

EN LO PRINCIPAL: APORTA ANTECEDENTES
EN EL OTROSI: ACOMPAÑA DOCUMENTOS

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, en los autos Rol NC N° 303-08, caratulados **"SOLICITUD DE INFORME DE EMPRESA PORTUARIA COQUIMBO SOBRE LICITACIÓN DEL FRENTE DE ATRAQUE SITIOS 1 Y 2 DEL PUERTO DE COQUIMBO"**, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 N° 1 del Decreto Ley N° 211, vengo en aportar antecedentes a ese H. Tribunal, respecto de la consulta de autos, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 9 de septiembre de 2008, Empresa Portuaria de Coquimbo -en adelante también EPCO o la consultante-, solicitó a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 19.542, de 1997, de Modernización del Sector Portuario Estatal, y en los artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, que emitiera un informe que fije las condiciones de competencia que han de regular la licitación, bajo un esquema monooperador, del único frente de atraque del Puerto de Coquimbo, compuesto por los sitios número 1 y 2 y sus áreas de apoyo.
2. Señala EPCO en su consulta que en el caso de la Región de Coquimbo no existen otros frentes de atraque estatales distintos del Puerto de Coquimbo donde pueda ser atendida la nave de diseño, por lo cual, de conformidad con la Ley N° 19.542, procede solicitar previamente un informe de ese H. Tribunal para su licitación.

3. Se argumenta que el sistema monooperador representa ventajas frente al multioperador, las cuales han motivado la decisión del Directorio de EPCO de licitar el frente de atraque referido bajo el primer sistema. Se señala que el sistema multioperador no es capaz de generar incentivos a la inversión privada en infraestructura y en tecnología, a diferencia de lo que ocurre con el sistema monooperador, tal como se observa en los terminales que han sido concesionados bajo ese sistema.
4. Se expone que el actual Puerto de Coquimbo se encuentra en una situación desmejorada. En primer lugar, su infraestructura data del año 1959 sin inversiones posteriores importantes, presentando deterioros significativos. En segundo lugar, y debido a lo anterior, los volúmenes de carga movilizados han disminuido, provocando un alto nivel de capacidad ociosa. En tercer lugar, el puerto tiene restricciones tanto de calado como de eslora, lo que dificulta la atención de naves de carga de mayor envergadura y de cruceros. Respecto de la demanda de servicios portuarios, la consultante hace mención a una marcada estacionalidad en la región debido a que parte mayoritaria de la carga movilizadada es hortofrutícola, la que genera movimiento exclusivamente durante los meses estivales de cada año. EPCO estima que las inversiones necesarias para la reparación y expansión del Puerto de Coquimbo son del orden de US\$ 14 millones (catorce millones de dólares).
5. Se indica en la consulta que la licitación de la concesión portuaria se realizará de conformidad con lo establecido en la citada Ley 19.542, promoviendo la competencia "por la cancha". En lo que respecta al criterio económico de adjudicación, la consultante señala que se elegirá la propuesta que contenga el menor índice tarifario máximo que considere los distintos servicios portuarios obligatorios. Como criterio de desempate, la empresa portuaria considera la mayor carga ofertada a transferir durante cada uno de los años de vigencia del contrato.
6. En lo relativo a las restricciones a la integración vertical, la consultante propone mantener parcialmente las reglas establecidas en el Dictamen N° 1045, de 21 de agosto de 1998, de la Comisión Preventiva Central, "CPC",

excluyendo de la categoría de usuarios relevantes a los agentes de naves y agentes de muellaje. A juicio de la consultante, el agente de naves es un mandatario del naviero y, por lo tanto, tiene poca capacidad para decidir el puerto de destino de atraque de las naves, en tanto que el de muellaje, de conformidad con lo establecido por el Dictamen N° 1280/2004, de la CPC, es el propio concesionario, pues es éste el que efectúa las labores de estiba y desestiba en el esquema monooperador. Sin perjuicio de lo anterior, la consultante manifiesta la posibilidad de revisar dicha regla con el objeto de maximizar la participación de los interesados en el proceso.

7. Respecto de las reglas de integración horizontal, en la consulta se propone mantener íntegramente lo dispuesto en el Dictamen N° 1045/1998.
8. Además de las reglas mencionadas, EPCO indica que las bases incorporarán una serie de resguardos destinados a evitar discriminaciones arbitrarias o abusos de posición dominante en que pudiere incurrir el futuro concesionario del Puerto de Coquimbo.

II. LA INDUSTRIA

II.1. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

9. El transporte marítimo es de vital importancia para el desarrollo de los países con economías abiertas al comercio internacional, como es el caso de Chile, donde dicho transporte mueve aproximadamente un 82%, en volumen, y un 75%, en valor, del comercio internacional¹.
10. La cadena logística completa del servicio de transporte marítimo comprende los segmentos de transporte marítimo, servicios portuarios y transporte terrestre; por ello, cuando el cliente decide el uso de un determinado terminal portuario, toma en consideración toda la cadena logística con el objeto de optimizar el costo total del transporte. En general, los servicios portuarios

¹ Fischer y Serra, "Efectos de la Privatización de Servicios Públicos en Chile", Banco Interamericano de Desarrollo, agosto 2007, p.132. Disponible en <http://www.iadb.org>.

representan una fracción menor del costo total de esta cadena logística, aproximadamente un 10 a 15%.

