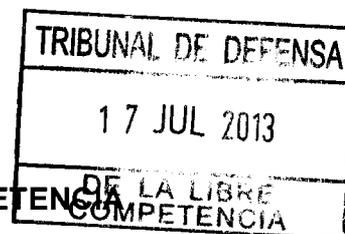


EN LO PRINCIPAL: APORTA ANTECEDENTES

EN EL PRIMER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: SE TENGA PRESENTE



H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, domiciliado en calle Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, en autos caratulados “Solicitud de Informe de Empresa Portuaria de Iquique (EPI) sobre Licitación de Concesión del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique”, RoI NC-415-13, a este H. Tribunal respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 5 y 31 N° 1 del DFL N° 1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, de 1973 (en adelante, “DL 211”), vengo en aportar antecedentes a este H. Tribunal, respecto de la Consulta de autos en el siguiente tenor:

I. ANTECEDENTES

I.1. Presupuestos de la Consulta de la Empresa Portuaria de Iquique.

1. Con fecha 6 de mayo de 2013, la Empresa Portuaria de Iquique (en adelante, indistintamente, “la Empresa Portuaria”, “la Consultante” o “EPI”) solicitó a este H. Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542 de 1997 sobre Modernización del Sector Portuario Estatal (en adelante, simplemente, “Ley de Puertos”) y, en los artículos 18 N° 2 y 31 del DL 211, informar acerca de las condiciones de competencia en las que deberá desarrollarse la licitación pública para la concesión portuaria del Terminal N° 1 o Molo del Puerto de Iquique (en adelante, “Terminal N° 1”)¹ o la concesión para la construcción y explotación de un tercer Terminal junto con el Terminal N° 1.

¹ Consulta de EPI, pp. 1 y 2.

2. La Concesión supone la operación, bajo un esquema monooperador, del Terminal N° 1 del puerto de Iquique, modalidad a la que se refieren los artículos 23 y 53 de la Ley de Puertos. De acuerdo a lo ordenado por el referido artículo 23, la licitación deberá realizarse de conformidad a los términos señalados en el Informe que al efecto emita S.S.
3. La licitación otorgará el derecho a desarrollar, mantener y explotar el Terminal N° 1 por un plazo de 30 años². El Concesionario deberá proveer en éste y/o en sus posibles futuras ampliaciones y extensiones, al menos los mismos servicios portuarios que se prestan al momento de esta licitación, es decir, atención de carga general fraccionada, transferencia de graneles sólidos y líquidos, transferencia de vehículos y maquinarias en naves tipo “*car carrier*”³, atención de naves de pasajeros (cruceros), transferencia de contenedores y servicios a naves menores. En tal sentido, se trata de un terminal multipropósito⁴. Adicionalmente, se contempla la ampliación suficiente para contar con un nuevo sitio que sea capaz de atender una nave del tipo “*New Panamax*”⁵.
4. Como se indica en el Plan Maestro, en la actualidad, el puerto de Iquique construido entre los años 1928 y 1932, cuenta con dos frentes de atraque, cada uno compuesto, a su vez, por dos sitios, distribuidos en un Molo de abrigo y un Espigón⁶. A su vez, el Terminal N° 1 a ser licitado, comprende los sitios 1 y 2, con una longitud de 399 metros para naves comerciales y 133 metros para naves pesqueras. Su ancho aproximado es de 50 metros,

² Bases de Licitación del Terminal N° 1 del puerto de Iquique p. 2 punto 1.1. Máximo tiempo para la adjudicación de un Terminal bajo un esquema monooperador que contempla la Ley de Puertos de conformidad a su artículo 14.

³ Nave especializada en el transporte de vehículos.

⁴ Literalmente en las Bases de Licitación del Terminal N° 1 del puerto de Iquique p. 3 punto 1.1.

⁵ La nueva categoría de nave denominada “*New Panamax*” corresponde aquella que, de acuerdo a la ampliación del Canal de Panamá en marcha, tendrá una eslora máxima de 366 metros y un calado de 15,2 metros. Por su parte, una nave del tipo “*Panamax*” es aquella de al menos 230 metros de eslora y 11,0 metros de calado. A su vez, una nave del tipo “*Post Panamax*” es aquella que supera los 300 metros de eslora y 13,6 metros de calado. Es decir, cualquier nave que supere los límites de las esclusas del Canal de Panamá en la actualidad (previo a la ampliación actualmente en construcción) es del tipo *Post Panamax*. Al respecto, se tuvo en consideración el Informe de la Autoridad del Canal de Panamá, OP Notice to Shipping N° N-1-2013 on Vessel Requirements. 16 de enero de 2013, p. 2 y ss. Ver, al respecto, el documento disponible en <http://www.pancanal.com/eng/op/notices/2013/N01-2013-Rev1.pdf> [última visita, 27 de junio 2013].

⁶ Plan Maestro del puerto de Iquique, febrero de 2012, p. 57. Disponible en <http://www.epi.cl/docs/planmaestro2012.pdf> [última visita, 11 de julio de 2013].

constituido por un muro gravitacional de bloques de hormigón. Las características físicas quedan explicadas en el Cuadro N° 1 que sigue:

Cuadro N° 1
Características Sitios de Atrache y Equipamiento del puerto de Iquique.

	Terminal N° 1	Terminal N° 2	Terminal N° 2
Sitios	1 - 2	3	4
Longitud [m]	400	335	294
Ancho del Delantal [m]	20	20	30
Año de Construcción	1928-1932	1928-1932	2005-2010
Calado Máximo Permitido [m]	9,3	9,3	11,25
Tipo de Estructura	Muro Gravitacional de Bloques de Hormigón	Muro Gravitacional de Bloques de Hormigón	Muelle transparente Pilotes de acero

Fuente: EPI Plan Maestro 2012. disponible en <http://www.epi.cl/docs/planmaestro2012.pdf> [última visita, 9 de julio de 2013].

5. Como lo ha expresado la Consultante, la especialización de los frentes de atraque, la tendencia a la contenedorización, la subutilización del Terminal N° 1 y, por sobre todo, las proyecciones de demanda, son las razones fundamentales que justifican un proyecto de inversión para la Concesión como el consultado⁷.

6. Efectivamente, señala la propia EPI que:

“[C]onsiderando factores tales como la pérdida de competitividad del Terminal Molo, el uso desbalanceado de las áreas de respaldo con que cuenta el puerto y, sobre todo, las proyecciones de demanda con que cuenta EPI, que indican que, en un horizonte de 25 años, la demanda por transferencia de carga para el puerto se duplicará, el Directorio de EPI se ha propuesto licitar la concesión del Terminal N°1 o Molo y su correspondiente expansión, en los términos que se indican en la presente Solicitud⁸.”

⁷ Consulta de EPI, p. 7 y ss.

⁸ Consulta de EPI, p. 9.

I.2. El proyecto de desarrollo del Terminal N° 1 del puerto de Iquique y el esquema de licitación que al efecto propone la Empresa Portuaria.

7. Para satisfacer los requerimientos anotados, EPI propone en concreto que la licitación signifique la inversión necesaria para la ampliación de la infraestructura actual del Terminal N° 1 del puerto de Iquique. Dicha ampliación puede desarrollarse de dos maneras, de acuerdo a lo establecido en la Consulta y de conformidad se estructura la licitación; la primera (en adelante, “Grupo N° 1”) supone una extensión hacia el poniente que implica la construcción de un nuevo Molo de abrigo y la generación de una nueva dársena hacia el oeste del actual Molo, por su parte, la segunda (en adelante, “Grupo N° 2”) supone la extensión del actual Molo hacia el norte⁹. Como señala la Consultante, con dichas inversiones se espera llegar a una capacidad de transferencia de carga del puerto de Iquique de un total de unos 750.000 TEUs/año, doblando la capacidad actual¹⁰.
8. Ahora bien, ambas opciones difieren significativamente en cuanto a montos de inversión involucrados. Así, el Grupo N° 1 importa una inversión entre los US \$300 MM y US\$ 450 MM, mientras que el Grupo N° 2 supone una inversión entre US\$ 100 y US\$ 150 MM¹¹. Como se verá, el modelo o esquema de licitación privilegia el Grupo N° 1 pues el proyecto de desarrollo del puerto de Iquique en la forma de la construcción de un nuevo molo de abrigo en el Terminal N° 1 es el objetivo central de la Empresa Portuaria. Incluso, la Consultante ha propuesto que para las ofertas del Grupo N° 1 haya un incentivo adicional siendo este la posibilidad de retener, por parte del adjudicatario, una fracción del TUP¹².
9. Teniendo en cuenta lo anterior, **el esquema de licitación propuesto por la Empresa Portuaria de Iquique está estructurado en un modelo de dos**

⁹ Consulta de EPI, p. 31.

¹⁰ Consulta de EPI, p. 12.

¹¹ Consulta de EPI, p. 26.

¹² Sigla referida a la Tarifa por el Uso de Puerto que cobra la Empresa Portuaria correspondiente a las naves que recalcan en los sitios ubicados en la nueva dársena a construir en el caso de optar por el Grupo N° 1. Véase, Bases de Licitación, punto 3.9.2, p. 17.

grupos. Ahora bien, se indica que un mismo oferente podrá presentar ofertas de manera simultánea a los dos Grupos. Del mismo modo, se recibirán al mismo tiempo todas las ofertas, es decir, tanto aquellas que correspondan al Grupo N° 1 y aquellas del Grupo N° 2 con el objetivo de evitar especulación entre los oferentes¹³.

10. Con todo, la Empresa Portuaria analizará primeramente las ofertas del Grupo N° 1 (concretizando su opción de privilegio) sin abrir las ofertas del Grupo N° 2. Naturalmente, si alguna oferta del Grupo N°1 satisface los criterios de la licitación, será adjudicada a aquella sin considerar las ofertas del Grupo N° 2. En el evento de que las ofertas del Grupo N° 1 o sean satisfactorias en los términos que proponen las Bases de Licitación, se abren entonces las ofertas del Grupo N° 2 para su adjudicación.
11. Como la propia Empresa Portuaria lo señala, el modelo de licitación propuesto busca:

“1. Generar un proyecto que, respondiendo a las necesidades de ampliación del puerto antes descritas, sea atractivo para operadores privados y que, a la vez resguarde los intereses de los usuarios del sistema. (...);

2. Garantizar adecuados niveles de competencia que generen incentivos a la eficiencia, pero que permitan las eficiencias propias del sistema mono operado y que hagan atractivo el negocio para los operadores. (...);

3. Dotar a la concesión de la flexibilidad necesaria para adecuar las condiciones de la misma a los cambios que puedan ocurrir en un horizonte de 30 años (...).”¹⁴.

¹³ Bases de Licitación Terminal N° 1 del puerto de Iquique, p. 2.

¹⁴ Consulta EPI, pp. 13 y 14. Dichos objetivos buscados en la Licitación de autos también han sido reconocidos como un elemento clave en la política portuaria de Chile desde la dictación de la Ley de Puertos. Sobre lo anterior, tal fue la opinión que la delegación Chilena hiciera explícita ante la OCDE: *“As this contribution describes, the role played by competition principles and Competition Authorities in the development of Chilean ports competitiveness has been very significant in the last fifteen years. Competition authorities’ decisions have ensured a competitive structure for the port services restricting integration and preventing dominance abuses by concessionaires. The role of private parties and competition in the future development of port services industry will certainly increase. Intra-port competition between private companies will become a reality, which will increase the likelihood of anticompetitive behaviour, whether unilaterally or collectively. Thus, it is reasonable to expect in the future an increased involvement of competition authorities in monitoring*

12. En función del modelo propuesto y de las características propias del puerto de Iquique y, en términos más amplios, del mercado portuario de la denominada “macro-zona norte”, es que se procederá a analizar las condiciones de competencia que esta Fiscalía estima centrales para el proceso en cuestión. En lo que sigue, se describirá someramente el contexto regulatorio pertinente (parte II), continuando con el análisis del mercado relevante, especialmente en términos geográficos, que, como se verá, resulta central para la determinación de la pertinencia o corrección de la imposición de medidas de carácter estructural –al modo de las reglas de integración horizontal y vertical– en el proceso de licitación y en la explotación posterior del Terminal N° 1 del puerto de Iquique (parte III), para seguir con consideraciones adicionales relativas al índice tarifario máximo y a las condiciones de competencia en las propias Bases de Licitación (parte IV y V). El informe finalizará con una numeración esquematizada de las conclusiones a propósito de las medidas estructurales y de los eventuales riesgos o preocupaciones en términos de libre competencia que se observan en la propuesta de licitación.

II. REGULACIÓN

13. Como se indicó, para los efectos del análisis de las condiciones de competencia en el proceso de licitación del Terminal N° 1 del puerto de Iquique, es conveniente tener presente, al menos en algún grado esquemático, la regulación a la que se encuentran sometidos los puertos estatales en términos generales y el puerto de Iquique en especial. El presupuesto de esta explicación es que una correcta ponderación de las condiciones de competencia a la cual se somete la licitación y la explotación posterior, supone su vinculación a todo un entramado normativo que consagra entre sus principios básicos y más importantes la promoción de la competencia en los mecanismos de asignación de los puertos, así como en

and, eventually, prosecuting anticompetitive behavior. A set of tasks not just limited to a structural or preventive approach will be needed, in order to achieve a close working partnership with port SOEs”. “Policy Roundtable. Competition in Ports and Ports Services”. Note by the Delegation of Chile, February, 2011 p. 116.

la competencia durante la explotación de los Terminales en términos intra-portuarios y entre los puertos¹⁵.

14. Así entonces, la Ley de Puertos establece en su artículo 7 inciso segundo un mandato para las empresas portuarias de licitar públicamente el otorgamiento de concesiones a terceros para realizar el objeto que indica el artículo 4 de la misma ley¹⁶. Por su parte el artículo 14 señala que si la región no contempla otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño del proyecto, deberá contarse con un informe del H. Tribunal sobre las condiciones de competencia en el proceso de licitación que se refiere el artículo 7 ya citado.

¹⁵ Como se constata de la propia historia fidedigna de la Ley de Puertos, “[p]ara superar esta restricción [la dificultad en mejorar la eficiencia de los puertos nacionales], resulta imprescindible crear condiciones que permitan aumentar los niveles de competencia al interior de los puertos, así como la propia competencia entre ellos, **estableciendo una política destinada a promover una mayor participación del sector privado en los puertos** y una política tarifaria transparente, evitando subsidios cruzados, de modo que nuestro sistema portuario pueda alcanzar un desarrollo sustentable en el largo plazo.” (énfasis agregado). Mensaje del Ejecutivo que presenta el Proyecto de Ley que Moderniza el Sector Portuario Estatal, Historia de la Ley, p. 7. Del mismo modo, “[p]ara asegurar un ambiente de competencia, transparencia y equidad, **en el proyecto de ley se consideran una serie de disposiciones orientadas a incentivar la participación del máximo de oferentes**, como por ejemplo, el proceso de selección del concesionario se deberá realizar por medio de licitación pública” (énfasis agregado). Mensaje del Ejecutivo que presenta el Proyecto de Ley que Moderniza el Sector Portuario Estatal, Historia de la Ley, p. 8. Tales propósitos, de igual forma, han sido explícitamente reconocidos por la H. Comisión Preventiva Central: “Debe recordar esta Comisión que el propósito de la ley, claramente manifestado en sus normas, es que la competencia entre los servicios portuarios tenga lugar entre los distintos puertos estatales y privados, y al interior de sus puertos, entre sus diversos frentes de atraque”. (Precisiones de la CPC, Dictamen N° 1.045, p. 16). Todo lo anterior ha sido resaltado actualmente por la Delegación Chilena ante la OCDE al señalarse que “**the purpose of the ports’ Act is to promote intra-port competition, with different private parties participating as concessionaires**”. OCDE, Policy Roundtable. Competition in Ports and Ports Services.” Note by the Delegation of Chile, February, 2011 p. 116. (énfasis agregado).

¹⁶ Señala el artículo 4 que “[L]as empresas tendrán como objeto la administración, explotación, desarrollo y conservación de los puertos y terminales, así como de los bienes que posean a cualquier título, incluidas todas las actividades conexas inherentes al ámbito portuario indispensables para el debido cumplimiento de éste. Podrán, en consecuencia, efectuar todo tipo de estudios, proyectos y ejecución de obras de construcción, ampliación, mejoramiento, conservación, reparación y dragado en los puertos y terminales. Asimismo, podrán prestar servicios a terceros relacionados con su objeto”. Por su parte, el inciso segundo del artículo 7 del mismo cuerpo legal indica que “[L]a participación de terceros en las sociedades que formen las empresas, la celebración de contratos de arrendamiento y el otorgamiento de concesiones portuarias deberán realizarse mediante licitación pública, en cuyas bases se establecerán clara y precisamente los elementos de la esencia del pacto social, del contrato o de la respectiva concesión portuaria, en conformidad al artículo 50. Durante la vigencia de la concesión, los derechos del concesionario sólo podrán afectarse o limitarse en la forma y condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas. Dichas bases deberán establecer, además, las causales de caducidad de la concesión y determinar la forma en que ella se administrará en el evento que se incurra en alguna, y hasta que se llame a una nueva licitación”.

15. En efecto, el artículo 51 de la Ley de Puertos establece que, tanto esta ley como su Reglamento¹⁷ deberán propender a fijar las condiciones estables para los procesos de licitación que *“propicien la libre competencia y que otorguen garantía de equidad para los concesionarios”*¹⁸. De igual forma se pronuncia el reglamento en sus considerandos 1 y 2.
16. Por su parte, el Decreto N° 104 de 1998 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones que Establece las Normas y Procedimientos que Regulan los Procesos de Licitación a que se refiere el artículo 7 de la Ley de Puertos (en adelante, simplemente, **“el Reglamento”**) indica que la licitación para la concesión a que se refiere el artículo 7 de la Ley de Puertos debe regirse tanto por la misma ley, por este reglamento, por las Bases de Licitación y por las propuestas económicas y/o técnicas para la licitación¹⁹. De igual modo, el Reglamento establece criterios y estándares que la licitación de un puerto estatal debe satisfacer, y, en lo que nos preocupa, la satisfacción de condiciones de competencia en el diseño de modelos de licitación.
17. De forma adicional, la licitación y explotación de un puerto estatal debe someterse a una profusa regulación derivada de la Ley de Puertos y de su Reglamento. En especial: El Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1998, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (**“MTT”**), que adecúa disposiciones legales aplicables a las empresas portuarias creadas por la

¹⁷ Reglamento que establece las normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 19.542.

¹⁸ Del mismo modo se encuentra esto contemplado en los considerandos primero y segundo del Reglamento.

¹⁹ Tal y como se expone en el mismo mensaje de la Ley de Puertos *“1. Velar por el buen uso de recursos físicos costeros; 2. Promover la competencia entre puertos, y reforzar la competencia al interior de los puertos estatales; 3. Promover la inversión privada y hacer más dinámico el proceso de inversión en puertos; 4. Preservar y fortalecer la eficiencia y la competitividad en las operaciones portuarias, y 5. Procurar un desarrollo armónico de los puertos en relación con el medio ambiente, las áreas urbanas adyacentes y las vías de acceso a ellos”*. Señala, por su parte, el reglamento en sus considerandos que *“1) El promover la inversión privada en los puertos estatales, la que se ha posibilitado a través de la dictación de la ley N° 19.542, y que se reglamenta a través de la presente normativa. 2) Que es necesario fijar condiciones estables para los procesos de licitación de que trata el presente reglamento, así como establecer normas que propicien la libre competencia y otorguen garantías de equidad para los concesionarios de los puertos estatales entre sí y entre éstos y los puertos privados; 3) Que la reglamentación que se dicta, permite ser aplicada a todos los puertos estatales, dando cuenta de sus particularidades, así como de los efectos de los diversos actos y contratos que pueden celebrarse mediante los procesos de licitación pública que se regulan”*.

Ley N° 19.542; el Decreto Supremo N° 103, de 1998, del MTT, Subsecretaría de Transportes (“**Subtrans**”), que reglamenta la elaboración, modificación, presentación y aprobación de planes maestros; el Decreto Supremo N° 102, de 1998, del MTT, Subtrans, que reglamenta la elaboración del calendario referencial de inversiones; el Decreto Supremo N° 104, de 1998, del MTT, Subtrans, que establece normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 19.542; el Decreto Supremo N° 105, de 1999, del MTT, Subtrans, que establece normas para la coordinación de los órganos de la administración del Estado relacionados con actividades que se desarrollen dentro de los recintos portuarios; la Resolución Exenta N° 929, de 1999, del MTT, Subtrans, Reglamento de Uso de Frentes de Atraque de la Empresa Portuaria Iquique y el Reglamento de los Servicios, EPI 2009²⁰.

18. Esto, además, de conformidad al Dictamen N° 1.045 de la H. Comisión Resolutiva que, independiente de que la aplicación directa radica en las regiones de Valparaíso y Biobío, configura el presupuesto jurisprudencial más importante para la determinación de las condiciones de competencia en una licitación portuaria. Junto a él, los Informes N° 3, 4, 5, 6, 8 y 9 delimitan el ámbito de interpretación normativa de las licitaciones de los puertos.
19. Ahora, en lo que respecta a la regulación específica del puerto mismo de Iquique, por Resolución Exenta N° 929 de 1999 del MTT, se aprobó el reglamento de uso de frente de atraque.

²⁰ Plan Maestro del puerto de Iquique, febrero de 2012, primera parte. Disponible en <http://www.epi.cl/docs/planmaestro2012.pdf> [última visita, 11 de julio de 2013].

III. MERCADO RELEVANTE²¹

20. Como se adelantara, parte importante de las consideraciones que esta Fiscalía establecerá en el procedimiento de autos, implica entender, con algún grado adicional de detenimiento, los supuestos para determinar el mercado relevante, especialmente en términos geográficos. Su importancia no puede pasar por alto. Tanto por los antecedentes presentados en este proceso²² (y que, de alguna manera, condicionan parte importante de la discusión), como por el análisis que hará este servicio, la evaluación sobre la pertinencia en la aplicación de medidas estructurales para la licitación y futura explotación del Terminal N° 1 del puerto de Iquique supone analizar correctamente del mercado relevante geográfico.

III.1. Mercado relevante del producto.

21. De acuerdo a la definición de mercado relevante adoptada por este H. Tribunal en procesos previos de licitación portuaria²³, este correspondería a los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de puertos de uso público que puedan atender la nave de diseño del proyecto sometido a Consulta.
22. Ahora bien, tal como fuese señalado por este Servicio y este H. Tribunal con motivo de la consulta de la Empresa Portuaria de Puerto Montt respecto de la licitación del proyecto de Panitao, el que la nave de diseño corresponda a una *post Panamax*²⁴ no implica necesariamente que la

²¹ La Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado. Ver, Fiscalía Nacional Económica, "Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales". Octubre de 2012, disponible en www.fne.cl.

²² Al respecto, como consta, por nombrar algunos, en los antecedentes presentados por Puertos y Logísticas S.A. (**Pulogsa**) a fojas 634 y ss.; por Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. (**SAAM**) a fojas 834 y ss., por Agencias Universales S.A. (**AGUNSA**) a fojas 868 y ss.

²³ Al respecto Informe N° 4/2009 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia p.16, §4, Informe N° 5/2009 p.36, §3 e Informe N°6/2009 p.53, §7, p.54, §1.

²⁴ Ver nota 5 *supra*.

competencia esté determinada respecto de la carga movilizada principalmente por dicho tipo de naves²⁵.

23. En efecto, si consideramos todas las naves que han recalado en el puerto de Iquique, ya sea en el frente concesionado o en el Terminal N° 1, se constata que durante el año 2012, el [1] de las naves superó los [2] metros de eslora, movilizandando un tonelaje equivalente al [3]% del total aproximadamente²⁶.
24. En el gráfico siguiente, se presenta la evolución del tonelaje movilizadado por naves con eslora superior a [4] metros, en relación al total transferido por el puerto de Iquique.

Gráfico N°1
Porcentaje de carga movilizadada por naves de eslora mayor a 295 mts. respecto del total transferido por el puerto de Iquique

[A]

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por la Consultante a este Servicio en el contexto de la investigación Rol 2181-13 y 2222-13 FNE ambas referidas a la licitación del puerto de Iquique.

25. De esta forma, como la mayor parte de la carga aún sigue siendo movilizadada por naves del tipo *Panamax*²⁷, esta Fiscalía considera necesario incluir dentro del mercado relevante los puertos que sean capaces de recibir dicho tipo de buques, aunque se avizora que en el mediano plazo las naves del tipo *post Panamax* sean las de mayor preponderancia en cuanto a carga transferida por el puerto de Iquique. De esta manera, tal como se mencionara en el proceso de licitación del puerto de Puerto Montt, este Servicio considera que para evaluar el mercado relevante deben tomarse en cuenta los puertos que puedan atender buques *Panamax* y que contemplen la expansión de su infraestructura a naves del tipo *Post-Panamax* en el mediano plazo.

²⁵ Sobre este punto, la Fiscalía ya notó en lo antecedentes presentados en el contexto de la Consulta de la Empresa Portuaria de Puerto Montt que era necesario considerar no solo la nave de diseño del proyecto sino también el tipo de naves que actualmente atiende el puerto.

²⁶ Información aportada por la Consultante a este Servicio en el contexto de la investigación Rol 2181-13 y 2222-13 FNE ambas referidas a la licitación del puerto de Iquique.

²⁷ Ver nota 5 *supra*.

26. En consecuencia, se considerará como mercado relevante del producto los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de puertos de uso público que puedan atender una nave del tipo *Panamax* al momento de la licitación, y que tengan la posibilidad de expansión en el mediano plazo para la recepción de la nave de diseño, considerando cada tipo de carga que podrá movilizar el puerto de Iquique, lo cual involucra carga general, tanto en contenedores como fraccionada, como graneles y atención de cruceros.

III.2. Mercado relevante geográfico

27. Ahora bien, en lo que respecta al mercado relevante geográfico, se debe analizar la sustituibilidad entre los diversos puertos existentes en la región, así como los ubicados en regiones aledañas²⁸. Por lo mismo, se considerarán dentro del análisis los puertos de la región de Arica, Iquique y Antofagasta en relación a las cargas nacionales, así como el puerto de Matarani para las cargas extranjeras, con el fin de establecer el ámbito geográfico del mercado relevante²⁹.

²⁸ Así, la conclusión a la que arribara la OCDE al señalar que *"In addition to inter-modal competition, a port may be constrained when setting price and service quality by inter-port competition. As neither the initial origin nor the final destination of freight or passengers tends to be ports themselves, customers may in principle choose between different ports of origin and ports of destination. The degree of substitutability between ports at or around these locations will determine the extent of competition between ports. The ability of different ports to serve customers in a given area needs to be assessed on a port-by-port basis, although, in principle, a distinction can be made between captive and contestable hinterlands. All regions where one port has a substantial competitive advantage because of lower transport costs to these regions (for example, owing to short distances to its customers' final destinations) belong to the captive hinterland. Such a port is likely to handle the majority of all cargoes to and from these regions. Competition between ports is more likely to occur in regions where no single port has a significant cost advantage over other ports. These ports may therefore operate in the same geographic market. In addition to hinterland traffic, ports may compete for transshipment traffic, whereby larger vessels use a port to transfer cargo to smaller feeder vessels. These feeder vessels then transport the cargo on to ports that serve the required hinterland. The distinction between hinterland and transshipment traffic means that two ports that do not serve the same hinterland may still operate in the same geographic market with respect to the relevant goods if they compete for the same transshipment traffic. Where ports compete for transshipment traffic, the relevant geographic market is likely to be wider than in the case where ports compete for hinterland traffic only"*. OCDE, *Competition in Ports and Port Services. Policy Roundtables*. 2011. p. 9 y ss. (énfasis agregado).

²⁹ Sobre este punto ver, OECD, *"Port Competition and Hinterland Connections"*, Joint Transport Research Centre, 2008. Ver también, Ducruet, C., Notteboom, T. y De Langen, P.W., (2009). *"Revisiting inter-port relationships under the new economic geography research framework"*. En: idem (Eds), *Ports in proximity: Competition and coordination among adjacent seaports*. Aldershot: Ashgate. Además, Pallis, A.A. y Verhoeven, P. (2009), *"Does the EU Port Policy strategy encompass 'proximity'?"* en: Notteboom T.E., De Langen, P.W. & Ducruet C.B. (eds.), *Ports in proximity: competition and coordination among adjacent seaports*. Ashgate: Aldershot.

28. De acuerdo a lo establecido en la Ley de Puertos en su artículo 14, el mercado relevante geográfico se presume que está definido por la región de Tarapacá.
29. Sin embargo, dicha presunción es solo necesaria para determinar la procedencia de emitir los Informes que la Ley de Puertos solicita a las empresas portuarias. Así lo ha entendido también S.S. en su Informe N° 4/2009, en el cual se señala respecto de los artículos 14 y 23 de la Ley de Puertos que *"(...) tal presunción es vinculante sólo para efectos de determinar la procedencia o no de los informes que exigen esas disposiciones, pero no lo es para determinar las condiciones de competencia del frente objeto de informe, en caso de existir antecedentes que permitan delimitar ámbitos diferentes"*. Lo anterior, indica S.S., pues *"de considerarse el mercado geográfico necesariamente como el regional, podría caerse en el absurdo de no analizar como potencial competidor a un puerto que se encuentra dentro del área de influencia geográfica relevante, cerca del puerto objeto de la Solicitud, pero separado por una mera línea administrativa que distingue entre dos regiones, lo que podría ser especialmente incorrecto en un caso como el de autos, en que parte de la antigua Región de Los Lagos actualmente es una nueva región"*³⁰.
30. En este caso particular, debe tenerse presente además, que no solo se encuentra involucrada la carga de importación y exportación de origen y destino nacional respectivamente, sino que también debe ponderarse la relevancia de la carga extranjera en tránsito movilizadora a través de los puertos chilenos, ya sea de importación o exportación. Lo anterior debido a que el área de influencia de los puertos de la macro-zona norte, abarca territorio boliviano, peruano, y parte del territorio argentino y brasileño³¹, pudiendo traslaparse en dichas zonas, lo que influye finalmente en el nivel de competencia entre cada uno de ellos.

³⁰ Informe N° 9/2013 sobre las condiciones de competencia en la Licitación del puerto de Puerto Montt y la construcción del nuevo Terminal de Panitao, p. 31.

³¹ Según información aportada por la Consultante a esta Fiscalía con ocasión de la investigación Rol 2222-13 FNE.

31. En este sentido, el nivel de sustitución entre sí de cada puerto, y el poder disciplinador sobre las tarifas y calidad de servicio en consecuencia, dependerán de la sustituibilidad de cada tipo de carga (extranjera y chilena) y su importancia relativa respecto del total de tonelaje movilizado.
32. Esto es, si por ejemplo, el nivel de sustitución para carga nacional fuera reducido y para carga extranjera fuera elevado, entonces el poder disciplinador de cada puerto dependería de la relevancia que adquiriera en cada uno de ellos la movilización de la carga extranjera.
33. Por lo tanto, se procederá a analizar en una primera instancia la potencial sustitución entre puertos en cuanto a la carga nacional movilizadora, para luego continuar con un análisis relativo a la carga extranjera, que principalmente está constituida por carga boliviana.

a. Sustitución respecto de la carga nacional

34. En este ámbito, cabe señalar que los puertos de Arica y Antofagasta se encuentran aproximadamente a 300 km y 400 km de distancia del puerto de Iquique respectivamente³², lo que en principio limitaría el poder de sustitución entre un puerto y otro.
35. En efecto, si consideramos el costo de transporte terrestre por kilómetro y por tonelada según se reporta en el informe final del estudio encargado por el Ministerio de Transportes denominado "*Análisis de costos y competitividad de modos de transporte terrestre de carga interurbana*"³³, este fluctuaría, para el caso de los camiones, entre US\$0,037/ton-km y \$0,042/ton-km³⁴⁻³⁵, mientras que el valor promedio pagado por la suma de

³² Distancia obtenidas de www.vialidad.gov.cl [última visita 11 de julio de 2013].

³³ *Análisis de costos y competitividad de modos de transporte terrestre de carga interurbana*, Informe final, 11 julio de 2011, preparado por la consultora Steer Davies Gleave, disponible en <https://www.mtt.gob.cl/estudiosyestadisticas.html> [última visita, 15 de julio de 2013].

³⁴ Según el valor del dólar observado al 11 de julio de 2013, disponible en www.bcentral.cl, equivalente a \$508,29. [Última visita 11 de julio de 2013].

³⁵ Cabe tener presente respecto de estos valores, que corresponden al costo de transporte terrestre respecto de quien provee el servicio, siendo el costo del flete, por tanto, mayor a dichos valores, ya que se debe agregar la rentabilidad, seguros y otros cobros adicionales. Ahora bien, respecto del costo, se debe considerar además, que el Índice de Costos del Transporte (ICT)

los servicios de muellaje a la carga, muellaje a la nave, estiba y desestiba, alcanzó US\$ [5] en el caso del operador del Terminal N° 2 del puerto de Iquique, Iquique Terminal Internacional S.A. (en adelante, "ITI"), US\$ [6] para el caso del operador del puerto de Arica, Terminal Puerto Arica S.A. ("TPA") y US\$[7]³⁶ para el caso del operador del Terminal N° 2 del puerto de Antofagasta, Antofagasta Terminal Internacional S.A. ("ATI").

36. Ello implica que un potencial usuario del puerto de Iquique que se encuentre en Arica a 300 kilómetros de distancia, observaría las tarifas señaladas en el párrafo anterior respecto de TPA, versus las tarifas de ITI más los costos de transporte asociados, los que alcanzarían entre US\$ [8] y US\$ [9]. El precio de TPA y ATI podría ser incluso [10] que los de ITI a una distancia de 204 km. y 165 km. respectivamente, lo que finalmente limita la presión competitiva que pudiese ejercer el puerto de Arica, y más aún el puerto de Antofagasta, que se encuentra a una mayor distancia.
37. Por otra parte, se debe considerar que el puerto de Arica mueve mayoritariamente carga boliviana, en contraste con los puertos de Iquique y Antofagasta, tal como puede apreciarse en la Tabla N°1, razón por la que el poder disciplinador del puerto de Arica respecto de Iquique se ve mermado aún más mermado.

elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), ha aumentado en un 17,7% desde enero de 2010 a diciembre de 2012, mientras que desde enero de 2011 a diciembre de 2012 lo ha hecho en 9% aproximadamente.

³⁶ Lo anterior de acuerdo a antecedentes aportados a este Servicio en el contexto de la Investigación Rol 2222-13 FNE por ITI, ATI y TPA respectivamente.

Tabla N°1
Porcentaje de carga movilizada por los puertos de Arica, Iquique y Antofagasta según origen o destino de las exportaciones e importaciones respectivamente³⁷

Año	Origen/Destino	Puerto		
		Arica	Iquique	Antofagasta
2009	Chile y otros	26,1	95,9	89,6
	Bolivia	73,9	4,1	10,4
	Total	100,0	100,0	100,0
2010	Chile y otros	26,3	95,9	87,9
	Bolivia	73,7	4,1	12,1
	Total	100,0	100,0	100,0
2011	Chile y otros	30,9	96,9	89,0
	Bolivia	69,1	3,1	11,0
	Total	100,0	100,0	100,0
2012	Chile y otros	27,0	93,8	87,0
	Bolivia	73,0	6,2	13,0
	Total	100,0	100,0	100,0

Fuente: Elaboración propia en base a aportada por la Consultante y la Empresa Portuaria de Antofagasta a este Servicio en el contexto de la investigación Rol 2181-13 y 2222-13 FNE ambas referidas a la licitación del puerto de Iquique, así como las Memorias de TPA de los años 2009, 2010, 2011 y 2012.

38. Como se puede apreciar, Arica se ha especializado en cargas bolivianas, representando más del 70% de la carga movilizada, mientras que en el puerto de Iquique más del 90% transferido es de origen o destino chileno, y en Antofagasta algo menos del 90%, por lo que, los precios de los servicios básicos establecidos en el puerto de Arica tendrían relación con la carga boliviana más que con la carga nacional. En este sentido, incluso en el evento que sea completamente competitivo el escenario para este tipo de cargas, los precios del puerto de Arica verían limitado su poder disciplinador atendido el hecho que menos del 30% de la carga movilizada por este competiría con la carga movilizada por Iquique³⁸.
39. Más aún, si consideramos sólo las exportaciones e importaciones con origen y destino nacional, se puede apreciar que en su mayoría éstas se relacionan con la región en la que se encuentra emplazado el propio puerto, lo cual puede ser apreciado en la siguiente tabla.

³⁷ La información utilizada para los puertos de Iquique y Antofagasta solo comprende Importación, Importación, Cabotaje y carga en tránsito (Bolivia y otros), excluyendo los falsos embarques y desembarques.

³⁸ Según los resultados reportados en el cuadro 59 del Estudio de Demanda encargado por EPI, la participación de la carga en tránsito boliviana sobre las importaciones, exportaciones y cabotaje, se mantendría relativamente constante a lo largo del período de proyección. Estudio de Demanda de Plan Maestro del puerto de Iquique elaborado por la consultora Geosig Ltda., pp. 116-117.

Tabla N°2
Porcentaje de carga nacional movilizado por los puertos de Arica, Iquique y Antofagasta según origen o destino de las exportaciones e importaciones³⁹

[B]

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por la Consultante a este Servicio en el contexto de la investigación Rol 2181-13 y 2222-13 FNE ambas referidas a la licitación del puerto de Iquique.

40. Según lo anterior, no podría afirmarse que existe una competencia efectiva entre los puertos de Arica, Iquique y Antofagasta, de manera tal que las tarifas de uno se vean afectadas por las establecidas por el resto de forma significativa. A ello puede sumarse la existencia de la zona franca en Iquique⁴⁰, que hace poco factible la desviación de las cargas que son movilizadas por el puerto de Iquique hacia el puerto de Arica o Antofagasta, constituyéndose lo anterior en una ventaja comparativa para Iquique respecto del resto de las regiones en lo relativo a las cargas movilizadas de dicha región.
41. Así, tampoco puede considerarse un argumento válido respecto a la sustituibilidad de los puertos el que en momentos en que han ocurrido huelgas de trabajadores la carga de un puerto determinado se haya transferido por otro de la macro-zona norte, ya que en dicho escenario lo que sucede es que el conjunto de posibilidades factibles se ve reducido, teniendo como efecto que ese puerto en particular sea eliminado de las alternativas.
42. De esta manera, si por ejemplo, existen 3 puertos, A, B y C, estando A al norte de B y C al sur, cuyas áreas de influencia no se traslapan debido a la distancia, entonces los usuarios de B no considerarían como alternativas de sustitución los puertos A y C. Sin embargo, en la eventualidad de no estar disponible temporalmente la alternativa B, por el inicio de una huelga legal

³⁹ La información utilizada corresponde a registros de aduana, los que no consideran el peso del contenedor dentro de la carga movilizada, así como tampoco los falsos embarques y desembarques. Por lo mismo, dicha información puede diferir de los reportes realizados por las empresas portuarias y concesionarios en sus memorias.

⁴⁰ Respecto de la zona de extensión de Arica, según el estudio de demanda encargado por EPI, "(...) hasta ahora no ha aumentado significativamente el volumen de negocios de la Zofri. A pesar de sus casi dos décadas de funcionamiento, no ha despegado y, es poco probable que lo haga en los próximos 20 – 25 años como para derivar importaciones significativas desde el puerto de Iquique al puerto de Arica".

por ejemplo, entonces la decisión de quienes se encontraban en el *hinterland* de dicho puerto pasa a ser el puerto de reemplazo de B, por lo que es “como si” el área de influencia se viera modificada, utilizando en consecuencia el puerto más cercano dado el escenario de disponibilidad. Lo anterior sin embargo, no implica que todos puedan ser considerados como sustitutos, ya que en esos casos excepcionales, al no ser una alternativa el puerto B, sus niveles de eficiencia y tarifas no son internalizados por los usuarios al momento de decidir qué puerto utilizar.

b. Sustitución respecto de la carga boliviana

43. En cuanto a la carga extranjera, ésta se constituye principalmente por carga boliviana, tal como puede apreciarse en la Tabla N°1 ya presentada. En consecuencia, relevante resulta el hecho que sólo los puertos de Arica y Antofagasta son puertos de libre tránsito conforme a las normas del Tratado de Paz y Amistad de 1904 suscrito entre Chile y Bolivia. A pesar de todo esto, el puerto de Antofagasta presenta un reducido volumen de carga boliviana transferido por sus frentes de atraque.
44. Con todo, es fundamental considerar que, mediante el DS N°141 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 13 de mayo del 2008, se dispuso la habilitación del puerto de Iquique para el régimen de libre tránsito en favor del Estado Plurinacional de Bolivia, de acuerdo al Tratado de Paz y Amistad de 1904 (en especial sus Artículos VI y VII⁴¹) y por acuerdos posteriores. La aplicación del régimen del libre tránsito en el puerto de Iquique se hará efectiva una vez que Chile y Bolivia lo acuerden, a través del intercambio de notas reversales o mediante cualquier otro mecanismo que las partes determinen⁴².
45. Lo anterior tiene como consecuencia que el futuro concesionario del puerto de Iquique deberá facilitar la realización de todas las acciones que permitan el estricto cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado de

⁴¹ Véase el Tratado Paz y Amistad entre Chile y Bolivia, firmado el 15 de noviembre de 1904, vigente desde el 6 de mayo de 1907. Disponible en www.bcn.cl [última visita, 12 de julio de 2013].

⁴² El texto de las notas reversales correspondientes se concordó en la XX Reunión del Mecanismo de Consultas Políticas, celebrada el día 30 de junio de 2009, en La Paz, Bolivia.

Chile en virtud del Tratado de Paz y Amistad de 1904, y demás acuerdos internacionales vigentes. De la misma manera, el concesionario no podrá obstaculizar medidas que el Estado chileno pueda adoptar para la facilitación del libre tránsito encontrándose solo pendiente el intercambio de notas diplomáticas entre ambos países para ratificar al puerto de Iquique como libre de tránsito en los hechos.

46. De esta forma, en la actualidad no se observa tampoco a Iquique como potencial sustituto de los puertos de Arica y Antofagasta. Aunque en la eventualidad de ser aplicado el régimen de libre tránsito en el puerto de Iquique, sería eliminada la ventaja comparativa de los puertos de Arica y Antofagasta, por lo que podría existir algún grado de sustituibilidad, pero sólo entre Arica e Iquique, ya que, tal como se menciona en el estudio de demanda encargado por EPI, la carga que se moviliza en Antofagasta corresponde principalmente a minerales que utilizan y seguirán utilizando el corredor ferroviario Oruro - Challapata - Uyuni - Julaca - Ollague - Ascotán - Calama - Baquedano⁴³.
47. Aun así, se debe tener presente que la vía de ingreso que ostenta mayor tráfico de carga corresponde a Arica - Charaña - Tambo Quemado, representando un 33% de las cargas bolivianas de importación⁴⁴, lo que representa a su vez, un 82% de la carga boliviana movilizada por el puerto de Arica, no siendo desafiante gran parte de dicha carga al ser una ruta ubicada al norte de Arica⁴⁵.
48. Por lo tanto, las cargas que podrían ser disputadas entre los puertos de Arica e Iquique, corresponderían principalmente a los que utilicen la ruta Oruro - Pisiga - Colchane - Huara - Iquique⁴⁶, por lo que el nivel de

⁴³ Estudio de Demanda de Plan Maestro del puerto de Iquique elaborado por la consultora Geosig Ltda., p. 14.

⁴⁴ Información contenida en la Memoria de 2012 de Terminal Puerto Arica (TPA), p. 14. Disponible en www.tpa.cl [última visita, 15 de julio de 2013].

⁴⁵ Estudio de Demanda de Plan Maestro del puerto de Iquique elaborado por la consultora Geosig Ltda., p. 91 y ss.

⁴⁶ Estudio de Demanda de Plan Maestro del puerto de Iquique elaborado por la consultora Geosig Ltda., p. 15.

sustituibilidad en términos generales sería reducido⁴⁷. Ello debido a que, mientras se mantenga como una proporción minoritaria la carga boliviana movilizada por el puerto de Iquique, y que en consecuencia el tonelaje disputable represente una proporción reducida respecto del total, entonces el nivel de precios y la calidad de servicio estará determinada principalmente por la carga nacional, que no presenta sustitutos cercanos en las regiones aledañas.

49. A este respecto, cabe destacar que la carga boliviana por la que podrían competir los puertos de Arica e Iquique, corresponde a la carga en tránsito, ya que en dicho caso los usuarios bolivianos son los que internalizan las tarifas, eficiencia y especialización de los puertos al momento de decidir importar o exportar.
50. Por el contrario, las cargas que salen de la Zofri con destino a Bolivia u otras localidades, no se relacionan con el proceso de selección de un puerto, debido a que se trata de comercio directo con la zona franca, tal como cualquier otro importador puede comerciar con los bienes importados, siendo éste quien finalmente observa las variables relevantes de los puertos respectivos para tomar su decisión de exportación o importación.
51. Ahora bien, en cuanto al puerto de Matarani, ubicado al sur del Perú, del total de las 3.318.468 toneladas movilizadas durante el año 2011, el 74% correspondió a graneles sólidos, mientras que sólo el 7% a contenedores⁴⁸. Así, el nivel de sustituibilidad en términos generales se ve reducido, al especializarse en contenedores tanto los puertos de Iquique como de Arica. Ahora bien, en lo que respecta a la carga boliviana, ésta sólo alcanzó un 6% del total aproximadamente⁴⁹, razón por lo que la potencial sustituibilidad se ve aún más reducida.

⁴⁷ Así también, en el cuadro 59 del Estudio de Demanda se presentan las proyecciones de carga en tránsito boliviana, que se mantiene relativamente constante a lo largo de todo el período de proyección. Estudio de Demanda de Plan Maestro del puerto de Iquique elaborado por la consultora Geosig Ltda., pp. 116-117.

⁴⁸ Al respecto, véase, <http://www.tisur.com.pe/principal/contenido/estadistica/16/c-16>. [última visita, 17 de julio de 2013].

⁴⁹ Ídem.

52. De esta manera, tal como es indicado en el estudio de demanda encargado por EPI, en la eventualidad de que Matarani llegara a ser competitivo con algún puerto chileno, sería con el puerto de Arica, aunque dicha posibilidad solo podría ser concretada en el largo plazo⁵⁰.
53. En consecuencia, atendido el reducido nivel de sustituibilidad respecto de las cargas nacionales entre los puertos de Arica, Iquique y Antofagasta, y que en su mayoría la carga en tránsito boliviana es trasladada por el puerto de Arica, representando una proporción reducida de la carga movilizada por el puerto de Iquique, y que éste presenta limitadas posibilidades de desafiar la carga boliviana que se movilice por Antofagasta, esta Fiscalía estima pertinente establecer como mercado relevante geográfico la región de Tarapacá.
54. Resumiendo, se considerará como mercado relevante los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de puertos de uso público de la región de Tarapacá que puedan atender una nave del tipo *panamax* al momento de la licitación, y que tengan la posibilidad de expansión en el mediano plazo para la recepción de la nave de diseño, considerando cada tipo de carga que podrá movilizar el puerto de Iquique, lo cual involucra carga general, tanto en contenedores como fraccionada, como también graneles y atención de cruceros.

III.3. Caracterización del mercado relevante.

55. En la siguiente Tabla son presentadas las características físicas de los puertos existentes en la región de Tarapacá, ya sean privados de uso privado o público, o estatales:

⁵⁰ Estudio de Demanda de Plan Maestro del puerto de Iquique elaborado por la consultora Geosig Ltda., p. 15.

Tabla N°3
Características de los puertos privados y estatales de la región de Tarapacá

Puerto	Propiedad	Uso	Tipo de carga	Eslora máxima (mts.)	Calado (mts.)	Capacidad <i>panamax</i>
Patache	Privado	Privado	Graneles sólidos	230	13	Sí
Patillos	Privado	Privado	Graneles sólidos	S/I	S/I	S/I
Iquique: Frente N°2 (ITI)	Estatal	Público	Contenedores, fraccionada, graneles	348*	11,4	Sí
Iquique: Frente N°1 **	Estatal	Público	Contenedores, fraccionada, graneles	366	15,2	Sí

* Corresponde a la eslora máxima autorizada. La extensión del sitio 4 equivale a 294 mts.

** Características de la concesión.

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por la consultante, página web de puerto patache y consulta de autos.

56. Como puede apreciarse, los puertos Patache y Patillos son de uso privado, razón por la que no serán considerados dentro del mercado relevante, a pesar de tener capacidad de atender una nave *panamax* en el caso del primero.
57. De esta manera, según la definición de mercado relevante adoptada, los puertos pertenecientes a este corresponderían al Terminal N° 2 del puerto de Iquique, ya que no solo posee capacidad para atender naves del tipo *Panamax*, sino que también a buques *Post Panamax*, a pesar de contar con un sitio de extensión de 294 metros, ya que la eslora máxima autorizada es de 348 metros, lo que si bien no le permitirá competir por la nave de diseño, sí lo podrá hacer por los buques que movilizan o movilizarán la mayor cantidad de carga, en particular contenedorizada.
58. Las características físicas y capacidad de los sitios del Terminal N°1 se presentan a continuación.

Tabla N°4
Características físicas y capacidad de las opciones de concesión del Terminal N° 1 del puerto de Iquique

Sitio	Muelle (mts.)	Calado autorizado (mts.)	Capacidad	
			TEUS	Tons.
1 y 2 (Opción 1)	1.440	15,2	1.837.440	7.944.480
1 y 2 (Opción 2)	477	15,2	608.652	2.631.609

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por la Consultante a este Servicio en el contexto de la investigación Rol 2181-13 y 2222-13 FNE ambas referidas a la licitación del puerto de Iquique.

59. En la Tabla N° 5, se puede apreciar la carga movilizada por Terminal, según el tipo de carga del que se trate. A su vez, en la Tabla N°6, se presenta la participación de cada tipo de carga según el total transferido por cada Terminal, mientras que la Tabla N°7 contiene las participaciones de mercado de cada Frente según el tonelaje transferido por año.

Tabla N° 5
Carga movilizada por el puerto de Iquique según tipo de carga y Frente de Atraque

Año	Tipo de Carga					Total
	Contenedores	Fraccionada	Granel Sólido	Granel Líquido	Automóviles	
EPI (Frente de Atraque N°1)						
2005	626.146	42.978	75.662	30.565	54.391	829.742
2006	493.858	46.546	5.000	21.101	69.034	635.539
2007	541.775	58.622	0	34.136	90.839	725.372
2008	665.097	87.902	1.510	27.355	125.506	907.370
2009	381.476	92.912	0	28.417	69.610	572.415
2010	288.689	63.603	43.275	26.776	146.146	568.489
2011	99.792	101.188	194.071	3.807	178.540	577.398
2012	48.288	130.462	84.971	3.733	144.084	411.538
ITI (Frente de Atraque N°2)						
2005	1.001.032	199.608	75.257	49.653	71.159	1.396.709
2006	1.135.125	286.514	100.413	54.405	76.338	1.652.795
2007	1.372.006	257.743	123.721	38.294	76.857	1.868.621
2008	1.585.013	246.000	163.885	37.722	78.371	2.110.991
2009	1.340.370	191.241	55.981	18.960	54.500	1.661.051
2010	1.801.945	210.281	67.926	22.281	58.349	2.160.781
2011	1.801.125	214.771	65.368	14.597	33.273	2.129.134
2012	1.710.034	227.374	7.187	12.735	79.474	2.036.804
Total Puerto de Iquique						
2005	1.627.178	242.586	150.919	80.218	125.550	2.226.451
2006	1.628.983	333.060	105.413	75.506	145.372	2.288.334
2007	1.913.781	316.365	123.721	72.430	167.696	2.593.993
2008	2.250.110	333.902	165.395	65.077	203.877	3.018.361
2009	1.721.846	284.152	55.981	47.377	124.109	2.233.466
2010	2.090.634	273.884	111.201	49.057	204.495	2.729.270
2011	1.900.917	315.959	259.439	18.404	211.813	2.706.532
2012	1.758.322	357.836	92.158	16.468	223.558	2.448.342

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por la Consultante a las investigaciones Rol 2181-13 FNE y Rol 2222-13 FNE.

Tabla N° 6
Participación por tipo de carga en cada Frente de Atraque

Año	Tipo de Carga					Total
	Contenedores	Fraccionada	Granel sólido	Granel Líquido	Automóviles	
EPI (Frente de Atraque N°1)						
2005	75,5%	5,2%	9,1%	3,7%	6,6%	100,0%
2006	77,7%	7,3%	0,8%	3,3%	10,9%	100,0%
2007	74,7%	8,1%	0,0%	4,7%	12,5%	100,0%
2008	73,3%	9,7%	0,2%	3,0%	13,8%	100,0%
2009	66,6%	16,2%	0,0%	5,0%	12,2%	100,0%
2010	50,8%	11,2%	7,6%	4,7%	25,7%	100,0%
2011	17,3%	17,5%	33,6%	0,7%	30,9%	100,0%
2012	11,7%	31,7%	20,6%	0,9%	35,0%	100,0%
ITI (Frente de Atraque N°2)						
2005	71,7%	14,3%	5,4%	3,6%	5,1%	100,0%
2006	68,7%	17,3%	6,1%	3,3%	4,6%	100,0%
2007	73,4%	13,8%	6,6%	2,0%	4,1%	100,0%
2008	75,1%	11,7%	7,8%	1,8%	3,7%	100,0%
2009	80,7%	11,5%	3,4%	1,1%	3,3%	100,0%
2010	83,4%	9,7%	3,1%	1,0%	2,7%	100,0%
2011	84,6%	10,1%	3,1%	0,7%	1,6%	100,0%
2012	84,0%	11,2%	0,4%	0,6%	3,9%	100,0%
Total Puerto de Iquique						
2005	73,1%	10,9%	6,8%	3,6%	5,6%	100,0%
2006	71,2%	14,6%	4,6%	3,3%	6,4%	100,0%
2007	73,8%	12,2%	4,8%	2,8%	6,5%	100,0%
2008	74,5%	11,1%	5,5%	2,2%	6,8%	100,0%
2009	77,1%	12,7%	2,5%	2,1%	5,6%	100,0%
2010	76,6%	10,0%	4,1%	1,8%	7,5%	100,0%
2011	70,2%	11,7%	9,6%	0,7%	7,8%	100,0%
2012	71,8%	14,6%	3,8%	0,7%	9,1%	100,0%

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por la Consultante a las investigaciones Rol 2181-13 FNE y Rol 2222-13 FNE.

60. Como se aprecia, existe una marcada tendencia a la especialización en transferencia de carga contenedorizada de parte de ITI, alcanzado un 84% del total movilizado en el Terminal N° 2, en contraste con la tendencia del Molo a concentrarse en carga fraccionada y graneles sólidos principalmente.

61. Este hecho coincide con la tendencia al aumento de tamaño de los buques que han recalado en el puerto de Iquique, lo que se ve marcado de forma patente en el año 2010 respecto de la participación en la movilización de contenedores, la que baja a un 13,8% desde un 22,2% el año 2009, coincidiendo a su vez con la llegada de buques *Post Panamax* al Puerto, que en su mayoría son del tipo *Full Container*⁵¹.

Tabla N°7
Participación por Frente de Atraque en el total movilizado según tipo de carga

Año	Tipo de Carga					Total
	Contenedores	Fraccionada	Granel Sólido	Granel Líquido	Automóviles	
EPI (Frente de Atraque N°1)						
2005	38,5%	17,7%	50,1%	38,1%	43,3%	37,3%
2006	30,3%	14,0%	4,7%	27,9%	47,5%	27,8%
2007	28,3%	18,5%	0,0%	47,1%	54,2%	28,0%
2008	29,6%	26,3%	0,9%	42,0%	61,6%	30,1%
2009	22,2%	32,7%	0,0%	60,0%	56,1%	25,6%
2010	13,8%	23,2%	38,9%	54,6%	71,5%	20,8%
2011	5,2%	32,0%	74,8%	20,7%	84,3%	21,3%
2012	2,7%	36,5%	92,2%	22,7%	64,5%	16,8%
ITI (Frente de Atraque N°2)						
2005	61,5%	82,3%	49,9%	61,9%	56,7%	62,7%
2006	69,7%	86,0%	95,3%	72,1%	52,5%	72,2%
2007	71,7%	81,5%	100,0%	52,9%	45,8%	72,0%
2008	70,4%	73,7%	99,1%	58,0%	38,4%	69,9%
2009	77,8%	67,3%	100,0%	40,0%	43,9%	74,4%
2010	86,2%	76,8%	61,1%	45,4%	28,5%	79,2%
2011	94,8%	68,0%	25,2%	79,3%	15,7%	78,7%
2012	97,3%	63,5%	7,8%	77,3%	35,5%	83,2%

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por la Consultante a las investigaciones Rol 2181-13 FNE y Rol 2222-13 FNE.

62. En términos generales, el actual Molo ha disminuido su participación respecto de la carga total transferida de forma permanente durante los últimos 4 años, llegando a representar cerca de un 17% del total al año 2012. A su vez, éste ha movilizado la mayor parte de los graneles sólidos del puerto, mientras que ITI transfiere casi la totalidad de la carga

⁵¹ Información aportada por la Consultante a las investigaciones Rol 2181-13 FNE y Rol 2222-13 FNE.

contenedorizada. Como se observa, esto coincide con el diagnóstico de la Consultante como razón que justifica el proyecto del Terminal N° 1.

63. De esta forma, se aprecia la necesidad de inyectar una mayor presión competitiva al mercado mediante la licitación del molo, al concentrar ITI la mayor parte de la carga movilizada dada las restricciones técnicas del Terminal N°1 que limitan su eficiencia, así como la posibilidad de atender las naves de mayor eslora y calado que son las que transfieren la mayor proporción de la carga, tal como se apreciara en el gráfico N°1, y que corresponden principalmente a buques portacontenedores.

IV. PERTINENCIA DE LAS MEDIDAS ESTRUCTURALES RELATIVAS A LAS REGLAS DE RETRICCIÓN A LA INTEGRACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL DE LA SOCIEDAD QUE SE ADJUDIQUE LA LICITACIÓN

IV.1 Análisis sobre la pertinencia de establecer reglas de restricción a la integración horizontal. Determinación en relación al mercado relevante geográfico y análisis de la propuesta de la Empresa Portuaria.

64. Como esta Fiscalía ya lo ha mencionado en procesos licitatorios similares⁵², el fin y relevancia de las restricciones de integración horizontal han sido latamente discutidos en procesos licitatorios previos sobre puertos, siendo la principal motivación para su implementación la protección y el fomento de la competencia intra puertos y entre puertos⁵³.

⁵² Ver, sobre este punto, los antecedentes presentados por la FNE en los procesos de consulta Rol NC 403-12 sobre la solicitud de la Empresa Portuaria de Valparaíso sobre alzamiento de la regla de restricción horizontal en la licitación del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Valparaíso y Rol NC 408-12 sobre la consulta de la Empresa Portuaria de Puerto Montt sobre la licitación del puerto de Puerto Montt y la construcción de nuevo Terminal de Panitao.

⁵³ Tales principios han sido reconocidos además por la H. Comisión Resolutiva en el Dictamen N° 1.045 y por ese H. Tribunal en el contexto de procesos de licitación similares, en particular, los Informes N° 3, 4, 5 y 6. Efectivamente, ***“las condiciones de licitación y contrato de concesión juegan roles primordiales, debiendo cautelarse la posibilidad de una amplia competencia entre los proponentes y de que no se produzcan concentraciones monopólicas por la vía de la integración horizontal”***. Posición del MTT, Dictamen N° 1.045, p. 9. (énfasis agregado). Del mismo modo, esta Fiscalía ha sido consistente, como resulta evidente de los Informes aportados en los procesos de licitación y Consultas que dieron origen a los informes antes mencionados. Solo a modo ejemplar *vid.* Informe FNE aportado al proceso de Consulta de la Empresa Portuaria de Valparaíso para la licitación del frente de atraque N° 2 p. 13 y ss. Por ejemplo, la Resolución N°

65. Este elemento es decisivo, como ya lo ha manifestado en otras ocasiones esta Fiscalía pues confía en que la regulación *ex ante* que existe, y la fiscalización *ex post* por parte de la propia Empresa Portuaria son elementos importantes para prevenir y, eventualmente, mitigar esos riesgos.
66. Esta situación puede equipararse al análisis que este H. Tribunal efectúa de las operaciones de concentración y las medidas de mitigación que implementa cuando analiza prospectivamente efectos unilaterales o coordinados que resultan serios y probables. Si este H. Tribunal asumiera que las medidas conductuales son suficientes para mitigar tales riesgos, carecería de sentido su amplia jurisprudencia que, de modo consistente con la doctrina más asentada, descansa en la mayor eficacia de las medidas estructurales como único mecanismo para prevenir tales riesgos⁵⁴.
67. De manera adicional, y en base a un razonamiento que esta Fiscalía comparte, la propia Consultante ha propuesto establecer una regla de restricción a la integración horizontal para los operadores que participan en la concesión del Terminal N° 2 del puerto de Iquique. En efecto:

37/2011, en su p. 117: "**La medidas estructurales en general han sido reconocidas –para casos de operaciones de concentración horizontal como el de autos– como más efectivas y fáciles de aplicar que las medidas conductuales, pues no requieren del monitoreo y fiscalización constante (y costoso) que exigen estas últimas. Más determinante aún es el hecho de que las medidas conductuales, en una industria dinámica, muy probablemente restringirán la operación de la empresa, no sólo con respecto a conductas indeseadas desde el punto de vista de la libre competencia, sino también con respecto a decisiones optimizadoras que no van en contra de tal bien jurídico**" (énfasis agregado).

⁵⁴ Informe N°5/2009 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pp. 96-97 "Primero, pretende incentivar una mayor participación de nuevos y más competidores –realmente independientes entre sí–, en la licitación de autos. Y, segundo, persigue además garantizar que la intensidad de la competencia en la licitación también se traduzca, finalmente, en una adecuada competencia en la provisión de los diversos servicios portuarios –estén ellos sujetos a tarifas máximas o no– en el mercado relevante de autos. Así, la nueva regla de integración horizontal no sólo pretende resguardar al mercado de autos de la ocurrencia de riesgos de conductas contrarias a la libre competencia directamente derivados de la integración horizontal, sino proteger además al mercado relevante de los riesgos anticompetitivos asociados al hecho de permitir una mayor integración vertical en la cadena total del negocio de transporte marítimo; siendo este segundo efecto una consecuencia directa de la mayor intensidad de competencia que es dable anticipar, como resultado de la participación de un mayor número de competidores –genuinamente independientes–, en el mercado relevante". Los objetivos de las restricciones de integración horizontal, el TDLC ha señalado: "Primero, pretende incentivar una mayor participación de nuevos y más competidores realmente independientes entre sí en la Licitación de autos. Y, segundo, persigue además garantizar que la intensidad de la competencia en la Licitación, también se traduzca, finalmente, en una adecuada intensidad de competencia en la provisión de los diversos servicios portuarios." (Informe N°5/2009, pág. 93).

“[E]l directorio de EPI ha decidido proponer a este H. Tribunal la restricción total a la integración horizontal, esto es, establecer que aquellos actores con participación de cualquier nivel en el concesionario ITI no tengan posibilidad de participar, en ningún nivel, en la nueva concesión”.

68. En los hechos, la restricción importa dejar fuera de la licitación a los incumbentes en el mercado relevante geográfico, esto es, a los controladores de la sociedad que opera el Terminal N° 2 del puerto de Iquique, especialmente sus controladores, SAAM y AGUNSA⁵⁵. En un contexto altamente concentrado respecto de los operadores de puertos a nivel nacional, el establecimiento de medidas estructurales supone afectar directa y específicamente a alguno de ellos. Dicha afectación no importa naturalmente, una discriminación que pudiere ser caracterizada como arbitraria.
69. Sin perjuicio de lo anterior, varios de los aportantes de antecedentes al proceso de autos han coincidido⁵⁶ con la pertinencia de establecer esta medida estructural al proceso de licitación del Terminal N° 1 en consideración a razones análogas a las que este servicio intenta establecer. Básicamente, la pretensión de la regla de restricción horizontal es incentivar el ingreso de un nuevo operador que inyecte presión competitiva en el mercado relevante permitiendo que los beneficios de aquello sea traspasado a los usuarios de los puertos.
70. Pero más relevante aún, es que su pertinencia está en línea con lo buscado por la empresa portuaria en el sentido de que:

⁵⁵ Conclusión que, en el contexto de otro proceso licitatorio, llegara S.S, indicando que *“el riesgo de inhibir la participación de potenciales nuevos interesados puede ser perjudicial para las condiciones de competencia en la provisión ex post de los servicios portuarios en el mercado relevante de autos”*. En Informe N°5, pág. 93. Una conclusión similar arriba R. Fisher al señalar que *“si se desea facilitar la participación de nuevos entrantes en la licitación, de manera de promuevan la competencia en el sector portuario nacional, deberían establecerse medidas que impongan restricciones a las empresas incumbentes, dadas sus ventajas por ya estar instaladas”*. Fischer Ronald, Efectos de la participación del actual concesionario en la nueva licitación en el Puerto de Valparaíso, 7 de abril de 2009, p. 15.

⁵⁶ Véase, los antecedentes aportados en autos por Pulogsa a fojas 634.

“La licitación que se somete a consideración del TDLC es la oportunidad para el ingreso de nuevos actores a esta industria en el mercado de puertos de uso público de la región de Tarapacá. El ingreso de nuevos operadores portuarios intensificará, por cierto, la competencia y será beneficioso para el país y la expansión del comercio exterior. Ello es aún más notorio si se analiza el puerto de Iquique en particular, donde, como ya se ha expuesto, hoy en día hay solo un actor competitivo (ITI) en lo que respecta a transferencia de contenedores”⁵⁷.

71. En razón de aquello, es que EPI ha tenido presente al momento de diseñar el esquema de licitación para la Concesión del Terminal N° 1, la necesidad de restringir en la mayor medida posible, las distorsiones que puedan presentarse en la licitación, la participación de un incumbente pero, de otra parte, asegurar en un grado significativo, el éxito de la licitación. Así:

“En la misma línea de asegurar una licitación competitiva, un segundo aspecto que el Directorio de EPI ha tenido en cuenta es el del efecto eventualmente inhibitorio para la participación de nuevos actores portuarios que podría provocar la participación en la licitación de los accionistas o controladores del concesionario del Terminal N° 2, en el evento de que ello se permitiera. Ello, debido a las economías de escala y ámbito que podrían darse y al mejor conocimiento y experiencia con las normas y usos del país en diferentes materias que tendría un concesionario operando ya desde hace años en el puerto. En relación a ello, cabe señalar que estas ventajas competitivas, en principio legítimas, no se traspasarían a los usuarios en caso de existir una situación derechamente monopólica o que, al menos, favorezca el abuso de posición. Por otra parte, debe considerarse que no son numerosos en el mundo los potenciales interesados especializados, que además cumplan con los requerimientos de las Bases como para abordar una inversión de la magnitud de la que se espera con esta licitación del Terminal N° 1 del puerto de Iquique, debido a la alta concentración del mercado en esta materia, por lo que

⁵⁷ Consulta de EPI, p. 21.

es también importante asegurar una licitación atractiva y competitiva. Es por ello que el Directorio de EPI ha decidido proponer a este H. Tribunal la restricción total a la integración horizontal, esto es, establecer que aquellos actores con participación de cualquier nivel en el concesionario ITI no tengan posibilidad de participar, en ningún nivel, en la nueva concesión”⁵⁸.

72. Y es justamente por todo lo afirmado y en base a las consideraciones hechas aquí, que vale la pena considerar al menos tangencialmente, la pretensión de SAAM que hiciera en sus antecedentes presentados⁵⁹ en el sentido de alzar la regla de restricción horizontal que recae sobre los propietarios de la sociedad concesionaria del Terminal N° 2 del puerto de Iquique.
73. A juicio de esta Fiscalía, el argumento adolece de una valoración equivocada de sus presupuestos, que contamina cualquier inferencia que de aquel pueda realizarse, sobre todo respecto de la comparación con el modelo de licitación del Terminal N° 2 del puerto de Valparaíso. Lo anterior, pues no es posible comparar, sin incurrir en una errónea interpretación, las condiciones económicas ni jurídicas bajo las cuales se desarrolla el proceso de licitación del Terminal N° 1 de Iquique versus aquellas presentes en la segunda licitación del Terminal N° 2 del puerto de Valparaíso (tras el bullado fracaso de la primera el año 2011).
74. En primer término, porque no es correcto, tal y como lo señaláramos antes que la competencia entre Arica e Iquique por la carga boliviana sea, actualmente relevante; en segundo lugar, porque los sabidos riesgos⁶⁰ de

⁵⁸ Consulta de EPI, p. 31.

⁵⁹ Antecedentes presentados a fojas 834.

⁶⁰ Como correctamente constata la propia Consultante, “Por otra parte, muchos autores especializados han observado que un incumbente, al ver amenazada su participación de mercado, presente o futura, por un actor que desea ingresar al mismo, llevará a cabo acciones o conductas conducentes a obstaculizar la materialización de ese riesgo. Por lo tanto, los actuales concesionarios portuarios tienen un incentivo adicional para adjudicarse el nuevo frente de ataque: proteger las rentas generadas por su actual negocio, bloqueando la entrada de un nuevo competidor. Esta aversión del incumbente a aceptar lisa y llanamente la competencia se traducirá en una disposición a pagar un mayor “valor de cambio” para adjudicarse la concesión en cuestión, lo que tendrá por efecto: i) que otros operadores interesados en participar de la licitación pudieran abstenerse, al prever que su posibilidad de

que un incumbente participe en la licitación no logran ser disipados mediante el mecanismo propuesto por SAAM, ya que atendidos los incentivos que posee a sobre-ofertar, sería dificultoso igualar dicha oferta para los entrantes que no poseen la misma valoración al no internalizar los efectos estratégicos como lo hace el incumbente, que le permitirían mantener su posición de mercado.

75. Finalmente, porque uno de los presupuestos centrales de la Empresa Portuaria de Valparaíso para solicitar el alzamiento, privilegiando la necesidad de que el resultado de la licitación fuera exitoso, fue entre otras razones, pero principalmente, el fracaso de un proceso licitatorio anterior⁶¹. En consecuencia, la ponderación a favor del éxito de una licitación por sobre la posibilidad de que ingrese un nuevo actor (no incumbente) solo se justificó por circunstancias especiales que distan de lo que sucede en el puerto de Iquique. En efecto, ya Pulogsa manifestó en autos⁶² su interés de participar en el proceso de licitación. La Empresa Portuaria señaló, a su vez, que existe verdadero interés de actores internacionales por participar⁶³. El punto es, en consecuencia, que SAAM no ha proveído antecedentes suficientes que hagan sospechar un escenario similar al que sucedió en la primera licitación del Terminal N° 2 de Valparaíso en 2011 y que, por tanto, permitan resolver el *trade-off* inherente a una licitación portuaria en favor de comprometer condiciones de competencia por el éxito seguro del proceso.
76. Todo lo anterior hace que la propuesta de SAAM sea no solo errónea en el sentido ya anotado sino que no logra justificar bajo presupuestos empíricos la conveniencia de dicha medida. La premisa central que se quiere mostrar es que, de una parte, no se puede asumir que las concesiones y procesos

adjudicarse la concesión es menor mientras compitan con incumbentes dispuestos a pagar un sobreprecio para proteger su nicho; y, ii) que la mayor disposición a pagar no se origine en un mayor valor de la concesión desde el punto de una mayor eficiencia, sino que en las mayores rentas que los incumbentes pudieran obtener, dada su capacidad de cobrar precios más altos mientras sean menos los competidores". Consulta de EPI, p. 34.

⁶¹ Ver, al respecto, la solicitud de la Empresa Portuaria de Valparaíso para el alzamiento de la regla de restricción horizontal en la licitación del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Valparaíso, Rol NC 403-12.

⁶² Véase los antecedentes presentados por Pulogsa, a fojas 634 y ss.

⁶³ De acuerdo a antecedentes recabados por esta Fiscalía en el contexto de las investigaciones Roles 2181-13 FNE y 2222-13 FNE. Adicionalmente, la propia Consultante declaró en su presentación que existen interesados internacionales en el proceso.

licitatorios anteriores y la actual del Terminal N° 1 de Iquique sean análogas y, de otra, tampoco se puede concluir que la consecuencia normativa más conveniente sea alzar la medida estructural que solicita la Empresa Portuaria de Iquique.

77. Tal fue, por lo demás la conclusión a la que llegara la Consultante justamente al considerar la experiencia del proceso de licitación del Terminal N° 2 del puerto de Valparaíso cuando se discutía la pertinencia de alzar las reglas a la restricción horizontal, al señalar que:

*“Este novedoso mecanismo responde a la necesidad planteada por la Empresa Portuaria Valparaíso de garantizar el éxito de la licitación, permitiendo la participación del actual concesionario del Terminal N°1 (TPS) y de otros incumbentes, dado que la licitación del mismo terminal, realizada en 2011, resulto desierta. **En tal sentido, constituye un caso excepcional**”⁶⁴ (énfasis agregado).*

78. En consecuencia, la FNE estima que la conclusión respecto de la cual SAAM señala como recomendable alzar la regla de restricción horizontal que recae sobre las sociedades que participan en el operador del Terminal N° 2 de Iquique, es a todas luces improcedente en términos de libre competencia.
79. Ahora bien, en lo que respecta al diseño de las reglas de restricción a la integración horizontal, esta Fiscalía considera pertinente lo propuesto por la Empresa Portuaria de Iquique, esto es, **la restricción total a la participación de los incumbentes**, tal como fuese establecido por ese H. Tribunal en el proceso de licitación del Frente de Atraque N° 2 del Puerto de Valparaíso y el Espigón de San Antonio. La razón es clara. Tal y como quedó en evidencia en el análisis que antecede, las condiciones de competencia del mercado no son en modo alguno garantía respecto de los riesgos que esta Fiscalía ha constatado⁶⁵.

⁶⁴ Consulta de EPI, p. 33.

⁶⁵ Dictamen N° 1.045 p. 9. El diseño de la regla de restricción horizontal en el sentido del Dictamen N° 1.045 supone justamente evitar los riesgos que esta fiscalía expuso y que responden a la misma preocupación que sistemáticamente ha sido demostrada por la H. Comisión Resolutiva en

80. En efecto, tal como señala EPI en la consulta de autos, “(...) *permanentemente ITI ha fijado sus tarifas de modo tal que el valor del índice tarifario coincida exactamente con el valor máximo de éste fijado al momento de la licitación, situación que no ocurre en los puertos de San Antonio y Valparaíso, que desde el inicio de sus respectivas concesiones han enfrentado competencia directa, y ii) el reciente reajuste de tarifas de ITI, mediante el cual redujo su tarifa de muellaje a la carga en un 31,8% pero al mismo tiempo incrementó la correspondiente a muellaje a la nave en más de un 135% (pasando de 1,27 a 2,99 USD/MEH), lo que impacta directamente a las navieras con naves de mayor tamaño*”⁶⁶, lo que refuerza lo indicado en numerosas ocasiones por este Servicio, **de que un mayor número de competidores es necesario para dinamizar el mercado y se generen tarifas más competitivas.**
81. En relación a ello, se debe señalar que la eslora de la nave de mayor tamaño que recaló en el Terminal N° 1, correspondió a [11] metros, mientras que el número de naves que atracó en el Terminal N° 2 cuya eslora superaba los 233 metros equivalía al [12] del total, movilizándolo el [13] de la carga transferida por ITI⁶⁷.
82. Lo anterior además, confirma lo señalado por este Servicio respecto del mercado relevante geográfico, ya que, en la eventualidad que los puertos de Arica y Antofagasta ejercieran una real presión competitiva sobre el Puerto de Iquique, entonces sería esperable que las tarifas alcanzaran niveles menores con el fin de captar carga que potencialmente podrían desviarse a los puertos de las regiones aledañas.
83. Así, de conformidad a lo señalado, sin perjuicio de lo que pueda disponer el H. Tribunal en conformidad a su jurisprudencia más reciente, esta Fiscalía considera adecuado recomendar en el proceso que se informa que las sociedades que participen en cualquier nivel en la propiedad u operación de puertos de uso público, sus controladores y sus accionistas por sí o en su

aquel Dictamen y continuada por ese H. Tribunal en los informes N° 4/2009, 5/2009, 6/2009 y 9/2013.

⁶⁶ Consulta de EPI, p. 33.

⁶⁷ Antecedentes aportados por ITI y la Consultante a las investigaciones Rol 2181-13 FNE y Rol 2222-13 FNE.

conjunto con sus personas relacionadas no podrán participar en la sociedad concesionaria que se adjudique la explotación del Terminal N° 1 del puerto de Iquique. Lo anterior, en armonía con lo dispuesto en el título XV de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores⁶⁸.

IV.2. Sobre la pertinencia del establecimiento de una regla de restricción a la integración vertical. La necesidad de proteger la competencia una vez adjudicado el Terminal N° 1 frente a riesgos ciertos y constatables.

84. Tal y como se mencionara con las restricciones a la integración horizontal, los riesgos asociados a la integración vertical, y la pertinencia de la aplicación de restricciones para evitar su ocurrencia, han sido ampliamente discutidos en procesos de licitación previos de similares características⁶⁹.

⁶⁸ Con todo, el diseño de esta regla ha sufrido algunas modificaciones en el contexto de procesos de licitación posteriores al Dictamen N° 1.045.

⁶⁹ Los principales riesgos asociados a la integración vertical tienen relación con la extensión del poder monopólico a un mercado relacionado, pudiendo existir, por ejemplo, denegación de suministro, al tratarse de un insumo esencial, discriminación de tarifas y/o calidad, existiendo sabotaje a los competidores aguas abajo finalmente. Al respecto ver Fischer, R. "informe sobre las condiciones de licitación del Puerto de Antofagasta", 2002; Beard, T.R., Kaserman, D.L. y Mayo, J.W., "Regulation, vertical integration and antitrust", Journal of Industrial Economics, XLIX (3), 2001, 319-333; Serra, P. "Las facilidades esenciales en la doctrina de los organismos de competencia chilenos", Conferencia "Competition Policy in Infrastructure Services", BID, 2001; Mandy, M.D., "Killing the Goose That May Have Laid the Golden Egg: Only the Data Know Whether Sabotage Pays" Journal of Regulatory Economics, 2000. En particular este último señala que los incentivos al sabotaje aumentan cuando los beneficios obtenidos en el mercado aguas abajo son elevados respecto de los obtenidos por la facilidad esencial, que es precisamente lo que sucede en el mercado portuario al representar una fracción mínima del costo total del flete, siendo esta de entre 3% y 5% (Porcentajes obtenidos en base a información del Boletín Estadístico Marítimo de DIRECTEMAR). Lo anterior también ha sido ampliamente reconocido en los informes N° 4, 5 y 6 además del mismo Dictamen N° 1.045, e incluso los informes de esta Fiscalía para procesos de licitación anteriores. Vale la pena considerar también, cuál ha sido el tratamiento comparado al respecto. La Comisión Europea ha señalado que **"The main problem that was dealt with in port antitrust cases before the Commission and the Court of Justice was not competition between ports but rather difficulties in access to service within a port, usually on the background of legal monopolies protected by the State. The two typical situations were: An undertaking holding monopoly in an upstream market of port services distorting downstream competition. For example: a port authority also active in the provision of ferry services discriminates between its own ferry operations and a competitor's operations in port fees or frustrates a competitor's plan to open a new ferry service. In the latter type of cases the Commission defined the ports as essential facilities (i.e. facilities without access to which competitors cannot provide services to their costumers) and obliged the port owners to give downstream operator access. In fact, the Commission's doctrine on access to essential facility originates in these port cases. In another case a legal monopoly in manpower services for docks companies was found to fall foul of European competition rules because the monopolist was also allowed to offer downstream dock services in clear conflict of interests with its monopoly rights. Abuse of dominant position by a company holding a monopoly in a certain port service (e.g. mooring, piloting or docks work) and overcharging its clients with respect to the services provided. Antitrust rules apply only to undertakings, namely entities that are**

85. La Empresa Portuaria de Iquique ha mencionado que no es necesario aplicar restricciones a la integración vertical atendido a los montos de inversión, el hecho que existirá regulación tarifaria por los servicios básicos y obligación de no discriminación, además de la fuerte competencia que enfrentaría el nuevo concesionario con el actual operador del Terminal N° 2⁷⁰.
86. Sin embargo, a pesar que el concesionario no pueda cobrar tarifas monopólicas al existir tarifas máximas, e incluso, a pesar de existir limitaciones a niveles de eficiencia mínimos, este sí podría **discriminar en calidad de servicio** con el fin de asegurar rentas extra normales en el mercado relacionado⁷¹. En este sentido, se debe tener en cuenta que el mercado aguas abajo puede tratarse tanto del mercado naviero como **cualquier otro eslabón en la cadena logística** de transporte, lo cual podría implicar, por ejemplo, consignatarios, almacenaje y transporte terrestre⁷².

engaged in an economic activity. One preliminary question may therefore be the extent to which ports engage in such activities. This can only be a case by case assessment, depending on the nature of the activity under consideration". (énfasis agregado). Caso, C-242/95 GT-Links v DSB [1997] ECR I-4449. Ver la jurisprudencia similar de la Comisión Europea en los casos N° IV/39.689 *Sea Containers v. Stena Sealink*, la decisión de la Comisión de 21 Diciembre de 1993 y el caso ICG/CCI Morlaix especialmente el párrafo 43. Adicionalmente, ilustrativo resulta a las decisiones N° 94/119/EC of 21 de diciembre de 1993, **referido a la negativa de otorgar acceso al puerto de Rodby (Dinamarca)**. Compárese estos puntos con el caso C-242/95 GT-Links v DSB [1997] ECR I-4449.

⁷⁰ Consulta de EPI, p. 37 y ss. Sobre esto, "The principles of equal treatment and non-discrimination on grounds of nationality imply, in particular, a duty of transparency which enables the concession-granting public authority to ensure that those principles are complied with. That obligation of transparency which is imposed on the public authority consists in ensuring, for the benefit of any potential tenderer, a degree of advertising sufficient to enable the service concession to be opened up to competition and the impartiality of procurement procedures to be reviewed (ver, para ese efecto, Telaustria y Telefonadress, párrafos 61 y 62). Además, el Caso C-458/03 *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*. La propia Consultante ha referido sobre medidas que garanticen la discriminación, el sabotaje, y cualquier otra conducta abusiva para operadores verticalmente integrados. Véase, Consulta de EPI, p. 30 y ss.

⁷¹ Al respecto ver Fischer, R.; Beard, T.R., Kaserman, D.L. *Op. Cit.* y Mayo, J.W.; Serra, P.; Mandy, M.D. *Op. Cit.* Además esta ha sido una preocupación constante de las autoridades de competencia en derecho comparado. Así, para el caso europeo, "[T]he main problem that was dealt with in port antitrust cases before the Commission and the Court of Justice was (...) difficulties in access to service within a port, usually on the background of legal monopolies protected by the State. The two typical situations were: 1) An undertaking holding monopoly in an upstream market of port services distorting downstream competition (...) 2) Abuse of dominant position by a company holding a monopoly in a certain port service (e.g. mooring, piloting or docks work) and overcharging its clients with respect to the services provided." Al respecto, véase, European Union, Working Party N° 2 on Competition and Regulation Competition Concern in Ports and Ports Services, junio de 2011.

⁷² Tales riesgos se encuentran presentes en toda la cadena logística. **De hecho, recientemente (10 de julio de 2013) en la Comisión Nacional de la Competencia de España (CNC), la Dirección de Investigación de la CNC inició un expediente sancionador contra la Asociación**

87. En base a lo discutido, esta Fiscalía estima necesario, tal y como lo hiciera presente en otras ocasiones⁷³, que en la evaluación para incorporar las reglas de restricción vertical, se considere lo establecido en el Dictamen N° 1.045 en lo que respecta a la determinación de los usuarios relevantes, así como también sobre la limitación de participación en la sociedad concesionaria⁷⁴. Con todo, se propone a S.S., tal y como lo hiciera en el Informe N° 9/2013, la posibilidad de excluir de la categoría de usuarios relevantes los agentes de muellaje atendido que en el contexto de la licitación de un sistema monooperador, no realiza labores de estiba y desestiba, no siendo posible incluirlo dentro de los usuarios relevantes.
88. En virtud de todo lo anterior, en la actualidad sí se verifica la existencia de usuarios relevantes de acuerdo a lo establecido en el Dictamen N° 1.045⁷⁵, **por lo que esta Fiscalía estima pertinente la imposición de restricciones verticales al proceso de licitación en cuestión.**
89. A pesar de esto, aun cuando no se hubiese constatado la existencia de un usuario que pudiere estar afecto a las reglas en el sentido anotado, seguiría siendo pertinente el establecimiento de dichas reglas justamente con el fin de resguardar la *competencia potencial* en el mercado relevante, y evitar los

de Empresarios de Transportes Discrecionales de Mercancías por Carretera de Santander y Cantabria (ASEMTRASAN) y la Asociación de Consignatarios y Estibadores de Buques del Puerto de Santander por posibles conductas anticompetitivas, consistentes en la fijación de precios y la limitación o el control de la prestación del servicio de transporte por carretera de mercancías con origen o destino en el Puerto de Santander. Al respecto, ver el Comunicado de Prensa de la Comisión Nacional de la Competencia de España, disponible electrónicamente en <http://cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=621307>. [última visita, 11 de julio de 2013].

⁷³ Ver los antecedentes presentado por este Servicio en el contexto de la Consulta de la Empresa Portuaria de Puerto Montt en el contexto del proceso NC 411-12 que diera origen al Informe N° 9/2013.

⁷⁴ El diseño de la regla es en los siguientes términos: “[E]l conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de un 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% de las utilidades de la sociedad concesionaria; (...) Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí y en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de carga por vía marítima, sea como empresas navieras, exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, transportistas multimodales, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier título o modalidad, con exclusión de los agentes de muellaje, i) con más de un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva, o ii) con más de un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada por medio del frente de atraque objeto de la respectiva concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas) participare a varios títulos, será considerado usuario relevante si supera los porcentajes referidos en razón de su participación a cualquier título de la misma naturaleza”.

⁷⁵ [14].

riesgos ya descritos asociados a la integración vertical⁷⁶, ante la eventualidad que durante el período de concesión de 30 años del puerto, pudiese surgir algún usuario o conjunto de usuarios que pertenezcan al mismo grupo económico y que pudiesen ser calificados como usuarios relevantes en el sentido del Dictamen N° 1.045.

90. Lo anterior se encuentra en consonancia con los antecedentes aportados por esta Fiscalía al proceso de Consulta asociado a la licitación del Puerto de Coquimbo⁷⁷, así como también con lo resuelto por este H. Tribunal en dicho proceso⁷⁸, en el cuál se impusieron restricciones a la integración horizontal, a pesar de haber sido Coquimbo el único puerto del mercado relevante con el fin de resguardar la competencia potencial en la eventualidad del ingreso al mercado de algún puerto privado de uso público con capacidad de atender la nave de diseño respectiva. Dicho resultado también fue alcanzado en el Informe N° 9/2013 que S.S. emitiera en el contexto de la Consulta de la Empresa Portuaria de Puerto Montt.
91. En resumen, la imposición de reglas de restricción a la integración horizontal y vertical, son pertinentes para el caso particular, siendo un resguardo efectivo contra abusos monopólicos para un mercado que estructuralmente presenta riesgos competitivos. Lo anterior no implica, como ya lo dijera esta Fiscalía en otra ocasión, que las reglas sean definitivas o que los fundamentos que justificaron su imposición no puedan ser revisados bajo nuevas circunstancias.

⁷⁶ Así también en términos de experiencia comparada para el caso de los EE.UU, “[T]he third trend is vertical rather than horizontal. Increasingly over the past few years, ocean shipping lines have been – in addition to horizontally integrating – vertically integrating into the ownership and operation of container terminals, while bulk producers of iron ore, coal, and petroleum have been vertically integrating into the ownership and operation of the specialized bulk terminals used for their products. In a market with a small number of competitors – frequently the case now regarding container terminals, bulk goods terminals, and ocean shipping lines – could control by one competitor of an important facility such as a port terminal be used anticompetitively, by either denying access to the facility to competitors or allowing access under unfavorable terms?” US Department of Justice and the US Federal Trade Commission. Working Party No. 2 on Competition and Regulation Competition Concern in Ports and Ports Services Submission.

⁷⁷ Al respecto ver Informe de la FNE sobre el proceso de Consulta de la Empresa Portuaria de Coquimbo para la licitación del frente de atraque sitios 1 y 2, páginas 10 y ss. disponible en www.fne.gob.cl.

⁷⁸ Véase Informe N°4/2008 TDLC p. 33 y ss.

V. TARIFAS DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS

92. El proyecto de concesión del Terminal N° 1 del puerto de Iquique considera una importante inversión en infraestructura y maquinarias (sobre todo en relación al proyecto comprendido en el Grupo N° 1 de ofertas) considerando la cantidad de carga movilizada por la región, razón por la cual se debe asegurar que la eficiencia lograda por este nuevo puerto sea traspasada finalmente a tarifas y calidad de servicio⁷⁹.
93. Por lo tanto, es fundamental que el criterio económico principal de adjudicación consista en el menor índice tarifario máximo ofrecido por los servicios básicos⁸⁰. Ahora bien, EPI ha señalado tanto en la consulta de autos como en las bases de licitación asociadas, que el criterio de adjudicación no solo incluirá el precio de los servicios básicos, sino que también se ponderará el valor residual de la inversión que el concesionario desee le retorne la empresa portuaria, así como parte de la TUP si se tratare del primer grupo, lo que se refleja en el siguiente polinomio:

$$IA_k = \lambda TTC_k + \mu TTF_k + \nu TTA_k + \pi TMC_k + \theta TMN_k + \rho VRS_k + \alpha_k TUP$$

donde:

IA_k = Índice de adjudicación obtenido por el oferente k .

TTC_k = Tarifa por transferencia de contenedores presentada por el oferente k en su oferta, expresada en dólares.

TTF = Tarifa por transferencia de carga fraccionada presentada por el oferente k en su oferta, expresada en dólares.

⁷⁹ Esto en relación con las economías de escala asociadas a la operación de un puerto. Al respecto Tovar B, Jara-Díaz S. y Trujillo L., *Op Cit*.

⁸⁰ Sobre el particular, este ya es una tesis asentada en la jurisprudencia de ese H. Tribunal, como queda en evidencia en el Informe N°4/2009, p. 23.

TTA_k = Tarifa por transferencia de automóviles presentada por el oferente k en su oferta, expresada en dólares.

TMC_k = Tarifa a la carga por uso de muelle presentada por el oferente k en su oferta, expresada en dólares.

TMN = Tarifa a la nave por uso de muelle presentada por el oferente k en su oferta, expresada en dólares.

α_k = Porcentaje de la recaudación por tarifa de uso de puerto (TUP), solicitado por el oferente k , para las naves que utilicen la dársena generada por las obras de abrigo del tercer frente de atraque, expresado en tanto por uno y comprendido entre 0 y 1.

VRS_k = Valor residual solicitado por el oferente k en su oferta, expresado en millones de dólares.

$\lambda = 0,7639$, $\mu = 2,1226$, $\nu = 0,3519$, $\pi = 8,7474$, $\theta = 4,9756$, $\rho = 0,1149$ y
 $TUP = 42,6582$

94. Lo anterior necesita ser abordado con cautela a juicio de esta Fiscalía, ya que debe considerarse que las tarifas ofertadas son las consistentes con el retorno que se espera obtener de la inversión, asociado a un nivel de demanda proyectado. De esta manera, el resultado que debe arrojar el índice al utilizar los ponderadores individualizados, debe ser consistente con las tarifas que se ofrecerían si el nivel de inversión fuese igual al requerido por el proyecto menos el valor residual solicitado como devolución.
95. Esto es, para un nivel de demanda e inversión determinadas, a partir de los ponderadores entregados por la Empresa Portuaria, el valor del índice de adjudicación IA_k sin considerar $\rho VRS_k + \alpha_k TUP$, debiese ser mayor o igual que IA_k como fue definido más arriba de acuerdo a lo indicado por EPI. De lo contrario, en el caso extremo donde $VRS_k = \alpha_k = 0$, podrían ofrecerse

mayores tarifas que las que financiaran la inversión considerando la duración de la concesión determinada.

VI. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LAS BASES DE LICITACIÓN

96. Esta Fiscalía ya hizo presente en su ocasión⁸¹ la relevancia de analizar en el borrador de las Bases de Licitación las condiciones de competencia. Tal fue, por lo demás, la perspectiva que S.S. adoptara al momento de emitir el Informe N° 9/2013, al menos en el entendido de que, cualquier análisis de las condiciones de competencia a las cuales deberá sujetarse la licitación así como la explotación del Terminal N° 1, debe considerar las Bases de Licitación misma. En tal sentido, reiteramos entonces que uno de los presupuestos centrales que se encuentran detrás de la regla contenida en el artículo 14 de la Ley de Puertos es someter al análisis de este H. Tribunal las condiciones y términos de la licitación contenidos en las respectivas Bases.
97. Efectivamente este H. Tribunal señaló que el informe que en tal virtud debe pronunciar *“se circunscribe, en cambio, a **los términos que deben incorporarse a la licitación que determinará la persona del concesionario monooperador, y a las condiciones de competencia a que éste deberá sujetar su actividad, con el objeto de sustituir la competencia en el puerto, por la competencia por el puerto**”*⁸². Indicó, además, que sobre las materias a considerar en los informe que pronuncie al respecto se señalará entre otras cosas, *“el marco regulatorio aplicable de acuerdo con la Ley y el respectivo Reglamento de Licitaciones Portuarias (el Reglamento), **cuyas normas deben entenderse incorporadas a las bases de la Licitación por el solo ministerio de la Ley.**”* (énfasis agregado).
98. Desde ya, esta Fiscalía celebra que la Empresa Portuaria provea de un borrador de Bases de Licitación lo suficientemente completo y definido

⁸¹ Ver antecedente aportado en proceso Rol 408-13 en la consulta de la Empresa Portuaria de Puerto Montt.

⁸² Al respecto, ver el Informe N° 4/2009 TDLC p. 12.

respecto del cual es posible ponderar en su debido mérito, las condiciones que hemos venido comentando, en especial, aquellas referidas a la aplicación de medidas estructurales en el sentido expuesto.

99. Con todo, vale la pena mencionar que en la cláusula N° 3.2 de las Bases referido a la etapa de Consultas y Aclaraciones se deja abierta la posibilidad para un grado importante de discrecionalidad en la determinación de las condiciones, pues se indica la alternativa de modificación de las Bases de Licitación en dicho contexto sin establecer de forma específica qué requisitos, características, elementos o condiciones de las Bases de Licitación pueden ser modificados en dicha etapa. La Empresa Portuaria ha sido clara en establecer que cualquier modificación debe respetar las condiciones que se establezcan en el Informe que S.S. emita con ocasión de esta Consulta. Sin embargo, este Servicio es de la opinión que EPI especifique las condiciones bajo las cuales puede concurrir una modificación en el contexto de las Consultas y Aclaraciones, todo en el entendido que el límite natural a cualquier modificación son los presupuestos que se contengan en el Informe que S.S. emita al efecto.
100. Por otra parte, se sugiere que S.S. tenga en consideración al momento de emitir el Informe, tal y como este servicio lo hiciera respecto de la licitación del Terminal N° 2 de Valparaíso⁸³ sobre el destino del Dique "Valparaíso III" otorgado a SOCIBER (que se encontraba ubicado dentro del área de concesión), cuál va ser el destino de la concesión pesquera a Camanchaca S.A. Efectivamente, en las Bases de Licitación o en la Consulta de la Empresa Portuaria no hay mención al respecto.
101. Lo anterior pues, independiente que la relevancia de dicha incerteza sea menor en relación con las condiciones de competencia de la licitación, es conveniente clarificar el destino de dicha concesión, no solo por esta licitación sino en atención a las posibles consecuencias en un mercado conexo como es el de pesca en la macro zona norte.

⁸³ Véase, al respecto, los antecedentes aportados por este Servicio en el proceso de Consulta ante el H. Tribunal, de la Empresa Portuaria de Valparaíso sobre el alzamiento de la regla de restricción horizontal en la licitación del Terminal N° 2 de Valparaíso, disponible en formato electrónico en <http://www.fne.gob.cl/defensa-de-la-libre-competencia/actuaciones-ante-tribunales/> [última visita, 8 de julio de 2013].

102. En fin, respecto al modelo o esquema de licitación contenido en las Bases y explicitado en la Consulta, esta Fiscalía está de acuerdo con el esquema de licitación propuesto, ya que no se avizora que la oferta en dos sobres pueda generar algún efecto anticompetitivo que vaya en desmedro de la competencia *ex ante*, o que beneficie a un tipo particular de oferente. Ello debido a que, las ofertas para los dos grupos deben hacerse simultáneamente, por lo que, si existe viabilidad económica de realizar el primer proyecto, que incluso considera la devolución de parte de la TUP para hacerlo más atractivo, entonces no se puede especular entre un grupo y otro, ya que existirá la alternativa de quedar fuera de la licitación en el Grupo N° 1 si no se considera un escenario competitivo al momento de ofertar en esa instancia.

VII. CONCLUSIONES DE ESTE INFORME

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

103. Se considerará como mercado relevante del producto los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de puertos de uso público que puedan atender una nave del tipo *Panamax* al momento de la licitación, y que tengan la posibilidad de expansión en el mediano plazo para la recepción de la nave de diseño, considerando cada tipo de carga que podrá movilizar el puerto de Iquique, lo cual involucra carga general, tanto en contenedores como fraccionada, como también graneles y cruceros
104. Por su parte, en consideración al reducido nivel de sustituibilidad respecto de las cargas nacionales entre los puertos de Arica, Iquique y Antofagasta, y que en su mayoría la carga en tránsito boliviana es trasladada por el puerto de Arica.

105. Lo anterior representa una proporción reducida de la carga movilizada por el puerto de Iquique, y que éste presenta nulas posibilidades de desafiar la carga boliviana que se movilice por Antofagasta, esta Fiscalía estima pertinente establecer como mercado relevante geográfico la región de Tarapacá.
106. En lo que respecta a la adopción y diseño de las reglas de restricción a la integración horizontal, esta Fiscalía considera pertinente lo propuesto por la Empresa Portuaria de Iquique, en el sentido de una restricción total a la participación de los incumbentes.
107. En razón de visualizarse usuarios relevantes en el sentido del Dictamen N° 1.045 y de constatarse los riesgos que la integración vertical produce en la operación de puertos, esta Fiscalía estima pertinente la imposición de restricciones verticales al proceso de licitación.
108. Si bien es correcto que la adjudicación se lleve a cabo a partir del menor índice tarifario, éste pondera el valor residual de la inversión que el oferente desee como devolución, por lo que se debe tratar con cautela dicho punto, con el fin de que las tarifas que se deriven de dicho polinomio, sean consistentes con la inversión que se lleve a cabo, con o sin valor residual solicitado.
109. Finalmente, respecto al modelo o esquema de licitación contenido en las Bases y explicitado en la Consulta, esta Fiscalía está de acuerdo con el esquema de licitación propuesto (manteniendo la restricción a la integración horizontal propuesto por la propia Consultante), ya que no se avizora que la oferta en dos sobres pueda generar algún efecto anticompetitivo que vaya en desmedro de la competencia *ex ante*, o que beneficie a un tipo particular de oferente.
110. Ello debido a que, las ofertas para los dos grupos deben hacerse simultáneamente, por lo que, si existe viabilidad económica de realizar el primer proyecto, que incluso considera la devolución de parte de la TUP para hacerlo más atractivo, entonces no se puede especular entre un grupo y otro, ya que existirá la alternativa de quedar fuera de la licitación en el

Grupo N° 1 si no se considera un escenario competitivo al momento de ofertar en esa instancia.

Es todo cuanto puedo informar,

POR TANTO,

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

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

1. Anexo Confidencial I, que contiene referencias correspondientes a la información confidencial utilizada en esta presentación.
2. Anexo Confidencial II, que contiene las referencias correspondientes a las Tablas y Cuadros elaborados en base a información confidencial en esta presentación.
3. Versión Pública del Anexo Confidencial I.
4. Versión Pública del Anexo Confidencial II.
5. CD con archivos digitales que contienen las Bases de Datos que utilizó este Servicio para la elaboración de las Tablas, Cuadros y datos requeridos para el análisis contenido en esta presentación.

Sírvase H. Tribunal decretar la confidencialidad de los documentos signados en los numerales 1, 2, y 5, y su custodia por el Sr. Secretario, en atención a que contienen información sensible para las personas de quienes emanan por contener información comercial relativa a sus empresas, y por cuanto su conocimiento por personas ajenas a este H. Tribunal o a funcionarios de esta Fiscalía puede perjudicar de manera significativa 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 este H. Tribunal, sírvase S.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá al Sr. Secretario, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.