

913

TRIBUNAL DE DEFENSA
30 ABR 2012
DE LA LIBRE
COMPETENCIA

FISCALIA
NACIONAL
ECONOMICA

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

30/04/2012
23:50
[Handwritten signatures]

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

MARIO YBAR ABAD, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S), en autos no contenciosos caratulados "Solicitud de Empresa Portuaria de Valparaíso sobre alzamiento de la restricción a la integración horizontal en la licitación del Frente de Atraque N° 2", Rol NC-403-12, a ese H. Tribunal 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

I.1. Presupuestos de la Consulta de EPV

1. Con fecha 31 de enero de 2012, la Empresa Portuaria Valparaíso, (en adelante, indistintamente, "EPV" o "la Consultante") solicitó a ese H. Tribunal, 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, informar y pronunciarse favorablemente respecto de su consulta, la que, en resumen, propone alzar la regla de integración horizontal aplicable a la licitación y concesión del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso (y en adelante también,

indistintamente, "Terminal N° 2") definidas por S.S. en el Informe N° 5 con fecha 29 de septiembre de 2009¹.

2. Como parte de la consulta EPV propone un esquema de licitación "con dos universos de propuestas"². El primer grupo de propuestas se compondría de las ofertas provenientes de actores no afectos a la regla de restricción horizontal establecida en el Informe N° 5 antes citado, mientras que el segundo grupo contendría las ofertas de aquellos oferentes afectos a estas restricciones (en adelante también, indistintamente, "incumbentes").
3. Según la propuesta que consta en la consulta, las ofertas del grupo dos solo se abrirían en caso que no haya oferentes en el grupo uno, o bien, que ninguno de los oferentes de dicho grupo resulte adjudicatario de la concesión de conformidad a los criterios que se establecen en las Bases de Licitación. De éste modo, en la práctica, el alzamiento de las restricciones de integración horizontal solo sería necesaria en el evento de que se requiera optar por el segundo grupo de ofertas.
4. El mecanismo con dos universos de propuestas tendría como objetivo, por una parte, maximizar la competencia "por la cancha" al no inhibir el interés de los potenciales entrantes que no estarían dispuestos a competir con los incumbentes y, por otra, no retrasar aún más la concesión del Terminal N° 2, en caso de que no existan entrantes interesados en el proyecto.

¹ "1.- La sociedad que se adjudique la concesión del Frente de Atrache N° 2 del Puerto de Valparaíso, y sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, no podrán participar directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público en la misma región –sea público o privado- que provea servicios portuarios a carga general. 2.- No obstante, ningún interesado estará impedido de participar en la Licitación, pero en caso de adjudicársela deberá atenerse a las condiciones establecidas en el numeral precedente. En efecto, es posible que las sociedades concesionarias o sus personas relacionadas, por razones de preferencia, opten por sustituir la participación o vinculación que tengan en un frente, por una participación o vinculación en el Frente de Atrache N° 2 del Puerto de Valparaíso, para lo cual deberán enajenar su participación o desvincularse de la sociedad concesionaria a la que actualmente estuvieren ligados, según corresponda, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se ejerza tal opción."

² En efecto, como se indica en la Consulta de EVP de autos, página 18, "El esquema de licitación que se somete a consideración se ha denominado: Un proceso con dos universos de propuestas".

9.15

5. Los presupuestos que justifican la solicitud de EPV son básicamente dos: un cambio significativo de las circunstancias del mercado en relación a aquellas consideradas por ese H. Tribunal en el Informe N° 5 y el déficit de infraestructura y capacidad del Puerto de Valparaíso.
6. En lo que importa al primero de estos presupuestos, EPV señala que los cambios en las circunstancias y condiciones de la competencia son tan significativos que justifican la revisión de las restricciones horizontales establecidas en el Informe N°5/2009.
7. Así, los hechos que han modificado estas circunstancias y condiciones de la competencia, en opinión de EPV son: la adjudicación del Espigón-Costanera en San Antonio a Puerto Central; la falta de interesados en la licitación anterior; y la modificación del contrato de EPV con TPS configurando la ampliación del Frente de Atraque N°1 en 120 metros desde el vértice del sitio 3.
8. En lo que respecta al segundo de los presupuestos, EPV señala que la infraestructura y el equipamiento del Frente de Atraque N° 2, que actualmente es operado bajo un esquema multioperador, es precaria y obsoleta, especialmente después de los terremotos de 1985 y 2010, razón por la que tendría una participación menor al 10% del total de carga transferida en el Puerto de Valparaíso. En virtud de lo anterior, para la Empresa Portuaria de Valparaíso resulta indispensable mejorar la infraestructura de este Frente de Atraque y en consecuencia incrementar significativamente la oferta de transferencia de carga³.
9. De manera complementaria, se señala por la misma EPV que de acuerdo a las proyecciones de demanda más conservadoras, la actual infraestructura

³ Consulta de EPV página 5 y ss.

del mercado relevante⁴ presentará restricciones de capacidad a partir del año 2013 y que, en particular, la capacidad de Terminal Pacifico Sur Valparaíso S.A. (en adelante, indistintamente, "TPS"), actual concesionario del Frente de Atraque N°1 del Puerto de Valparaíso, está cercana a superarse⁵. Por el contrario, argumenta EPV, la situación de los actuales concesionarios del Puerto San Antonio, San Antonio Terminal Internacional (en adelante "STI") y Puerto Central (en adelante indistintamente "PC"), tendrían significativas posibilidades de crecimiento de capacidad.

10. En éste contexto, a juicio de EPV, de no concesionarse el Frente de Atraque N° 2, el Puerto de Valparaíso no será capaz de desafiar a los concesionarios de San Antonio, por lo que la competencia portuaria quedará reducida, en rigor, a solo dos operadores. Luego, para EPV, la necesidad de concesionar el Terminal N° 2 es razón suficiente para permitir, condicionadamente, la participación del incumbente, en la medida que se incremente la posibilidad de que la licitación sea exitosa.
11. En cuanto a los riesgos para la competencia que podría significar el hecho que alguno de los incumbentes se adjudicase el Frente de Atraque N° 2, EPV afirma que en la región se habría comprobado empíricamente la existencia de competencia significativa en el mercado relevante. Ello quedaría de manifiesto, por una parte, al observar la similitud de los índices

⁴ Mercado relevante: en términos geográficos, tanto el artículo 14 de la Ley N°19.542 como la jurisprudencia antimonopolio contenida en el Dictamen 1045/1998⁴ determinan que ésta está limitada a cada una de las regiones, por lo que en este caso el análisis se acota a la Región de Valparaíso. Luego, en cuanto a la nave de diseño y tipo de carga, según se establece en el punto 8.2 y 8.2.1 del Informe N°5/2009 del TDLC, en la Región, hay cuatro operadores en el mercado relevante de carga general: Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Valparaíso (TPS), Frente de Atraque N° 2 de Valparaíso (Espigón de Valparaíso), Frente de Atraque Molo Sur de San Antonio (STI), y Frente Costanera-Espigón de San Antonio (Espigón de San Antonio). En el mercado de contenedores, por su parte, compiten: el Frente N°1 de Valparaíso y el Frente de Atraque Molo Sur de San Antonio, los que son sustitutos cercanos entre sí en vista de que ambos tienen la capacidad para atender la nave de diseño. La reciente concesión del Espigón de San Antonio, significa la entrada de un tercer actor en el mercado de carga contenedorizada.

⁵ En enero de 2012, EPV suscribió una modificación del contrato de concesión firmado el año 1999 con TPS, conviniendo alargar el Sitio 3 en 120 metros y reforzar las condiciones antisísmicas de los Sitios 4 y 5, como proyectos de inversión para extender el plazo de concesión en 10 años adicionales. Dicho proyecto, tendría como objeto mantener la competitividad de TPS, pero no tendría efectos sobre la capacidad del Puerto.

