



EN LO PRINCIPAL: APORTA ANTECEDENTES
EN EL PRIMER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS
EN EL SEGUNDO OTROSÍ: SE TENGA PRESENTE

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, domiciliado en calle Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, en autos caratulados **"Solicitud de Informe de EMPORMONTT sobre Licitación de Concesión del Puerto de Puerto Montt"**, Rol NC-408-12, a ese H. Tribunal respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 5 y 31 N° 1 del Decreto Ley N° 211, vengo en aportar antecedentes a ese H. Tribunal, respecto de la Consulta de autos en el siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES

I.1. Presupuestos de la Consulta de EMPORMONTT

1. Con fecha 1 de agosto de 2012, la Empresa Portuaria de Puerto Montt (en adelante, indistintamente, **"la empresa portuaria"** o **"EMPORMONTT"**) solicitó a ese H. Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542 de 1997 sobre Modernización del Sector Portuario Estatal (en adelante, simplemente, **"ley de puertos"**) y, en los artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, informar acerca de las condiciones de competencia en las que deberá desarrollarse la licitación pública para la concesión del puerto de Puerto Montt, que comprende la concesión bajo un sistema monooperador de los terminales 1 y 2 ya existentes y la construcción y explotación del futuro Terminal de Panitao¹.

¹ Consulta de EMPORMONTT, páginas 1 y 2.

2. Conforme al proyecto de licitación, la concesión contempla un periodo máximo de duración de 25 años para la explotación de los sitios 1 y 2 del Muelle Comercial del puerto de Puerto Montt y, a su vez, la construcción y explotación del nuevo Terminal de Panitao².
3. En la actualidad, el puerto de Puerto Montt opera en dos áreas determinadas por el tipo de actividad específica que desarrollan; de un lado el Muelle Comercial compuesto por los sitios 1 y 2 donde se atienden las naves de carga general y graneles, de otro lado, el Terminal de Transbordadores que, atendida a la *"estratégica función social de conectividad"*, como se indica en la Consulta, no forma parte de la licitación objeto de autos.
4. El puerto de Puerto Montt moviliza en la actualidad un porcentaje cercano al 1.2% del tonelaje total de carga movilizada por puertos chilenos durante el año 2010³. Es decir, la participación del puerto de Puerto Montt es minoritaria en el contexto nacional, lo que se debe, en opinión de la empresa portuaria, básicamente por una deficitaria infraestructura incapaz de atender naves de línea en coordinación con la evolución internacional⁴. Esto, más las proyecciones de demanda, son las razones fundamentales que justifican, de conformidad a la empresa portuaria, un proyecto como el consultado⁵.
5. Lo anterior sumado al hecho que el actual puerto de Puerto Montt se encuentra situado en una zona fuertemente densificada en el centro de la ciudad, con las consecuentes dificultades de interacción ciudad-puerto, haciendo extremadamente difícil el desarrollo de la infraestructura portuaria necesaria para los requerimientos que el Consultante indica.

² Consulta de EMPORMONTT, p. 10. Ubicado, como se indica en la Consulta, *"en un sector del mismo nombre entre los astilleros Ascon y Walbush, conformado por un área marítima de 1.905.000 m²",* cerca de 20 km del puerto actual de Puerto Montt.

³ Ibid., p. 12. La carga consiste básicamente en importación de graneles sólidos como fertilizantes, materias primas para actividad acuícola, cabotaje y cruceros. Al respecto Cfr. Ibid., pp. 10-11.

⁴ Ibid., p. 6.

⁵ Ibid., p. 12. y p. 13 donde se indica que *"[E]s así como las proyecciones de demanda para la zona, el estrangulamiento urbano y las limitaciones que impone la infraestructura actual, motivaron la decisión del Directorio de EMPORMONTT"*.

6. En virtud de estas consideraciones es que la empresa portuaria ha desarrollado el proyecto de construcción de un nuevo terminal portuario haciendo que esta Consulta presente una serie de particularidades, pues la solicitud a ese H. Tribunal sugiere proveer las condiciones de competencia en la licitación, no solo de la explotación del actual Muelle Comercial sino también para el nuevo terminal.

1.2. El esquema de licitación

7. La explotación del actual puerto de Puerto Montt – el Muelle Comercial – implica la operación de sus sitios 1 y 2. El objeto de la concesión consiste, a este respecto, en la operación en el corto plazo mediante un sistema monooperador de ambos sitios para la movilización de carga de graneles sólidos y líquidos y cruceros, entre otros, con la posibilidad de realizar inversiones en equipo y su mantención. En el mediano y largo plazo, la explotación deberá consistir básicamente en servicios turísticos de cruceros y cargas menores⁶. Con todo, y como habremos de ver más adelante, no se establece en las Bases ninguna cláusula que establezca la obligatoriedad de dicho propósito situación que pudiere presentar algunos riesgos.
8. Por su parte, el proyecto para el futuro Terminal de Panitao consiste en la construcción, a 20 kilómetros del actual puerto de Puerto Montt, de dos nuevos frentes de atraque junto con una explanada de 50.000 m2 destinado al movimiento de carga, tanto de graneles, carga general y contenedores⁷. Los frentes de atraque tendrán las siguientes características; el primero deberá poder atender una nave de diseño de 300 metros de eslora y 14 metros de calado a nivel de reducción de sonda (*post panamax*⁸) y el segundo deberá poder atender una nave de diseño de 250 metros de eslora y 12 metros de calado a nivel de reducción de sonda (*panamax*⁹).

⁶ Consulta de EMPORMONTT, p. 30 y ss.

⁷ Ibid., p. 31.

⁸ De al menos 300 metros de eslora y 13,6 metros de calado. Al respecto, se tuvo en consideración el Informe de la Autoridad del Canal de Panamá, OP Notice to Shipping N° N-1-2012 on Vessel Requirements. Enero de 2012, p. 2 y ss.

⁹ De al menos 230 metro de eslora y 11,0 de calado. *Idem*.

9. Consiguientemente, **el modelo o esquema de licitación propuesto** está dividido en dos etapas. La primera etapa supone la entrega al concesionario de la operación del Muelle Comercial, en los términos señalados y el inicio de la construcción del nuevo Terminal de Panitao, por un plazo que no puede superar los 4 años.
10. La segunda etapa comienza una vez finalizadas las obras de construcción, con la entrada en operación del nuevo Terminal de Panitao, con el traspaso gradual de las cargas del puerto actual de Puerto Montt a este nuevo terminal.
11. Una vez cumplidos 5 años desde la puesta en marcha de la operación del Terminal de Panitao, el concesionario puede restituir a EMPORMONTT las áreas de respaldo de los sitios 1 y 2 del Muelle Comercial o solicitar una prórroga al Directorio de la empresa portuaria por 5 años adicionales. Es decir, desde la adjudicación de la concesión, el concesionario podría mantener por un total de 14 años la explotación del Muelle Comercial en conjunto con la explotación del Terminal de Panitao¹⁰.
12. Como comentaremos más adelante, no existe claridad en el "borrador" de las Bases de Licitación ni en la Consulta, sobre las condiciones para ejercer esta posibilidad por parte del concesionario. Este escenario configura un ámbito de incertidumbre que, como explicaremos, pudiere ser riesgoso en términos de competencia.
13. En síntesis, dada las posibilidades que establece el modelo de la licitación, existen básicamente tres escenarios posibles para el periodo completo de la concesión:
 - a. Explotación de los sitios 1 y 2 del Muelle Comercial por los 4 años que dure la construcción del Terminal de Panitao y su posterior devolución a la empresa portuaria junto con el comienzo de la explotación del nuevo Terminal.

¹⁰ Es necesario tener en cuenta que el concesionario puede en cualquier momento de la concesión, excluir de aquella el uso de los sitios 1 y 2 del Muelle Comercial con la consecuencia de retomar obligatoriamente el área de respaldo. Al respecto, Consulta de EMPORMONTT p. 29.

- b. Explotación del Muelle Comercial ejerciendo el concesionario la posibilidad de mantener el uso del área de respaldo por 5 años adicionales, desde la construcción de Panitao.
- c. Explotación del Muelle Comercial en los términos anteriores más una nueva prórroga de 5 años adicionales, haciendo un total de 14 años, de la explotación conjunta del Muelle Comercial (con sus áreas de respaldo y el uso de los sitios 1 y 2) y el Terminal de Panitao.

II. REGULACIÓN

- 14. La ley de puertos establece en su artículo 7 inciso segundo un mandato para las empresas portuarias de licitar públicamente el otorgamiento de concesiones a terceros para realizar el objeto que indica el artículo 4 de la misma ley¹¹. Por su parte el artículo 14 señala que si la región no contempla otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño del proyecto, deberá contarse con un informe del H. Tribunal sobre las condiciones de competencia en el proceso de licitación que se refiere el artículo 7 ya citado.
- 15. Por su parte, el Decreto N° 104 de 1998 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones que establece las normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7 de la ley de puertos (en adelante, simplemente, "**el Reglamento**") indica que la licitación para la concesión a que se refiere el artículo 7 de la ley de puertos debe regirse tanto por la misma ley de puertos, por este reglamento, por las

¹¹ Señala el artículo 4 que "[L]as empresas tendrán como objeto la administración, explotación, desarrollo y conservación de los puertos y terminales, así como de los bienes que posean a cualquier título, incluidas todas las actividades conexas inherentes al ámbito portuario indispensables para el debido cumplimiento de éste. Podrán, en consecuencia, efectuar todo tipo de estudios, proyectos y ejecución de obras de construcción, ampliación, mejoramiento, conservación, reparación y dragado en los puertos y terminales. Asimismo, podrán prestar servicios a terceros relacionados con su objeto". Por su parte el inciso segundo del artículo 7 del mismo cuerpo legal indica que "[L]a participación de terceros en las sociedades que formen las empresas, la celebración de contratos de arrendamiento y el otorgamiento de concesiones portuarias deberán realizarse mediante licitación pública, en cuyas bases se establecerán clara y precisamente los elementos de la esencia del pacto social, del contrato o de la respectiva concesión portuaria, en conformidad al artículo 50. Durante la vigencia de la concesión, los derechos del concesionario sólo podrán afectarse o limitarse en la forma y condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas. Dichas bases deberán establecer, además, las causales de caducidad de la concesión y determinar la forma en que ella se administrará en el evento que se incurra en alguna, y hasta que se llame a una nueva licitación".

Bases de Licitación y por las propuestas económicas y/o técnicas para la licitación. Todo lo anterior configura el ámbito normativo general que debe guiar la licitación¹².

16. Esto, además, de conformidad al Dictamen N° 1.045 de la H. Comisión Resolutiva que, independiente de que la aplicación directa radica en las regiones de Valparaíso y Biobío, configura el presupuesto jurisprudencial más importante para la determinación de las condiciones de competencia en una licitación portuaria. Junto a él, los Informes N° 3, 4, 5 y 6 delimitan el ámbito de interpretación normativa de las licitaciones de los puertos.
17. Ahora, en lo que respecta a la regulación específica del puerto mismo, por Resolución N° 1.076 de 1999 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones¹³, se aprueba el reglamento de uso de frentes de atraque, además del Decreto N° 48 de 1998 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que fijó la delimitación del recinto portuario del puerto de Puerto Montt, modificado a su vez, por el Decreto N° 122 de 2011 de la Subsecretaría de Transporte que establece el futuro Terminal de Panitao, a más de 20 km del actual puerto, como parte de la zona portuaria que pertenece a la empresa portuaria, posibilitando por tanto, el llamado a licitación pública en las condiciones que se Consultan.

¹² Es fundamental resaltar una y otra vez que tanto la ley de puertos como el reglamento tienen por fin la promoción y protección de la competencia por el puerto y entre los puertos. Tal y como se expone en el mismo mensaje de la ley de puertos "1. Velar por el buen uso de recursos físicos costeros; 2. Promover la competencia entre puertos, y reforzar la competencia al interior de los puertos estatales; 3. Promover la inversión privada y hacer más dinámico el proceso de inversión en puertos; 4. Preservar y fortalecer la eficiencia y la competitividad en las operaciones portuarias, y 5. Procurar un desarrollo armónico de los puertos en relación con el medio ambiente, las áreas urbanas adyacentes y las vías de acceso a ellos". Señala, por su parte, el reglamento en sus considerandos que "1) El promover la inversión privada en los puertos estatales, la que se ha posibilitado a través de la dictación de la ley N° 19.542, y que se reglamenta a través de la presente normativa. 2) Que es necesario fijar condiciones estables para los procesos de licitación de que trata el presente reglamento, así como establecer normas que propicien la libre competencia y otorguen garantías de equidad para los concesionarios de los puertos estatales entre sí y entre éstos y los puertos privados; 3) Que la reglamentación que se dicta, permite ser aplicada a todos los puertos estatales, dando cuenta de sus particularidades, así como de los efectos de los diversos actos y contratos que pueden celebrarse mediante los procesos de licitación pública que se regulan".

¹³ En virtud de la cual se aprueba las modificaciones al recinto port

18. La configuración de este entramado normativo y jurisprudencial tiene básicamente dos consecuencias centrales: por una parte se establece la **vinculatoriedad** de todo el proceso de licitación a esta normativa y a los principios que le subyacen, y por otra parte, supone que los criterios desarrollados tanto por la H. Comisión como por ese H. Tribunal en aplicación de toda aquella normativa, constituyen el contexto referencial en virtud del cual toda licitación portuaria debe someterse.
19. Así, independiente de las particularidades de diseño que pueda presentar este proyecto - entre las que se encuentra, sin duda, la licitación por la construcción y explotación de un nuevo Terminal a 20 kilómetros del actual puerto de Puerto Montt -, debe someterse su análisis bajo estos criterios que *permean*, por decirlo, gran parte del análisis de las condiciones de competencia presentes en este proceso.

III. MERCADO RELEVANTE¹⁴

20. De acuerdo a la definición de mercado relevante adoptada por ese H. Tribunal en procesos previos de licitación portuaria¹⁵, aquel correspondería a los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de puertos de uso público que puedan atender la nave de diseño, que en este caso particular correspondería a la nave de Panitao, considerando cada tipo de carga que podrá movilizar el puerto de Puerto Montt, una vez que se encuentren en funcionamiento las nuevas obras del proyecto a licitar, lo cual involucra carga general, tanto en contenedores como fraccionada, así como graneles líquidos, graneles sólidos y cruceros.
21. Sin embargo, esta Fiscalía estima pertinente desarrollar la definición anterior, atendido el caso particular de este proceso de licitación, ya que si se considera la nave de diseño del nuevo proyecto de Panitao, aquella

¹⁴ 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 mercado. Cfr. "Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales". Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en www.fne.cl.

¹⁵ Al respecto Informe N° 4 p.16, §4, Informe N° 5 p.36, §3 e Informe N°6 p.53, §7, p.54, §1.

correspondería a una nave del tipo *post-panamax*, pero esto no significa que la competencia potencial entre los puertos sea por la carga movilizada mediante naves de dichas características.

22. Por el contrario, en la práctica se aprecia que en su mayoría, las naves que han atracado en el puerto de Puerto Montt poseen esloras de entre [1] y [2] metros, siendo de [3] metros la que mayor eslora presentó durante el año 2010¹⁶. A mayor abundamiento, si consideramos la nave promedio que atiende el Muelle Mecanizado del puerto de Calbuco, en lo que va el 2012, esta correspondería a una cuya eslora alcanza los [4] metros y cuyo calado equivale a cerca de [5] metros¹⁷.
23. De esta forma, sin desconocer el hecho que la tendencia mundial es que las naves sean cada vez de mayor dimensión, esta Fiscalía considera que para efectos de evaluar el mercado relevante del producto, **se tome en cuenta una nave *panamax* más que una *post-panamax***, debido que estas últimas se caracterizan por ser buques de línea, los cuales difícilmente podrían llegar a la región de Los Lagos atendidos los volúmenes de carga que actualmente se movilizan, así como los proyectados¹⁸. Adicionalmente, y reconociendo que la infraestructura portuaria debe desarrollarse pensando en el largo plazo¹⁹, y que, por tanto, la nave de diseño debe ser acorde a ello, este Servicio estima conveniente considerar los puertos de uso público que puedan atender una nave del tipo *panamax*, pero que posean la capacidad de ampliar su capacidad para la atención de buques *post-panamax* en la eventualidad que estos comiencen a atracar en la región²⁰.

¹⁶ Ver al respecto, [6].

¹⁷ De acuerdo a información proporcionada por portuaria Cabo Froward, operador de Calbuco en respuesta a Oficio Ordinario N° 1211 de la FNE.

¹⁸ En lo que sigue del presente informe serán detallados los volúmenes de carga movilizadas, pero cabe destacar, a modo de ejemplo, que para el año 2010, sólo TPS en la región de Valparaíso movilizó 866.000 TEUS (disponible en www.tps.cl) lo cual equivale a [7] veces lo proyectado a movilizar por el puerto de Puerto Montt al año 2015, y [8] veces lo proyectado al año 2021, de acuerdo a las proyecciones de [9].

¹⁹ Las concesiones son generalmente a 20 o 30 años, razón por la que un horizonte de tiempo de tales características debe considerarse al

24. Así las cosas, se considerará como mercado relevante del producto los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de puertos de uso público que puedan atender una nave del tipo *panamax* al momento en que entre en funcionamiento el proyecto de Panitao, y que tengan la posibilidad de expansión para la recepción de la nave de diseño, considerando cada tipo de carga que podrá movilizar el puerto de Puerto Montt, lo cual involucra carga general, tanto en contenedores como fraccionada, como también graneles líquidos, graneles sólidos y cruceros.
25. De acuerdo a lo establecido en la ley de puertos en su artículo 14, el mercado relevante geográfico se presume que está definido por la región de Los Lagos²¹.
26. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que para determinar el ámbito geográfico del mercado relevante, es necesario considerar la sustituibilidad entre los puertos de las distintas regiones, con el fin de verificar si los consumidores pueden sustituir los servicios portuarios de una u otra región o se trata simplemente de un mercado local²².

en un tiempo suficiente con el fin de poder competir efectivamente con Panitao. Esto implica que no ha de tratarse de la posibilidad de la construcción de un nuevo puerto para la atención de este tipo de naves, sino que más bien la adecuación de la infraestructura ya existente, para que de esta manera el tiempo y suficiencia de la entrada posea una capacidad disciplinadora.

²¹ Así, al menos como presunción de hecho, tal y como se desarrolló en el Informe N° 4/2009 de ese H. Tribunal, y como se estableció en el Informe N° 5/2009.

²² Sobre este punto ver, "Port Competition and Hinterland Connections", Joint Transport Research Centre, OECD 2008, donde se estima que un puerto puede ser considerado como sustituto de otro en el evento que sus áreas de influencia se traslapen. Pese a ello, se adiciona que la competencia entre puertos no es perfecta atendido el hecho que las áreas de influencia no se traslapen completamente (p.6). Sin embargo, dicha competencia debe tener la capacidad de disciplinar las tarifas, lo que depende de la existencia de costos de cambio, relacionado directamente con la distancia, los costos de transporte y la relevancia del precio del puerto dentro del valor del flete. Ver también, Ducruet, C., Notteboom, T. y De Langen, P.W., (2009). "Revisiting inter-port relationships under the new economic geography research framework". En: idem (Eds), Ports in proximity: Competition and coordination among adjacent seaports. Aldershot: Ashgate. Además, Pallis, A.A. y Verhoeven, P. (2009), *Does the EU Port Policy strategy encompass 'proximity'?* en: Notteboom T.E., De Langen, P.W. & Ducruet C.B. (eds.), Ports in proximity: competition and coordination among adjacent seaports. Ashgate: Aldershot. Para ejemplificar lo anterior, es necesario considerar la creación de la región de Los Ríos, que excluye de la región de Los Lagos el puerto de Corral. Así, si la licitación se hubiese llevado a cabo el 2009, por ejemplo, puerto Corral si hubiese estado dentro de lo que la ley presume como mercado geográfico.

27. Así lo ha entendido también ese H. Tribunal en su Informe N° 4, donde señala respecto de los artículos 14 y 23 de la ley de puertos que "(...) *tal presunción es vinculante sólo para efectos de determinar la procedencia o no de los informes que exigen esas disposiciones, pero no lo es para determinar las condiciones de competencia del frente objeto de informe, en caso de existir antecedentes que permitan delimitar ámbitos diferentes.*".
28. De esta forma, si consideramos los puertos de uso público que se encuentran en las regiones aledañas a la X región, estos consistirían en los puertos ubicados en las regiones VIII, XIV y XI.
29. Al respecto, si bien existe carga de exportación e importación que utiliza como puertos de embarque y desembarque los de la VIII Región, esto no implica necesariamente que sean sustitutos. De hecho los puertos de la región de los Lagos se encuentran ubicados a más de 600 km. de distancia de los puertos de la región del Biobío²³, existiendo por tanto, un costo de transporte terrestre significativo que debe ser asumido en la eventualidad que se deseara cambiar un puerto por otro²⁴, lo cual limita el efecto disciplinador de los puertos de la VIII región respecto de los de la X. Lo anterior implicaría además, que la competencia más bien sería entre los diferentes medios de transporte, comprendidos por cabotaje y transporte terrestre desde la VIII a la X región, más que en los servicios portuarios propiamente tales²⁵.
30. Respecto de la XIV región, si bien el puerto de Corral puede atender carga general, este se ha especializado en astillas debido a su ubicación geográfica²⁶, lo que está en directa relación con la ubicación de los bosques

²³ Distancia obtenidas de www.vialidad.gov.cl [última visita 27-09-2010].

²⁴ Por ejemplo, de acuerdo a [10] Op. Cit, el costo de un flete terrestre por un contenedor de 20 toneladas de Coronel a Puerto Montt sería de aproximadamente [11], lo que limitaría completamente el poder disciplinador de un puerto con otro.

²⁵ Esto sucede debido a que la tarifa por los servicios básicos de los puertos de la VIII región deberán ser asumidos en la eventualidad que la carga sea transportada vía terrestre o marítima hacia la región de Los Lagos si se trata de cabotaje, por lo que la tarifa de los puertos de Puerto Montt no serían comparadas con los de la VIII, sino más bien sería incluida dentro del costo de transporte marítimo para decidir qué medio utilizar.

²⁶ Al respecto, de acuerdo a información recabada por esta Fiscalía, este se habría especializado en astillas debido a la ubicación de los bosques, y la poca viabilidad de especializarse en carga

utilizados para la producción de astillas, ya que estos se emplazan principalmente en la VIII región, en la IX, VII, VI y XIV²⁷. Adicionalmente, las principales plantas productoras de astillas también se encuentran ubicadas en su mayoría en la VIII región, lo que sumado a la distancia existente entre Corral y Puerto Montt hace dificultosa la sustitución de dicho puerto y aquellos de la X región²⁸.

31. En lo relativo a la XI región, los dos puertos ubicados en Chacabuco se encuentran a más de 600 km de distancia de Puerto Montt, lo que sumado a la difícil conectividad existente en la zona hace dificultosa la existencia de sustituibilidad entre unos y otros²⁹.
32. De esta manera, de acuerdo a la información recabada por esta Fiscalía, el mercado relevante geográfico estaría delimitado por la X región.
33. En consecuencia, de acuerdo a todo lo expuesto precedentemente, para este Servicio el mercado relevante será definido como: *los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de puertos de uso público de la X región que puedan atender una nave del tipo panamax al momento en que entre en funcionamiento el proyecto de Panitao, y que tengan la posibilidad*

general u otro tipo de graneles debido a la ubicación geográfica que posee el Puerto de Corral. [12].

²⁷ Los bosques considerados para la producción de astillas corresponden en su mayoría a eucalipto y pino radiata, siendo la producción de astillas con dichas especies equivalente al 99,4% del total. Con lo anterior, la VIII región posee 49,7% de las plantaciones de eucalipto y pino radiata, mientras que la IX, VII, VI y XIV poseen 18,3%, 14,9%, 6,7% y 6% respectivamente. La X región por su parte, ostenta un 2,3% de las plantaciones de ambas especies, todas cifras correspondientes al año 2010. Cfr. "El sector forestal chileno 2011" INFOR y "Recurso Forestal" INFOR.

²⁸ Existe una distancia de aproximadamente 236 km. entre Corral y Puerto Montt. Adicionalmente, las principales plantas productoras de astillas de la XIV región se encuentran en las comunas de Valdivia, Lanco, Corral y Paillaco, de las cuales sólo esta última se encuentra a menos de 200 km. de distancia de Puerto Montt, particularmente a 168 km. En lo respectivo a las principales plantas de la X región, estas se ubican en Puerto Montt, Purránque y Calbuco, de las cuales la más cercana a Corral corresponde a Purránque, a unos 169 km. de distancia aproximadamente. Las distancias fueron obtenidas de www.vialidad.gov.cl [última visita 01-10-2012], mientras que las principales plantas productoras de astillas fueron obtenidas de "Análisis de la cadena de producción y comercialización del sector forestal chileno: estructura, agentes y prácticas" Informe Final, 2009, Universidad de Concepción, Departamento de Economía.

²⁹ Cabe destacar además, que sólo el puerto de Chacabuco tendría capacidad para atender naves del mismo calado que el sitio 1 del Muelle Comercial (9,3 metros), pero no así de la misma eslora, debido que el primero admite una eslora máxima de 190 metros, mientras que el segundo de 230 metros. Con todo, la empresa portuaria de Chacabuco inició, al momento de la elaboración de este informe, una consulta a ese H. Tribunal para fijar las condiciones de competencia para licitar el puerto de Chacabuco.

de expansión para la recepción de la nave de diseño, considerando cada tipo de carga que podrá movilizar el puerto de Puerto Montt, lo cual involucra carga general, tanto en contenedores como fraccionada, como también graneles líquidos, graneles sólidos y cruceros.

34. En la región de Los Lagos, existe una gran cantidad de puertos, ya sea de uso privado o público, lo cual se debe principalmente a las características geográficas de la región, que posibilita disponer de un número significativo de bahías abrigadas, elemento fundamental para el establecimiento de un puerto.
35. En la Tabla N° 1 se presenta la carga movilizada, ya sea importación, exportación o cabotaje, por los diferentes puertos de la región³⁰.

Tabla N° 1
Carga transferida por Puertos de la X región para el año 2011

Puerto	Comercio exterior		Cabotaje		Total	%
	Exportación	Importación	Embarco	Desembarco		
Puerto Montt	378	508.840	803.678	281.729	1.594.625	48,3%
Calbuco	491.734	153.409	130.017	673.527	1.448.687	43,9%
Quellón	-	-	61.189	83.277	144.466	4,4%
Chaitén	-	-	24.357	72.293	96.650	2,9%
Chonchi	-	-	1.027	8.600	9.627	0,3%
Pargua	-	-	-	3.600	3.600	0,1%
Castro	-	-	1.940	1.512	3.452	0,1%
Quemchi	-	-	-	400	400	0,0%
Total X región	492.112	662.249	1.022.208	1.124.938	3.301.507	100,0%

Fuente: Elaboración propia en base a información de Boletín Estadístico Marítimo de DIRECTAMAR, disponible en www.directemar.cl [última visita 29-09-2011].

³⁰ Es importante resaltar que existe gran cantidad de puertos privados de uso privado, de los cuales gran parte de ellos están integrados con la cadena logística del salmón, y tienen capacidad para atender naves menores. Un ejemplo de ello es el puerto Detroit Chile, que posee sitios con esloras de hasta 48 metros con calados de hasta 9 metros y está especializado en la transferencia de alimentos para peces. Otro ejemplo consiste en el puerto Kochifas, el cual posee un muelle de 120 metros y está relacionado a la industria del salmón y transporte. Se debe mencionar además, que Oxsean no está presente en las estadísticas de DIRECTEMAR presentadas en la Tabla N° 1, a pesar de ser un puerto privado de uso público, pero sólo puede atender naves de hasta 140 metros de eslora, y de acuerdo a información disponible en el plan maestro 2012 de EMPORMONTT, este movilizaría alrededor de [13] toneladas al año, lo que si bien lo constituiría en el tercer puerto de uso público en cuanto a carga transferida, no cambia las relaciones presentadas entre el puerto de Puerto Montt, el puerto de Calbuco y el resto de los puertos considerados. En particular, la participación de Oxsean alcanzaría un [14], mientras Puerto Montt y Calbuco tendrían un [15] y [16] de participación respectivamente.

36. Como se puede apreciar, gran parte de la carga movilizada corresponde a cabotaje, teniendo como principal destino en el caso de Puerto Montt el puerto de Chacabuco (22,6% correspondiente a carga general), y en el caso de Calbuco, recibe principalmente carga de cabotaje (granel liquido) desde los Puertos de Quintero y San Vicente, equivalente a un 37% y 42,1% del total desembarcado respectivamente³¹.
37. Respecto de los puertos de la región, para los cuales existe información disponible, en la Tabla N° 2 se presentan sus principales características, en cuanto a la nave de diseño que pueden atender³².

Tabla N° 2
Características de los Puertos de la región de Los Lagos para el año 2011

Puerto	Sitios	Eslora (m.)	Calado (m.)
Puerto Montt:			
Muelle Comercial	1	230	9,3
	2	156	7,5
Proyecto de Panitao	1	300	14
	2	250	12
Calbuco:			
Terminal mecanizado	1	230	12
Terminal Carga General	1 y 2	68	7
	3	50	17
Puerto de Castro		125	5,5
Puerto de Quellón	9 sitios	Entre 30 y 40	-
Puerto Oxeean	5 sitios	140	14

Fuente: Elaboración propia en base a información de la consulta de EMPORMONTT, página web puerto de Calbuco, Oxeean y EMPORMONTT.

38. En base a la información de la Tabla N°2, de acuerdo a cómo se ha definido el mercado relevante, los puertos que pertenecerían a este, serían Puerto

³¹ Porcentajes obtenidos en base a información disponible en www.directemar.cl [última visita 01-10-2012].

³² Si bien no se cuenta con información detallada de todos los puertos sobre la nave de diseño que pueden atender, si se puede mencionar que principalmente cumplen funciones de conectividad, por lo que sólo estarían en condiciones de recibir naves menores.

Montt y San José de Calbuco³³ ("**Calbuco**"), debido a que este último es capaz de atender una nave *panamax*, y en razón de ello, a juicio de esta Fiscalía tendría la capacidad de expandirse, en un tiempo suficiente, con el fin de atender una nave del tipo *post-panamax*³⁴⁻³⁵.

39. La distribución de la carga movilizada por los puertos de Puerto Montt y Calbuco durante el periodo 2005-2011 se presenta en la Tabla N° 3, mientras que la composición de la carga de cada uno de los puertos mencionados es presentada en los Gráficos N° 1 y N° 2.

Tabla N°3
Distribución carga movilizada (en toneladas métricas) por los puertos dentro del mercado relevante durante el periodo 2005-2011

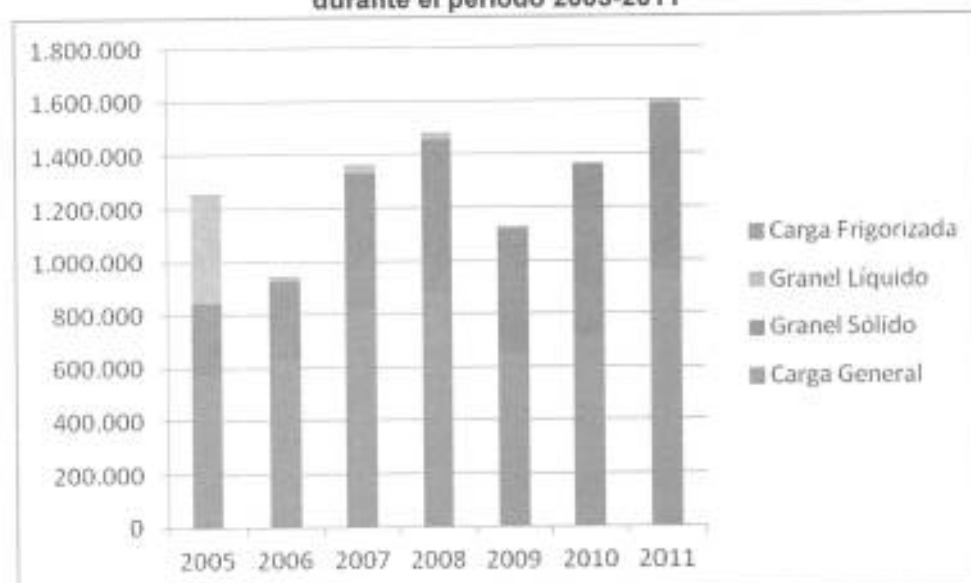
Año	Puerto Montt		Total Puerto Montt	Calbuco		Total Calbuco
	Comercio exterior	Cabotaje		Comercio exterior	Cabotaje	
2005	196.260	1.052.989	1.249.249	378.675	15.549	394.224
2006	208.503	727.676	936.179	442.266	15.326	457.592
2007	394.402	961.441	1.355.843	553.971	31.892	585.863
2008	441.069	1.037.099	1.478.168	406.430	163.583	570.013
2009	398.464	723.830	1.122.294	479.767	88.420	568.187
2010	424.355	936.874	1.361.229	692.235	99.220	791.455
2011	509.218	1.085.407	1.594.625	645.143	803.544	1.448.687

Fuente: Elaboración propia en base a información de Boletín Estadístico Marítimo de DIRECTAMAR, disponible en www.directemar.cl [última visita 01-10-2012]

³⁴[17].

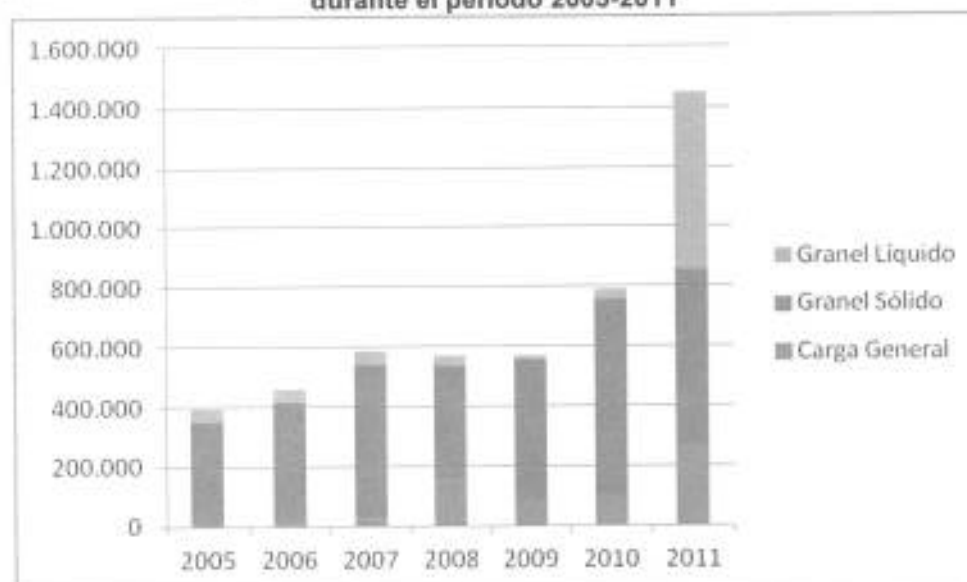
³⁵ Por otra parte, no se considera el puerto de Oxeean a pesar que posee un proyecto de desarrollo de un nuevo puerto en Punta Caullahuapi, debido que no se trata de aumentar la capacidad del puerto actual para atender una nave de diseño de mayor calado y eslora, sino que se trata de construir toda la infraestructura de un nuevo puerto, razón por la cual la inversión que se necesita hundir es mayor que en un proyecto de expansión y el tiempo de entrada sería mayor al de solo realizar la ampliación de un puerto que puede atender naves mayores, además de no poseer un calendario de inversiones que entregue certeza sobre la concreción de dicho proyecto.

Gráfico N° 1
Composición de la carga movilizada (en toneladas métricas) por el puerto de Puerto Montt durante el período 2005-2011



Fuente: Elaboración propia en base a información de Boletín Estadístico Marítimo de DIRECTAMAR, disponible en www.directemar.cl [última visita 01-10-2012].

Gráfico N° 2
Composición de la carga movilizada (en toneladas métricas) por el puerto de Calbuco durante el período 2005-2011



Fuente: Elaboración propia en base a información de Boletín Estadístico Marítimo de DIRECTAMAR, disponible en www.directemar.cl [última visita 01-10-2012].

40. Como se puede apreciar, con el tiempo Calbuco ha ido aumentando su participación en el mercado, debido principalmente al aumento en la carga general transferida, así como también de los graneles líquidos.

41. Ahora bien, si consideramos sólo la carga movilizada por el muelle comercial, excluyendo el terminal de transbordadores, el cual no será objeto de concesión, la carga movilizada por Puerto Montt sería la siguiente.

Tabla N° 4
Carga movilizada (en toneladas métricas) por el
muelle comercial del puerto de Puerto Montt período
[A]

42. Una vez definido el mercado relevante e identificados sus participantes, es necesario analizar la pertinencia para establecer resguardos con el fin de minimizar los riesgos que pudiesen generar conductas contrarias a la libre competencia.

IV. PERTINENCIA DE LAS REGLAS DE RETRICCIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL

IV.1 Reglas de restricción a la integración horizontal

43. El fin y relevancia de las restricciones de integración horizontal han sido latamente discutidos en procesos licitatorios previos sobre puertos, siendo la principal motivación para su implementación la protección y el fomento de la competencia intra puertos y entre puertos³⁶.
44. Sin embargo, en la Consulta presentada por la empresa portuaria ante ese H. Tribunal, se menciona que, en las condiciones actuales del mercado, no existen riesgos a la competencia tales que justifiquen la imposición de estas restricciones. En tal sentido, se argumenta que, dada la existencia de bahías abrigadas, lo que se ve reflejado en la presencia de diversos puertos

³⁶ Tales principios han sido reconocidos además por la H. Comisión Resolutiva en el Dictamen N° 1.045 y por ese H. Tribunal en el contexto de procesos de licitación similares, en particular, los Informes N° 3, 4, 5 y 6. Del mismo modo, esta Fiscalía ha sido consistente, como resulta evidente de los Informes aportados en los procesos de licitación y Consultas que dieron origen a los informes antes mencionados. Solo a modo ejemplar *vid.* Informe FNE aportado al proceso de Consulta de la Empresa Portuaria de Valparaíso para la licitación del frente de atraque N° 2 páginas 13 y ss.

en la región, habría una amenaza de entrada disciplinadora en el caso que se produzca alguna acción contraria a la libre competencia por el concesionario³⁷.

45. En relación a lo anterior, y como se puede desprender de las cifras presentadas en la sección que antecede, la mayor parte de la carga transferida en la región es movilizada tanto por el puerto de Calbuco como el de Puerto Montt, así como también son los únicos puertos presentes dentro del mercado relevante.
46. De esta manera, en la eventualidad que los propietarios del incumbente se adjudiquen la licitación del nuevo puerto de Panitao, poseerían el control monopólico sobre la transferencia de carga dentro del mercado relevante, no existiendo actores de importancia que puedan ejercer una presión competitiva, razón por la que no habrían incentivos para que el proyecto de Panitao ofrezca menores tarifas o mayor calidad de servicios con el fin de captar nuevos clientes, a diferencia de un entrante que si tuviese que competir con el incumbente.
47. Se adiciona a lo anterior, el hecho que una vez realizadas las obras del puerto de Panitao, este tendría eventualmente la capacidad de absorber gran parte de la demanda de la región, siendo indiciario lo anterior de la existencia de sobre capacidad, lo cual a su vez podría tener como consecuencia un efecto disuasivo a la entrada de nuevos competidores³⁸⁻³⁹.

³⁷ Efectivamente, como se indica expresamente en la Consulta, *"la imposición de restricciones horizontales y verticales no tiene fundamento (...) Al corresponder la zona sur a una zona con áreas de influencia más extensas, con competencia existente y con ausencia de barreras naturales a la entrada (corroborado por la existencia de múltiples bahías abrigadas en toda la zona), sumado a los resguardos ya señalados, los riesgos de abuso o coordinación determinados por una eventual concentración horizontal disminuyen notoriamente. Por la misma razón (...) los riesgos de abuso o discriminación tampoco existirían en una eventual integración vertical, lo que fundamenta la solicitud de no imponer en la licitación materia de la solicitud de informe, tales limitaciones"*.

³⁸ Al respecto ver Dixit Avinash. *"The Role of Investment in Entry-Deterrence"*, en The Economic Journal, Vol. 90, No. 357, 1980, pp.95 -106.

³⁹ También se debe tener en cuenta el tiempo y la suficiencia de la entrada. En relación a ello, de acuerdo a lo indicado por diversos actores del mercado [18], el tiempo aproximado para la obtención de una concesión marítima es de alrededor de 4 años, luego de lo cual debe adicionarse el período que demora la realización de las obras de inversión. Se suma a lo anterior, el hecho que para poder competir efectivamente con los puertos presentes en el mercado relevante, es necesaria una inversión significativa con el fin de poder atender la nave de diseño, además de alcanzar los niveles de eficiencia y tarifas de estos, debido a la existencia de una escala mínima eficiente para su funcionamiento, asociado esto con la presencia de economías de escala en la

48. Lo anterior puede apreciarse en la Tabla N° 5, donde se presenta la demanda proyectada para el muelle comercial, considerando que la capacidad de este, de acuerdo a la información disponible en el Plan Maestro 2012 de EMPORMONTT, alcanza [19] toneladas, mientras que la de Panitao correspondería a [20] toneladas al año. Esto implicaría que al año 2021, sólo considerando la capacidad de Panitao, existiría un nivel de ocupación de [21], considerando que la capacidad de [22] millones de toneladas considera el nivel óptimo de 60% para su cálculo.

Tabla N° 5
Proyección de demanda para el muelle comercial (Miles de Toneladas).
[B]

49. A raíz de todo lo señalado precedentemente, la existencia de bahías abrigadas perdería su validez como elemento disciplinador del mercado, y por lo tanto no sería un argumento que justifique el no imponer restricciones a la integración horizontal en el proceso de licitación, restricciones que a su vez, son ampliamente reconocidas como necesarias en la industria portuaria, como ya se mencionara al comienzo del presente acápite⁴⁰.
50. Ahora bien, en lo que respecta al diseño de las reglas de restricción a la integración horizontal, esta Fiscalía considera pertinente lo propuesto por el Dictamen N° 1.045 y recogido, con variaciones, en los Informes de ese H. Tribunal N° 3, 4, 5 y 6. La razón es clara. Tal y como quedó en evidencia en el análisis que antecede, las condiciones de competencia del mercado no son en modo alguno garantía respecto de los riesgos que esta Fiscalía ha constatado⁴¹.

operación de los puertos. Ver Tovar B, Jara-Díaz S. y Trujillo L., "Econometric Estimation of Scale and Scope Economies within the Port Sector: a Review", Maritime Policy & Management, 2007, vol.34. No.3, pp. 203-223. Así, el exceso de capacidad sumado a lo anterior, aumentaría el efecto disuasivo a la entrada de nuevos competidores.

⁴⁰ Ver nota al pie 36.

⁴¹ Dictamen N° 1.045 p. 9. El diseño de la regla de restricción horizontal en el sentido del Dictamen N° 1.045 supone justamente evitar los riesgos que esta fiscalía expuso y que, *mutatis mutandi*, responden a la misma preocupación que sistemáticamente ha sido demostrada por la H. Comisión Resolutiva en aquel Dictamen y continuada por ese H. Tribunal en los informes N° 4, 5 y 6.

51. Así, de conformidad al Dictamen recién citado, sin perjuicio de lo que pueda disponer el H. Tribunal en conformidad a su jurisprudencia más reciente, esta Fiscalía considera adecuado recomendar en el proceso que se informa que las sociedades que participen en más de un 15% en la propiedad u operación de puertos privados, sus controladores y sus accionistas por si o en su conjunto con sus personas relacionadas no podrán participar en más de un 15% en la sociedad concesionaria de un frente de atraque estatal del mismo mercado relevante. Lo anterior, en armonía con lo dispuesto en el título XV de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores⁴².

IV.2. Reglas de restricción a la integración vertical

52. Tal y como se mencionara con las restricciones a la integración horizontal, los riesgos asociados a la integración vertical, y la pertinencia de la aplicación de restricciones para evitar su ocurrencia, han sido ampliamente discutidos en procesos de licitación previos de similares características⁴³.
53. Al igual que en el caso de las restricciones a la integración horizontal, la empresa portuaria ha mencionado que no es necesario aplicar restricciones a la integración vertical atendido el hecho que existirá regulación tarifaria por los servicios básicos y obligación de no discriminación, además de la fuerte competencia y las condiciones de entrada que se encuentran presentes en el mercado en cuestión⁴⁴.

⁴² Con todo, el diseño de esta regla ha sufrido algunas modificaciones en el contexto de procesos de licitación posteriores al Dictamen N° 1.045.

⁴³ Los principales riesgos asociados a la integración vertical tienen relación con la extensión del poder monopólico a un mercado relacionado, pudiendo existir, por ejemplo, denegación de suministro, al tratarse de un insumo esencial, discriminación de tarifas y/o calidad, existiendo sabotaje a los competidores aguas abajo finalmente. Al respecto ver Fischer, R. "Informe sobre las condiciones de licitación del Puerto de Antofagasta", 2002; Beard, T.R., Kaserman, D.L. y Mayo, J.W., "Regulation, vertical integration and antitrust", Journal of Industrial Economics, XLIX (3), 2001, 319-333; Serra, P. "Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos", Conferencia "Competition Policy in Infrastructure Services", BID, 2001; Mandy, M.D., "Killing the Goose That May Have Laid the Golden Egg: Only the Data Know Whether Sabotage Pays" Journal of Regulatory Economics, 2000. En particular este último señala que los incentivos al sabotaje aumentan cuando los beneficios obtenidos en el mercado aguas abajo son elevados respecto de los obtenidos

54. Sin embargo, a pesar que el concesionario no pueda cobrar tarifas monopólicas al existir tarifas máximas, e incluso, a pesar de existir limitaciones a niveles de eficiencia mínimos, este sí podría **discriminar en calidad de servicio** con el fin de asegurar rentas extra normales en el mercado relacionado⁴⁵. En este sentido, se debe tener en cuenta que el mercado aguas abajo puede tratarse tanto del mercado naviero como **cualquier otro eslabón en la cadena logística** de transporte, lo cual podría implicar, por ejemplo, consignatarios, almacenaje y transporte terrestre.
55. En base a lo anterior, esta Fiscalía estima necesario que en la evaluación para incorporar las reglas de restricción vertical, se considere lo establecido en el Dictamen N° 1.045 en lo que respecta a la determinación de los usuarios relevantes, así como también sobre la limitación de participación en la sociedad concesionaria⁴⁶. Con todo, se hace presente a ese H. Tribunal la posibilidad de excluir de la categoría de usuarios relevantes los agentes de nave y los agentes de muellaje atendido la poca influencia que pudieren tener en lo que respecta a decidir sobre el puerto de destino al ser un mandatario de las navieras. Del mismo modo, el agente de muellaje, en el contexto de la licitación de un sistema monooperador, no realiza labores

⁴⁵ Al respecto ver Fischer, R.; Beard, T.R.; Kaserman, D.L. *Op. Cit.* y Mayo, J.W.; Serra, P.; Mandy, M.D. *Op. Cit.* Además esta ha sido una preocupación constante de las autoridades de competencia en derecho comparado. Así, para el caso europeo, "[T]he main problem that was dealt with in port antitrust cases before the Commission and the Court of Justice was (...) difficulties in access to service within a port, usually on the background of legal monopolies protected by the State. The two typical situations were: 1) An undertaking holding monopoly in an upstream market of port services distorting downstream competition (...) 2) Abuse of dominant position by a company holding a monopoly in a certain port service (e.g. mooring, piloting or docks work) and overcharging its clients with respect to the services provided." Al respecto, véase, Working Party N° 2 on Competition and Regulation Competition Concern in Ports and Ports Services. European Union, Junio, 2011.

⁴⁶ El diseño de la regla es en los siguientes términos: "[E]l 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; (...) 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

de estiba y desestiba, no siendo posible incluirlo dentro de los usuarios relevantes.

56. Así, la participación dentro del puerto en cuestión, considerando la carga movilizada en comercio exterior, el consignatario del muelle comercial que mayor participación ostenta, es [23]⁴⁷ alcanzando un [25] de la carga transferida. Esto implicaría que no podría ser calificado como usuario relevante con la información disponible en este momento, pero se debe tener en cuenta que en el mediano plazo no existe certeza sobre la mantención de dicho escenario. Un ejemplo de aquello es Calbuco [26]⁴⁸, pasando dicho usuario a tener la participación mayoritaria dentro del puerto mencionado, con [28] de la carga movilizada⁴⁹.
57. Ahora bien, en lo relativo a la participación considerando la carga total movilizada en la región, [29] posee actualmente cerca del [30] del total movilizado por la región, razón por la que debiese ser considerado como usuario relevante, y en consecuencia, se constataría la relevancia de la imposición de restricciones a la integración vertical a partir de los datos actuales, así como por su relevancia en la eventualidad que algún otro usuario pueda ser calificado como tal en el futuro⁵⁰.
58. En virtud de todo lo anterior, en la actualidad sí se verifica la existencia de usuarios relevantes de acuerdo a lo establecido en el Dictamen N° 1.045, **por lo que esta Fiscalía estima pertinente la imposición de restricciones verticales al proceso de licitación en cuestión.**
59. A pesar de esto, aún cuando no se hubiese constatado la existencia de un usuario que pudiese estar afecto a las reglas en el sentido anotado, seguiría siendo pertinente el establecimiento de dichas reglas justamente con el fin de resguardar la *competencia potencial* en el mercado relevante, y evitar los

⁴⁷ [24].

⁴⁸ [27].

⁴⁹ Información proporcionada por Calbuco y EMPORMONTT a esta Fiscalía en respuesta a oficios ordinarios N°s 1221 y 1227 respectivamente.

⁵⁰ *Idem.*

riesgos ya descritos asociados a la integración vertical⁵¹, ante la eventualidad que durante el período de concesión de 25 años del puerto, pudiese surgir algún usuario o conjunto de usuarios que pertenezcan al mismo grupo económico y que pudiesen ser calificados como usuarios relevantes en el sentido del Dictamen N° 1.045.

60. Lo anterior se encuentra en consonancia con los antecedentes aportados por esta Fiscalía al proceso de Consulta asociado a la licitación del Puerto de Coquimbo⁵², así como también con lo resuelto por ese H. Tribunal en dicho proceso⁵³, en el cuál se impusieron restricciones a la integración horizontal, a pesar de haber sido Coquimbo el único puerto del mercado relevante, con el fin de resguardar la competencia potencial en la eventualidad del ingreso al mercado de algún puerto privado de uso público con capacidad de atender la nave de diseño respectiva.
61. En resumen, la imposición de reglas de restricción a la integración horizontal y vertical, no obedece a circunstancias especialísimas, sino que se han configurado como un resguardo efectivo contra abusos monopólicos para un mercado que estructuralmente presenta riesgos competitivos. Lo anterior no implica, en modo alguno, que las reglas sean definitivas o que los fundamentos que justificaron su imposición no puedan ser revisados bajo nuevas circunstancias. Al contrario, esta Fiscalía ha manifestado en otras ocasiones⁵⁴ que es recomendable su revisión cuando las

⁵¹ Así también en términos de experiencia comparada para el caso de los EE.UU., "[T]he third trend is vertical rather than horizontal. Increasingly over the past few years, ocean shipping lines have been – in addition to horizontally integrating – vertically integrating into the ownership and operation of container terminals, while bulk producers of iron ore, coal, and petroleum have been vertically integrating into the ownership and operation of the specialized bulk terminals used for their products. In a market with a small number of competitors – frequently the case now regarding container terminals, bulk goods terminals, and ocean shipping lines – could control by one competitor of an important facility such as a port terminal be used anticompetitively, by either denying access to the facility to competitors or allowing access under unfavorable terms?" Working Party No. 2 on Competition and Regulation Competition Concern in Ports and Ports Services Submission by the US Department of Justice and the US Federal Trade Commission.

⁵² Al respecto ver Informe de la FNE sobre el proceso de Consulta de la Empresa Portuaria de Coquimbo para la licitación del frente de atraque sitios 1 y 2, páginas 10 y ss. disponible en www.fne.gob.cl.

circunstancias que concurrían para su implementación en un momento no se encuentran presentes o han dejado de ser válidas.

V. TARIFAS DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS

62. El nuevo proyecto de Panitao, considera una importante inversión en infraestructura y maquinarias considerando la cantidad de carga movilizada por la región, razón por la cual se debe asegurar que la eficiencia lograda por este nuevo puerto sea traspasada finalmente a tarifas y calidad de servicio⁵⁵.
63. Por lo tanto, es fundamental que el criterio económico principal de adjudicación consista en el menor índice tarifario máximo ofrecido por los servicios básicos⁵⁶.
64. Al respecto, EMPORMONTT así lo ha considerado pertinente, designando como método de adjudicación el ya mencionado, pero sólo incluyendo los servicios básicos asociados al tipo de carga que actualmente mueve el puerto de Puerto Montt, a pesar que el nuevo proyecto de Panitao también podrá movilizar contenedores y astillas, las que aumentarían eventualmente el peso en el polinomio del índice tarifario en lo que respecta a graneles sólidos⁵⁷.
65. En relación a ello, se encuentra adecuada la medida de incluir sólo la carga que actualmente se moviliza, para evitar la posibilidad de arbitraje entre tarifas, al poder ofrecer un menor valor en servicios que actualmente no son prestados, como contenedores, para disminuir el índice tarifario máximo, y de esta manera poder cobrar un mayor precio finalmente en las cargas que

integración vertical pues las condiciones de competencia en aquel entonces eran lo suficientemente positivas para disipar varios de los riesgos contra la competencia.

⁵⁵ Esto en relación con las economías de escala asociadas a la operación de un puerto. Al respecto Tovar B, Jara-Díaz S. y Trujillo L., *Op Cit*.

⁵⁶ Sobre el particular, este ya es una tesis asentada en la jurisprudencia de ese H. Tribunal, como queda en evidencia en el Informe N°4/2009, p. 23.

⁵⁷ De acuerdo a la información de [31].

se tranzas actualmente, para las que existe un mayor grado de certeza de qué volumen será movilizado.

66. Sin embargo, se hace presente la necesidad de establecer un precio máximo, para los servicios básicos relacionados con las cargas que se movilizarán en un futuro, como son los contenedores, debido a que si bien no existe certeza de la cantidad de TEUS que puedan ser transferidas por el puerto, en las propias estimaciones de demanda por servicios portuarios de EMPORMONTT, se proyecta movilizar alrededor de [32] TEUS durante el año 2015, y alrededor de [33] TEUS al año 2021⁵⁸, y hasta el momento el nuevo proyecto del puerto de Puerto Montt [35]⁵⁹, tratándose, por tanto, de un servicio básico no regulado provisto en un escenario no competitivo.
67. De esta manera se recomienda establecer un *benchmark* competitivo, basado por ejemplo, en la situación de la VIII región, donde se mueve todo tipo de carga, indexando el precio de los contenedores al de carga general y carga a granel, resguardando a los usuarios del futuro proyecto de Panitao del posible establecimiento de precios excesivos, atendida la posición de dominio que este podría ostentar para la transferencia de contenedores.
68. Respecto de las tarifas de los servicios de cruceros, en la eventualidad que dicho servicio sea prestado por el adjudicatario, se recomienda mantener el límite propuesto por EMPORMONTT, esto es permitir como máximo cobrar un precio 10% superior al actual, por todo el periodo de concesión.
69. Adicionalmente, es menester tener presente el establecimiento de un nivel de eficiencia mínimo en la prestación de los servicios básicos del puerto, ya que, si bien al existir una tarifa máxima como resultado de la licitación, se limita un potencial abuso en este sentido, también puede suceder el hecho que dicho abuso de posición dominante se manifieste en una disminución

⁵⁸ [34].

⁵⁹ [36].

de la calidad del servicio, lo cual finalmente tiene un impacto implícito en las tarifas⁶⁰.

VI. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LAS BASES DE LICITACIÓN

70. Uno de los presupuestos centrales que se encuentran detrás de la regla contenida en el artículo 14 de la ley de puertos es someter al análisis del tribunal las condiciones y términos de la licitación contenidos en las respectivas Bases.
71. Efectivamente ese H. Tribunal señaló que el informe que en tal virtud debe pronunciar *"se circunscribe, en cambio, a los términos que deben incorporarse a la licitación que determinará la persona del concesionario monooperador, y a las condiciones de competencia a que éste deberá sujetar su actividad, con el objeto de sustituir la competencia en el puerto, por la competencia por el puerto"*⁶¹. Indicó, además, que sobre las materias a considerar en los informe que pronuncie al respecto se señalará entre otras cosas, *"el marco regulatorio aplicable de acuerdo con la Ley y el respectivo Reglamento de Licitaciones Portuarias (el Reglamento), cuyas normas deben entenderse incorporadas a las bases de la Licitación por el solo ministerio de la Ley."* (énfasis agregado).
72. Sumado a lo anterior, el Reglamento establece expresamente, en su artículo 2, que el proceso de licitación se regirá, además de la ley de puerto, el reglamento, y la propuesta económica, por las Bases de Licitación. Por tanto, la determinación de las condiciones de licitación debe necesariamente considerar la propuesta de Bases de Licitación de la empresa portuaria de Puerto Montt, pues, como se concluye explícitamente, es de la propia naturaleza de la Consulta el análisis de aquella.

⁶⁰ En tal sentido, Kaselimi, Evangelia N., Notteboom, Theo E., Pallis, Athanasios A., and Farrell, Sheila (2011) 'Minimum Efficient Scale (MES) and Preferred Scale of Container Terminals', Research in Transport Economics, Vol. 32, I 1, 2011.

⁶¹ Al respecto, ver el Informe N° 4 TDLC p. 12.

73. Ahora bien, una primera consideración general que observa con preocupación esta Fiscalía es que el "borrador" del modelo de bases que acompañó el Consultante en cuaderno confidencial presenta un marcado carácter inconcluso con varios espacios en blanco, que entorpecen un análisis acabado de las hipótesis de riesgos anticompetitivos en la licitación.
74. Así, particularmente revelador resulta, el punto 2.2 letra b) relativo a la experiencia y patrimonio del oferente, donde se señala que [37]⁶².
75. Por supuesto, esta Fiscalía supone, como es natural, que las condiciones de competencia establecidas en el Informe que ese H. Tribunal elaborará con motivo del procedimiento de autos habrán de modificar y completar el borrador de las Bases de la Licitación, cuestión que hace de suyo el carácter de "borrador", sin embargo, lo anterior no es razón suficiente para que la propuesta de Bases contenidas en el borrador entregado sean imprecisas e incompletas ya que un punto central de esta Consulta es justamente la evaluación de una **propuesta definitiva de Bases**.
76. Lo anterior se ve agravado especialmente por el hecho que el borrador de las Bases de la licitación contiene cláusulas y reglas que efectivamente podrían ser problemáticas en términos de las condiciones de competencia tanto al momento de comenzar el proceso de licitación (al modo del punto 2.2 letra b, ya citado) como una vez adjudicada y puesta en marcha la concesión.
77. Así, volviendo al caso del punto 2.2 letra b, este requisito [38], importa un criterio arbitrario que se establece como un disuasivo para la entrada de la mayor cantidad de competidores, razón suficiente para que ese H Tribunal evalúe su pertinencia. Efectivamente, ¿cuál sería la razón para no someter al análisis sobre las condiciones de competencia en la licitación referida, una cláusula como la anterior? La respuesta es, por supuesto, ninguna.

⁶² Borrador de las Bases de la Licitación p 18.

78. En el mismo sentido anotado sobre la cláusula anterior, el último párrafo del punto 2.13 establece la facultad de la empresa portuaria para [39]" (énfasis agregado).
79. Por lo pronto, la facultad que se confiere la empresa portuaria para [40] es problemático en términos competitivos pues confiere un ámbito de discrecionalidad e incerteza que en una licitación pública genera distorsiones que pueden desincentivar la entrada de competidores⁶³.
80. Además, [41], implica un aumento de la incertidumbre para los eventuales oferentes disuadiendo, en definitiva, su participación en la licitación.
81. A continuación, el punto 3.1.1 sobre las principales obligaciones del concesionario, se indica que el contrato de concesión establecerá las regulaciones requeridas para que el concesionario de cumplimiento a las regulaciones contenidas en la ley de puertos, el reglamento, el informe que dicte ese H. Tribunal con ocasión de esta Consulta y las presentes bases de licitación. Se señala [42]...". (énfasis agregado).
82. Como se observa, se establece una **numeración que no es taxativa**, dejando en suspenso qué otras causales de término anticipado pudiera efectuar la empresa portuaria. Lo anterior configura una cláusula que establece un **ámbito de discrecionalidad** a la empresa portuaria aumentando los riesgos anticompetitivos. Todo esto **agravado por la renuncia de las acciones** contra EMPORMONTT que nos referimos, haciendo particularmente incierto el escenario, desincentivando en definitiva el ingreso de oferentes.
83. Otro aspecto relevante a tener en cuenta corresponde al polinomio del Índice Tarifario Máximo, el cual no se explicita en las bases de licitación, así como tampoco fue entregado de forma íntegra en la información solicitada por esta Fiscalía a la empresa portuaria, sólo siendo indicado los servicios a incluir, y la metodología a utilizar, sin entregar los coeficientes de cada uno

⁶³ Sobre este punto esta Fiscalía llamó la atención sobre una situación similar respecto de las Bases de Licitación para la concesión del frente de atraque N° 2 de Valparaíso.

de sus componentes, lo que aumenta la incertidumbre en el proceso licitatorio.

84. Adicionalmente, en las bases se estipula que durante los 4 primeros años, mientras esté en construcción Panitao, el concesionario deberá efectuar las inversiones que se estimen necesarias para la conservación y mantención de las operaciones en los Sitios N° 1 y N° 2 del Muelle Comercial.
85. Sin embargo, una vez que entre en operación Panitao, el concesionario será propietario por todo el período de concesión de los frentes de atraque, como también de las áreas de respaldo durante 5 años, teniendo la posibilidad, previa aprobación del directorio, de extender su tenencia por 5 años adicionales, lo que podría implicar que **las áreas de respaldo quedarán para el uso del adjudicatario durante 14 años**, sin existir una limitación explícita a la empresa portuaria para que, luego de su devolución, esta no pueda hacer entrega nuevamente al concesionario de las áreas de respaldo durante toda la duración de la concesión.
86. De esta manera, bajo dicho escenario, el actual Muelle Comercial seguiría teniendo la capacidad de atender la misma carga que en el escenario previo a la concesión de Panitao, en el cual transfiere la mayor parte de la carga de la región, pero ahora estaría en manos del adjudicatario del nuevo proyecto, razón por la que se estaría sacrificando la competencia intra-puertos, disminuyendo de esta manera la presión competitiva en el mercado⁶⁴, al tener en cuenta lo ya mencionado en el acápite correspondiente a la pertinencia de restricciones horizontales, sobre el desincentivo al ingreso de nuevos competidores.
87. Por otra parte, lo anterior también podría permitir discriminar en la calidad de servicio, por cuanto el actual muelle comercial no poseerá la misma tecnología que Panitao, razón por la que naves menores podrían ser desviadas para su atención en los Sitios N° 1 y N° 2 del actual Puerto de

⁶⁴ Esto a pesar que una nave de 230 metros de eslora y 11 metros de calado no pueda ser atendida por el Muelle Comercial, ya que en la actualidad, la nave de diseño de este último corresponde a 9,3 metros de calado y 230 metros de eslora, siendo Calbuco y Panitao los únicos que podrían atender la nave en comento.

Puerto Montt. En un sentido similar, otra fuente de discriminación podría encontrarse respecto de la atención de cruceros.

88. Por lo anterior, esta Fiscalía es de la idea de **no permitir extender por más de 5 años la posesión de las áreas de respaldo** por parte del concesionario, teniendo la obligación de devolver la totalidad de estas luego de 1 año de funcionamiento de Panitao (a los 5 años de adjudicada la concesión, considerando los 4 años de construcción de Panitao de acuerdo a lo informado por EMPORMONTT), así como también se contemple la devolución de los frentes de atraque N° 1 y N° 2, con el fin de que dicho plazo se transforme exclusivamente en un período de transición en el cuál se traslade la totalidad de la carga a Panitao, con excepción de los cruceros, y además se explicita en las bases que no existirá la posibilidad de retornar las áreas de respaldo ni los frentes de atraque al concesionario luego de que se realice la devolución total de estas.
89. Por otra parte, en relación con lo descrito previamente, es menester señalar que EMPORMONTT ha señalado a esta Fiscalía que entregar el Muelle Comercial en concesión, es con motivo que el concesionario pueda tener un flujo de caja en el corto plazo, y hacer de esta manera más atractivo el proyecto, dados los niveles de inversión requeridos⁶⁵.
90. Al respecto, es imperioso señalar a ese H. Tribunal, que si la construcción de un nuevo puerto en Panitao es en extremo necesaria, entonces no existiría la necesidad de entregar el Muelle Comercial como un "incentivo adicional" al adjudicatario, ya que el proyecto sería económicamente atractivo por sí sólo.
91. En este sentido, en la eventualidad que la condición de devolver de forma integra los frentes de atraque N° 1 y N° 2, junto a sus áreas de respaldo, sea considerada como un factor que aumente la probabilidad de declarar desierta la licitación en cuestión, al disminuir el atractivo del proyecto, entonces dicho resultado sería una "prueba de mercado" indiciaria de que

⁶⁵ De conformidad a [43].

no existe una urgencia real por el proyecto, razón por la que este debiese ser postergado o modificado en su diseño.

92. Como se observa, el "borrador" de las Bases de Licitación presenta una serie de reglas y cláusulas que pudieren ser complejas en términos de competencia, pero que **esta Fiscalía no puede evaluar con su debida detención al no existir información completa**, aumentando pues la incertidumbre *ex ante* para una licitación⁶⁶ y donde la empresa portuaria, de manera equivocada, como quedó expuesto, intenta descartar preocupaciones sobre las condiciones de competencia sin siquiera proveer información completa.
93. Y claro, suponer que la empresa portuaria no se encuentra en la obligación de proveer una versión completa, en el sentido expuesto, importa asumir que la discusión sobre las condiciones de competencia debe circunscribirse al acotado ámbito de la pertinencia de las reglas de restricción a la integración horizontal o vertical. Dicha interpretación es equivocada.
94. Por todo lo anterior, este Servicio es de la opinión que el Consultante provea al H. Tribunal y a esta Fiscalía un ejemplar de la versión definitiva y completa, *mutatis mutandi*, de las bases de licitación con las incorporaciones, modificaciones y recomendaciones pertinentes que se establezcan en el Informe que ese H. Tribunal emitirá con ocasión de la Consulta de autos de modo tal de lograr una revisión completa y acabada de los verdaderos riesgos anticompetitivos en la licitación del puerto de Puerto Montt.

⁶⁶ Así lo ha afirmado ese H. Tribunal por ejemplo en sentencia Rol N° 105/2010 en su considerando Centésimo decimosexto: "[Las Bases deben garantizar] la posibilidad de competir en condiciones que aseguren la igualdad jurídica para hacerlo, en el sentido de otorgar oportunidades equivalentes a todos los interesados que potencialmente pudiesen prestar los servicios a subsidiar de manera económica y técnicamente factible (...)".

VII. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo afirmado en este informe, esta Fiscalía puede concluir lo siguiente:

- i. El objeto de la Consulta consiste tanto en la licitación para la explotación del Muelle Comercial del puerto de Puerto Montt como la construcción y explotación del nuevo Terminal de Panitao.
- ii. La empresa portuaria indicó que la existencia de bahías abrigadas así como la fuerte competencia en la zona hacen innecesario la imposición de restricciones horizontales y verticales.
- iii. La mayor parte de la carga transferida en la región es movilizada tanto por el puerto de Calbuco como el de Puerto Montt.
- iv. En la eventualidad que los propietarios del incumbente se adjudiquen la licitación, poseerían el control monopólico sobre la transferencia de carga, no existiendo actores relevantes que puedan ejercer una presión competitiva, no habiendo incentivos para que Panitao ofrezca menores tarifas o mayor calidad de servicios para captar nuevos clientes, a diferencia de un entrante que si tuviese que competir con el incumbente.
- v. Adicionalmente, Panitao, tendría la capacidad de absorber toda la demanda de la región, con tasas de ocupación del 60%, teniendo como consecuencia un efecto disuasivo a con la consecuencia de disuadir la entrada de nuevos competidores.
- vi. Esto hace que la existencia de bahías abrigadas no sea un elemento disciplinador del mercado, por lo que no se logra justificar la inconveniencia de imponer restricciones a la integración horizontal en el proceso de licitación de conformidad a lo propuesto por el Dictamen N° 1.045 **razón por la que esta Fiscalía estima necesario su imposición.**

- vii. En el mismo sentido anterior, y sumado el hecho que existe regulación tarifaria por los servicios básicos y prohibición de discriminación, la empresa portuaria afirma la innecesaridad de aplicar restricciones a la integración vertical.
- viii. A pesar que el concesionario no pueda cobrar tarifas monopólicas al existir tarifas máximas, y estándares mínimos de eficiencia, aquel podría discriminar en términos de calidad de servicio con el fin de asegurar rentas extra normales en el mercado aguas abajo.
- ix. **Esta Fiscalía estima pertinente la imposición de restricciones verticales al proceso de licitación en cuestión,** con el fin de resguardar la competencia potencial en el mercado relevante.
- x. En lo que a tarifa importa, se hace presente la necesidad de establecer un precio máximo para los servicios básicos relacionados con las cargas que se movilizarán en un futuro, como son los contenedores, estableciendo un *benchmark* competitivo.
- xi. En fin, la determinación de las condiciones de licitación debe necesariamente considerar la propuesta de Bases de Licitación de la empresa portuaria de Puerto Montt.
- xii. Lo anterior es particularmente relevante toda vez que el borrador de las Bases de la licitación contiene cláusulas y reglas que efectivamente podrían ser problemáticas en términos de las condiciones de competencia *ex ante* y *ex post*.
- xiii. Adicionalmente, en virtud del diseño de la licitación propuesto en las Bases, desde la adjudicación de la concesión, el concesionario podría mantener por un total de 14 años la explotación del Muelle Comercial en conjunto con la explotación del Terminal Panitao.
- xiv. Por lo anterior, esta Fiscalía es de la idea de **no permitir extender por más de 5 años, desde la adjudicación, la explotación de las áreas de**

respaldo por parte del concesionario, teniendo la obligación de devolver la totalidad de estas luego de 1 año de funcionamiento de Panitao.

- xv. Finalmente, este Servicio es de la opinión que el Consultante provea al H. Tribunal y a esta Fiscalía un ejemplar de la **versión definitiva de las bases de licitación con todas las incorporaciones, modificaciones y recomendaciones** pertinentes que se establezcan en el Informe que ese H. Tribunal efectúe con ocasión de la Consulta de autos.
- xvi. En adición a esto, solicitamos a ese H. Tribunal que tenga a bien indicar a la empresa portuaria que remita a esta Fiscalía todas las modificaciones, enmiendas, correcciones e interpretaciones **sobre el objeto del contrato** de concesión que se lleven a cabo durante toda su ejecución para poder fiscalizar correctamente el cumplimiento de los presupuestos establecidos en esta causa.

Es todo cuanto puedo informar,

POR TANTO,

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

PRIMER OTROSÍ: Solicito se sirva ese H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos, bajo los apercibimientos legales correspondientes:

1. Anexo Confidencial I, que contiene referencias correspondientes a la información confidencial utilizada en esta presentación.
2. Anexo Confidencial II, que contiene las referencias correspondientes a las tablas elaboradas en base a información confidencial en este informe.
3. Anexo Confidencial I Versión Pública.
4. Anexo Confidencial II Versión Pública.
5. CD con archivos digitales que contienen las Bases de datos.

Sírvase H. Tribunal decretar la confidencialidad de los documentos signados en los numerales 1, 2, y 5, y su custodia por el Sr. Secretario, en atención a que contienen información sensible para las personas de quienes emanan por contener información comercial relativa a sus empresas, y por cuanto su conocimiento por personas ajenas a ese H. Tribunal o a funcionarios de esta Fiscalía puede perjudicar de manera significativa la investigación llevada a cabo por esta Fiscalía, así como los intereses económicos y profesionales de las personas que han aportado información a esta Investigación.

SEGUNDO OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 11 de ese H. Tribunal, sírvase V.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá al Sr. Secretario, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.