

APORTA ANTECEDENTES

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, en autos caratulados “Solicitud de Informe de EPV sobre Licitación de Concesión Portuaria del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso”, Rol NC N° 313-08, 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 el siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 9 de septiembre de 2008, Empresa Portuaria de Valparaíso –en adelante también EPV– solicitó a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 19.542, de 1997, sobre 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 frente de atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso, destinado a la transferencia de carga general, proponiendo al efecto:
 - a) Licitación de la concesión portuaria bajo el esquema Monooperador;
 - b) Dar aplicación a las mismas reglas fijadas en el Dictamen N° 1.045, de la H. Comisión Preventiva Central, de 21 de agosto de 1998, con la salvedad que se señala a continuación;
 - c) Levantar la restricción a la integración horizontal establecida en el citado Dictamen N° 1045/1998, sólo respecto de los accionistas y controladores del concesionario TPS, considerando el sistema licitatorio en dos grupos, explicado en las bases;

- d) Utilizar como criterio de adjudicación económica el monto de dinero ofertado por tonelada transferida, fijando de esta manera las tarifas máximas de los servicios básicos en el mismo nivel que las definidas en el contrato con TPS.
2. En su presentación, EPV previene a V.S. que la consulta de autos es de carácter voluntario, por cuanto -en la especie- no se cumplirían las condiciones establecidas en la Ley N° 19.542. En particular, existe un puerto estatal multioperado en la Región, capaz de atender la nave de diseño del terminal que se pretende entregar en concesión: Espigón de San Antonio.
 3. Respecto de la industria portuaria, EPV expone que la tendencia mundial de los puertos es a la especialización. El Puerto de Valparaíso no está ajeno a dicha realidad, y evolucionó desde un terminal mixto a uno de carga general, tanto fraccionada como en contenedores. Asimismo, la participación de la carga fraccionada, en el total de carga movilizada por el Puerto de Valparaíso, ha disminuido respecto de la carga en contenedores, desde un 33.5% en el año 2000 a un 8.2% en el año 2007.
 4. A continuación, EPV señala que el Puerto de Valparaíso se encuentra en niveles de transferencia cercanos a su capacidad máxima, estimada entre 10,5 y 11,0 millones de toneladas anuales. En efecto, expone, la tasa de crecimiento promedio anual que ha exhibido la carga movilizada por dicho puerto, entre los años 2000 y 2007, fue de 13,8% y se estima que el 2008 la transferencia se situará entre 8 y 9,7 millones de toneladas. En consecuencia, en el 2011 el Puerto de Valparaíso no estará en condiciones de satisfacer la demanda por servicios portuarios, estimada por sobre los 11,3 millones de toneladas anuales.
 5. En consecuencia, EPV considera que es necesaria la concesión del frente de atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso o Espigón, consistente en los sitios 6, 7 y 8, y su proyecto de desarrollo, para mantener una oferta de servicios portuarios en Valparaíso acorde con el crecimiento de la demanda. De no efectuarse la licitación del Terminal N°2 propuesta, la competencia interportuaria en la Región, señala la solicitante, se vería seriamente

- perjudicada, toda vez que, al encontrarse copada la capacidad de transferencia del Puerto de Valparaíso, las empresas navieras se verían obligadas a atenderse en el Puerto de San Antonio, sin otra alternativa.
6. Cabe destacar que, a diferencia de la concesión del Terminal N°1, adjudicada en el año 1999 a la empresa TPS, la concesión del Terminal N°2 considera significativas inversiones en infraestructura. En efecto, la presentación de EPV señala que el proyecto de desarrollo para el Terminal N°2 considera una ampliación del terminal en una extensión de 1.000 metros hacia el sur-orientado, creándose de esta manera 3 nuevos sitios especializados para la atención de naves post-panamax, incluyendo infraestructura y equipamiento¹, y unas 20 hectáreas de nuevas áreas de respaldo. Si bien el proyecto está orientado a la transferencia de contenedores, también movilizará carga fraccionada –principalmente fruta– y recibirá cruceros turísticos.
 7. El proyecto –con una inversión total estimada en US\$ 350 millones- se construirá en etapas, tal como se muestra en la Figura N°1. Se iniciará con la construcción de a lo menos un sitio, con sus correspondientes áreas de respaldo, de manera de adicionar capacidad sin limitar la operación de los sitios existentes. Luego proseguirá con el desarrollo de los otros sitios, con sus áreas de respaldo, en una o dos etapas. Con el desarrollo de este proyecto, EPV estima que el Puerto de Valparaíso alcanzará una capacidad de transferencia total de 20 millones de toneladas.
 8. De acuerdo a las condiciones establecidas por EPV, la concesión contempla la ejecución de proyectos obligatorios y otros de carácter opcional, que tienen por objeto, tal como se anticipó, transformar el frente de atraque en un terminal especializado en contenedores para naves tipo panamax² y post-panamax³. En general, la infraestructura deberá estar diseñada para permitir la instalación y operación de grúas de transferencia de carga tipo Gantry y de manejo de patio tipo RTG, como las que operan actualmente en el terminal N°1 de Valparaíso. Los proyectos obligatorios corresponden a la construcción

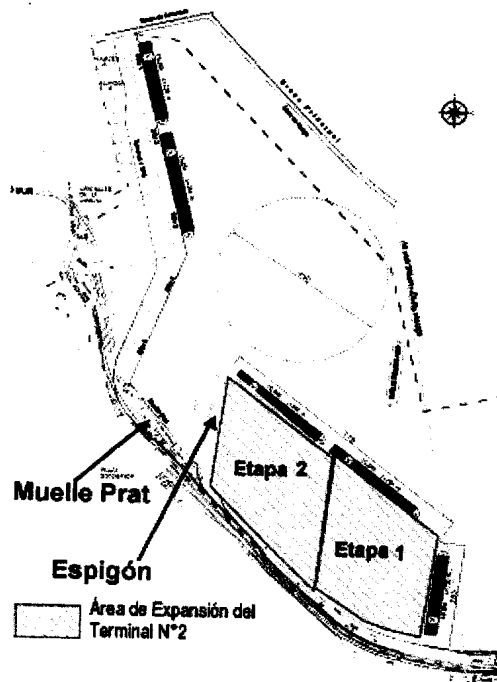
¹ El espigón actualmente tiene limitaciones físicas para instalar grúas tipo Gantry, fundamentales para prestar servicios portuarios a naves porta contenedores de manera competitiva.

² De 230 metros de eslora y 11,0 metros de calado.

³ De 300 metros de eslora y 13,6 metros de calado.

y habilitación del primer y segundo sitio del Terminal N°2, el último día del tercer y décimo año contractual, respectivamente, cuya inversión se estima en US\$ 190 millones. En el caso de construir un tercer sitio opcional para la atención de naves post-panamax, el plazo de la concesión se prorrogará por un periodo de 10 años. La inversión de este último proyecto opcional se estima en US\$ 157 millones.

Figura N° 1:
Etapas del desarrollo del proyecto del Terminal N°2 de EPV



FUENTE: http://www.epv.cl/contenido/desarrollo_proyectos/terminal2.asp

9. Respecto de los riesgos para la libre competencia que conllevaría la elección del sistema monooperador como esquema de operación del Terminal N°2, EPV sostiene que cuenta con instrumentos efectivos para asegurar que éste sistema no signifique una restricción a los usuarios del puerto, en particular el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque.
10. EPV expone que los accionistas y controladores de TPS han solicitado a EPV el alzamiento de las restricciones a la integración horizontal para poder así participar en la licitación en cuestión.
11. Agrega la consultante que las restricciones horizontales y verticales que estableció la H. Comisión Preventiva Central en su Dictamen N° 1045,

cumplieron su objetivo de establecer un sistema portuario dinámicamente competitivo en la V Región, al menos en el mercado de contenedores. **Estos resultados podrían explicarse además, según EPV, por el efecto disciplinador de la autoridad respecto de la posibilidad de entregar en licitación el terminal multioperado en cada uno de los puertos.**

12. Refiriéndose a la definición del mercado, EPV sostiene que no hay sustitución entre el transporte de carga a granel y el transporte de carga general y, en consecuencia, define a los competidores en el mercado relevante como *“los frentes de atraque o terminales portuarios que ofrecen servicios de transferencia de contenedores y capaces de atender la misma nave de diseño del frente de atraque que se pretende licitar”*. Geográficamente, señala que el mercado se circunscribe a la Región de Valparaíso. Las condiciones de entrada a este mercado serían difíciles, debido principalmente a la escasez de bahías abrigadas en la costa de Chile.
13. Respecto de la licitación simultánea con San Antonio, EPV señala que ésta aumentaría el riesgo de que los operadores elijan participar sólo en la licitación del Espigón de San Antonio, lo que en definitiva reduciría el número de interesados en la Licitación del Terminal N°2 de Valparaíso.
14. EPV reconoce que existe un efecto de desincentivo a la participación en el proceso de licitación del Terminal N°2 del Puerto de Valparaíso si se permite la participación de Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A. (TPS) o sus accionistas. Sin embargo, dada la urgencia de contar con nueva capacidad portuaria en el mediano plazo, debido a la congestión esperada, el riesgo de fracaso de la licitación es demasiado costoso.
15. En consecuencia, EPV propone un solo proceso de licitación, con dos grupos de propuestas. En el primer grupo, participarían interesados no limitados por las restricciones establecidas en el Dictamen N° 1045/1998. En el segundo grupo, participarían empresas relacionadas o accionistas de TPS. En el caso de no poder adjudicar la concesión al primer grupo, se abriría la propuesta del segundo.

16. Como criterio económico de adjudicación, EPV propone utilizar la mayor cantidad de dinero ofertada por cada tonelada transferida (“Pago unitario Adicional”), sujeto a un máximo, que en caso de alcanzarse por más de un interesado, se desempatará por mayor pago adicional. Esto, según la empresa portuaria, por una parte le entrega una justa retribución por la explotación comercial de sus bienes y, además, se encuentra en conformidad con las cláusulas establecidas en el contrato firmado con TPS. Respecto de la tarifa máxima de los servicios básicos, éstas se establecen en el mismo nivel que las establecidas en el contrato suscrito con TPS.
17. EPV expone que, al igual que en los contratos de concesión firmados por las empresas portuarias con anterioridad, la calidad del servicio se encuentra regulada en el contrato respectivo, indicando los tiempos de ocupación y tiempos de espera máximos, con sus respectivas multas en caso de incumplimiento.

II. LA INDUSTRIA

II.1. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

18. 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 internacional⁴.
19. 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 representan una fracción menor del costo total de esta cadena logística, aproximadamente un 10 a 15%.

⁴ 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>.

20. Un elemento que se debe considerar en el análisis es que la costa chilena se caracteriza por ser abierta, desabrigada y de poca profundidad⁵. 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 reducidas⁶. Entre otras cosas, de lo anterior se colige que los puertos constituyen infraestructura esencial en el transporte de carga marítima⁷.
21. 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 propietario⁸. 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 Portuarias⁹, o bien por empresas privadas mediante el régimen de concesiones, en virtud de la Ley N° 19.542.
22. 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

⁵ Sistema Portuario de Chile 2005, p.17.

⁶ 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>.

⁷ Serra, "Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos", p.28.

⁸ 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.

⁹ 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)".

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.”

23. 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.”¹⁰

24. En esta línea, en una primera etapa se licitaron los frentes de atraque más significativos del sistema estatal ubicados en los puertos de Valparaíso, San Antonio y Talcahuano-San Vicente, y, en una segunda etapa, los principales frentes de atraque estatales ubicados en la zona norte del país y pertenecientes a los puertos de Antofagasta, Iquique y Arica.

¹⁰ 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.

25. La asignación de las concesiones de explotación y administración de los frentes de atraque estatales siguió parcialmente el modelo conocido como “*Licitación a la Demsetz*”¹¹, en el que las empresas interesadas en prestar el servicio compiten “*por la cancha*” y no “*en la cancha*”. Este tipo de regulación intenta replicar el resultado de un mercado contestable¹², al adjudicar la concesión a la empresa que ofrece suministrar el servicio al menor precio o a la estructura de precios más eficiente. De esta forma, para adjudicar las concesiones de los frentes de atraque de puertos estatales chilenos se consideraron dos criterios:

- i. Índice tarifario. Valor calculado a partir de cuatro tarifas: muellaje a la nave, muellaje de carga, transferencia de contenedores y transferencia de carga fraccionada; y
- ii. Canon o pago al Estado. En caso de empate por el valor ofrecido en el índice tarifario las empresas competían con un pago por desempate.

26. Cabe destacar que, durante los últimos años, ha aumentado considerablemente la importancia de los servicios no básicos dentro del ingreso total percibido por los concesionarios. Por ejemplo, la siguiente Tabla muestra que el año 2007 los ingresos provenientes de servicios especiales, aumentaron de manera significativa su peso relativo dentro de los ingresos totales de TPS, respecto del año 2005.¹³

¹¹ Demsetz (1968), “Why Regulate Utilities”, *Journal of Law and Economics*.

¹² La teoría de los mercados contestables fue desarrollada por los economistas William Baumol, John Panzar y Robert Willig en los años ochenta, y plantea la posibilidad de que un mercado en el que hay sólo una empresa funcione competitivamente, como si hubieran muchas empresas compitiendo.

¹³ Según información enviada por STI a esta Fiscalía, la razón ingresos por servicios básicos a ingresos por servicios no básicos, se ha mantenido más estable (en torno a 3).

**Tabla N°1:
Importancia Relativa de Ingresos de TPS por Tipo de Servicio**

	2005	2006	2007
Ingresos Servicios Regulados	73,68%	70,09%	67,60%
Transferencia de Contenedores	39,18%	44,37%	47,79%
Transferencia de Carga General Fraccionada	17,85%	10,54%	6,08%
Muellaje a la Carga	6,54%	6,80%	7,20%
Muellaje a la Nave	10,11%	8,38%	6,53%
Ingresos Servicios No Regulados	26,32%	29,91%	32,40%
Almacenaje Contenedores	3,39%	6,86%	12,30%
Almacenaje Carga General	1,20%	0,97%	1,00%
Consolidación / desconsolidación de contenedores	3,43%	4,40%	3,83%
Servicio reefer a contenedores	9,13%	11,57%	11,50%
Pasajeros	1,56%	1,57%	1,09%
Otros	7,61%	4,54%	2,67%
Ingresos Totales	100,00%	100,00%	100,00%

FUENTE: Elaboración propia, sobre la base de información entregada por TPS.

27. Es preciso notar que los frentes de atraque pueden especializarse en una o más formas de transporte marítimo, como son el transporte de carga general en contenedores, el transporte de carga general fraccionada y el transporte de carga a granel, sea en estado líquido o sólido. Tal como lo indica la consultante en su presentación, los proyectos portuarios a desarrollar en los espigones de los puertos públicos de la Región están orientados a la transferencia de carga general, tanto fraccionada como en contenedores.
28. Lo anterior se puede deducir de Tabla N°2, que muestra la carga movilizada por los frentes de atraque de la Región de Valparaíso, ya sean éstos de uso público como uso privado. Los puertos graneleros de uso privado de la bahía de Quintero —esto es, Oxiquim Quintero y Quintero— transfieren principalmente graneles líquidos (99%). El Puerto de Ventanas, de uso público, pero de propiedad privada, moviliza principalmente graneles, tanto líquidos como sólidos. De los frentes de atraque de propiedad estatal, el sitio 8 del Puerto de San Antonio transfiere exclusivamente graneles sólidos, en su mayoría limpios. Los frentes de atraque del Puerto de Valparaíso movilizan exclusivamente carga general, y el espigón, a diferencia del Terminal N°1, moviliza mayoritariamente carga fraccionada. En los frentes de atraque sur del Puerto de San Antonio —el molo y el espigón—, la principal carga movilizada es carga general; no obstante, éstos terminales, a diferencia de sus símiles en el Puerto de Valparaíso, también movilizan graneles.

**Tabla N°2:
Transferencia de carga por frente de atraque el año 2007**

Frente de atraque	Puerto	Graneles Sólidos	Graneles Líquidos	Contenedores	Fraccionada
Terminal N°1 (TPS)	Valparaíso	0	0	8149518	723891
Espigón (EPV)	Valparaíso	0	0	288868	551442
Molo (STI)	San Antonio	1499433	911094	5003407	479928
Espigón (EPSA)	San Antonio	786740	5564	1561449	547074
Sitio 9 (EPSA)	San Antonio	0	70287	0	0
Sitio 8 (Panul)	San Antonio	1775913	0	0	0
Puerto Ventanas	Puerto Ventanas	2823395	1358863	0	211776
Oxiquim Quintero	Oxiquim Quintero	0	1058351	0	0
Quintero	Quintero	78978	12076782	0	0
Total		6964459	15480941	15003243	2514111

FUENTE: Presentaciones de EPV y EPSA en los autos Roles NC N°313-08 y N°317-08, respectivamente.

29. La Tabla N°3, por su parte, muestra que a través de los puertos de Valparaíso y San Antonio se moviliza cerca del 60% de la carga contenedorizada a nivel nacional y un porcentaje importante del total de carga fraccionada movilizada en los puertos chilenos, por lo que es de gran importancia para el desarrollo de la economía chilena, el asegurar un funcionamiento óptimo del sistema portuario de la Región de Valparaíso.

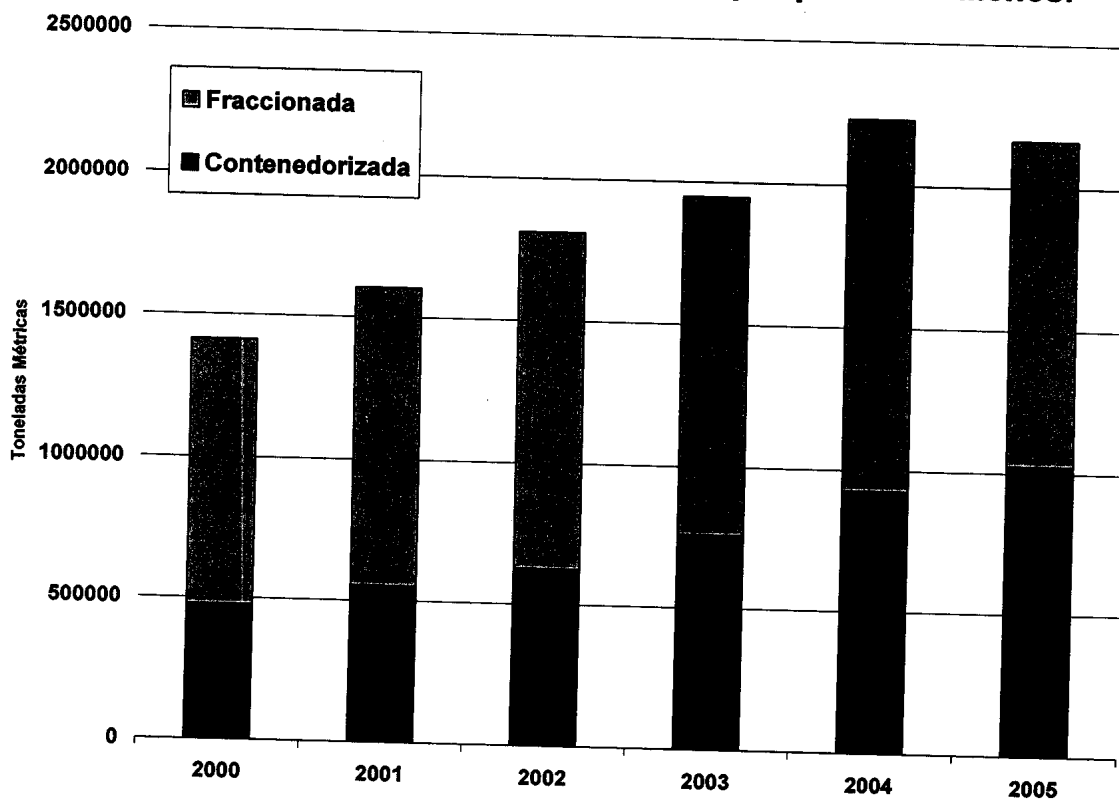
Tabla N°3: Participación de Puertos Estatales de la V Región a Nivel Nacional (Medido en % de Toneladas Métricas Movilizadas)

		Carga		Carga a Granel		Carga Total
		Contenedor	Fraccionada	Sólidos	Líquidos	
Puertos Estatales a Nivel Nacional	Valparaíso	36,70%	30,22%	0,00%	0,00%	24,70%
	San Antonio	29,41%	25,41%	66,92%	3,79%	33,64%
	E.P. V Región	66,12%	55,63%	66,92%	3,79%	58,34%
Total Comercio Exterior	Valparaíso	32,73%	11,84%	0,00%	0,00%	8,77%
	San Antonio	26,23%	9,96%	12,35%	0,51%	11,94%
	E.P. V Región	58,95%	21,80%	12,35%	0,51%	20,71%

FUENTE: Cámara Marítima y Portuaria de Chile

30. Cabe destacar que, en el caso de los productos frutícolas, se ha observado una tendencia a sustituir el transporte de carga fraccionada por carga en contenedores. Lo anterior es posible observarlo en la figura N° 2, la cual muestra la evolución de los embarques de frutas frescas, señalando la que corresponde a carga fraccionada y en contenedores.

Figura N°2:
Evolución de la carga general movilizada por puertos chilenos.



FUENTE: Informe trimestral de Ricardo Schlechter de Mayo de 2006.

31. Respecto de los ingresos de las empresas concesionarias de los terminales N° 1 de los puertos de Valparaíso y San Antonio, cabe destacar que los servicios básicos representan aproximadamente el 72% de los ingresos totales. De estos servicios básicos, el de transferencia de carga es el más importante, el cual representa aproximadamente el 56% de los ingresos totales. Respecto de los servicios especiales, estos corresponden al servicio de *reefer* a contenedores, almacenaje de carga y consolidación-desconsolidación de contenedores, entre otros. Cabe destacar que, de entre los servicios especiales, aquellos relacionados con los contenedores refrigerados son los que reportan mayores ingresos, los que representan aproximadamente el 11% de los ingresos totales.

II.2 REGULACIÓN

32. 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.
33. 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, antecesora de ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y ajustar la licitación a los términos de dicho informe.¹⁴
34. 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.
35. 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.

¹⁴ Artículo 23 de la ley 19.542.

36. 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,¹⁵ 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.”

37. Como consecuencia de todo lo anterior, el Dictamen N° 1045/1998 de la CPC estableció¹⁶ limitaciones a las empresas que presenten un grado de integración vertical relevante con la actividad portuaria, a objeto de asegurar 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 más 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

¹⁵ “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.

¹⁶ Numeral 8, Título XV, en relación con numeral 3, Título XIII, del Dictamen 1045 CPC.

de carga por vía marítima, sea como empresas navieras, exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, transportistas multimodales, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier título o modalidad, (i) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva, o (ii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima 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.”

38. 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.”

39. 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.
40. 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.
41. 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

42. 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 mercado¹⁷.
43. En la especie, esta Fiscalía ha definido como mercado relevante del producto el de los servicios portuarios básicos ofrecidos por puertos de uso público¹⁸ destinados a naves de carga general, 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.
44. En opinión de esta Fiscalía, los servicios básicos corresponden a los servicios de muellaje a la nave, muellaje a la carga y transferencia de carga¹⁹. En efecto, como ya se indicó, en el esquema monooperador, el concesionario presta exclusivamente los servicios de muellaje y movilización de la carga.
45. Con respecto a la dimensión geográfica del mercado, al existir una considerable distancia entre los puertos de uso público que movilizan carga general en la Región de Valparaíso y los ubicados en Regiones aledañas, el mercado queda acotado a los frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso que movilizan carga general y que, a su vez, pueden atender la nave de diseño de los proyectos a licitar por las empresas portuarias, es

¹⁷ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

¹⁸ Los puertos de uso privado no ofrecen servicios al público.

¹⁹ En la tarifa de transferencia de carga es necesario distinguir entre los diferentes tipos de carga, toda vez que para cada tipo se requieren diferentes recursos.

decir, naves post-panamax. La extensión del mercado geográfico así definido, se encuentra en concordancia, a su vez, con lo establecido en la Ley de Puertos (artículo 14) y con la jurisprudencia antimonopolio, en particular con el Dictamen N° 1045/1998²⁰.

46. La concentración del mercado relevante de autos se presenta en la Tabla N° 4. En general, se observa un mercado altamente concentrado, con un índice Herfindahl-Hirshmann (HHI) de 3.715. Cabe destacar que, a pesar de la existencia de 4 frentes de atraque que movilizan contenedores en la Región, el mercado en las condiciones actuales está liderado por las empresas concesionarias, fundamentalmente por la obsolescencia de las inversiones de los Espigones de ambos puertos.

Tabla N°4: Carga movilizada por puertos que movilizan carga general en la V Región

Frente de Atraque	Puerto	Contenedores	Fraccionada	Total
Terminal N°1 (TPS)	Valparaíso	8.149.518	723.891	8.873.409
Espigón (EPV)	Valparaíso	288.868	551.442	840.311
Molo (STI)	San Antonio	5.003.407	479.928	5.483.335
Espigón (EPSA)	San Antonio	1.561.449	547.074	2.108.523
Puerto Ventanas	Puerto Ventanas	0	211.776	211.776
Total		15.003.243	2.514.111	17.517.354
Concentración (HHI)		4.175	2.219	3.715

FUENTE: Presentación de las empresas portuarias ante ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Roles NC 313-08 y NC 317-08.

47. En cuanto al Puerto Ventanas, éste tiene una baja participación de mercado, y sólo respecto de la carga fraccionada. Durante el año 2007, la carga fraccionada representó el 1% del total movilizado por Ventanas y correspondió principalmente a Big Bags con cemento. Dicho Puerto señaló a esta Fiscalía que su muelle de penetración tiene como propósito la transferencia de carga a granel y no tiene la ola operacional necesaria para la

²⁰ El Dictamen N° 1045 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.

transferencia de contenedores²¹. A mayor abundamiento, no es factible la instalación de grúas tipo Gantry en el muelle de Puerto Ventanas, principalmente por razones estructurales. En consecuencia, considerando la tendencia a sustituir la carga fraccionada por carga en contenedores, esta Fiscalía estima que Ventanas no es ni será un actor significativo en el mercado relevante de autos.

48. Por lo indicado, el mercado relevante sobre el que recae la consulta de EPV, corresponde a los servicios portuarios básicos, ofrecidos por puertos de uso público destinados a naves de carga general en la Región de Valparaíso. Dicho mercado se encuentra altamente concentrado, principalmente en lo que respecta a la carga en contenedores.

III.2 CONDICIONES DE ENTRADA

49. 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.
50. 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

51. 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 entrar²².

²¹ Puerto Ventana sostiene que la ola operacional para atender naves de contenedores debe ser de máximo 0,5 metros. La ola operacional de Puerto Ventanas, en cambio, tiene un máximo de 1,0 metros.

²² Fiscalía Nacional Económica. Guía, citada.

52. Existen dos posibilidades de entrada para que un nuevo competidor pueda prestar servicios en el mercado relevante de autos, a saber: construir un terminal privado en alguna bahía disponible y apta para dicho fin, y que un puerto privado de uso privado se convierta en un puerto de uso público destinado a prestar servicios a naves de carga general. Esta última alternativa no se visualiza en la Región de Valparaíso, toda vez que los puertos de uso privado en dicha Región están diseñados para la transferencia de graneles líquidos.
53. Respecto de la construcción de un puerto privado que pueda prestar servicios portuarios a carga general, como se ha señalado, la disponibilidad de bahías abrigadas con profundidades suficientes para la construcción de puertos es limitada en la costa de Chile. Esto implica que nuevos entrantes deban hundir cuantiosas inversiones en molos de abrigo y dragados, con el fin de obtener los exigentes requisitos técnicos para la operación de este tipo de terminales.

B. TIEMPO Y SUFICIENCIA DE ENTRADA

54. 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.
55. En la operación de instalaciones portuarias, existen economías de escala. En un artículo de Tovar et al (2005)²³ se hace una revisión de la literatura que ha estudiado la estructura de costos de los puertos, utilizando econometría, y se indica no solo la existencia de economías de escala en la infraestructura, sino que también en el manejo de la carga. Cabe destacar que dichas eficiencias se encuentran circunscritas exclusivamente a cada frente de atraque y no se extienden más allá de estos.

²³ 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.

C. COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO

56. La Fiscalía entiende por comportamiento estratégico las prácticas que pueden impedir o hacer más costosa la entrada de nuevos competidores.
57. La posibilidad de mejorar la gestión por parte de un concesionario de un frente de atraque estatal, a su vez, reduce los incentivos para el desarrollo y establecimiento de nuevos puertos. En efecto, la inversión en frentes de atraque independientes conlleva a una disminución de costos y/o mejoras en la calidad de servicio, mejorando la competitividad de la unidad de negocio y presionando de esta forma a la competencia y potenciales entrantes.
58. En síntesis, 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 por parte de los operadores de puertos destinados a atender naves de carga general en la Región de Valparaíso.

IV. RIESGOS PARA LA COMPETENCIA

59. La H. Comisión Preventiva Central, con ocasión del Dictamen N° 1045, identificó serias restricciones a la competencia en el mercado portuario²⁴, a saber: (1) la escasez de bahías naturales, (2) las restricciones para la expansión de las áreas de apoyo y (3) 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.
60. Las mencionadas restricciones se mantienen plenamente vigentes. En efecto, como es natural, persiste la escasez de bahías abrigadas en la costa de Chile y, además, se mantienen las dificultades para la expansión de áreas de apoyo en los principales frentes concesionados. Asimismo, el incremento de la capacidad portuaria por medio de la gestión, y en este caso, además, por medio de la ampliación de la infraestructura, sigue reduciendo los incentivos

²⁴ Sección XIV, numeral 4, p.24.

para el establecimiento de nuevos puertos²⁵. Por todo lo anterior, esta Fiscalía es de la opinión que el modelo monooperador continúa representando serios riesgos a la libre competencia.

61. En la consulta de EPV se argumenta que la competencia interportuaria es la más importante²⁶, y que ésta ha promovido una activa competencia entre los operadores TPS y STI.
62. No obstante, la evidencia indica que la competencia intraportuaria ha jugado un rol significativo en promover la competencia entre los operadores privados de los puertos de la Región.
63. Primero, efectivamente ha existido cierto grado de competencia imperfecta entre los terminales multioperados y los monooperados. Aunque, como ya hemos mencionado, la intensidad de esta competencia ha ido disminuyendo a través del tiempo por causa de la obsolescencia de los espigones.
64. Segundo, la posibilidad cierta que la autoridad portuaria entregue en concesión los terminales multioperados, en caso que los terminales actualmente concesionados muestren importantes niveles de saturación, ha impuesto un efecto disciplinador en el mercado. Este efecto disciplinador, incentiva a los concesionarios a invertir –y hasta sobreinvertir– en infraestructura y a mejorar constantemente sus niveles de eficiencia operativa, naturalmente que con el objeto de retrasar las licitaciones de los frentes multioperados y la entrada de nuevos competidores, pero con evidentes beneficios para la competencia y los usuarios del sistema.
65. Lo anterior es reconocido en parte por la propia EPV²⁷ en su consulta.

“Como puede apreciar este H. Tribunal, las restricciones horizontales y verticales que estableció la Comisión Preventiva Central cumplieron su objetivo de establecer un sistema portuario dinámicamente competitivo

²⁵ Esto es conocido en la literatura económica como acciones estratégicas que se utilizan para bloquear o detener la entrada de un nuevo competidor (Dixit, 1980).

²⁶ En el numeral 67 de la consulta se señala textualmente. “En otras palabras, desde el punto de vista de la competencia interportuaria, que es a nuestro juicio la más relevante en el mercado portuario regional”

²⁷ En el numeral 69 de su consulta

en la V Región, al menos en lo que al mercado de contenedores se refiere. Sin embargo, estos resultados favorables pueden en parte explicarse por el efecto disciplinador de la autoridad respecto a la posibilidad de entregar en licitación el terminal multioperado en cada uno de los puertos.”

66. Por lo tanto, no obstante que las condiciones de entrada de un nuevo operador al mercado relevante son poco factibles, el efecto disciplinador de la posibilidad de licitación del terminal multioperado (espigones) en cada uno de los puertos, ha jugado un rol importante en las conductas de los actores del mercado analizado.
67. Una vez concesionados estos terminales, dicho efecto disciplinador desaparecerá, a no ser que las concesiones de los espigones se adjudiquen a actores diversos de los establecidos. De no ser este el caso, el mercado quedaría definitivamente conformado como un duopolio, sin posibilidad de entrada de nuevos competidores y, por ende, con mayores riesgos de colusión y otras conductas anticompetitivas.
68. Un factor de riesgo adicional asociado al alzamiento de las restricciones horizontales, proviene de los costos de cambio que enfrentan las empresas navieras cuando evalúan cambiarse de un puerto a otro, los cuales están ausentes cuando se trata del mismo puerto. Por ejemplo, inversiones en áreas de apoyo y almacenaje extraportuario, ubicadas muy cerca del puerto que hoy utilizan.
69. Adicionalmente, existen navieras que forman consorcios como manera de organizar sus servicios marítimos en alguna ruta determinada. Si alguno de los integrantes del consorcio tiene algún grado de integración vertical en determinado frente de atraque, lo más probable es que los demás integrantes del consorcio deban operar desde el mismo puerto, dándole una menor importancia a la competencia que puedan ofrecer otros puertos de la región.
70. Es un hecho no controvertido que la implementación de los proyectos elaborados por las empresas portuarias para los espigones de los puertos

públicos de la Región, importará un cambio radical, aunque un salto discreto en la oferta de servicios portuarios de la Región. En efecto, según los datos presentados por el economista Alexander Galetovic, en su informe acompañado ante ese H. Tribunal, que rola a fojas 94 de los autos Rol NC N° 317-08, la capacidad de transferencia de contenedores de los actuales concesionarios es de 2.014.050 teu/año, en tanto que la capacidad actual de los espigones no supera los 170.000 teu/año. Según Galetovic, las ampliaciones de ambos espigones aportaría una capacidad de aproximadamente 3.407.500 teu/año, mientras que la posibilidad de expansión que tienen los actuales concesionarios se estima en 305.950 teu/año. Al aumentar la oferta portuaria, es de esperar que la demanda se reparta entre los diferentes terminales, y en consecuencia, al menos al principio, los terminales operados por TPS y STI enfrenten una demanda reducida. Es así como el desarrollo de los espigones de ambos puertos genera una externalidad en los concesionarios establecidos, amenazando sus ingresos actuales. En consecuencia, son evidentes los incentivos que tienen los actuales concesionarios para restringir la oferta de servicios portuarios con el objeto de mantener los precios en niveles duopólicos actuales, por lo que esta Fiscalía estima que la adjudicación de los proyectos de los espigones a la empresa TPS o STI no promoverá el bienestar social de igual manera que lo haría un actor independiente.

71. Ahora bien, como se ha dicho, la entrada de nuevos competidores a un mercado duopólico amenaza con erosionar los ingresos de los incumbentes, de manera tal que si se les permite participar en la licitación es de esperar que los establecidos estén dispuestos a ofrecer un monto superior al competitivo, como el pago de un “premio” para conservar la estructura concentrada del mercado²⁸. Los entrantes, por otro lado, no están dispuestos a ofrecer dicho premio, puesto que no arriesgan la reducción en ingresos anteriormente explicada. En consecuencia, de permitirse a los actuales concesionarios participar en los procesos de licitación y adjudicarse los terminales a concesionar, es de esperar que éstos ganen las licitaciones y,

²⁸ Según estimaciones del economista Ricardo Raineri realizadas en su informe acompañado a fojas 143 Rol NC 313-08, STI estaría dispuesta a ofrecer un monto superior entre US\$ 18 y 40 millones, mientras que TPS estaría dispuesta a ofrecer un monto entre US\$ 43 y 67 millones.

en definitiva, se mantenga la estructura duopólica del mercado. Al respecto, cabe recordar la doctrina establecida en la Sentencia N° 44/2006 de ese H. Tribunal, que señala que un mecanismo de asignación de recursos escasos que considere su licitación sólo en base a ofertas económicas, favorece inequívocamente a la empresa dominante en perjuicio de potenciales entrantes, quienes enfrentarán una barrera a la entrada significativa.

72. En definitiva, y en la misma línea del Dictamen N° 1045/1998, esta Fiscalía es de opinión que las eficiencias derivadas de la aplicación del esquema monooperador serán traspasadas a los usuarios sólo en la medida que existan múltiples operadores independientes prestando servicios en el mercado relevante, es decir, favoreciendo tanto la competencia interportuaria como intraportuaria.
73. Por otro lado, los concesionarios de los terminales a licitar pueden 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 el transporte marítimo.
74. 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. Cuando este insumo o activo es provisto por un monopolista, indudablemente cobra mayor relevancia y, por esto, se ha regulado el libre acceso, fijándole tarifas máximas y otras regulaciones de conducta. Además, cuando el monopolista, dueño del activo o infraestructura esencial, está integrado verticalmente, tiene incentivos para discriminar a sus competidores, entregándoles mala calidad de servicio y, con esto, quitarles clientes mientras dura la discriminación. Esta discriminación no tarifaria también es conocida como *sabotaje*²⁹. De esta forma, la integración vertical puede permitir extender el monopolio al mercado integrado.

²⁹ Dada una estructura con una instalación esencial integrada verticalmente, existen otros mecanismos que impactan la competencia: transferencias de costos, información asimétrica y ventaja estratégica.

75. Según Fischer (2002)³⁰, en las concesiones portuarias existen incentivos para que la instalación esencial sabotee a los competidores de sus filiales aguas abajo, reduciendo el bienestar social. Al efecto, cita a Bear et al (2001)³¹, quien precisamente demuestra que una empresa regulada que provee una instalación esencial integrada verticalmente, tiene incentivos para sabotear a la competencia, proveyendo una peor calidad de servicio 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 la calidad de los servicios para asegurarse rentas monopólicas en el mercado aguas abajo, como el mercado naviero. Asimismo, Fischer (2002) plantea que las restricciones a la integración vertical utilizadas en Chile son similares a las recomendaciones del trabajo de Bear et al (2001), que limitan dicha integración con las navieras dueñas del puerto cuando éstas alcanzan un poder de mercado relevante³².
76. El Dictamen N° 1045/1998³³, identificó 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*

³⁰ Fischer, R. (2002). “Informe sobre las condiciones de licitación del Puerto de Antofagasta”. 23 de abril de 2002.

³¹ Beard, T.R., Kaserman, D.L. y Mayo, J.W. (2001). “Regulation, vertical integration and antitrust”. *Journal of Industrial Economics*, XLIX (3), 319-333.

³² En la misma línea, el economista Pablo Serra, en su documento “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 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.

³³ Pág. 25 del Dictamen.

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

77. Respecto de las obligaciones de los concesionarios establecidas en los contratos respectivos, esta Fiscalía es de la opinión que aquellas son eficaces sólo en la medida que existan multas asociadas a los incumplimientos de dichas obligaciones.
78. En cuanto a la labor fiscalizadora de la empresa portuaria, cabe destacar que para su adecuado desarrollo y que, en definitiva, las reglas establecidas por ese H. Tribunal sean efectivas, se deben mejorar las atribuciones de las empresas portuarias respecto del acceso a la información de la empresa concesionaria y otorgarles el derecho de actuar de oficio ante Tribunales.
79. Por otro lado, considerando la característica dinámica de los mercados, esta Fiscalía anota que ciertos servicios que actualmente se prestan en condiciones de competencia, eventualmente en el futuro pueden prestarse en condiciones monopólicas por parte del concesionario, por lo habrá que estar atentos a la necesidad de introducir a su respecto prevenciones.
80. Adicionalmente, y ahora respecto de los riesgos de coordinación entre competidores, cabe destacar que Inversiones Neltume Ltda. y SAAM Puertos S.A. tienen participación en la empresa concesionaria del Puerto de Arica – TPA – y, adicionalmente, algunos directores de TPS y STI son a su vez directores de TPA. Esto, en el contexto de un mercado con pocos actores que, incluso, se encuentran en otros mercados como el naviero propiamente

tal y el agenciamiento. En estas circunstancias, la posibilidad de castigo en mercados relacionados, sumada a la factibilidad de alinear sus intereses incrementan, el riesgo de coordinación.

V. CONTRAPESOS A LOS RIESGOS

81. Junto a los riesgos de una determinada operación, la Fiscalía Nacional Económica ha de ponderar los contrapesos resultantes de los antecedentes que los interesados alleguen al efecto. Por lo mismo, en lo que respecta a la consulta de autos, esta Fiscalía ha procedido a evaluar las posibles eficiencias que podrían generarse con el alza de las restricciones a la integración horizontal y a la integración vertical en la adjudicación de concesiones de puertos públicos en la Región de Valparaíso.
82. Respecto de las eficiencias de operar varios sitios simultáneamente bajo el esquema monooperador, como se ha dicho, éstas se encuentran circunscritas exclusivamente a cada frente de atraque y no se extienden más allá de estos. En efecto, economías de escala logradas en la inversión en grúas no pueden aprovecharse en frentes de atraque adyacentes, toda vez que no es factible trasladar una grúa Gantry de un frente a otro. Asimismo, al ser los frentes de atraque módulos operacionales independientes, no se visualizan economías de escala significativas en la operación de dos terminales en el mismo mercado relevante. Incluso en la inversión en infraestructura, no se constatan economías significativas que justifiquen la participación de los concesionarios establecidos en la construcción de los nuevos terminales, por cuanto hay operadores a nivel mundial que tienen al menos la misma experiencia de los actuales concesionarios en la construcción de terminales marítimos.
83. En cuanto a las restricciones a la integración vertical, relajarla incentivaría la participación de un mayor número de oferentes en el proceso licitatorio. En especial, si se le permite a la empresa calificada como usuario relevante tener el control de la empresa concesionaria. En efecto, el relajamiento de las restricciones verticales al punto de permitirles a los usuarios relevantes poseer el control del terminal, incentiva la participación de empresas

portuarias de experiencia internacional que tienen presencia en Chile sólo a través de empresas navieras relacionadas, incrementando, de esta manera, significativamente la competencia en el mercado relevante, mediante la entrada de operadores capaces de disciplinar a los actuales concesionarios. Cabe destacar que este incentivo se logra sólo en la medida que se mantenga la restricción a la integración horizontal.

VI. REMEDIOS

84. Del análisis expuesto aparece que es necesario, pero no suficiente, que se asegure el mayor número de operadores independientes para contrapesar los riesgos que el establecimiento del esquema monooperador conlleva para la libre competencia. En este sentido, el establecimiento de restricciones a la integración horizontal es fundamental y, en consecuencia, no se visualizan remedios que permitan relajar las reglas que el Dictamen N° 1045/1998 estableció.
85. En este orden de ideas, la posibilidad de recibir ofertas de accionistas y controladores del concesionario TPS considerando un sistema licitatorio en dos grupos no resulta compatible con la defensa de la libre competencia. En efecto, permitir que el principal accionista del concesionario TPS desarrolle y opere el proyecto del Terminal Espigón en Valparaíso disminuye la intensidad competitiva y perjudica a los usuarios.
86. Se ha esgrimido como argumento para la aplicación de esta licitación en dos grupos, los perjuicios para la industria portuaria que provocaría el fracaso de la licitación. En opinión de esta Fiscalía, el fracaso de la licitación reflejaría la voz del mercado, en cuanto a que el desarrollo de dicho terminal -en las condiciones ofrecidas- no sería rentable y, en consecuencia, no se justificaría³⁴. En todo caso, de existir, la licitación del terminal a accionistas

³⁴ Ver también Galetovic y Sanhueza (2008), Pág 4, “En efecto, de no haber interesados por el Terminal Costanera (o por cualquier otro puerto que se licite), seguramente es porque el proyecto no es rentable y conviene postergarlo. Peor aún, si a pesar de no haber interesados independientes STI o TPS si lo están, eso es señal de que hay valor en bloquear la entrada futura a pesar de que no haya interesados hoy.”

de TPS no soluciona el problema, sino por el contrario, elimina la posibilidad de la entrada de un nuevo operador cuando las condiciones lo ameriten.

87. En esta línea, la existencia de un nuevo entrante en el puerto de San Antonio, y la presión competitiva que ejercerá la posibilidad de realizar nuevamente la licitación del Terminal 2 de Valparaíso en el futuro, deberían ser suficientes para, por un lado, (i) disminuir el grado de saturación de los puertos de la Región de Valparaíso y, por otro, (ii) lograr un mercado competitivo con un mayor número de participantes, y con la existencia de una amenaza de entrada creíble.
88. Adicionalmente, el método de licitación en dos grupos que propone EPV, incentiva la participación de TPS ofertando condiciones mínimas dado que, en ese escenario, no enfrentaría competencia de nuevos entrantes y por lo tanto sería óptimo ofertar los precios de reserva de EPV, y con ello se estaría además entregando al concesionario el control de plazo de las inversiones en capacidad, los que pueden ser manejados para maximizar los ingresos del concesionario. En caso que se asigne en un segundo grupo la concesión del Terminal 2 a TPS, se elimina la amenaza que genera la entrada potencial de un nuevo operador y con ello desaparece la competencia intraporturia en el Puerto de Valparaíso y el efecto disciplinador que esta conlleva.
89. Por el contrario, de mantenerse las restricciones a la integración horizontal, ingresarían al mercado dos nuevos actores y, una vez que los nuevos terminales estén plenamente operativos, la concentración de mercado debería disminuir significativamente. En estas circunstancias, los riesgos de sabotaje, inherentes al otorgamiento de una concesión portuaria mediante el esquema monooperador, se verían disminuidos³⁵. Por lo tanto, esta Fiscalía es de opinión que la promoción de entrada de nuevos competidores en el mercado relevante posibilita que el relajamiento parcial de las restricciones verticales genere un beneficio neto, al permitir la participación de un mayor número de actores independientes en los procesos licitatorios.

³⁵ En la misma línea, el economista Mandy, en su paper titulado "Killing the Goose That May Have Laid the Golden Egg: Only the Data Know Whether Sabotage Pays", plantea que políticas de contrapeso a los riesgos de sabotaje son castigar directamente los tratos discriminatorios, desintegrar verticalmente la industria e incentivar la competencia aguas arriba.

90. Por lo demás, la promoción de entrada de nuevos competidores en el mercado relevante posibilita que el relajamiento de las restricciones verticales genere un beneficio neto, al permitir la participación de un mayor número de actores independientes en los procesos licitatorios.
91. Por otro lado, si bien, en general, para lograr los objetivos del mecanismo de competencia ex-ante, en tanto sustituto de competencia ex-post, el principal criterio de adjudicación de la concesión debería ser el menor índice tarifario máximo ofrecido por la prestación de los servicios portuarios básicos, en este caso existen una serie de elementos que, en conjunto, permiten sostener que la adjudicación en base a la mayor recaudación para el licitante, no generaría distorsiones.
92. En primer lugar, de mantenerse, como se propone, las restricciones vigentes a la integración horizontal, los actuales operadores enfrentarían competencia, de manera que un régimen de tarifa máxima no parece necesario, como regla general, debiendo la mayor intensidad competitiva generar menores tarifas y mayor calidad.
93. En segundo lugar, el índice de tarifas máximas que se utiliza para definir la asignación de la concesión sólo contempla servicios portuarios básicos, quedando los otros en un régimen de libertad tarifaria, lo que torna poco efectiva aquella tarifa máxima.
94. En tercer lugar, los actuales contratos de concesión que tiene las empresas incumbentes sólo permiten la adjudicación por la cantidad de dinero ofertado.
95. En consecuencia, en el caso que se analiza, la adjudicación en base a la mejor oferta monetaria, a suma alzada, no debería generar distorsiones competitivas y, por el contrario, podría incluso estimular la participación de un mayor número de actores, considerando que ésta se encuentra limitada por las restricciones horizontales y verticales, aún cuando éstas últimas se relajen parcialmente.

96. En este orden de ideas, esta Fiscalía estima que la licitación conjunta de los frentes de atraque a que se refieren los autos Roles NC N° 313-08 y NC 317-08, seguidos ante este H. Tribunal, también estimularía la participación de un mayor número de empresas independientes de los actuales concesionarios. En efecto, al realizarse una licitación conjunta, las empresas interesadas en entrar al mercado relevante podrán ofertar por ambos frentes de atraque, aumentando de esta manera el número de ofertas por cada espigón y, en consecuencia, la competencia ex-ante.
97. Respecto de la propuesta de EPV, efectuada en estos autos, relativa a que se utilice como criterio de adjudicación económica el monto de dinero ofertado por tonelada transferida, esta Fiscalía es de la opinión que dicho criterio desincentiva la competencia por servicios portuarios en el mercado relevante. En efecto, un cobro por tonelada transferida produce una distorsión en la oferta de servicios portuarios por parte del concesionario, produciendo en definitiva una ineficiencia asignativa.
98. A juicio de esta Fiscalía, el criterio económico de adjudicación debe ajustarse a lo establecido en el Dictamen N° 1045/1998, en cuanto a que, para crear una sana competencia en el mercado relevante, el pago que los operadores deban hacer a las empresas portuarias refleje el valor económico de la infraestructura que entregan en concesión. Es decir, un pago en suma alzada que no distorsione el comportamiento competitivo de los concesionarios.
99. De otro lado, esta Fiscalía concuerda parcialmente con las medidas propuestas por EPSA en los autos Rol NC N° 317-08, seguidos ante ese H. Tribunal, para fortalecer la competencia y evitar el sabotaje. En primer lugar, las reglas sin sanciones, a juicio de esta Fiscalía, no son efectivas, por lo que es necesaria la definición de multas por incumplimiento que sean de un monto tal que desincentive dicho comportamiento. Segundo, la fiscalización efectiva por parte del organismo encargado, requiere el acceso a información veraz y oportuna, de tal manera que debe permitirse a la empresa portuaria el acceso de información de la concesionaria con una frecuencia mayor y sin limitaciones como la establecida en la Ley de Sociedades Anónimas. Sin embargo, respecto de la calificación de los servicios como servicios básicos,

esta Fiscalía sugiere que se consulte a ese H. Tribunal, cada vez que se identifiquen servicios que no se prestan en condiciones de competencia. Finalmente, esta Fiscalía es de la opinión que las empresas portuarias tienen siempre el derecho de acudir ante los Tribunales de Justicia en caso de identificar irregularidades.

VII. CONCLUSIONES

100. La Fiscalía Nacional Económica estima necesario que ese H. Tribunal, si lo tiene a bien, aplique en la especie las siguientes medidas y criterios:

- a) Mantener las restricciones a la integración horizontal, establecidas en el Dictamen N° 1045/1998.
- b) Permitir, sujeto a lo anterior, como criterio de adjudicación, la mejor oferta monetaria por la concesión.
- c) Decretar que las licitaciones a que se refieren los autos Roles NC N° 313-08 y NC 317-08, seguidos ante este H. Tribunal, se realicen en conjunto.
- d) Relajar las restricciones a la integración vertical establecidas en el Dictamen N° 1045/1998, limitando a 60% la participación de usuarios relevantes.
- e) Definir multas por incumplimiento que sean de un monto tal que desincentive dicho comportamiento.
- f) Permitir a la empresa portuaria el acceso de información de la concesionaria con una frecuencia mayor y sin limitaciones como la establecida en la Ley de Sociedades Anónimas. Y,
- g) Decretar que se consulte a ese H. Tribunal, cada vez que se identifiquen servicios que no se prestan en condiciones de competencia.

101. A juicio de esta Fiscalía, lo anterior debiese ir acompañado del establecimiento, en las Bases de Licitación, Contrato de Concesión, Reglamento de Uso de Frentes de Atraque, Reglamento de los Servicios y demás instrumentos jurídicos pertinentes, de severas limitaciones a las posibilidades de sabotaje del concesionario integrado verticalmente, sujetas a sanciones igualmente severas en caso de incumplimiento, debiendo asegurarse la fiscalización y aplicación de ambas.

Es todo cuanto puedo informar.

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.




ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO