadas, no ajustado estacionalmente, que publica la Oficina de Estadísticas Laborales del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos de América.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

objeto de concesión a los valores libro vigentes. Más bien, este Tribunal estima que EPSA debiera utilizar como criterio de valorización el costo de reposición de los activos entregados en concesión, si éste último valor fuere mayor que los valores libro.

En este sentido, la propuesta de EPSA no se ajusta a los criterios señalados y no puede ser aceptada, porque un Canon Anual que depende directamente del tonelaje anual efectivamente movilizado o que, como fue planteado por EPV en el expediente Rol NC N° 313-09, además se incrementa en la medida que se efectúan inversiones por parte del concesionario, no necesariamente se relaciona con el valor libro o el costo de reposición de los activos concesionados sino, probablemente, con la rentabilidad que para el concesionario tendrá el negocio.

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

(v) *Otros pagos del concesionario a EPSA.*

Además del canon anual, en la Sección 9.1 del borrador del Contrato de Concesión se contempla un Pago Mínimo inicial –monto fijo en dólares o “derecho de llaves”- que el concesionario debe pagar, por una sola vez a EPSA al momento de suscribirse el contrato de concesión.

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

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

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

En este contexto, cabe destacar que el Reglamento exige, en su artículo 3°, la elaboración de una Memoria Explicativa por parte de EPSA, señalando las materias mínimas que ésta debe abarcar, mientras que el artículo 4° establece los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contenidos mínimos de las Bases de la Licitación que EPSA debe elaborar, en concordancia con su Memoria Explicativa.

Al respecto, este Tribunal estima indispensable que se encuentren predefinidos con claridad y precisión por EPSA tanto la capacidad de la infraestructura como los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes, tal como se observa en el borrador de Bases de la Licitación acompañado a fojas 2099.

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

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

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

Ahora bien, en relación con el plazo de vigencia del contrato de concesión y de acuerdo con los artículos 14º de la Ley y 12º del Reglamento, la concesión portuaria del frente de atraque objeto de la Licitación no puede exceder de 30 años, y la propuesta de EPSA contempla otorgar la concesión por dicho plazo máximo. La extensión de estos plazos puede, por un lado, contribuir a incrementar el número de interesados dispuestos a realizar inversiones; no obstante, también puede incrementar el eventual daño a la libre competencia que podría ocasionar una asignación inadecuada.

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

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

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

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

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

10.1. Introducción.

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

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

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

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

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

Esas reglas, que deben entenderse incorporadas a las Bases de la Licitación por el solo ministerio de la Ley, son complementadas por las disposiciones establecidas en el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque (RUFA) de EPSA que, conforme con el artículo 22º de la Ley, forma parte de las Bases de la Licitación y, por consiguiente, es obligatorio para el concesionario.

EPSA propone incorporar a las Bases de la Licitación y/o al Contrato de Concesión -además de las normas de conducta que establecen la Ley y los reglamentos- aquellas contenidas en el Dictamen N° 1045, destinadas a evitar discriminaciones o conductas de abuso de posición dominante, y a la vez propone profundizar -como se señalará más adelante- en materia de multas por incumplimientos contractuales o de calidad de servicio, de entrega de información a la empresa portuaria, recalificación de servicios especiales y, por último, en términos de las facultades fiscalizadoras de EPSA.

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

Para analizar sistemáticamente ese marco regulatorio, los deberes del concesionario -sea cual sea su origen- se agruparán en: (i) acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios; (ii) mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros; (iii) obligaciones en relación a las tarifas; (iv) normas de calidad; (v) reglas de asignación de capacidad; (vi) deberes de transparencia e información; y, (vii) comité de directores para el control de la discriminación.

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

Adicionalmente, este Tribunal estima que las condiciones para la prestación de los servicios deberán estar contenidas en documentos públicos que estarán a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el concesionario del frente Costanera-Espigón mantenga en el Puerto de San Antonio, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro).

(ii) Mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros

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

En este sentido, EPSA propone, en su Solicitud, que se le permita actuar de oficio ante actos de discriminación del concesionario, y no sólo en los casos en que algún interesado se lo solicite. Concuera con esta proposición el SEP, en su presentación de fojas 652.

También propone, en la sección Veinte punto Dos del borrador de Contrato de Concesión, la posibilidad de recurrir a un “Experto Independiente” para resolver *“cualquier dificultad o disputa sobre una cuestión de carácter técnico que se presente entre las partes en relación con el Contrato”*. Este se designaría de común acuerdo o de una lista elaborada por EPSA integrada por profesionales de reconocido prestigio y a lo menos diez años de experiencia en la materia.

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

(iii) Obligaciones en relación a las tarifas

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

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

En este contexto, EPSA propone establecer que los servicios indicados en el Anexo II de las Bases de Licitación (uso de muelle a la nave, uso de muelle a la carga, transferencia de contenedores y de carga fraccionada), estén sujetos a una tarifa máxima idéntica a la del Concesionario del Puerto del Frente Molo Sur (STI)

Agrega que, respecto de una segunda categoría de servicios que denomina “servicios especiales”, sus tarifas serán libremente determinadas por el concesionario, y propone que EPSA esté facultada para recalificar éstos como servicios básicos sujetos a tarifas máximas cuando pasen a ser necesarios para la prestación de cualquiera de los servicios de transferencia, acopio o demás servicios básicos de la carga, o no existan alternativas de competencia, materia que se tratará más adelante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la determinación de las tarifas mayores para aquellos servicios que tengan un menor ponderador dentro del índice de adjudicación.

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

Al respecto, y tal como se señala en el Borrador de Contrato de Concesión, la Solicitante propone que las tarifas que el concesionario determine deberán ser registradas por el concesionario ante EPSA, y su entrada en vigencia será al quinto día siguiente a su registro y publicación (Sección 11.2 letra a). No se considera un plazo mínimo de vigencia para las tarifas publicadas.

Estima este Tribunal que resulta apropiado establecer normas de registro de tarifas que prevengan un uso estratégico o discriminatorio de la facultad de determinar libremente la modificación de las tarifas de la concesionaria. En ese sentido, considera que debe reproducirse el mecanismo recogido en el Informe N° 5, esto es, que 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;

Adicionalmente, EPSA propone en el borrador de contrato de concesión (Sección Once punto Dos, letra k) que: *“Durante toda la vigencia del Contrato EPSA tendrá la facultad de calificar nuevos servicios como Servicios Básicos y recalificar como tales cualquier servicio o tarifa que hubiere sido registrada como Servicio Especial o Tarifa Especial, cuando a su juicio se hubiere comprobado que tales tarifas o servicios corresponden a Tarifas Básicas, a Servicios Básicos o actividades implícitas en esos servicios, sea para el Usuario contratar esos servicios y no existan otros prestadores de estos servicios en el Puerto, que representen alternativas económicamente reales. En este evento el concesionario deberá acatar de inmediato la resolución de EPSA, haciendo los ajustes que sean pertinentes, sin perjuicio de su facultad de recurrir al árbitro, quien deberá resolver previo informe del experto independiente establecido en el artículo 20 [...]”*.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

En todo caso, la modificación de aspectos establecidos por las bases de la Licitación o el contrato de concesión de acuerdo con la Sección 10 de este informe, sólo podrá efectuarse una vez que: (i) hubieren transcurrido a lo menos diez años de vigencia del contrato de concesión, y (ii) una vez que este Tribunal hubiere constatado la variación de las condiciones de competencia en el mercado, en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Cumplidos los requisitos anteriores, la modificación correspondiente se efectuará de común acuerdo o mediante el procedimiento de resolución de controversias que se establezca en el contrato.