11. Un elemento que se debe considerar en el análisis es que la costa chilena se caracteriza por ser abierta, desabrigada y de poca profundidad². Por consiguiente, existen pocos puertos naturales importantes y cercanos a centros urbanos. La mayor parte de los puertos de carga general han requerido grandes inversiones en molos de abrigo con el objeto de disponer de aguas tranquilas que permitan la transferencia de carga. Asimismo, las zonas de apoyo al interior de los puertos importantes, donde se desarrollan las labores de circulación y acopio de la carga y su almacenaje, son reducidas³. Entre otras cosas, de lo anterior se colige que los puertos constituyen infraestructura esencial en el transporte de carga marítima⁴.
12. En Chile coexisten puertos de propiedad pública o estatal y privada. Estos últimos pueden ser de uso público o de uso privado. Se entiende que un puerto privado es de uso público cuando presta servicios indistintamente a cualquier usuario que lo requiera y ello constituye una actividad independiente no accesoria a la industria principal de su propietario⁵. El de uso privado, a su turno, presta servicios a una empresa determinada y está directamente relacionado con las labores que desarrolla. Los puertos de propiedad pública o estatal son exclusivamente de uso público. En cuanto a la administración de los frentes de atraque de puertos de propiedad estatal, ésta puede ser efectuada por Empresas Portuarias⁶, o bien por empresas privadas mediante el régimen de concesiones, en virtud de la Ley N° 19.542.

² Sistema Portuario de Chile 2005, p.17.

³ Fischer y Serra, "Efectos de la Privatización de Servicios Públicos en Chile", Banco Interamericano de Desarrollo, agosto 2007, p.132. Disponible en <http://www.iadb.org>.

⁴ Serra, "Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos", p.28.

⁵ Definición tomada del documento del MOP titulado "El Sistema Portuario Chileno 2005", el cual se basó en la Enciclopedia General del Mar, Ediciones Garriga, Barcelona, 1968.

⁶ Las Empresas Portuarias son empresas del Estado que se rigen por normas de las Sociedades Anónimas, están administradas por un Directorio de exclusiva confianza del Presidente de la República, se relacionan con el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Telecomunicaciones y el control de su gestión lo lleva el "Sistema de Empresas Públicas (SEP)".

13. A lo anterior debe agregarse que la operación de los frentes de atraque puede desarrollarse mediante un esquema multioperador o uno monooperador. La diferencia entre ambos es que en el primero distintas empresas otorgan los servicios de gestión y movilización de carga a un mismo frente, mientras que en el segundo una sola empresa de muellaje entrega en forma exclusiva el servicio. La CPC señaló a este respecto en el Dictamen N° 1045/1998 que:

“La aplicación del modelo monooperador permitiría asegurar a los usuarios del sistema portuario que las tarifas sean competitivas, sólo en la medida que exista un número amplio de empresas independientes que operen en los diferentes puertos. En estas condiciones, resulta indispensable establecer medidas que aseguren la existencia de operadores independientes en los principales puertos del país.”

14. Luego de promulgada la Ley N° 19.542 se resolvió licitar parte de los frentes de atraque estatales. Hasta el momento, las empresas portuarias han decidido otorgar las concesiones de operación en frentes de atraque público mediante el esquema monooperador, debido a razones económicas y experiencias empíricas que lo justificaría, como serían:

“(a) alcanzar eficiencias operativas derivadas de una mejor coordinación en las distintas actividades que se realizan al interior de un frente de atraque;

(b) aumentar la eficiencia derivada de economías de especialización y de diversidad; y,

(c) otorgar incentivos para las inversiones privadas que permitan la creación y aprovechamiento de economías de escala y mejorar, consecuentemente, la eficiencia en la transferencia de carga.”⁷

⁷ Presentación de las empresas portuarias de Valparaíso, San Antonio y Talcahuano-San Vicente a la H. Comisión Preventiva Central en el caso que dio origen al Dictamen N° 1045/1998, p.19.

18. El Puerto de Coquimbo está ubicado a 458 kilómetros de Santiago y es el único puerto estatal y de uso público en la Región. Posee sólo un frente de atraque, de 378 metros de longitud, el cual está dividido en dos sitios de 189 metros cada uno, cuyo calado máximo autorizado es de 10 metros. Además cuenta con un área cubierta de 2.500 m² para almacenamiento y 40.000 m² de terrenos para acopio de carga. De lo dicho se tiene que la nave de diseño¹⁰ del Puerto de Coquimbo corresponde a una nave de 10 metros de calado y 189 metros de eslora.
19. El Cuadro 1 siguiente muestra la carga de comercio exterior movilizada por los puertos de la Región de Coquimbo. Como se desprende de esta información, los puertos privados de la región, Guayacán y Punta Chungo, transfieren exclusivamente graneles sólidos. El Puerto de Coquimbo, en cambio, transfiere todo tipo de cargas, entre las que destaca la carga fraccionada (81%). La mayor parte de la carga fraccionada y en contenedores movilizada por el Puerto de Coquimbo corresponde a carga refrigerada (94%).