912

tarifarios ofrecidos en 2011 por los licitantes del frente Costanera- Espigón del Puerto de San Antonio y, por otra, al detectar que las tarifas cobradas por los concesionarios TPS y STI han estado por debajo de las tarifas máximas comprometidas. Adicionalmente, EPV señala que la entrada de un nuevo actor en la Región, Puerto Central, constituye un cambio significativo en las condiciones de competencia del mercado relevante, legitimando su solicitud en cuanto al levantamiento de las restricciones de integración horizontal.

12. Finalmente, EPV plantea que los riesgos a la competencia asociados al levantamiento de la regla de integración horizontal están suficientemente acotados en este caso concreto, atendida su intención de recoger en el futuro contrato de concesión del Frente de Atraque N° 2 todos aquellos resguardos a la competencia estipulados por ese H. Tribunal en el marco de la licitación del frente Costanera Espigón⁶, que complementan las reglas fijadas en el Dictamen N° 1.045.

I.2. El proceso de licitación y sus Bases.

13. La Empresa Portuaria de Valparaíso anunció, con la presentación de las Bases de Licitación a S.S. a fojas 332 en autos, la apertura de venta de las Bases de Licitación con fecha 30 de abril de 2012, dando inicio así, al segundo intento para licitar el Frente de Atraque N° 2.
14. El actual proceso de licitación del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso, en virtud del cual se solicita en autos el levantamiento de las referidas restricciones horizontales, tiene como antecedente un proceso de

⁶ (1) Régimen de multas disuasivo y eficaz; (2) mayor frecuencia en la entrega de información operativa; (3) recalificación de servicios especiales a básicos e incorporación al contrato de concesión de un mecanismo de revisión en caso que se produzcan variaciones relevantes; (4) incremento de las facultades fiscalizadoras de la Empresa Portuaria y, (5) liberación respecto de ella del carácter de privada de la información de interés para el mercado.

licitación previo iniciado en el año 2010 y culminado a fines del año 2011, mediante la declaración del mismo como desierto⁷.

15. Según han señalado diferentes actores del mercado⁸ y ha confirmado EPV⁹, la falta de interesados en la licitación anterior encontraría justificación principalmente en las deficiencias del proyecto de licitación propiamente tal, y en el hecho de haberse desarrollado de manera simultánea las licitaciones de los Espigones de los Puertos de Valparaíso y San Antonio, lo que implicó, naturalmente, que los actores tendiesen a comparar entre ambos proyectos y optar por uno de ellos.

16. Entre los factores que se habrían considerado negativamente a la hora de evaluar el proyecto propuesto por EPV destacan, en primer lugar, la rigidez del mismo y los altos costos de inversión requerido. En efecto, el proyecto anterior contemplaba la construcción lineal de dos sitios de 350 metros cada uno, construidos en dos etapas, así como el relleno de profundidades (terreno ganado al mar) superiores a 35 metros, que en total implicaban una inversión en infraestructura de MM US\$386¹⁰. En segundo lugar, habría existido cierto nivel de incertidumbre por parte de los actores del mercado en cuanto a temas tales como: el estudio de oleajes, maniobrabilidad y área de abrigo cubierto por el molo de la armada; la concesión del Dique "Valparaíso III" otorgado a SOCIBER, el cual que estaría ubicado dentro del área de concesión del Frente N° 2; la factibilidad técnica de ampliar, en el futuro próximo, las vías de acceso al Puerto de Valparaíso; entre otras¹¹. Por último, la escasez de áreas de respaldo del

⁷ Al respecto, es necesario tener presente que si hubo agentes interesados de participar en la licitación del Frente de Atraque N° 2, según puede constatarse de las series de preguntas y respuestas contenidas en la Circulares Complementarias N° 5 y 8 emitidas por EPV.

⁸ [1]

⁹ [2]

¹⁰ Las inversiones obligatorias del proyecto del Espigón del Puerto de San Antonio tienen una estimación de MM US\$ 280 (MM US\$ 176 en la Fase 1 y MM US\$ 106 en la Fase 2). Vid, Página web de Puerto Central <http://www.puertocentral.cl/plandedesarrollo.html> (última visita 30 de abril de 2012).

¹¹ [3]

Terminal N° 2, también habrían sido un factor relevante en la evaluación del proyecto.

- 17. En éste contexto, EPV ha propuesto, en el actual proceso de licitación, una serie de mejoras en términos del proyecto, brindando mayores niveles flexibilidad para el desarrollo del mismo y exigiendo menores niveles de inversión. Además, ha desarrollado o promovido estudios que tienen por objeto dar mayor certidumbre a los potenciales oferentes¹².
- 18. En cuanto a la concesión propiamente tal, ésta contempla el desarrollo de proyectos de infraestructura que tienen por objeto transformar el frente de atraque en un terminal especializado en contenedores para naves panamax¹³ y post-panamax¹⁴. La infraestructura deberá estar diseñada para la instalación y operación de grúas de transferencia de carga tipo Gantry y de manejo de patio tipo RTG¹⁵.
- 19. Para el desarrollo de la infraestructura, en ésta oportunidad EPV propone dos alternativas entre las que pueden optar los oferentes, quienes además, según se establece en las Bases de Licitación, pueden proponer un proyecto alternativo de inversión¹⁶ que debe ser calificado por EPV antes de la presentación de las ofertas¹⁷.
- 20. Tal como se observa en la figura N° 1, los dos proyectos alternativos propuestos por EPV representan importantes diferencias en términos de diseño, niveles de inversión y complejidad. No obstante lo anterior, es

¹² [4]

¹³ De 230 metro de eslora y 11,0 de calado.

¹⁴ De 300 metros de eslora y 13,6 metros de calado.

¹⁵ Grúas de pórtico con ruedas neumáticas, o RTG (Rubber Tyred Gantry), son implementos especializados para el movimiento de carga en patios de contenedores, cuyo diseño en forma de arco les permite alcanzar una alta eficiencia y capacidad de almacenamiento. Fuente: Página web de TPS. https://www.tps.cl/prontus_tps/site/artic/20060209/pags/20060209183707.html. Última visita, 27 de abril de 2012.

¹⁶ [5]

¹⁷ [6]

necesario destacar que los niveles de inversión requeridos en ambas alternativas son menores a los del proyecto ofertado en el año 2011¹⁸.

Figura N° 1 [i]:

21. Independiente del proyecto por el que se opte, éste debe ser desarrollado en dos fases. La primera fase contempla la construcción de un sitio de 350 metros más la explanada y deberá realizarse dentro de los primeros 5 años del contrato de concesión. La segunda fase contempla la construcción de un sitio de 400 metros más la explanada, que deberá ejecutarse y estar operativa en un plazo de 36 meses contado desde que EPV envíe al Concesionario una notificación en la que informa que en el último período de 12 meses móviles, el tonelaje total de carga general movilizada en el Puerto de Valparaíso y en el Puerto de San Antonio fue igual o superior a treinta y cuatro millones de Toneladas¹⁹. De este modo, el desarrollo del proyecto se ajustaría a los requerimientos de capacidad de la Región. A juicio de EPV, tanto la flexibilidad de la ejecución, como de los plazos y los menores niveles de inversión, pueden generar mayor interés por el Frente de Atraque N° 2 en el mercado.
22. En relación al proceso de licitación mismo, las Bases acompañadas por EPV en autos, y según se menciona en las mismas²⁰, se ajustarían a las condiciones de competencia establecidas por el Informe N° 5 de ese H. Tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, las Bases de Licitación contemplan la solicitud de modificación del Informe que actualmente está en trámite en el H. Tribunal junto con la propuesta de desarrollar un proceso de licitación con dos universos de ofertas. Se menciona, además, que de acogerse la solicitud de autos, se modificarán las presentes Bases en lo que sea

¹⁸ [7]

¹⁹ [8]

²⁰ [9]

pertinente, mediante la emisión de la correspondiente Circular Complementaria. Así también, queda de manifiesto que no se realizará la adjudicación mientras no se haya resuelto la Consulta²¹.

23. Finalmente, cabe destacar que se ha decidido utilizar como criterio económico de adjudicación el menor Índice Ofertado de Tarifas por los Servicios Básicos²² (en adelante "el Índice"), siempre que éste no supere el Índice Máximo (en adelante "Imax") que defina EPV²³, recogiendo de ésta forma lo sugerido por el Informe N° 5 al respecto²⁴.

II. MERCADO RELEVANTE Y CONDICIONES DE COMPETENCIA

24. Para los efectos del presente informe, esta Fiscalía considera como mercado relevante aquel definido por ese H. Tribunal, esto es, *"los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de uso público de la Región de Valparaíso que puedan atender la nave de diseño del proyecto a licitar, para cada uno de los tipos de carga general, esto es, carga en contenedores por un lado, y carga fraccionada por otro"*²⁵.
25. Respecto del ámbito geográfico, se considera que el mercado es de carácter regional, por lo que se limitaría, en este caso, a la Región de Valparaíso, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Puertos N° 19.543 en su artículo 14, así como en la en las normas contenidas en el Dictamen N°1045/1998²⁶, en particular aquellas referidas en el punto XIV.

²¹ [10].

²² [11].

²³ [12].

²⁴ Informe N° 5, p. 67 y ss.

²⁵ Numeral 7.3. del Informe N°5 del TDLC.

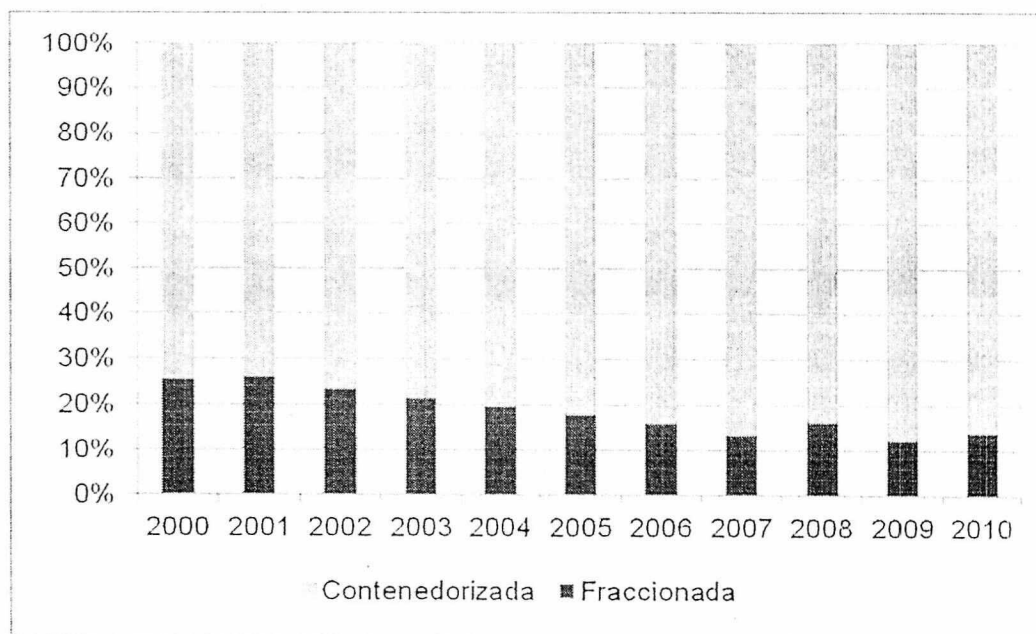
²⁶ Dictamen N° 1045 parte XIV.

922

26. Definido el mercado, y analizada la dinámica de la competencia al interior del mismo, resulta posible concluir que a diferencia de lo manifestado por la Consultante, las principales condiciones del mercado relevante que se tuvieron en consideración para el Informe N°5/2009 de ese H. Tribunal, no han sufrido cambios significativos a la fecha.
27. En efecto, tanto los volúmenes de carga transferidos como la participación de la carga contenedorizada y carga fraccionada en la región, no ha mostrado variaciones significativas desde la fecha del Informe N° 5. Lo anterior se puede apreciar en los gráficos N° 1 y N° 2, donde se incluyen cifras hasta el año 2010.

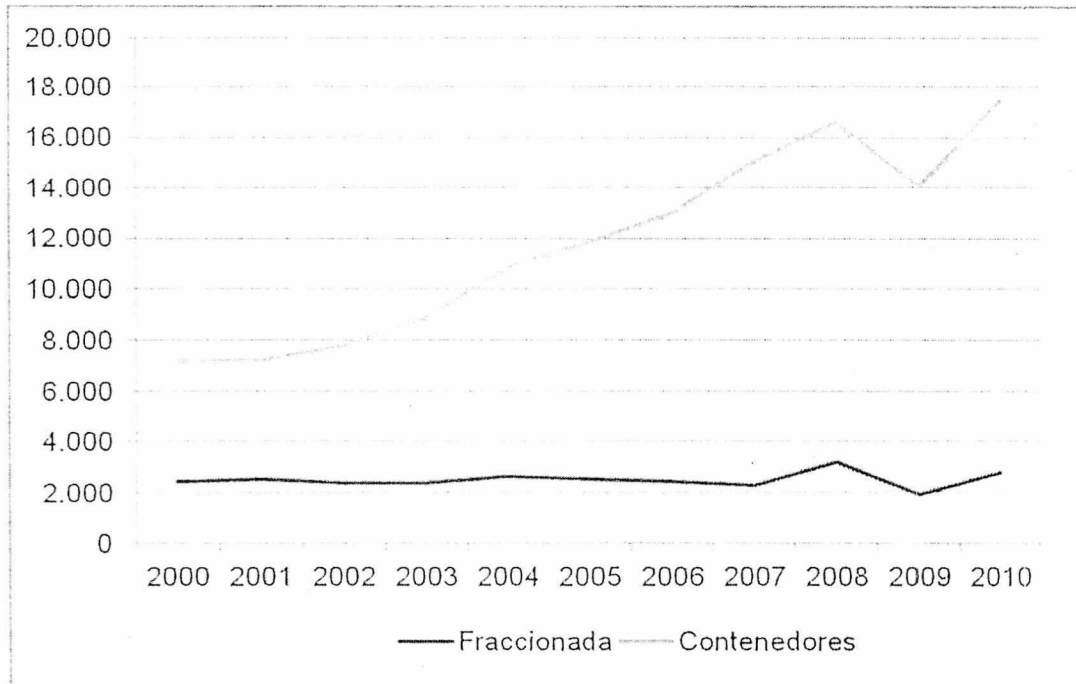
Gráfico N° 1:

Distribución de carga general transferida en Puertos de Valparaíso y San Antonio, por tipo de carga, entre los años 2000-2010.



Fuente: Elaboración propia en base a información entregada en Plan Maestro de EPV.

Gráfico N° 2:
Evolución carga general transferida (tons.) en Puertos de Valparaíso y San Antonio, por tipo de carga, entre los años 2000-2010.



Fuente: Elaboración propia en base a información entregada en Plan Maestro de EPV.

28. De conformidad a lo que muestra el gráfico N° 2, si bien la transferencia de contenedores cae fuertemente en el año 2009 producto de la crisis financiera *subprime*, esta logra retomar con rapidez los niveles observados el año 2008 antes de la crisis, cuestión que permite presumir con seguridad que el volumen transportado de la carga contenedorizada seguirá con una tendencia al alza similar a la observada en los años anteriores.
29. A mayor abundamiento, la participación relativa en la transferencia de carga fraccionada y de contenedores entre los frentes de atraque del mercado relevante se ha mantenido relativamente constante en el tiempo, según puede apreciarse en las tablas N° 1 y N° 2.
30. Así, los principales actores en la movilización de carga de contenedores continúan siendo TPS en Valparaíso y STI en San Antonio. Mientras que, el Espigón de Valparaíso sigue transfiriendo mayormente carga Fraccionada y el Espigón de San Antonio, si bien moviliza proporcionalmente más contenedores que carga fraccionada, aún no muestra una especialización

en los mismos del mismo nivel que los frentes de atraque operados por TPS y STI. Al respecto, se espera que con la entrada de Puerto Central la composición del mercado de contenedores cambie, sin embargo, ello debiera ocurrir recién a partir del año 2015, cuando Puerto Central haya desarrollado la Fase 1 de su proyecto de inversión.

Tabla N° 1:
Carga general movilizada (tons.) durante el período 2008-2010 por los Puertos de Valparaíso y San Antonio, por frente de atraque.

Puerto	Contenedores	%	Fraccionada		Total Carga General	
				%		%
2008						
Valparaíso	9.097.040	87,3	1.317.516	12,7	10.414.556	100
Concesionado (TPS)	8.967.494	94,1	564.800	5,9	9.532.294	100
Espigón (EPV)	129.546	14,7	752.716	85,3	882.262	100
San Antonio	7.051.770	84,2	1.325.200	15,8	8.376.970	100
Concesionado (STI)	6.210.919	89,1	760.400	10,9	6.971.319	100
Espigón (EPSA)	840.851	59,8	564.800	40,2	1.405.651	100
Total 2008	16.148.810	85,9	2.642.715	14,1	18.791.525	100
2009						
Valparaíso	6.896.631	87,9	949.089	12,1	7.845.720	100
Concesionado (TPS)	6.818.174	93,0	510.487	7,0	7.328.661	100
Espigón (EPV)	78.457	15,2	438.602	84,8	517.059	100
San Antonio	8.527.786	88,4	1.121.032	11,6	9.648.818	100
Concesionado (STI)	7.854.437	92,8	610.545	7,2	8.464.982	100
Espigón (EPSA)	673.349	56,9	510.487	43,1	1.183.836	100
Total 2009	15.424.417	88,2	2.070.121	11,8	17.494.538	100
2010						
Valparaíso	8.593.530	87,9	1.182.831	12,1	9.776.361	100
Concesionado (TPS)	8.505.368	96,0	353.613	4,0	8.858.981	100
Espigón (EPV)	88.162	9,6	829.218	90,4	917.380	100
San Antonio	8.527.786	87,4	1.231.798	12,6	9.759.584	100
Concesionado (STI)	7.854.437	89,9	878.185	10,1	8.732.622	100
Espigón (EPSA)	673.349	65,6	353.613	34,4	1.026.962	100
Total 2010	17.121.316	87,6	2.414.629	12,4	19.535.945	100

Fuente: Elaboración propia en base a información del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones publicada en www.substrans.cl

Tabla N° 2:

Carga general movilizada (tons.) en durante el período 2000-2010 por los Puertos de Valparaíso y San Antonio, por frente de atraque.

Tipo de carga	Año	Puerto de Valparaíso		Puerto de San Antonio		Total	
		Concesionado (TPS) %	Espigón (EPV) %	Concesionado (STI) %	Espigón (EPSA) %	%	Tons.
Contenedorizada	2004	33,7	2,5	51,3	12,5	100	10.608.663
	2005	29,9	1,6	54,4	14,0	100	11.669.091
	2006	44,5	2,2	42,8	10,5	100	12.648.171
	2007	53,0	2,0	34,3	10,7	100	14.580.998
	2008	55,5	0,8	38,5	5,2	100	16.148.810
	2009	49,0	0,6	44,9	5,5	100	13.907.465
	2010	49,7	0,5	45,9	3,9	100	17.121.316
Fraccionada	2004	62,5	14,3	5,7	17,5	100	2.641.077
	2005	59,2	13,4	4,6	22,8	100	2.539.915
	2006	45,2	25,7	7,6	21,4	100	2.429.602
	2007	31,9	22,8	21,2	24,1	100	2.266.979
	2008	21,4	28,5	21,2	28,8	100	2.636.837
	2009	27,0	23,2	17,6	32,3	100	1.892.574
	2010	13,1	30,7	23,6	32,6	100	2.697.464

Fuente: Elaboración propia en base a información del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones publicada en www.substrans.cl

31. En términos de infraestructura portuaria en la región, es posible señalar que tampoco se han observado cambios que modifiquen el mercado relevante ni las condiciones de competencia entre los actores de la región. La tabla N° 3 presenta la longitud y profundidad de los diferentes frentes de atraque. Como se observa, han cambiado las características de los frentes respecto de lo identificado en el Informe N°5, pero este cambio se ha producido en sintonía con el aumento de tamaño de las naves²⁷. Así, siguen siendo los mismos frentes de atraque (TPS y STI) los que pueden ser considerados sustitutos cercanos entre sí, con la diferencia que a la fecha de realización del Informe N°5 las naves de mayor tamaño que podían ser atendidas correspondían al tipo panamax, mientras que actualmente ambos frentes de atraque pueden

²⁷ Con el paso del tiempo el tamaño de las naves ha ido aumentando progresivamente con el fin de aumentar el volumen transportado y así aprovechar economías de escala, lo que ha generado que la nave de diseño ya no sea del tipo panamax, sino post-panamax.

atender una nave del tipo post-panamax.

Tabla N° 3 [ii]:

III. SUPUESTA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA QUE JUSTIFICARÍAN LA SOLICITUD DE EPV

32. En abierta contradicción con las conclusiones expuestas en el capítulo anterior, la Empresa Portuaria de Valparaíso plantea eliminar las restricciones horizontales para la licitación del Frente de Atraque N°2 argumentando que, desde fines de 2009, las circunstancias y condiciones del mercado han variado de manera tal, que se ha producido la configuración un escenario económico totalmente distinto a aquel existente al momento de emitirse el Informe N° 5.
33. Lo anterior, en el contexto de lo establecido por la regla 23.5 del Informe N° 5, que dispone que la solicitud de modificación de las reglas de integración vertical y horizontal en él contenidas requiere del cumplimiento de tres condiciones de carácter copulativo: Haber transcurrido cinco años desde la celebración del contrato de concesión; que las condiciones de competencia hayan variado; y contar con el consentimiento de la otra parte²⁸.
34. En relación al primero de los requisitos anotados, existen diversas interpretaciones posibles, las que fluctúan entre las siguientes posiciones:
O estamos en presencia de un plazo suspensivo pendiente o dicho

²⁸ "Las reglas de integración vertical y horizontal tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años de celebrado el contrato de concesión, cualquiera de las partes de ese contrato podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su modificación en un procedimiento no contencioso si las condiciones de competencia varían u otras condiciones lo ameritan, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la otra parte."

requisito fue tácitamente suprimido una vez que se declaró desierto el proceso de licitación anterior. También puede entenderse que, por consideraciones de certeza jurídica, ese H. Tribunal estableció un tiempo mínimo de cinco años para volver a conocer de este asunto, presumiendo que las condiciones de competencia no podrían variar de manera significativa antes de cumplido dicho plazo.

35. Lo que resuelva el H. Tribunal al respecto resulta vital, pues de estar en presencia de un plazo pendiente no se daría cumplimiento al primer requisito establecido por la regla 23.5 del Informe N° 5, debiendo entonces la consulta declararse improcedente.
36. El segundo requisito establecido por la regla referida es que las condiciones de competencia hayan variado. La razón que subyace detrás de este requisito –prescrito también de manera general en el artículo 32 del DL 211 - es garantizar, por consideraciones de certeza jurídica y de garantía de satisfacción de expectativas normativas y económicas para los agentes involucrados, que las decisiones del H. Tribunal solo sean revisadas o reevaluadas en circunstancias especialmente distintas a las que se tuvieron con consideración al momento de emitir esa decisión.
37. EPV describe tres circunstancias que habrían producido dicho efecto:
- *La adjudicación del Espigón-Costanera de San Antonio a Puerto Central*
 - *La falta de interesados en la licitación del Frente de Atrache N° 2.*
 - *La modificación del contrato de **EPV** con **TPS** configurando la ampliación del Frente de Atrache N°1 en 120 metros desde el vértice del sitio 3.*
38. Según se intentará demostrar en los acápites siguientes, las circunstancias descritas por EPV no configuran un escenario que justifique la revisión y mucho menos, la eliminación o alzamiento de las restricciones de integración horizontal para la licitación del Frente de Atrache N° 2.

III.1. La adjudicación del Espigón-Costanera de San Antonio a Puerto Central

39. A juicio de EPV, la adjudicación del Espigón-Costanera de San Antonio a Puerto Central configuraría *“un cambio significativo en las condiciones de competencia del mercado relevante y legitiman a EPV a formular la petición de eliminación o alzamiento de la regla de restricción de integración horizontal fijada en el Informe”*²⁹.

40. Al respecto, esta Fiscalía estima que en el corto plazo las condiciones de competencia en el mercado relevante no se verían sustancialmente modificadas, debido a que las inversiones que corresponden a la primera fase del proyecto de desarrollo de Puerto Central se encontrarán operativas recién a finales del 2015³⁰. De esta forma, durante el período de transición entre el 2012 y 2015, las características del respectivo frente de atraque sólo le permitirán realizar actividades para mantener flujo de caja hasta el momento en que pueda atender la misma nave de diseño que TPS y STI. En este tenor, hasta el año 2015 la influencia del frente Costanera-Espigón, en cuanto a presión competitiva en el mercado relevante, será equivalente al período previo de concesión.

41. En relación a los efectos de mediano y largo plazo asociados a la entrada al mercado de Puerto Central, estos se verán recién entre los años 2015 y 2018, fechas en que se encontrarán operativas la primera y segunda etapa del proyecto de inversión obligatorio. Así, y considerando que el proyecto de concesión del Terminal N° 2 de Valparaíso se encontrará operativo en un período de entre 4 a 6 años³¹, **si la concesión del proceso de licitación actual se entregara en la fecha establecida, dicho Frente de Atraque podría ser considerado como sustituto cercano de los actuales frentes**

²⁹ Consulta de EPV p.7

³⁰ Consulta de EPV p.8

³¹ Consulta de EPV p.17

concesionados recién a partir del 2017, solo dos años después que las primeras obras de Puerto Central se encuentren operativas.

42. Sin embargo, se debe considerar que según proyecciones presentadas por EPV en la Consulta en autos, el período 2013 - 2018 se encontrará caracterizado por un exceso de demanda que, a juicio del consultante, traerá efectos nocivos sobre la competencia debido a la congestión que se produciría y el deterioro del servicio entregado por TPS relativo a los concesionarios de San Antonio.
43. En el gráfico N° 3 se puede apreciar dicho exceso de demanda, el cual se mitiga con la entrada en operación de cada etapa del proyecto obligatorio de Puerto Central.

Gráfico N°3 [iii]:

44. Esto implicaría que los problemas de capacidad observados hasta el año 2017, no podrán ser solucionados incluso si el Terminal N° 2 de Valparaíso fuese concesionado en el corto plazo. Por su parte, en la medida que STI lleve a cabo su proyecto de expansión opcional, que según informa [13]³² se encontraría operativo a más tardar el 2020, no habrían problemas de capacidad hasta el año 2021 (ver gráfico N° 4).

Gráfico N° 4 [iv]:

45. Se debe tener presente que las proyecciones de capacidad se realizan teniendo en cuenta niveles de ocupación óptimos, razón por la cual el exceso de demanda presentado en los gráficos anteriores no implica, necesariamente, que existirá un impedimento real de infraestructura para atender toda la demanda, sino que los tiempos de espera sobrepasarían los considerados óptimos para estimar la capacidad³³.

³² [14]

³³ De acuerdo a lo establecido en la Consulta en autos, "(...) la congestión se inicia con una ocupación cercana al **85% sobre el tiempo disponible de sitio** (...)". Y de acuerdo a la

46. En cuanto a la congestión, en la tabla N° 4 se presentan los tiempos de espera mensuales promedio de TPS, desde el año 2004 al 2011. Como se puede observar, la tesis de EPV en cuanto a que las restricciones de capacidad tendrían efectos nocivos sobre la competencia al deteriorar la calidad del servicio, no se aviene con la evidencia empírica. Así, por ejemplo, según se observa en la tabla que sigue, los tiempos de espera en el Terminal N° 1 para el año 2010 y 2011 son significativamente inferiores a los tiempos de espera del año 2008, existiendo un nivel similar de ocupación durante todos esos años.

Tabla N°4:
Promedio mensual tiempo por frente de atraque

Año	TPS
2004	52,90
2005	58,25
2006	80,82
2007	177,85
2008	397,81
2009	128,99
2010	298,42
2011	280,80

Fuente: Elaboración propia en base a información de la Subsecretaría de Transporte publicada en www.subtrans.cl

47. Por lo anterior, esta Fiscalía considera que la entrada de Puerto Central, en el corto plazo, no modifica el escenario competitivo considerado en el Informe N°5.

48. Por lo demás, aún cuando la entrada de este nuevo concesionario puede cambiar las condiciones del mercado en el mediano y largo plazo (desde el año 2015 en adelante), lo cierto es que la mayor competencia impuesta por este tercer actor al aumentar la capacidad de transferencia de la Región, más que representar un cambio de escenario competitivo que amerite

información proporcionada en el Plan Maestro de EPV, el cálculo de la capacidad de transferencia se calcula con un nivel de ocupación entre 50% y 60% dependiendo del sitio.

levantar la restricción horizontal establecida en el Informe N° 5, constituye una circunstancia que disminuye la urgencia de concesionar dicho Frente.

III.2. Falta de interesados en la licitación anterior

49. Tal como se señaló en los antecedentes del presente documento, el resultado del proceso de licitación del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso llevado a cabo en el periodo 2010-2011 estaría más bien relacionado con deficiencias del proyecto propiamente tal y con el contexto en el que se desarrolló dicho proceso, más que con una falta de interés por participar de los actores de la industria. Lo anterior es ratificado por un análisis realizado por la OECD³⁴, que concluye que el proceso de licitación del Terminal N° 2 del Puerto de Valparaíso habría fallado en atraer oferentes a causa de deficiencias en el diseño del proyecto.
50. En efecto, como parte de la evaluación del proceso desarrollado por la misma Empresa Portuaria se identificaron al menos tres factores que pudieron haber influido en el resultado del proceso. En primer lugar, el proyecto de infraestructura propuesto por EPV tenía bajos niveles de flexibilidad y requería de elevados montos de inversión, cercana a los US\$ 380 millones. En términos del proyecto, EPV exigía la construcción en dos etapas de un frente lineal de más de 700 metros (ver figura N° 2). Sin embargo, a juicio de los expertos, una parte de esta construcción quedaba fuera del área de abrigo del molo de la armada, lo que podía significar la inutilización de parte del frente para la transferencia de contenedores. En éste contexto, es que AGUNSA planteó a EPV la posibilidad de modificar el proyecto propuesto por uno que cumpliera con similares objetivos en términos de capacidad, pero que permitiera un mejor aprovechamiento de las aguas abrigadas (ver figura N° 3), sin embargo, las Bases de Licitación

³⁴ "Policy Roundtable. Competition in Ports and Ports Services." Note by the Delegation of Chile, February 2011, página 116: "The outcome was not similar to the last tender at Valparaíso. The latter failed to attract interested bidders due to concerns regarding the investment project design".

no contemplaban estos márgenes de flexibilidad. Ahora bien, tal como consta en el registro del periodo de preguntas y respuestas del proceso de licitación en discusión³⁵, EPV tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, pudiendo modificar eventualmente las bases de licitación, pero finalmente optó por no hacerlo³⁶.

Figura N° 2 [v]:

Figura N° 3[vi]:

51. En segundo lugar, habrían existido importantes niveles de incertidumbre respecto de las condiciones de entorno en el que se llevaría a cabo el proyecto de inversión, respecto de aspectos como: el área de abrigo que es cubierto por el molo de la armada; la concesión del Dique "Valparaíso III" otorgado a SOCIBER, el cual que estaría ubicado dentro del área de concesión del Frente N° 2; la factibilidad técnica de ampliar, en el mediano plazo, el acceso sur al Puerto de Valparaíso; los permisos ambientales requeridos para el desarrollo de obras, particularmente considerando que la ciudad de Valparaíso es Patrimonio de la Humanidad, entre otros.

52. Por último, se ha considerado que haber licitado simultáneamente los Espigones de los Puertos de Valparaíso y San Antonio influyó considerablemente en los resultados del proceso de licitación del primero. Ello, en vista que: (1) al licitarse paralelamente, los actores tienden a comparar entre proyectos; (2) el proyecto de San Antonio parecía ser más competitivo que el de Valparaíso: requería de menores niveles de inversión y no presentaba los problemas de incertidumbre antes mencionados, pues el Puerto de San Antonio tienen mejores condiciones de acceso y de abrigo, además de no estar ubicado en una ciudad patrimonial, entre otros factores; (3) presentar ofertas en proyectos de éste tipo, requiere de elevadas inversiones en tiempo y dinero, por lo cual, difícilmente un grupo

³⁵ [15]

³⁶ [16].

económico tiene la capacidad para presentar ofertas a dos proyectos simultáneamente. De lo anterior se desprende que la licitación simultánea de ambos Espigones, habría dejado en una posición de desventaja al Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso.

53. Para el actual proceso de licitación, EPV se ha hecho cargo de una parte importante de los aspectos definidos como determinantes del resultado anterior. Concretamente, EPV está proponiendo, en esta oportunidad, el desarrollo de un proyecto flexible, con menores requerimientos de inversión. Adicionalmente, ha desarrollado importantes esfuerzos por reducir los niveles de incertidumbre de los potenciales interesados en el frente: ha explicitado que la concesión del Dique "Valparaíso III" otorgado a SOCIBER finaliza el 2013; ha desarrollado estudios de oleaje con el fin de determinar de manera más específica el área del Puerto que es cubierta por el molo de abrigo; ha iniciado conversaciones con las autoridades de la ciudad para facilitar el desarrollo de estudios ambientales y con el MOP para evaluar la ampliación del acceso sur del Puerto.
54. En éste contexto, del solo fracaso de la licitación anterior no se desprende que no vayan a existir interesados en la licitación actual, pues en dicha subasta influyeron varios elementos, conductas y circunstancias, que hoy han cambiado. Por lo anterior, éste no representaría un argumento para solicitar la revisión de las restricciones horizontales.
55. En síntesis, el resultado de la licitación anterior del Frente de Atraque N° 2 encuentra más explicación en circunstancias y hechos evitables más que en el poco interés de los posibles oferentes, todo lo cual debilita la preocupación que haría necesaria una revisión de las reglas de restricción horizontal.

III.3. Modificación del Contrato de concesión de TPS

56. El contrato de concesión del Frente de Atraque N°1 entre EPV y TPS fue modificado mediante escritura pública el 9 de enero de 2012. Allí las partes estimaron que, *“atendido al estado del negocio, las necesidades del servicio de transporte de carga marítima y la evolución del mercado que ha conducido a un importante incremento en las dimensiones de los barcos que transportan actualmente la carga”*³⁷, se ven en la necesidad de efectuar ajustes en el contrato que sean acordes con los requerimientos del mercado porque las dimensiones y características del Frente de Atraque entregado en concesión se han tornado insuficientes para enfrentar la demanda. En razón de ello modifican, en específico, el área de concesión del Terminal N° 1 mediante la ampliación en 120 metros del sitio 3 del Frente de Atraque N° 1³⁸, generando, además, una explanada ganada al mar que conecta el delantal del muelle extendido con una parte del delantal del frente del sitio 4. Producto de la construcción de este proyecto se adicionará un área de aproximadamente 4.467 m² a la superficie original del Frente de Atraque N° 1, tal como se muestra en la figura N°4³⁹.

Figura N° 4 [vii]:

57. Cabe destacar que la eventual modificación del área de concesión de TPS fue un tema de preocupación por parte de los agentes interesados en la licitación anterior del Frente de Atraque N° 2. Así, ya en enero de 2011 y en marzo del mismo año, durante la etapa de preguntas y respuestas del referido proceso de licitación, se manifestaron consultas sobre la ampliación del Frente de Atraque N°1 en el sitio N° 3 como consta en [18]⁴⁰⁴¹.

³⁷ Escritura Pública otorgada ante notario público de Valparaíso don Marcos Díaz León, p. 3.

³⁸ *Ibíd.* página 3.

³⁹ [17]

⁴⁰ [19]

⁴¹ [20]

935

58. Es interesante observar que, según las respuestas presentadas por EPV al respecto, a menos de un año de la modificación del contrato de concesión entre EPV y TPS, no había una decisión por parte del Directorio de esta Empresa sobre la materia de preocupación de parte de los agentes interesados (la ampliación del sitio 3 del Frente de Atraque N° 1).
59. Lo anterior es sumamente relevante toda vez que la ampliación del Terminal N° 1 afecta negativamente al futuro operador del Terminal N° 2. Por lo pronto hay una reducción importante del área que separa el vértice del sitio N°3 y el vértice del sitio 6 (la poza) añadiendo un ámbito de incertidumbre significativo para el futuro concesionario del Terminal N° 2. Ello, en vista de que se configurarían problemas relativos a la coordinación y maniobrabilidad entre las naves que se dirigen al Terminal N° 1 y aquellas que se dirigen al sitio 6 del Espigón. Aún cuando en la modificación del contrato de concesión se establecieron cláusulas⁴² a modo de garantía para los operarios del Espigón que privilegian el ingreso de naves que se dirigen al sitio 6 sobre las que se dirigen al Terminal N° 1, esta no logra impedir los desincentivos para los oferentes en la licitación del Terminal N° 2.
60. A mayor abundamiento, la ampliación del Terminal N° 1 aumenta el costo de la inversión inicial para el nuevo operario del Terminal N° 2, el que deberá estar en condiciones de competir con otro operador (del Terminal N° 1) con un frente de atraque de al menos 740 metros, y con capacidad para atender dos naves post-panamax.
61. Así pues, esta Fiscalía no entiende que la Consultante inicie por una parte un proceso destinado a levantar las restricciones horizontales establecidas respecto de las incumbentes en el marco de la licitación del Terminal N° 2, fundado precisamente en el temor de que exista desinterés de terceros

⁴² Escritura Pública otorgada ante notario público de Valparaíso don Marcos Díaz León, p. 9 y ss. punto Tercero.

936

actores por participar de dicho proceso de licitación, y simultáneamente profundice dicho desinterés mediante la modificación del contrato de concesión del Terminal N° 1.

62. En concreto, al haber incrementado artificialmente la desventaja estratégica del Terminal N° 2 en relación con el Terminal N° 1, en los hechos se ha reducido la competencia, de manera tal que más que configurarse un cambio en las condiciones de competencia que justifique la solicitud de EPV, la extensión del Terminal N° 1 mantiene o, incluso, **agrava, efectivamente estas condiciones,** lo que hace de suyo equivocado justificar la necesidad de revisión de las restricciones en base a este argumento.

63. En síntesis esta Fiscalía es de opinión que ninguna de las circunstancias planteadas por EPV como demostrativas del cambio en las condiciones de competencia tenidas a la vista a la época de elaboración del Informe N° 5 implica un cambio en las condiciones de competencia del mercado relevante que justifique la revisión de las reglas sobre restricción horizontal prescritas en el mismo.

IV. EL LEVANTAMIENTO DE LAS RESTRICCIONES DE INTEGRACIÓN HORIZONTAL NO RESULTA ACONSEJABLE DE CARA A LA LIBRE COMPETENCIA.

IV.1. Efectos sobre la competencia de un potencial levantamiento de las restricciones de integración horizontal.

64. La relevancia de la existencia de competencia entre puertos, pero además al interior de los mismos, ha sido refrendada mediante un estudio llevado a cabo por Galetovic y Sanhueza⁴³ con motivo de la licitación del espigón de San Antonio, finalmente adjudicado a Puerto Central. En dicho estudio, los

⁴³ Galetovic, A. y R. Sanhueza (2008), "Un análisis económico de la adjudicación del Terminal Costanera del Puerto de San Antonio"

autores desarrollan un modelo de competencia diferenciada de Salop⁴⁴, y concluyen que tres actores en la industria son preferidos a dos, cuatro a tres y así sucesivamente, ya que de esta forma las tarifas de equilibrio serían menores.

65. Los resultados de dicho modelo aplican en un escenario con o sin restricciones de capacidad, con la salvedad que en el primer caso, que es el que nos compete dadas las condiciones de mercado que se analizan⁴⁵, las tarifas serán mayores en comparación a un escenario sin restricciones⁴⁶.
66. Dado que el modelo predice que las tarifas bajo un esquema sin restricciones de capacidad serían inferiores a aquellas que prevalecen en un escenario con restricciones de capacidad, podría existir la tentación de incrementar la capacidad de TPS con el objeto de que ninguno de los incumbentes exhiba restricciones de capacidad. Sin embargo, en el corto plazo las restricciones de capacidad seguirían existiendo dentro de la región con su respectivo efecto sobre la competencia. Ello debido a que, de acuerdo a cifras entregadas por [21], dicho concesionario posee una capacidad de transferencia, para carga general, de [22] de toneladas anuales, la que se haría restrictiva, según proyecciones de demanda entregadas por [23] a esta Fiscalía, aproximadamente al año 2012 ó 2013⁴⁷, cuando la demanda alcance [24].
67. De hecho, resulta probable que el efecto de la restricción de capacidad en el mercado relevante ya esté presente en las tarifas vigentes en la actualidad, lo que explicaría el casi nulo traspaso de eficiencias en la transferencia de carga observados en los últimos años a precios. La tabla

⁴⁴ Salop, S., "Monopolistic Competition With Outside Goods", *Bell Journal of Economics* 10, 141-156, 1977.

⁴⁵ [25].

⁴⁶ Galetovic, A. y R. Sanhueza (2008), "Un análisis económico de la adjudicación del Terminal Costanera del Puerto de San Antonio".

⁴⁷ Respuesta a Ord. FNE N° 0311 de 2012.

N° 5 muestra la evolución de las tarifas cobradas por TPS, y la tabla N°6 algunos indicadores de eficiencia.

Tabla N° 5 [viii]

Tabla N° 6 [ix]

68. La información anterior muestra que, si bien, por ejemplo, la eficiencia medida en TEUS por metro lineal de muelle ha aumentado en un [26] entre el año 2009 y 2011 en el caso de [27], las tarifas no han disminuido, presentando alzas en prácticamente todos los precios entre los años 2009 y 2011.
69. Por este motivo, dado este contexto de limitaciones de capacidad, resultaría beneficioso para la competencia contar con un actor adicional, distinto del incumbente, con el objeto de promover la competencia por la demanda residual, particularmente considerando que las inversiones de Puerto Central se encontrarán operativas recién en el año 2015.
70. Lo anterior es válido, salvo que se acredite la existencia de eficiencias (economías de ámbito y escala) asociadas a la operación de ambos terminales por parte del incumbente, o que la escala de operaciones del Terminal N° 2 sea inferior a la eficiente.
71. Al respecto, cabe consignar lo señalado por el [28]⁴⁸, en cuanto a que la licitación del frente de atraque al operador incumbente de Valparaíso en las actuales condiciones, no generaría economías de escala significativas, ya que ambos Frentes de Atraque se encuentran separados por "la posa". Así, las economías de escala y/o ámbito se circunscribirían a menores costos de administración y software.

⁴⁸ [29].

72. Así, la única forma de materializar economías de escala significativas sería mediante la construcción de un frente lineal que elimine “la posa” existente entre ambos terminales, proyecto que mal puede pretender implementarse en el contexto de la actual licitación sin pasar a llevar los principios de igualdad y no discriminación.
73. En efecto, si fuese efectivo lo afirmado en autos por TPS, en orden a que la generación de un solo frente de atraque lineal constituye la forma más eficiente de utilización de las instalaciones del Puerto de Valparaíso, uno hubiese esperado que EPV esperase el fin de la concesión actual de TPS y posteriormente licitado conjuntamente ambos frentes de atraque, posibilidad recientemente descartada mediante la modificación del contrato de concesión de TPS, en virtud del cual se ha extendido el mismo por un lapso adicional de diez años.
74. Lo anterior, toda vez que resulta evidente que de existir eficiencias asociadas a la operación del Puerto de Valparaíso como un terminal continuo, aquellas solo podrían resultar traspasadas a los usuarios mediante una licitación por la cancha, en la que los potenciales oferentes anticipen las eficiencias esperadas mediante las tarifas máximas que oferten. Por el contrario, si se pretendiese llevar a cabo dicho proyecto adjudicando primeramente el Terminal N° 2 a TPS, y después autorizando el relleno de “la posa” que media entre aquel y el Terminal N° 1, cualquier eficiencia emanada de dicha operación continua del puerto solo acrecería a los ingresos de la incumbente.
75. Finalmente, y contrario a lo que podría pensarse respecto de que los riesgos de cara a los usuarios están acotados como consecuencia de la existencia de tarifas máximas, lo cierto es que el incumbente siempre tendrá la posibilidad de extraer rentas a través de los servicios no regulados. Lo anterior refuerza la necesidad de fomentar la competencia entre puertos y al interior de los mismos, sobre todo si se considera que en los últimos años

los ingresos por concepto de servicios no regulados han aumentado su relevancia dentro de los ingresos totales percibidos por TPS (ver tabla N° 7).

Tabla N° 7 [x]

IV.2 Riesgos del mecanismo en dos etapas

76. El mecanismo de licitación en dos etapas propuesto en la Consulta en autos, tendría como objetivos, en primer lugar, fomentar la participación de futuros entrantes en el proceso de licitación y, por lo tanto, no afectar la competencia por la cancha en dicha instancia y, en segundo lugar, no retrasar la concesión del frente de atraque en cuestión en caso que no hubiesen nuevos entrantes interesados en participar.
77. De acuerdo con lo expuesto, de llegarse a la segunda etapa, en aquella participarían sólo los incumbentes (TPS, STI y Puerto Central). Ahora bien, tanto STI como Puerto Central han señalado⁴⁹ no estar interesados en participar del proceso de licitación en cuestión, razón por la cual el único actor con interés en participar en la segunda etapa de la licitación sería TPS.
78. Así las cosas, la modalidad de licitación escogida entrega certeza a TPS que de llegar a abrirse su oferta, aquella no competirá con ninguna otra. Huelgan comentarios respecto de los incentivos competitivos que aquel diseño supone para TPS, y las tarifas máximas con que dicha empresa participará del proceso de licitación si aplica un mínimo de racionalidad.
79. La situación anterior se ve agravada por la existencia de cláusulas que otorgan a la Consultante cierto nivel de discrecionalidad a la hora de evaluar

⁴⁹ [30]

las ofertas presentadas en la primera etapa de la licitación. En efecto, el numeral 2.9.4, párrafo segundo, de las Bases de Licitación del Frente de Atrache N°2 del Puerto de Valparaíso, dispone que [31].

80. Al no establecer claramente los motivos por los cuales una oferta puede ser rechazada, se da paso a un grado de subjetividad inaceptable –más todavía considerando la modalidad de licitación por que se ha optado- respecto de la decisión de la oferta ganadora. Por lo demás, la sola existencia de esa cláusula genera incertidumbre en el proceso de licitación, por lo que el interés por la participación en la primera etapa del proceso podría verse mermado.
81. A mayor abundamiento, ese H. Tribunal dictaminó en el informe N° 5, en relación a una cláusula similar, que *“(...) este Tribunal considera recomendable que EPV defina un mecanismo de licitación que busque maximizar los incentivos para que los participantes compitan entre sí en función de un menor índice tarifario ofertado a los usuarios de servicios básicos, para lo cual es esencial que se establezcan con claridad y objetividad, los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las cuales una oferta puede ser desestimada y por las cuales la Licitación o cualesquiera de sus etapas puede ser declarada desierta*⁵⁰. En efecto, (...) “aceptar o rechazar cualquier oferta o declarar desierta la licitación sin necesidad de expresar motivo alguno”, eleva el riesgo de un comportamiento arbitrario por parte de la licitante, incrementando el costo esperado de interesados en competir en la Licitación y generando, por lo tanto, desincentivos artificiales de participación que reducen la probabilidad de lograr una competencia ex ante vigorosa y eficiente. Por consiguiente, este Tribunal estima que dicha facultad no podrá ser contemplada por las Bases de la Licitación y, en su lugar, EPV deberá atenerse a criterios objetivos de evaluación previamente establecidos y conocidos por los postulantes, a excepción del índice de

⁵⁰ Énfasis agregado.

adjudicación máximo de reserva que, como se dijo, deberá mantenerse en secreto mientras la Licitación no sea adjudicada.”

IV. CONCLUSIONES

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

- Los argumentos que justificarían la solicitud de la Consultante son, por una parte, el cambio de las circunstancias y condiciones de mercado, que consistirían en: 1) la entrada de un nuevo operador al mercado relevante (Puerto Central), 2) la falta de interesados en el proceso de licitación anterior, y 3) la ampliación del sitio 3 del Terminal 1; y por otra, el déficit de infraestructura del Puerto de Valparaíso, que haría imperativo concesionar el Terminal N° 2 a la brevedad posible.
- Que, analizadas las condiciones de mercado existentes, los cambios acontecidos en el mercado relevante durante los últimos dos años, no son significativos y no configuran, en modo alguno, un escenario económico que justifique la modificación de las condiciones para la competencia establecidas por ese H. Tribunal en el Informe N° 5/2009. Lo anterior, por cuanto en opinión de esta Fiscalía: (1) la entrada de Puerto Central podría cambiar las condiciones de competencia sólo a partir del año 2015, cuando este operativa la primera fase del proyecto de inversión comprometido; (2) el fracaso del proceso de licitación anterior se explicaría más por las debilidades del proyecto propuesto por EPV y por las condiciones imperantes en el momento en que se desarrolló la licitación, más que por la falta de interés de nuevos operadores; (3) la ampliación del sitio 3, más que ser un cambio que favorezca las condiciones de competencia, tendría efectos disuasivos en la participación de potenciales oferentes, reduciendo la competencia por la cancha.

- En relación al otro argumento referido por la Consultante, si bien es efectivo el déficit actual de infraestructura del Puerto de Valparaíso, y por ende del mercado relevante, lo cierto es que independiente de lo que ocurra con la licitación objeto de la consulta, dicho déficit no será cubierto en el corto plazo. Para el mediano plazo existen proyectos en el Puerto de San Antonio que atenuarían la urgencia con que EPV solicita proceder, sacrificando incluso la competencia intra-portuaria.
- Por el contrario, dado este contexto de limitaciones de capacidad, resultaría beneficioso para la competencia contar con un actor adicional, distinto del incumbente, con el objeto de promover la competencia por la demanda residual existente en el mercado.
- En síntesis, esta Fiscalía no encuentra razones económicas satisfactorias que justifiquen el alzamiento o la eliminación de la regla de restricción horizontal para la Licitación el Frente de Atraque N°2. Por lo mismo, se reitera lo señalado en informes previos por esta Fiscalía, en orden a 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 inter-portuaria como intra-portuaria.
- Finalmente, y para el improbable evento de que ese H. Tribunal no coincida con el parecer expresado por esta Fiscalía y determine levantar las restricciones horizontales establecidas en el Informe N° 5, se solicita ordenar se adopten las medidas necesarias para asegurar la igualdad de oportunidades de los oferentes, y garantizar que la licitación entregue resultados competitivos. Lo anterior implica modificar el mecanismo de licitación propuesto, estableciendo una subasta en una sola etapa, asegurando que ninguna de las interesadas pueda presentar un proyecto que las demás no estén en condiciones de replicar.

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.

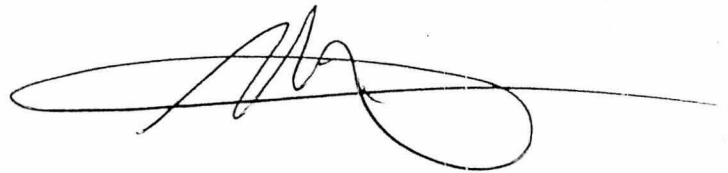
PRIMER OTROSÍ: Solicito se sirva ese H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos, bajo los apercibimientos legales correspondientes:

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 los gráficos y cuadros elaborados en base a información confidencial en este informe. ✓
3. Anexo Confidencial Pública III que contiene referencias correspondientes a la información confidencial utilizada en esta presentación ✓
4. Anexo Confidencial Pública IV que contiene las referencias correspondientes a los gráficos y cuadros elaborados en base a información confidencial en este informe. ✓
5. Anexo Confidencial Pública con archivos digitales que contienen las bases de datos con los que se elaboró este informe. ACD ✓
6. CD con archivos digitales que contienen las Bases de datos. ACD ✓

Sírvase H. Tribunal decretar la confidencialidad de los documentos signados en los numerales 1, 2, y 6, 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

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.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.