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

No obstante, en la Sección Once punto Dos del Borrador del Contrato de Concesión, EPSA propone autorizar al concesionario a convenir con los usuarios premios o descuentos sobre las tarifas en los siguientes términos:

“e) El concesionario estará facultado para convenir con los Usuarios el pago de premios por un servicio expedito de Transferencia de Carga prestado en el Frente de Atraque, [...]”

“f) [...] Adicionalmente, el Concesionario podrá otorgar descuentos sobre las tarifas, con excepción de los casos de TMN y TMC, basado en criterios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

objetivos y no discriminatorios, incluyendo, sin limitación, volúmenes garantizados, tipos de nave, tipo de carga, pronto pago y factores similares. El Concesionario no requerirá registrar ni publicar tales descuentos, pero los acuerdos alcanzados con respecto a tales descuentos estarán sujetos a la inspección de EPSA, o de un auditor independiente elegido por EPSA si así lo solicitare el concesionario, el cual será de costo del concesionario.”

Al respecto, este Tribunal estima que la cláusula citada no se ajusta a la normativa de defensa de la libre competencia aplicable toda vez que, tal como se señaló en el Informe N° 4, sea que se trate de servicios básicos u opcionales, las tarifas que cobre el concesionario por su provisión deben ser objetivas, públicas y no discriminatorias, y cualquier acuerdo particular entre éste y un determinado usuario, que determine precios o condiciones más favorables que las publicadas, debe ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas, a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas.

(iv) Normas de calidad

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

Atendido lo anterior, y considerando que la calidad de servicio se vincula principalmente a las velocidades de transferencia de carga y a los tiempos de espera de las naves, EPSA propone establecer, en la Sección 6.2.8 del Borrador del Contrato de Concesión, las obligaciones del concesionario de cumplir con tiempos de ocupación máxima por nave (TOM), tiempos de ocupación máxima anuales (TOMA) y tiempos máximos de espera por nave.

Para calcular los tiempos de ocupación máxima por nave y anuales previstos en las letras d) y e) de la Sección 6.2.8 antes referida, EPSA define velocidades de transferencia mínima y velocidades de transferencia promedio, respectivamente (Anexo III de las Bases de Licitación), las cuales se utilizan en las formulas contenidas en el Anexo C del Borrador de Contrato. A su vez, en la letra f) de la misma Sección, se señala que el tiempo de espera de cualquier nave no podrá exceder de 6 horas, descontando los tiempos que no sean atribuibles al concesionario.

Al respecto, este Tribunal acepta la propuesta de EPSA y, por consiguiente, el concesionario deberá prestar sus servicios dando cumplimiento a los estándares

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de calidad y umbrales de ocupación definidos por EPSA en las Bases de la Licitación o en el Contrato de Concesión, y sus anexos, y particularmente con los tiempos de ocupación máxima por nave (TOM), tiempos de ocupación máxima anuales (TOMA) y tiempos máximos de espera por nave.

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

(v) Reglas de asignación de capacidad

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

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

Cabe señalar que el actual RUFA de EPSA³⁰ no determina reglas de prioridad en la atención de naves, sino sólo sus criterios generales y elementos mínimos, entregando la definición de esas reglas al Reglamento de los Servicios y al Manual de los Servicios.

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

A su vez, el artículo 34° del mismo Reglamento señala los elementos mínimos que deben contener dichas reglas, señalando que *“Para cada una de las reglas de prioridad se establecerán las normas y procedimientos aplicables. Estas normas y procedimientos fijarán, a lo menos, los siguientes aspectos respecto de cada regla*

³⁰ Aprobado por Resolución N° 442 de 1999, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de prioridad: (a) Identificación y descripción de la regla de prioridad; (b) Identificación de los sitios a los que es aplicable; (c) forma y contenido de la solicitud de atraque y la antelación con que debe presentarse; (d) Procedimientos de programación; y, (e) Oportunidad y condiciones en que podrá alterarse la programación”.

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

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

En este sentido, y tal como se señaló en los Informes N° 4 y 5, este Tribunal estima que las normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves deben formar parte de las condiciones generales de prestación de los servicios portuarios, a fin de que cualquier usuario pueda acceder a las mismas en condiciones no discriminatorias.

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

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

Por último, y atendida la importancia que tiene el cumplimiento de lo anterior para evitar que el concesionario abuse de su poder de mercado, EPSA deberá informar a la Fiscalía Nacional Económica respecto de cualquier modificación que se pretenda introducir a las normas de asignación de capacidad o prioridad en la atención de naves, a fin de que esta última pueda velar por su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia en el ámbito de sus atribuciones.

(vi) Deberes de transparencia e información

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

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

EPSA propone, siguiendo el Dictamen N° 1045, que se establezcan al concesionario las siguientes obligaciones:

- (a) Entregar a EPSA información operativa con mayor frecuencia a la actual (que es variable según el tipo de informe) o, idealmente, en línea con EPSA; y,
- (b) Proporcionar a EPSA cualquier información, ya sea de interés para el mercado portuario, privilegiada, reservada o confidencial, relacionada con el contrato de concesión, sin que sea aplicable la obligación de reserva establecida en el artículo 43 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas al establecerse, en los estatutos de la sociedad concesionaria, su obligación de entregar a EPSA la información que ésta requiera;

A juicio de este Tribunal, y siguiendo el Dictamen N° 1045, la información que deberá ponerse a disposición no sólo de EPSA, sino que de cualquier interesado, deberá ser toda aquella que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, tales como precios y cumplimiento de estándares de calidad.

Además, y siguiendo lo señalado en los Informes N° 4 y 5, EPSA deberá establecer la periodicidad con la que el concesionario deberá entregarle dicha información -idealmente en línea- así como los medios técnicos para su acceso por todos los interesados.

Con respecto a la propuesta del literal b) anterior, este Tribunal estima, siguiendo lo dicho en sus Informe N° 4 y 5, que dicha obligación deberá ser contractualmente extensiva a los accionistas de la empresa concesionaria, para los efectos de verificar el cumplimiento de las reglas sobre propiedad accionaria que se

establezcan. Para ello, las Bases de la Licitación deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información acerca de sus empresas relacionadas en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores.

Adicionalmente, y de acuerdo con los Informe N° 4 y 5, este Tribunal considera que la información que el concesionario deberá proporcionar al Directorio de EPSA deberá ser toda aquella que ésta última requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la ley, de las bases de licitación, del contrato de concesión y de las condiciones establecidas en este informe.

El concesionario o sus accionistas no podrán negarse o excusarse de proporcionar a 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.

(vii) Control de no discriminación – Comité de Directores

Con el objeto de reforzar los resguardos para no discriminación, el SEP propone – en su presentación de fojas 864- que, cualquiera sea el patrimonio de la respectiva sociedad concesionaria del frente de atraque que será licitado, sus estatutos deberán contemplar la existencia de un Comité de Directores en los términos previstos en el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas. La Empresa Portuaria podrá requerir los informes que evacue dicho comité de acuerdo con lo dispuesto en el N° 3 del mencionado artículo.

Al respecto, y teniendo presente las reformas que la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas está próxima a experimentar, particularmente en su artículo 50 bis, EPSA deberá establecer la obligación de la sociedad concesionaria de cumplir con todas las obligaciones que establezca dicho artículo, cualquiera sea su patrimonio, pero en la medida que tenga accionistas independientes del controlador que permitan hacerlo. EPSA podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores consituído en conformidad a ese artículo.

11. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

11.1. Introducción y alcance del Dictamen N° 1045

Esta sección abordará los resguardos estructurales que podrían ser necesarios y, particularmente, se pronunciará respecto de la propuesta de EPSA en orden a establecer restricciones para que ciertos usuarios de servicios portuarios, o bien concesionarios de otros frentes de atraque, puedan participar en la propiedad de la futura concesionaria del Frente Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio.

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fin los riesgos para la libre competencia que no puedan ser mitigados por medio del establecimiento de otras condiciones.

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

En una economía pequeña, abierta al comercio internacional y alejada de sus principales mercados, como la chilena, esta industria adquiere una importancia gravitante que es clave para el desarrollo de una proporción muy significativa de las actividades económicas del país. Al respecto, y a modo ilustrativo, en Chile se transporta por vía marítima un porcentaje muy significativo del comercio internacional total del país, siendo esta proporción, al año 2007, equivalente a 82% en términos del volumen total y 75% del valor total del comercio internacional de Chile, según afirmó la FNE a fojas 887.

Junto con lo anterior, y como ya se ha expuesto, el mercado relevante de autos presenta: (i) importantes barreras a la entrada y a la expansión de la capacidad total de transferencia, en plazos relevantes para la libre competencia; (ii) costos de cambio para los usuarios de servicios de transporte marítimo, (iii) significativa integración vertical junto con fuerte concentración horizontal, en diversos eslabones de la cadena total del transporte marítimo, todo lo cual tiende a facilitar la ocurrencia de conductas contrarias a la libre competencia.

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

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

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

11.2. Integración Vertical:

11.2.1. Propuesta de EPSA.

EPSA propone, según su presentación de fojas 597, establecer la regla de integración vertical fijada en el Dictamen N° 1.045 que, para una mejor inteligencia de este informe, se reproduce a continuación, con exclusión de sus numerales 3.4, 3.5, 3.6, 3.7 y 3.8, por tratarse de reglas comunes a las de integración vertical y horizontal, según se explicará en la Sección 11.4:

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

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

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

(...)”

En relación a la definición contenida en el punto 3.2 anterior, el SEP propone –en su presentación de fojas 864- excluir de la categoría de usuarios relevantes a los siguientes actores por las razones que en cada caso se indica: “(a) Agentes de nave. El agente de nave es un mandatario del naviero, y por lo tanto tendría poca capacidad para decidir el puerto de destino de atraque de las naves, siendo ésta una decisión propia del armador; y, (b) Agentes de muellaje. De acuerdo con el Dictamen N° 1280 de 16 de enero de 2004, de la Comisión Preventiva Central, en

el esquema monooperador, es el concesionario quien efectúa las labores de estiba y desestiba, siendo entonces un “agente de muellaje” por lo que no procedería incluirlo dentro de los usuarios relevantes.”

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

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

Mientras mayores sean los beneficios que se pueden obtener en otras etapas del transporte marítimo, por ejemplo en el transporte de carga por compañías navieras, en términos relativos a las utilidades directamente obtenibles al brindar servicios portuarios, será más probable que el operador verticalmente integrado discrimine con el fin de reducir la competencia que enfrenta en el eslabón que le reporta mayores beneficios³¹. En el caso del mercado relevante de autos, cabe señalar que los servicios portuarios representan una fracción claramente menor dentro del costo total del transporte marítimo, aproximadamente entre el 10 y 15%, según afirma la FNE a fojas 1539.

En relación con lo anterior, el SEP además señaló en estrados –y como consta en la minuta de fojas 2480 bis– que las utilidades del negocio portuario son muy bajas en relación con las del negocio de transporte marítimo, lo que tiende a favorecer la existencia de subsidios cruzados e incrementa el riesgo de conductas discriminatorias por parte de un concesionario integrado verticalmente.

Ahora bien, se podría argumentar que tal riesgo de discriminación no sería de gravedad suficiente en tanto exista competencia entre los frentes de atraque que forman parte del mercado relevante ya que, en caso de que el operador verticalmente integrado discriminara a los usuarios no integrados, el costo

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

adicional que ello produciría llevaría a estos últimos a trasladarse de frente de ataque.

Sin embargo, tal como se concluyó en la Sección 8, este Tribunal ha constatado sólo algunos indicios parciales de competencia en los mercados relevantes, a la vez que ha identificado en él diversos aspectos estructurales que limitan la competencia entre distintos frentes de ataque, a saber: (i) concentración de la oferta en muy pocos actores; (ii) significativas barreras de entrada que dificultan el ingreso de competidores adicionales, tal como se señaló en la Sección 8.3; (iii) costos para cambiar de proveedor de servicios portuarios, sobre todo si este último está integrado con otros eslabones de la cadena de transporte marítimo; y (iv) restricciones para aumentar la capacidad de transferencia de los frentes de ataque en el corto y mediano plazo, como se señaló también en la Sección 8.3, lo que reduciría la competencia entre éstos cuando alguno de los oferentes copa su capacidad instalada.

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

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

Se podría argumentar que los riesgos de discriminación antes señalados están debidamente resguardados por los criterios y medidas establecidos en las Secciones 9 y 10, los que imponen: (i) acceso abierto y no discriminatorio a los servicios portuarios y, particularmente, la obligación de no discriminar en tarifas o en otras condiciones de la prestación del servicio; (ii) obligaciones en relación a

las tarifas; en particular, las tarifas o índices tarifarios máximos; (iii) normas de calidad y, particularmente, tiempos de espera máximos, velocidades de transferencia mínimas y velocidades de transferencia promedio; (iv) criterios y reglas de asignación de capacidad; (v) deberes de transparencia e información, tanto en relación con EPSA como con los usuarios; y, (vi) sanciones y multas que disuadan efectivamente el incumplimiento de las obligaciones precedentes.

No obstante lo anterior, para que los resguardos conductuales establecidos sean efectivos, se debe realizar una fiscalización eficiente y minuciosa, para lo que se requiere 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. Al respecto, y sobre la base de lo argumentado en los informes de fojas 972 bis del expediente Rol NC N° 313-08 y a fojas 2480 bis, en el mercado de autos es posible estimar que tales esfuerzos de fiscalización implican costos de información y de supervisión que no serían despreciables. En efecto, y a mayor abundamiento, se ha señalado que: *“existen formas sutiles de discriminar por parte de un concesionario, las que son difíciles de probar y sancionar. Entre éstas se puede mencionar asignar espacios más funcionales en las áreas de acopio, dar mejor calidad de servicio, usar información privilegiada y manipular la reserva de sitios”*³².

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

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

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

Así, en el mercado de los servicios portuarios, se podrían generar eficiencias asociadas a: (i) economías de ámbito provenientes de eficiencias logísticas y de

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

coordinación, por ser una única empresa la que provea servicios que forman parte de distintos eslabones de la cadena de transporte marítimo; y, (ii) menores riesgos de inversión en frentes de ataque por parte de usuarios de los servicios portuarios, ya que estos últimos conocen y aseguran un determinado nivel de demanda.

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

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

11.2.4. Conclusión en materia de integración vertical.

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

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

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

(i) Se establece que los usuarios relevantes de la cadena de transporte marítimo de carga general, no podrán poseer, en conjunto, más de un 60% del capital, ni más del 60% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 60% de las utilidades de la sociedad concesionaria.

(ii) Asimismo, los usuarios relevantes de la cadena de transporte marítimo de carga de graneles sólidos, 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

60% de las utilidades de la sociedad concesionaria. Esta restricción se mantendrá vigente mientras el frente Espigón-Costanera de San Antonio continúe movilizandocarga de graneles sólidos.

Lo anterior, a fin de delimitar esta restricción, separadamente, a los usuarios que formen parte de cada uno de los mercados relevantes definidos en la Sección 7, esto es, los usuarios de servicios portuarios para carga general, por un lado, y para graneles sólidos, por otro.

Es preciso consignar que lo anterior favorece la existencia de un mayor número de interesados en la Licitación, al facilitar el control de la inversión por parte de usuarios relevantes, a la vez que permite que existan accionistas minoritarios que limiten las posibilidades de abuso por parte del controlador.

(iii) Se precisa que la forma de calcular si un usuario es relevante o no, de acuerdo con esta regla, consiste en sumar el porcentaje del total de la carga manipulada por un usuario en particular, en cada eslabón de la cadena de transporte marítimo, y en relación a cada mercado relevante -esto es, la carga general por una parte y, separadamente, los graneles sólidos por otro- con el porcentaje del total que poseen sus relacionadas en ese mismo eslabón y tipo de carga.

(iv) Se reduce prudencialmente la periodicidad con la que se deben calcular los porcentajes que definen a los usuarios como relevantes a dos veces al año, esto es, al 30 de junio y 31 de diciembre, respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas.

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

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

Por tal motivo, y dado que no existen antecedentes suficientes en autos como para considerar que no son usuarios de servicios portuarios o que no requieren

acceso a la infraestructura entregada en concesión al igual que las otras personas que participan a cualquier otro título o modalidad en los distintos eslabones de la cadena de transporte marítimo, este Tribunal no aceptará la propuesta del SEP de excluirlos de la definición de usuario relevante.

11.3. Integración horizontal:

11.3.1. Propuesta de EPSA.

En lo relativo a las restricciones a la integración horizontal, EPSA propone –a fojas 531- mantener una regla equivalente a la establecida en el Dictamen N° 1.045, la que a continuación se reproduce, con exclusión de los numerales 7.3, 7.4 y 7.5 del Dictamen 1045, por tratarse de reglas comunes a las de integración vertical y horizontal, según se explicará en la Sección 11.4:

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

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

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

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

(...)”.

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

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

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

Relacionado con lo anterior, es importante destacar que el propio concesionario actual del Puerto de Valparaíso argumentó –a fojas 844 del expediente Rol NC N° 313-08– que el hecho de adjudicársele el Espigón del mismo puerto, tendría la ventaja de permitir la expansión gradual de la capacidad de la infraestructura en función de la demanda. Estos incentivos son precisamente lo que lleva a este Tribunal a estimar que un nuevo operador introduciría mayor competencia en este mercado, pues éste adelantará las inversiones en infraestructura a fin de captar demanda de carga suficiente para rentabilizar su negocio.

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

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

Otra de las desventajas o riesgos de la integración horizontal es que reduce las opciones independientes de que disponen los usuarios y, con ello, las alternativas

para trasladarse de frente de atraque en caso de ser discriminados por el operador portuario. Por lo tanto, la existencia de un mayor número de operadores independientes disminuye la eficacia de las conductas discriminatorias.

Por último, también se ha argumentado en autos, tanto por EPSA en su Solicitud como por Puerto Lirquén S.A. a fojas 726, por los informes de fojas 143 de estos autos y de fojas 972 bis del expediente Rol N° 313-08, que al permitirse la participación de los concesionarios incumbentes en la Licitación, ello inhibiría la participación de potenciales nuevos actores, porque los concesionarios estarían dispuestos a pagar más para adjudicarse la Licitación, evitando así el ingreso de nuevos competidores que puedan desafiarlos y diluir, con ello, la apropiación de rentas extra-normales por parte del concesionario incumbente.

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

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

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

Al respecto, en el Informe N° 5 de este Tribunal se citaron los argumentos de TPS en cuanto a la existencia de economías de escala derivadas de la operación conjunta de más de un frente de atraque, enumerando las siguientes razones: (i) se podrían enfrentar las inversiones requeridas para la construcción de un espigón de manera gradual y de acuerdo a la demanda efectiva, sin necesidad de sobreinvertir, y por tanto, no existiría un exceso de capacidad en el mercado que llevaría a un alza de tarifas; (ii) el alto componente de costos fijos en el negocio portuario hace que no sea eficiente dividir la demanda en distintos operadores en la región; (iii) existiría una mayor eficiencia de costos logísticos y de coordinación; por ejemplo, en la asignación de las naves de menor calado/eslora en sitios especializados para éstos, evitando que usen sitios para naves de mayor tamaño y así evitando incurrir en los correspondientes costos de oportunidad, y en la asignación ineficiente de los equipos de estiba y de las áreas de respaldo; (iv) sería posible reducir los tiempos de espera, dado que éstos serían mayores en caso de que la capacidad se divida entre un mayor número de operadores considerando que existen contratos de un año o más entre operadores portuarios y compañías navieras que, en tal caso, harían posible que los clientes deban

esperar incluso existiendo capacidad disponible en otro frente de atraque; y, (v) mayor eficiencia en los costos de administración y equipos.

Por su parte, la FNE –en su informe de fojas 1539– señala que en la operación de instalaciones portuarias existen economías de escala y destaca que éstas se dan no sólo en la infraestructura sino que también en el manejo de la carga. Sin embargo, afirma que dichas eficiencias se encontrarían circunscritas exclusivamente a cada frente de atraque y por lo tanto no se extenderían más allá de cada uno de éstos.

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

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

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

11.3.4. Conclusión en materia de integración horizontal

En consideración a las ventajas y desventajas antes señaladas, este Tribunal concluye: (a) que existen riesgos para la libre competencia que son factibles,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

serios y relevantes en el mercado de autos, derivados de la integración horizontal de un operador portuario, y (b) que no está acreditado en autos que tales riesgos puedan ser suficientemente contrapesados por la existencia de eventuales eficiencias derivadas de la operación conjunta de frentes de atraque contiguos o aledaños.

Por consiguiente y a fin de favorecer una mayor competencia en la provisión de los servicios portuarios en el mercado relevante, este Tribunal estima que es necesario establecer una restricción a la integración horizontal, de forma tal que los actuales concesionarios de frentes públicos en la Vª Región que provean servicios portuarios en los mercados relevantes de autos, no podrán tener, simultáneamente, participación en la propiedad de la futura concesionaria del Frente Costanera-Espigón, favoreciendo de esta forma el ingreso de competidores independientes adicionales al mercado relevante.

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

control corporativo aumente, en forma relevante, el atractivo comercial de adjudicarse la concesión del nuevo frente estatal por licitarse en el puerto de San Antonio.

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

En consecuencia, y en directa relación con los argumentos inmediatamente precedentes, la nueva restricción a la integración horizontal pretende optimizar dos efectos simultáneos. Primero, pretende incentivar una mayor participación de nuevos y más competidores –realmente independientes entre sí– en la Licitación de autos. Y, segundo, persigue además garantizar que la intensidad de la competencia en la Licitación también se traduzca, finalmente, en una adecuada intensidad de competencia en la provisión de los diversos servicios portuarios – estén ellos sujetos a tarifas máximas o no- en los mercados relevantes de autos. Así, la nueva regla de integración horizontal no sólo pretende resguardar el riesgo de ocurrencia de conductas contrarias a la libre competencia directamente derivadas de la integración horizontal, sino proteger además de los riesgos anticompetitivos asociados al hecho de permitir una mayor integración vertical en la cadena total del negocio del transporte marítimo; siendo este segundo efecto una consecuencia directa de la mayor intensidad de competencia que es dable anticipar, como resultado de la participación de un mayor número de competidores -genuinamente independientes- en los mercados relevantes descritos.

Por último, el efecto conjunto de las nuevas reglas de integración vertical y horizontal, en términos del resguardo de la libre competencia, debe además considerarse dentro de un futuro contexto del mercado relevante de autos en el

cual existen otras fuentes de eventuales aumentos en la capacidad de oferta en este mercado, como asimismo de entrada de competidores adicionales.

En efecto, la futura licitación de la concesión del Espigón del puerto de Valparaíso, a la que se refiere el Informe N° 5 de este Tribunal, incrementará en forma relevante y cierta la capacidad de oferta total en este mercado, ofreciendo además una oportunidad adicional de entrada para nuevos competidores al mismo. Igualmente, la capacidad de oferta total en el mercado relevante podría además incrementarse, aún con mayor holgura, si al menos alguno de los actuales concesionarios portuarios continúa con sus iniciativas de inversión en expansión de la capacidad instalada en sus actuales frentes concesionados. Por lo anterior, este Tribunal estima que el efecto conjunto de estas dos fuentes de eventuales futuros incrementos en la capacidad de oferta en el mercado generará holguras de capacidad, lo cual debiera necesariamente contribuir a favorecer la intensidad de competencia en los mercados de autos.

En definitiva, y en función de lo argumentado precedentemente, la restricción a la integración horizontal aplicable a la Licitación del Frente Costanera-Espigón será del siguiente tenor:

“1.- La sociedad que se adjudique la concesión del Frente de Atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, no podrán participar, directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público en la misma región –sea público o privado- que provea servicios portuarios a carga general y/o carga de graneles sólidos.

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

De este modo, la nueva restricción horizontal queda delimitada a los concesionarios que forman parte de los mercados relevantes definidos en la

Sección 7, esto es, los concesionarios de frentes de atraque que prestan servicios portuarios a carga general, por un lado y, separadamente, los de carga de graneles sólidos, por otro.

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

11.4. Reglas comunes:

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

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

(i) Cálculo de porcentajes máximos

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

A su vez, el numeral 3.6 del mismo dictamen, dispone: *“Los concesionarios proporcionarán a las Empresas Portuarias información, a lo menos*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

trimestralmente, respecto de las relaciones de sus accionistas con sus personas relacionadas que resulten pertinentes”.

No obstante, se precisa que la información mínima que el concesionario deberá proporcionar a EPSA respecto de sus controladores, accionistas y personas relacionadas, serán los volúmenes de carga que movilizan en cada eslabón en el que participan, en cada uno de los segmentos de carga general y, separadamente, para la carga de graneles sólidos, y en cada uno de los frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso, reduciéndose prudencialmente la periodicidad de esta información a dos veces al año, esto es, semestralmente.

(ii) Transferencia forzosa del exceso

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

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

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

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

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

(iii) Vigencia de las restricciones:

A ella se refieren los numerales 3.8 y 9 del Dictamen N° 1045, conforme a los cuales estas reglas sobre integración vertical y horizontal *“tendrán vigencia durante el plazo de concesión. Con todo, luego de cinco años de celebrado el contrato de concesión, los concesionarios podrán requerir su modificación a la Empresa Portuaria respectiva, la que sólo podrá proceder previo informe favorable de la Comisión Preventiva Central”*.

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

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

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

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

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

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

Evacuar el informe solicitado a fojas 531 por Empresa Portuaria de San Antonio (EPSA), fijando las siguientes condiciones a que deberá sujetarse la licitación del Frente de Atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, las cuales deberán incorporarse a las respectivas bases y contrato de concesión:

I. Resguardos para la competencia en la Licitación:

- 1) La Licitación deberá adjudicarse al postulante que ofrezca el menor índice de tarifas por los servicios básicos, esto es, el menor promedio ponderado de las tarifas de cada uno de los servicios que son indispensables para el atraque de las naves, la movilización y el acopio de la carga, o para cuya provisión sea 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;
- 2) EPSA deberá establecer, en las Bases de la Licitación, una metodología o fórmula de ponderación de las tarifas de cada uno de los servicios que, de acuerdo con la Sección 7.1.2, deben ser considerados básicos, la que deberá ponderar cada tarifa según la importancia relativa que estime que tendrá -durante el periodo de vigencia de la concesión portuaria- cada servicio en los ingresos del concesionario en base a las proyecciones de ingresos de cada uno de ellos;
- 3) En caso de empate en las ofertas de la Licitación, se deberá informar a los postulantes que se encuentren en esta situación el plazo de que disponen para mejorar su oferta, a efectos de que formulen a EPSA una “oferta final” de índice tarifario máximo que, en caso alguno, podrá ser más alto que el primitivo;
- 4) EPSA deberá establecer un índice de adjudicación máximo de reserva, secreto, en virtud del cual puedan ser rechazadas la o las ofertas que lo excedan y, en el caso de que todas las ofertas se encuentren en esta situación, la Licitación sea declarada desierta;
- 5) Los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las que una oferta pueda ser desestimada y aquellas por las que la Licitación o cualquiera de sus etapas puedan ser declaradas desiertas deberán ser objetivas, estar establecidas con claridad en las bases y ser conocidas por los postulantes, a excepción del índice de adjudicación máximo de reserva, debiendo eliminarse, por lo tanto, la facultad que se establece en los puntos 3.11 y 3.15 del Borrador de Bases de la Licitación;

- 6) Por concepto de canon anual, EPSA podrá cobrar al concesionario el pago anual equivalente mínimo (PAMI) a que se refiere el artículo 6 del Reglamento de Licitaciones Portuarias, asimilando el valor económico de los activos objeto de concesión ya sea a los valores libro vigentes para los mismos, o al costo de reposición de las instalaciones existentes;
- 7) Los demás pagos que el concesionario deba efectuar a EPSA deberán estar razonablemente asociados a costos, tales como aquellos que produzca la Licitación o los necesarios para financiar la operación eficiente de la Solicitante;
- 8) EPSA deberá especificar con claridad y precisión en las bases de la Licitación la capacidad de la infraestructura y los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes;
- 9) El monto de las garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento de contrato que contemplen las bases de la Licitación, no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una;

II. Resguardos en la provisión de servicios portuarios:

- 10) El concesionario estará obligado a prestar sus servicios a todo aquel que lo requiera, en términos y condiciones generales y no discriminatorias, que deberán estar contenidas en documentos públicos que estarán a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el concesionario mantenga en el Puerto de San Antonio, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro);
- 11) El concesionario estará obligado, por las bases y por el contrato de concesión, a observar las instrucciones que le imparta 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 que se establezca en el contrato de concesión para dirimir las discrepancias que pudieren producirse en caso de estimar improcedente la aplicación de sanciones por parte de la empresa portuaria;
- 12) Las tarifas de cada servicio con las cuales resulte adjudicada la Licitación, se constituirán en la tarifa máxima aplicable al correspondiente servicio básico, o bien se emplearán para construir los índices máximos aplicables a cada uno. Por consiguiente, el concesionario no podrá cobrar tarifas o índices máximos de tarifas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que superen aquellos a los que se obligó en el proceso de licitación, por los servicios definidos como básicos en la condición 1) de este informe, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de tarifas que EPSA determine.

Será opción de EPSA establecer, a partir de las tarifas de adjudicación, tarifas máximas para cada servicio, o bien índices tarifarios máximos que puedan incluir más de un servicio, lo que deberá estar claramente establecido en las bases de la Licitación. No obstante, en caso que EPSA opte por establecer índices tarifarios máximos no podrá incluir en un mismo índice: (a) servicios básicos que siempre forman parte de la cadena de transporte marítimo --independientemente del tipo de usuario que los demande-- junto con (b) servicios que sólo son requeridos tratándose de determinados productos (como aquellos que requieren cadena de frío), o que tengan volúmenes u otros factores que los hagan imprescindibles sólo para determinados tipos de clientes;

13) Las tarifas que el concesionario determine, deberán ser registradas ante 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;

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

En todo caso, la modificación de aspectos establecidos por las bases de la Licitación o el contrato de concesión de acuerdo con la Sección 10 de este informe, sólo podrá efectuarse una vez que: (i) hubieren transcurrido a lo menos diez años de vigencia del contrato de concesión, y (ii) una vez que este Tribunal hubiere constatado la variación de las condiciones de competencia en el mercado, en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Cumplidos los requisitos anteriores, la modificación correspondiente se efectuará de común acuerdo o mediante el procedimiento de resolución de controversias que se establezca en el contrato.

15) Las tarifas que cobre el concesionario por sus servicios, sean básicos u opcionales, deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias; y cualquier acuerdo particular entre éste y un determinado usuario, que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas, debe ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas;

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

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

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

18) El concesionario deberá otorgar a cualquier interesado, el acceso libre y expedito a toda aquella información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, con la periodicidad que EPSA establezca –idealmente en línea-, quien determinará asimismo los medios técnicos para su acceso por todos los interesados;

El concesionario y sus accionistas deberán proporcionar al Directorio de EPSA, cualquier información legal y/o económica que éste requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la ley, de las bases de licitación, del contrato de

concesión y de las condiciones establecidas en este informe, así como la información necesaria para que la transferencia de la concesión se haga a quien cumpla con los requisitos para ser concesionario. Estas obligaciones deberán ser contractualmente extensivas a los accionistas de la empresa concesionaria, para los efectos de proveer a la debida observancia de las reglas sobre propiedad accionaria que se establezcan. Para ello, las Bases de la Licitación deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información acerca de sus empresas relacionadas, en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre 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.

19) 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. La Empresa Portuaria podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores constituido en conformidad a ese artículo;

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

III. Resguardos estructurales:

21) Integración Vertical:

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

21.2.- Asimismo, los usuarios relevantes de la cadena de transporte marítimo de carga de graneles sólidos, 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. Esta restricción se

mantendrá vigente mientras el frente Espigón-Costanera de San Antonio continúe movilizandocarga de graneles sólidos.

21.3.- 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 por vía marítima de carga general, por una parte, y de graneles sólidos, separadamente, sea como empresas navieras, exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, transportistas multimodales, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier título o modalidad, con exclusión de los agentes de muellaje, i) con más de un 15% del tonelaje de carga marítima movilizadacarga marítima movilizadapor medio del frente de atraque objeto de la respectiva concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas) participare a varios títulos o en distintos eslabones de la cadena de transporte marítimo, será considerado usuario relevante si supera los porcentajes referidos en razón de su participación en un mismo eslabón o a un mismo título. Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán al 30 de junio y 31 de diciembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a EPSA dentro de los 30 días siguientes;

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

22) Integración horizontal:

22.1.- La sociedad que se adjudique la concesión del Frente de Atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, no podrán participar directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público en la misma región –sea público o privado- que provea servicios portuarios a carga general y/o a graneles sólidos;

22.2.- No obstante, ningún interesado estará impedido de participar en la Licitación pero, en caso de adjudicársela, deberá atenerse a la condición establecida en el numeral precedente. En efecto, es posible que las actuales sociedades concesionarias o sus personas relacionadas, por razones de

preferencia, opten por sustituir la participación o vinculación que tengan en un frente, por una participación o vinculación en el Frente de Atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, para lo cual deberán enajenar su participación o desvincularse de la sociedad concesionaria a la que actualmente estuvieren ligados, según corresponda, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se ejerza tal opción;

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

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesión, según lo dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19542;

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

El presente informe ha sido acordado con el **voto en contra del Ministro Sr. Tomás Menchaca Olivares**, quien, si bien concuerda con el informe de mayoría en todo lo demás, estuvo por no aumentar la restricción a la integración horizontal intraportuaria establecida en el Dictamen N° 1045, sino por el contrario disminuirla condicionalmente, en la forma que se indica a continuación, por las siguientes consideraciones:

1º) Que, a juicio de este disidente, las restricciones a la integración horizontal impuestas en el presente Informe, tienden a disminuir el grado de competencia en la licitación (competencia *ex ante*), pues, además de hacer más probable la colusión en la misma, permiten que los precios a público que resulten del proceso licitatorio sean probablemente más altos que sin ellas, todo ello para evitar algunos riesgos en la competencia *ex post*. A juicio de este disidente, no se justificaría aumentar en forma definitiva las restricciones horizontales impuestas en su tiempo por el Dictamen N° 1045, atendido el grado de competencia que existe ya hoy en el mercado, el que se incrementará con toda seguridad luego de las licitaciones del Frente de Atraque N° 1 de Valparaíso y del Frente de Atraque Costanera Espigón de San Antonio;

2º) Que, de acuerdo con lo expresado en la Sección 11.1 de este Informe, el Dictamen N° 1045 no es aplicable a esta Licitación y sólo rige a los concesionarios resultantes de las licitaciones para las cuales fue dictado hace diez años, en el contexto de la incipiente modernización y privatización del sector portuario estatal que promovió la Ley N° 19.542

En armonía con la confianza en la competencia como motor de desarrollo del sector portuario estatal que inspiró la Ley N° 19.542, el Dictamen N° 1045 dejó establecido el carácter preventivo, prudencial y eminentemente provisional de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

restricciones estructurales impuestas, reconociendo que, a los cinco años, sería posible “*analizar la conveniencia de disminuir algunas de las restricciones señaladas*”. En lo concerniente a la restricción horizontal, sería posible relajarla cuando “los puertos compitan entre sí en igualdad de condiciones”.

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

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

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

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

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

Además, y tal como afirma el informe de fojas 972 bis del expediente Rol NC N° 313-08, se observa que los movimientos de navieras que se verificaron el año 2006 corresponden mayormente a cambios desde STI a TPS y que este último oferente mostró una actitud de competencia agresiva en dicho año, que le permitió alcanzar el límite de su capacidad en 2007.

5.2. Inestabilidad de las participaciones de mercado de los cuatro frentes de atraque que forman parte del mercado relevante, tanto en servicios provistos a carga en contenedores como fraccionada. Según se observa en los Gráficos N° 3 y 9 y Cuadros N° 10 y 17, las participaciones de mercado de los cuatro oferentes varían año a año y los liderazgos se disputan y alternan entre ellos, lo que constituye un poderoso indicio de competencia, considerando que lo usual en mercados concentrados y con barreras de entrada es que las participaciones de mercado de los oferentes sean relativamente estables en el tiempo.

5.3. Correlación positiva entre las participaciones de mercado o proporciones de carga movilizadas y la calidad relativa de los servicios provistos por los concesionarios STI y TPS, según se observa en el Gráfico N° 5, que utiliza la velocidad de transferencia de carga como indicador de calidad del servicio, siendo este el único indicador que no está influenciado por variables como el crecimiento de la demanda, dado que mide unidades de carga (toneladas o contenedores) por unidades de tiempo de ocupación efectiva del frente de

ataque y por cada nave (hora de uso efectivo por nave)³³. Asimismo, la correlación positiva entre calidad relativa y volúmenes de carga movilizadas se observa también en los gráficos N° 4 y 6 donde se utilizan indicadores de calidad que son endógenos y mucho menos certeros. A juicio de este disidente, la correlación positiva entre las participaciones de mercado y la calidad de los servicios indica que los operadores portuarios compiten por ofrecer a sus clientes una mejor calidad de servicio.

5.4. En materia de tarifas, los cálculos efectuados por este Tribunal en la Sección 8 del Informe muestran que las tarifas efectivas cobradas actualmente por TPS y STI están por debajo de las que podrían cobrar de acuerdo con sus respectivos contratos de concesión. Tratándose de STI, el índice de tarifas publicadas –que ciertamente podrían estar sobrestimando las tarifas efectivas en razón de la aplicación de descuentos-, es un 6% inferior al índice de tarifas máximas, mientras que para el caso de TPS, dicho índice es un 8% más bajo que lo permitido, diferencia que, según se ha dicho, podría ser aún mayor.

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

En este sentido, en el informe acompañado por TPS, que rola a fojas 781 de los autos NC Rol N° 313-08, se señala que *“el nivel del ingreso medio efectivo (por tonelada movilizada) cobrado en el año 2006, considerando el agregado de los servicios portuarios regulados vía tarificación, sería un poco más de 20% inferior al valor indexado del índice tarifario máximo al cual se comprometió TPS”*. Por su parte, el Informe de autos concluye, a partir del Gráfico N° 8, que *“los precios promedios de ambos concesionarios habrían experimentado una tendencia decreciente durante el periodo 2000-2007, siendo los ingresos medios al año 2007, de TPS y de STI, inferiores en 14% y 5%, respectivamente, en relación a sus ingresos medios estimados para el año 2000”* (Gráfico N° 8 de elaboración propia). Todo ello a pesar que, por estar casi copada la capacidad de TPS, la competencia en el mercado se ha visto reducida;

6º) Que en este contexto de mayor competencia a la que se podía observar a la fecha de dictarse el Dictamen N° 1045, es posible advertir que la restricción

³³ Punto 6.2.8 del Borrador del Contrato de Concesión.

horizontal impuesta en el informe de mayoría es más severa que la establecida en dicho dictamen, dictado hace 10 años, cuando recién se privatizó el sector portuario y en que por ende eran mucho mayores los riesgos para la competencia y total el desconocimiento acerca de cómo se comportaría el mercado, en circunstancias que, como se ha dicho, la competencia ha aumentado en forma muy importante desde que se efectuó la privatización, competencia que, como se ha dicho, lo único que podría ocurrir es que se incremente;

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

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

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

8º) Que la anterior es la principal diferencia entre las licitaciones del Espigón de Valparaíso y la del de San Antonio, pues las restricciones de capacidad de TPS, que no sufre STI, hacen menos evidente que deban relajarse las normas sobre integración horizontal en la licitación del Espigón de San Antonio, pues en el caso de esta última es efectivamente posible que, si STI participa en ella, pueda hacerlo con el interés de restringir la competencia y no de aumentar su capacidad, como

se señala en la Sección 11.3.2 del informe de autos. Lo anterior por cuanto STI podría aumentar su capacidad en su actual frente de ataque, sin necesidad de adquirir el nuevo frente de ataque a licitarse. Probablemente esta es la razón por la cual la solicitud de informe efectuada por EPSA, a diferencia de la que efectuara EPV en los autos Rol NC 313-08, no solicita el relajamiento, ni aun condicional, de la restricción a la integración horizontal establecida en el Dictámen 1045, sino su mantención en los mismos terminos establecidos en éste. Lo mismo ocurre con las opiniones del SEP, que para la licitación del Puerto de Valparaíso, solicitó el alzamiento condicional de la restricción a la integración horizontal establecida en el referido Dictámen, mientras que para el de San Antonio solicitó mantener dicha restricción, aunque no hacerla más exigente como resuelve el informe de mayoría;

9º) Que, por otra parte, en lo relativo al análisis de los beneficios y riesgos asociados a la integración horizontal, que el presente Informe aborda en su Sección 11, este disidente comparte el enfoque y metodología propuestos, en el sentido de que era preciso justificar las restricciones estructurales que se decidiera establecer, identificando riesgos para la libre competencia que, además de ser serios, veraces y probables, no pudieran ser mitigados por medio del establecimiento de otras condiciones. En efecto, restringir la participación de determinadas personas en una Licitación requiere establecer la existencia de los riesgos para la competencia que esa participación conlleva, sopesarlos con las ventajas, y descartar la eficacia de medidas de mitigación menos peligrosas para el mercado.

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

10º) Que, los riesgos que, de acuerdo con el informe de mayoría, justificarían la restricción a la integración horizontal impuesta son, en síntesis, que dicha integración: (i) reduciría la competencia ex post en el mercado de los servicios portuarios, en relación a la que existiría en caso de que ingrese un nuevo operador independiente; (ii) reduciría el número de alternativas para los usuarios para trasladarse de frente de ataque, en caso de ser discriminados por el operador

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

portuario; y, (iii) inhibiría la participación de potenciales nuevos actores en la Licitación, porque STI estaría dispuesto a pagar más para adjudicarse la concesión.

Por su parte, y como ventaja de la integración horizontal, el informe de mayoría constata ciertas economías de escala que suponen ahorros de costos operativos o logísticos y otros costos variables, pero argumenta que no existe evidencia de la magnitud de tales eficiencias ni de que los beneficios asociados a ellas puedan traspasarse a los consumidores;

11º) Que, a juicio de este disidente, aun cuando los riesgos de la integración horizontal son sustancialmente mayores en esta licitación que en la del Espigón de Valparaíso, a que se refiere el Informe N° 5/2009 de este Tribunal, el balance de riesgos y ventajas no justificaría una restricción a la integración horizontal tan severa como la impuesta. Sin perjuicio de lo anterior, este disidente comparte la opinión del Informe de autos en el sentido que, si en una primera licitación no hay suficientes interesados, podría ser mejor posponer la licitación hasta que el mercado se encuentre más maduro pues, al haber posibilidades de expansión de capacidad por el actual operador del frente de atraque concesionado, esto permitiría que por un tiempo siga existiendo competencia en el mercado relevante si únicamente se licita exitosamente el Espigón de Valparaíso. Sin embargo, la decisión de efectuar o no una segunda licitación en caso de fracasar la primera no es de competencia de este Tribunal, quien sólo debe indicar las condiciones que ella debe cumplir, en caso de efectuarse;

Además, la circunstancia de que la participación de STI en la Licitación podría disuadir la participación e ingreso de nuevos actores, a juicio de este disidente, justificaría limitar en mayor medida la participación de STI en una primera licitación, pero no una prohibición absoluta como la impuesta en el informe de mayoría. Por el contrario, el hecho que STI pueda participar, aunque con limitaciones, en una eventual y no muy probable segunda licitación, que sólo existiría en caso de declararse desierta la primera, ayudaría a incrementar la competencia tanto en la primera como en la segunda licitación, y haría disminuir los riesgos de colusión en la misma. Es por lo anterior, que este disidente considera que STI debería poder participar en una segunda licitación si la primera fuese declarada desierta y EPSA decidiera efectuar dicha nueva licitación, en la forma y con las limitaciones que se explicarán más adelante. En efecto, el adjudicatario de la concesión competirá por tarifas y no por mayor oferta monetaria, lo que garantiza que los beneficios derivados de las mayores

eficiencias serán traspasados a los precios, es decir a los usuarios, garantizando que los resultados serían mejores para la libre competencia que si, declarándose desierta la primera licitación, tuviera que efectuarse una segunda con un precio de reserva más alto que el que podría establecerse si STI tuviera la posibilidad de participar en ella.

12º) Que, por su parte, el argumento del informe de mayoría consistente en que los costos de detección y fiscalización de conductas discriminatorias y de sabotaje serían muy elevados no considera: (i) que EPSA está siendo dotada de mayores facultades de fiscalización y el concesionario está siendo obligado a entregarle a ésta toda la información que le pida con el fin de cautelar el cumplimiento de la ley, el contrato y las bases -incluso información confidencial-, dado que EPSA no será un operador portuario, sino exclusivamente un fiscalizador; (ii) que a los usuarios habrá de proporcionarles toda la información relevante para la contratación del servicio (calidad y precios) y se trata de empresas multinacionales de transporte que conocen el negocio y pueden defenderse de eventuales abusos; (iii) que los incentivos del concesionario a discriminar o sabotear están siendo reducidos por medio de la imposición de una restricción a la integración vertical; y (iv) que los costos de fiscalización –que siempre existen- son soportados por los concesionarios, que financian a EPSA;

13º) Que, no obstante lo anterior, y considerando la gran importancia del sector portuario para nuestra economía y adicionalmente el hecho que STI tiene capacidad de expansión en su actual frente de ataque, este disidente estima, acorde con el informe de mayoría y por sus mismos fundamentos, que STI no debería poder participar en la licitación incondicionalmente, y que sólo en una segunda licitación debiera relajarse la regla sobre integración horizontal que estableció el Dictámen 1045, únicamente para participar en la propiedad de otro frente de ataque en el mismo Puerto de San Antonio, en caso de que la primera sea declarada desierta y se decida por la autoridad competente insistir en efectuar de igual modo la licitación inmediata del Espigón de San Antonio. En todo caso este disidente estima que debe igualmente mantenerse una restricción a la integración horizontal que no permita en caso alguno que STI pueda controlar los dos frentes de ataque del Puerto de San Antonio.

14º) Que, por todo lo anterior, este disidente estima que, en lugar de impedir en términos absolutos que la sociedad que se adjudique la licitación mantenga participación alguna en una sociedad concesionaria de otro frente de ataque de uso público en la misma región, debería establecerse una restricción a la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

integración horizontal no más severa que la establecida en el Dictamen 1045 para una primera licitación, y para el caso que esa primera licitación sea declarada desierta, flexibilizar dicha restricción, permitiendo que la participación de los incumbentes, en el mismo puerto en que ya se encuentran operando, pueda llegar, directa o indirectamente, a lo menos al doble, esto es, a un 30%.

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

Rol NC N° 317-08.

Emitido por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Tomás Menchaca Olivares, Sr. Julio Peña Torres. Autoriza, Sr. Javier Velozo Alcaide, Secretario Abogado.