Cuadro 1: Carga de comercio exterior movilizada por puertos de la Región de Coquimbo en el año 2007

Puerto	Tipo de uso	Graneles sólidos	Graneles líquidos	Carga fraccionada	Contenedores
Guayacán	Privado	1928164	-	-	-
Punta Chungo	Privado	866468	-	-	-
Coquimbo	Público	17102	2100	122587	9878
Total		281 1734	2100	122587	9878

Fuente: Estadísticas de la Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G.

20. Respecto del tipo de carga que moviliza el Puerto de Coquimbo, es preciso hacer notar que ésta corresponde, principalmente, a carga de exportación (80,7%), seguida por carga de cabotaje (10,6%) e importaciones (8,7%). En el Cuadro 2 siguiente se muestra que la carga transferida por este terminal corresponde, esencialmente, a productos hortofrutícolas y minerales. El Puerto de Coquimbo presenta una marcada estacionalidad en los meses

¹⁰ Nave de diseño es la nave de mayor eslora total, calado máximo y desplazamiento a plena carga que puede operar en un frente de atraque (artículo 53, Ley de Puertos).

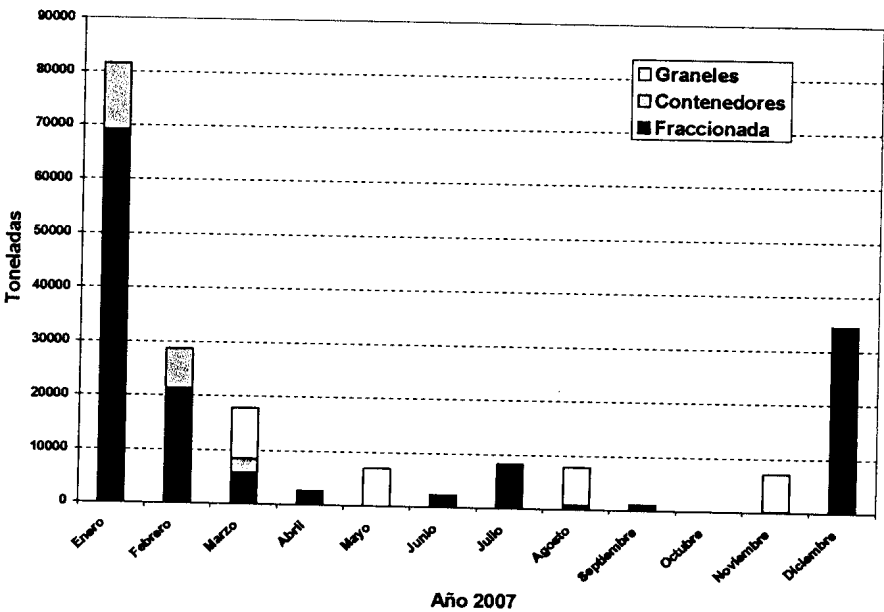
estivales, tal como se muestra en el Gráfico 1, movilizando en los meses de diciembre, enero y febrero el 73% de la carga total anual.

Cuadro 2: Productos transferidos por el Puerto Coquimbo el año 2007

Tipo de carga	toneladas	%
Hortofruticola	137.352	69%
Minerales	21.008	10%
Otros	18.921	9%
Tara TEUs	14.267	7%
Carga de Proyecto	4.728	2%
Pescados y mariscos	3.99	2%
Total	200.266	100%

FUENTE: Presentación EPCO, p.11.

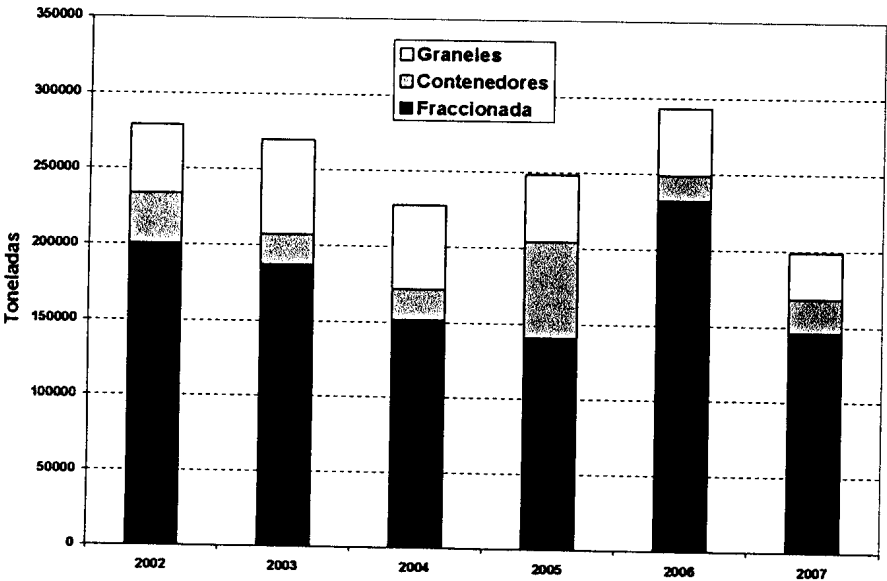
Gráfico 1: Distribución mensual de la carga transferida por el Puerto de Coquimbo el año 2007.



FUENTE: Elaboración propia en base a información que rola a fojas 33 del expediente.

21. Cabe consignar que la carga movilizada por el Puerto de Coquimbo, a diferencia de los puertos de la zona central, no ha evidenciado un crecimiento sostenido. Incluso en el año 2007 esa carga ha sido menor que la registrada el año 2002, tal como se muestra en el Gráfico 2 siguiente.

Gráfico 2: Volúmenes de carga movilizados por el Puerto Coquimbo 2002-2007



FUENTE: Elaboración propia en base a información que rola a fojas 33 del expediente.

II.2 REGULACIÓN

- 22. El sector portuario estatal se rige por la Ley N° 19.542, de 1997, sobre Modernización del Sector Portuario Estatal. Esta Ley plantea dos objetivos centrales: impulsar y dinamizar el proceso de inversión en infraestructura, tecnología y gestión portuaria, y promover la competencia en el sector.
- 23. La citada ley permitió a las empresas portuarias estatales asignar mediante licitación pública las concesiones de los frentes de atraque bajo un esquema monooperador, atendidos los beneficios que dicho sistema representa. Sin embargo, en atención a los riesgos de prácticas anticompetitivas que podría incentivar la concentración de las operaciones portuarias básicas, la ley condicionó la adopción de aquel sistema monooperador concesionado, a que en los puertos o terminales estatales de la región existiera otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño del licitado, operado bajo un esquema multioperador. De lo contrario, el Directorio de la respectiva empresa estatal debe contar con informe de la Comisión Preventiva Central,

antecedente de ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y ajustar la licitación a los términos de dicho informe.¹¹

24. Es así que, en el año 1998, las empresas portuarias de Valparaíso, San Antonio y Talcahuano-San Vicente solicitaron a la CPC que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, emitiera un informe acerca de las condiciones de competencia que deberían regir la licitación de los principales frentes de atraque de los respectivos puertos.
25. Por medio del Dictamen N° 1045/1998, la CPC estableció tanto regulaciones estructurales a la industria, al definir restricciones a la integración horizontal y vertical, como conductuales, y bajo ese marco señaló que era indispensable que existiera una tarifa máxima determinada por la competencia de los participantes en el proceso de licitación.
26. En efecto, la CPC consideró que, no obstante que la integración vertical podía contribuir a reducir los costos de transacción de las empresas, si ella se daba entre dominantes en fases sucesivas del proceso productivo podía impedir la competencia de actores minoritarios,¹² por cuanto un operador portuario dispone de múltiples mecanismos para ejercer prácticas anticompetitivas con el objeto de alcanzar dichas ventajas. Señala el Dictamen:

“Los negocios portuario y marítimo en general presentan dificultades en materia de transparencia, debido a las condiciones de tiempo y espacio en que se prestan los servicios y la imposibilidad práctica de recurrir a prestadores alternativos.”

27. Como consecuencia de todo lo anterior, el Dictamen N° 1045/1998 de la CPC estableció¹³ limitaciones a las empresas que presenten un grado de integración vertical relevante con la actividad portuaria, a objeto de asegurar

¹¹ Artículo 23 de la ley 19.542.

¹² “Dada la vinculación natural que existe entre el negocio marítimo y el portuario, quienes manejan un puerto tienen incentivos para utilizar ese control para alcanzar ventajas en los mercados relacionados”, p. 26 Dictamen 1045 CPC.

¹³ Numeral 8, Título XV, en relación con numeral 3, Título XIII, del Dictamen 1045 CPC.

la transparencia y evitar subsidios cruzados, promoviendo la existencia de intereses independientes suficientemente fuertes al interior de las sociedades concesionadas, de modo de propender al manejo de la concesión como un negocio en sí, que maximice su beneficio económico. De esta manera, en su numeral 3.1., dispuso lo siguiente:

“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 mas del 40% de las utilidades de la sociedad concesionaria.”

Señalando a continuación, en su numeral 3.2., que:

“Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga 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 mas 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 movilizado 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 cualesquiera 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 periodo 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.”

28. Por otra parte, en lo relativo a la integración horizontal, el Dictamen N° 1045/1998 estableció, en su numeral 7, del Título XV, restricciones para los concesionarios de puertos estatales:

“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 de 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.

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 deberían 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.”

29. Los criterios del Dictamen N° 1045/1998 fueron corroborados por el Dictamen N° 1280/2004, de la CPC, con motivo de la consulta de Empresa Portuaria de Arica respecto de las condiciones de competencia que debían regular la licitación del respectivo puerto, aunque en esta ocasión la CPC excluyó a los agentes de muellaje de la categoría de usuarios relevantes.
30. También la Resolución N° 11/2006 de ese H. Tribunal mantuvo los criterios del Dictamen N° 1045/1998, aunque relajó en parte las restricciones a la integración vertical, permitiendo una mayor participación de usuarios relevantes en la sociedad concesionaria del frente de atraque del Molo Sur del Puerto de San Antonio, Sitios 1 al 3, San Antonio Terminal Internacional S.A., STI.
31. Por último, es necesario tener presente que la administración, desarrollo, mantenimiento y explotación de los frentes de atraque por parte de sus concesionarios se encuentran regulados por los contratos de concesión respectivos los que, a su vez, deben fundarse en procesos de licitación conforme al Reglamento de Licitaciones Portuarias, Decreto N° 104 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, del año 1998, ceñirse al Reglamento de Uso de Frentes de Atraque respectivo, al Reglamento de los Servicios y someterse a la fiscalización de las empresas portuarias estatales, en su calidad de mandantes, para precaver cualquier conducta anticompetitiva.

III. ANALISIS DEL MERCADO

III.1 MERCADO RELEVANTE

32. La Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado¹⁴.

¹⁴ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

33. De conformidad con el análisis efectuado por esta Fiscalía, se ha definido como mercado relevante del producto el de los servicios portuarios básicos ofrecidos por puertos de uso público¹⁵, entendiendo como básicos los servicios que no se prestan en condiciones de competencia y que, por lo tanto, deben ser contratados obligatoriamente con el concesionario del puerto.

En este sentido, esta Fiscalía ha identificado los servicios de muellaje a la carga, muellaje a la nave y de transferencia de los diferentes tipos de carga.

34. También podría considerarse parte de estos servicios básicos y, por ende, del mercado relevante del producto, el de la refrigeración de la carga, lo cual debería poder ser evaluado con el conjunto de antecedentes que se alleguen al proceso, aunque ya con los disponibles es posible argumentar en tal sentido. En efecto, el 94% de la carga fraccionada y en contenedores movilizada por el Puerto de Coquimbo es refrigerada, lo que corresponde al 82% de la carga total movilizada por dicho puerto. La mayor parte de la carga movilizada por el Puerto de Coquimbo corresponde a carga de exportación, principalmente productos hortofrutícolas (69%). Dicha carga debe mantenerse en condiciones ambientales favorables para la conservación de la calidad del producto. En este sentido, es de vital importancia mantener la cadena de frío de manera ininterrumpida.
35. Con respecto al mercado geográfico, al existir una considerable distancia entre el Puerto de Coquimbo y los puertos de uso público ubicados en regiones aledañas, aquel ha de definirse como el de los frentes de atraque de uso público que pueden atender la nave de diseño del Puerto de Coquimbo¹⁶, localizados en la Región de Coquimbo. La extensión del mercado geográfico se encuentra en concordancia con lo establecido en la Ley de Puertos (artículo 14) y en la jurisprudencia antimonopolio, en particular el Dictamen N° 1045/1998¹⁷.

¹⁵ Los puertos de uso privado no ofrecen servicios al público.

¹⁶ Nave de 186 metros de eslora y 10 metros de calado (ver párrafo 19 de esta presentación).

¹⁷ El Dictamen realizó el análisis de competencia considerando los puertos de la Región de Valparaíso, para el caso de los puertos de San Antonio, y los puertos de la Región del Bío Bío, para el caso de San Vicente.

36. Ahora bien, como ya se indicó, el Puerto de Coquimbo está constituido por un solo frente de atraque. En consecuencia, por no existir otros frentes de atraque de uso público en la Región, el frente de atraque a concesionar es el único oferente en el mercado relevante definido, concentrando el 100% de la oferta de servicios portuarios básicos públicos en la región.

III.2 CONDICIONES DE ENTRADA

37. La Fiscalía entiende que los potenciales efectos restrictivos de la competencia que pudieren derivarse de una operación de concentración se agravan en mercados en que no existe factibilidad de entrada oportuna y suficiente.
38. Se entiende que no existe factibilidad de entrada cuando el entrante lo hace con una escala menor al mínimo viable o con una estrategia de diferenciación dirigida a un nicho de mercado, pues en estos casos el entrante no disciplina a las empresas establecidas.

A. BARRERAS DE ENTRADA

39. La Fiscalía concibe como barreras a la entrada el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar¹⁸.
40. Existen dos posibilidades de entrada para que un nuevo competidor pueda prestar servicios en el mercado relevante, a saber: construir un terminal privado en alguna bahía disponible apta para dicho fin y que un puerto privado de uso privado se convierta en un puerto de uso público. Esta última alternativa se analiza en la sección siguiente, relativa al tiempo y la suficiencia de la entrada al mercado.
41. Respecto de la construcción de un puerto privado que pueda prestar servicios portuarios a carga a granel y a carga general, como se ha señalado, la disponibilidad de bahías abrigadas con profundidades suficientes para la

¹⁸ Fiscalía Nacional Económica. Guía, citada.

construcción de puertos es limitada en la costa de Chile. Esto implica que nuevos entrantes deban hundir cuantiosas inversiones en molos de abrigo, inversiones que no se realizaron en la construcción del Puerto de Coquimbo, toda vez que éste se encuentra localizado en una de las escasas pozas abrigadas naturalmente que posee el país.

B. TIEMPO Y SUFICIENCIA DE ENTRADA

42. Para estos efectos, la Fiscalía considera el tiempo necesario para convertirse en un real competidor y la probabilidad de éxito, y si estos factores justifican las inversiones requeridas.
43. Al respecto, en teoría los puertos de uso privado de la Región de Coquimbo, Guayacán y Punta Chungo, podrían eventualmente ingresar al mercado relevante, atendiendo naves de terceros, si el precio de transferencia de graneles se hace suficientemente atractivo.
44. Sin embargo, además de la resistencia inicial a aquello, pues esos puertos fueron instalados para atender al negocio principal de sus propietarios y no al público, los antecedentes disponibles indican que no sería técnicamente factible que esos puertos graneleros de uso privado transfieran otro tipo de cargas en condiciones competitivas.
45. Por lo demás, en la operación de instalaciones portuarias existen economías de escala. En el artículo de Tovar et al (2005)¹⁹ se hace una revisión de la literatura que ha estudiado la estructura de costos de los puertos utilizando econometría y en él se indica no solo la existencia de economías de escala en la infraestructura, sino que también en el manejo de la carga. En este sentido, los bajos montos de carga movilizados por el puerto de uso público en la región hacen poco atractiva la instalación de un nuevo puerto de uso público.

¹⁹ Tovar B, Jara-Díaz S. y Trujillo L. (2005), "Econometric Estimation of Scale and Scope Economies within the Port Sector: a Review", Maritime Policy & Management, June 2007, vol.34, No.3, pp. 203-223.

46. Por las consideraciones expuestas, es posible concluir que las condiciones de entrada al mercado son desfavorables, lo que torna probable el ejercicio de poder de mercado del concesionario del Puerto de Coquimbo.

IV. RIESGOS PARA LA COMPETENCIA

47. Tal y como señaló la CPC en el Dictamen N° 1045/1998:

" el análisis económico moderno de los problemas de la competencia deja en evidencia que la alta concentración no excluye la posibilidad de que los mercados puedan arrojar un, resultado compatible con el equilibrio de competencia perfecta en el largo plazo, si es que estos mercados son contestables (desafiables). La teoría económica ha definido dos condiciones para que exista un mercado contestable. (a) que los competidores potenciales puedan trabajar en condiciones de costo o calidad del producto idénticas a las empresas establecidas, es decir que no existan barreras de entrada y; (b) que las nuevas empresas deben ser capaces de entrar y salir de la industria a un costo neto nulo.

Ninguna de estas dos condiciones se dan en el caso del sistema de puertos que serán licitados por las empresas portuarias. En efecto, las ventajas naturales que presentan los frentes de atraque que serán licitados en Valparaíso, San Antonio y San Vicente (lo mismo ocurre con Coquimbo) son de tal magnitud que hace improbable que se desarrollen otros puertos que permitan funciones de costos competitivos.

Por las consideraciones expuestas, esta Comisión es de opinión que es indispensable que exista una tarifa máxima determinada por la competencia de los participantes en el mismo proceso de licitación. Mas aún siendo la estructura tarifaria ofrecida por el postulante una de las variables determinantes para la asignación de la concesión.

El paréntesis agregado es nuestro.

48. También hizo presente la CPC, en aquel Dictamen que:

“Asimismo, con el fin de crear una sana competencia entre los monooperadores de los puertos estatales y los puertos privados, y no afectar el derecho de propiedad de los dueños de estos últimos, es necesario que el pago que los operadores deban hacer a las empresas portuarias reflejen el valor económico de la infraestructura que se entrega en concesión”.

49. Esto último ha de tenerse presente aún cuando no se hayan desarrollado en la región de Coquimbo puertos privados de uso público, porque un pago inferior por la infraestructura que se licita inhibiría aquel desarrollo en el futuro, esto es, la competencia potencial, pues la empresa concesionaria amenazada por un entrante, al no requerir amortizar la inversión, podría cobrar precios más bajos que los imperantes en competencia.
50. Ahora bien, en este caso ha de tenerse presente, además, que EPCO pretende licitar una concesión portuaria para la explotación del único frente de atraque del Puerto de Coquimbo, consistente en dos sitios adyacentes y sus respectivas áreas de respaldo, lo que significa entregar a una sola empresa la totalidad de la prestación de servicios portuarios básicos en la Región, esto es, otorgarle el monopolio de un mercado con condiciones de entrada desfavorables.
51. En tal situación, el concesionario del puerto puede abusar de su posición dominante y beneficiar a una empresa relacionada, usuaria del puerto, en perjuicio de sus competidores. De esta manera, puede traspasar su posición de dominio en el mercado de servicios portuarios a un mercado relacionado, como por ejemplo, el transporte marítimo.
52. Existen numerosos trabajos teóricos y empíricos dedicados a estudiar cómo en un mercado se puede ver afectada la competencia cuando una de las etapas del proceso productivo requiere un insumo o infraestructura esencial, que es provisto por empresas integradas verticalmente. Al efecto, un monopolista controlador del insumo o infraestructura esencial tiene incentivos para abusar, negando la provisión o acceso a sus competidores o

discriminándolos en precio o calidad, esto es, saboteándolos²⁰. De esta forma, la integración vertical puede utilizarse para extender el monopolio al mercado integrado.

53. La negativa de provisión o acceso y la discriminación tarifaria en relación con insumos o infraestructuras esenciales controladas por empresas integradas verticalmente han sido latamente estudiadas y al respecto las soluciones más recurrentes apuntan a la imposición del acceso universal, a precios razonables y no discriminatorios, incluso regulados.
54. En cambio, la discriminación no tarifaria o sabotaje y sus remedios son algo más complejos. La problemática, específicamente en relación con las concesiones portuarias, ha sido abordado por Fischer (2002)²¹, que destaca la existencia de incentivos para que la instalación esencial sabotee a los competidores de sus filiales aguas abajo, reduciendo el bienestar social. Al efecto, Fischer recurre a Bear et al (2001)²², que demuestra que una empresa regulada que provee una instalación esencial integrada verticalmente tiene incentivos a sabotear a la competencia, proveyendo una peor calidad de servicio, es decir, saboteando a los demás usuarios de la instalación esencial. Esto porque, si bien el dueño de la instalación no puede apropiarse de ganancias monopólicas a través de la venta de sus servicios, ya que sus precios están regulados, usará, justamente, la discriminación en calidad de servicios para asegurarse rentas monopólicas en el mercado aguas abajo, como en el mercado naviero. Fischer (2002) destaca que las restricciones a la integración vertical utilizadas en Chile son similares a las recomendaciones del trabajo de Bear et al (2001), que limitan la integración vertical con las navieras dueñas del puerto cuando éstas alcanzan un poder de mercado relevante²³.

²⁰ Dada una estructura con una instalación esencial integrada verticalmente, existen otros mecanismos que impactan la competencia: transferencias de costos, información asimétrica y ventaja estratégica.

²¹ Fischer, R. (2002). "Informe sobre las condiciones de licitación del Puerto de Antofagasta". 23 de abril de 2002.

²² Beard, T.R., Kaserman, D.L. y Mayo, J.W. (2001). "Regulation, vertical integration and antitrust". *Journal of Industrial Economics*, XLIX (3), 319-333.

²³ En la misma línea, Pablo Serra, en "Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos", plantea que, aún cuando la regulación obligue a tener precios públicos y no discriminatorios, existen formas sutiles para discriminar por parte de un concesionario que

55. En esta línea, también resulta especialmente interesante el trabajo de Mandy (2000)²⁴, que señala que, si bien en principio los incentivos a realizar sabotaje son ambiguos, éstos aumentan cuando los beneficios que se pueden obtener en el mercado competitivo son grandes con respecto a las utilidades de la facilidad esencial. Este es el caso, por ejemplo, del transporte marítimo, ya que el costo de las actividades portuarias es del orden de 3% al 5% del costo del flete total.
56. El Dictamen N° 1045/1998²⁵ corroboró esos criterios, identificando los riesgos que conlleva la integración vertical en mercados concentrados:

“...la integración vertical de empresas dominantes en fases sucesivas de procesos productivos, puede colocar a participantes minoritarios en el mercado relevante en situaciones de desventaja estratégica...”

“... La experiencia de manejo del negocio portuario deja en evidencia que un operador dispone de múltiples mecanismos para ejercer comportamientos discriminatorios en función de intereses en otras áreas del negocio marítimo. Entre ellas cabe destacar (a) manejo de precios de servicios no regulados; (b) ineficiencia operativa en la nave o la carga (velocidades bajas y retraso en el trámite de la documentación); (c) manejo de áreas de acopio y de otros recursos escasos en los puertos en beneficio de empresas relacionadas; (d) deficiencias en la calidad de servicio a navieras no relacionadas (horarios, contenedores en mal estado) (e) establecimiento de requerimientos administrativos discriminatorios; (f) acceso previo a información privilegiada, ya que si bien la información debe hacerse pública, es posible anticipar discriminatoriamente su entrega lo que constituye una clara ventaja

son difíciles de probar y sancionar. Además, es evidente que en este mercado existe la posibilidad de realizar prácticas discriminatorias, lo que fundamenta la gran cantidad de manuales, reglamentos, instructivos y normativas que intentan evitar dichas acciones. No obstante, siempre es posible ejercer la discriminación burlando los reglamentos.

²⁴ 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*.

²⁵ Página 25 del Dictamen.

para navieras relacionadas y (g) establecimiento de exigencias adicionales a naves de terceros (remolcadores)."

57. Los problemas anteriores se agravan si se considera, como se ha señalado, que la concesión del Puerto de Coquimbo a licitar por EPCO dará origen a un monopolio, como quedó demostrado, a *contrario sensu*, con el análisis de la CPC contenido en el Dictamen N° 1268/2003, que no impuso restricciones a la integración de empresas con motivo de la licitación del frente de atraque del Puerto de Talcahuano, pues en tal caso el concesionario alcanzaría una participación de mercado inferior al 4%, muy lejos del monopolio que ahora se analiza.
58. Al contrario, en este caso cobran vigor los razonamientos del Dictamen N° 1045/1998, que justificó de la siguiente manera las restricciones a la integración horizontal que impuso para la licitación de terminales portuarios de la Región de Valparaíso:
- "(a) escasez de bahías naturales; (b) restricciones para la expansión de las áreas de apoyo; (c) por último, la alternativa de incrementar la capacidad portuaria por medio del mejoramiento de la gestión, a su vez, reduce los incentivos para el establecimiento de nuevos puertos."*
59. Por último, en el caso, podrían además identificarse riesgos de abusos del concesionario del Puerto de Coquimbo en la provisión del servicio de refrigeración previa carga del buque, toda vez que éste es de vital importancia en dicho terminal y una vez licitado no se prestaría en condiciones de competencia.²⁶

²⁶ Es preciso hacer notar que este servicio representa parte importante de los ingresos de otros concesionarios de puertos estatales. Por ejemplo, en el Puerto de San Antonio, los servicios de "Permanencia de contenedores refrigerados en fuentes de poder" y "Conexión, desconexión y monitoreo de contenedores refrigerados" prestados por el concesionario STI representaron aproximadamente un 11% de sus ingresos totales en el año 2007.

V. REMEDIOS

60. Los riesgos que se han identificado requieren resguardos y remedios relativos a la forma de adjudicación de la concesión, a los partícipes de la licitación y al comportamiento del concesionario.
61. Así, la Fiscalía considera fundamental, para lograr los objetivos del mecanismo de competencia ex-ante, que el principal criterio económico de adjudicación de la concesión sea el menor índice tarifario máximo ofrecido por la prestación de los servicios portuarios básicos.
62. Del mismo modo, y a fin de precaver exclusiones a la potencial competencia de puertos privados de uso público, esta Fiscalía considera necesario que el pago que realice la empresa adjudicataria de la concesión refleje el valor económico de la infraestructura que se entrega a explotar.
63. Por otro lado, esta Fiscalía considera necesario que se establezcan, para esta licitación, las restricciones estructurales establecidas por el Dictamen N° 1045/1998, tanto las relativas a la integración horizontal, en resguardo de la competencia potencial, como las relativas a la integración vertical, en resguardo, fundamentalmente, de la competencia entre los usuarios.
64. En relación con las reglas de integración vertical, esta Fiscalía concuerda con la consultante en orden a que no resulta necesario incluir entre los usuarios relevantes, los afectados por esas reglas, a los agentes de naves y a los agentes de muellaje²⁷, con la salvedad de aquellos relacionados con otros usuarios relevantes.
65. Lo anterior, por cuanto efectivamente el agente de naves es un mandatario del naviero, siendo más bien éste o el armador el que decide el puerto atraque. Además, *"el pago que se efectúa a las agencias de naves es muy*

²⁷ "Un agente de estiba y desestiba o empresario de muellaje es aquel que cumpliendo las condiciones establecidas en el artículo 3° de este reglamento, contrate a uno o mas trabajadores portuarios eventuales, con el objeto de efectuar la movilización de la carga entre la nave y los recintos portuarios a los medios de transporte terrestre y viceversa (letra e, Art. 1° D.S. N° 48/86)", página 12, Dictamen 1280/2004.

pequeño dentro del valor total de la cadena de transporte, y usar esa actividad para ejercer poder de mercado no resultaría práctico”, como señala el Dictamen N° 1280/2004, siguiendo a Serra.

66. En cuanto al agente de muellaje, respecto del cual no resulta predicable la menor importancia de su importe, sino al contrario²⁸, su inclusión resulta inocua desde que en el sistema monooperador es el concesionario el que realiza su labor, sin enfrentar competencia, no habiendo en la región un puerto con sistema multioperador que cobije a agentes de muellaje y que compita con Coquimbo.
67. En ambos casos, no obstante, resulta necesario hacer la salvedad de los agentes relacionados con otros usuarios relevantes, navieras, v.gr., pues lo importante a estos efectos habrá de ser la prevención del comportamiento anticompetitivo del grupo económico.
68. En lo relativo al comportamiento del concesionario, resulta necesario que se asegure el respeto de la tarifa máxima con penalizaciones efectivamente aplicables. A este respecto, esta Fiscalía sugiere evaluar la incorporación de las tarifas por los servicios de refrigeración en el grupo de tarifas reguladas, según se ha referido.
69. Por último, para precaver los riesgos de abusos de sabotaje, resulta necesario que la prestación de servicios quede sujeta a estándares mínimos de calidad, con severas sanciones en caso de incumplimiento, sin perjuicio, naturalmente, de la competencia de los organismos de defensa de la competencia, esta Fiscalía y ese H. Tribunal.

Es todo cuanto puedo informar.

²⁸ A modo de ejemplo, en el terminal concesionado por STI en el puerto de San Antonio el ingreso por concepto de transferencia de carga contabilizó el 75% de los ingresos totales por servicios básicos y el 58% de los ingresos totales en el año 2007.

POR LO TANTO,

A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por evacuado informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes a la consulta de autos.

OTROSI: Solicito a ese H. Tribunal tener por acompañada carpeta con antecedentes relevantes tenidos a la vista por esta Fiscalía en la elaboración de este informe.


BSC/REV/TPB/HRF




ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO