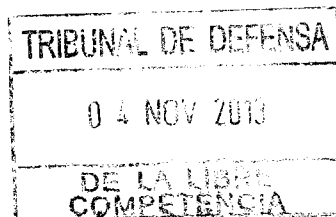


EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Acompaña documentos.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Se tenga presente.

EN EL TERCER OTROSÍ: Personería, patrocinio y poder.



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 Antofagasta (“EPA”) sobre Licitación de Concesión del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Antofagasta”, Rol NC-416-13,** 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 ese 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 Antofagasta.

1. Con fecha 23 de agosto de 2013, la Empresa Portuaria de Antofagasta (en adelante, indistintamente, **“la Empresa Portuaria”, “la Consultante” o “EPA”**) 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 del puerto de Antofagasta (en adelante, “Terminal N° 1”) junto con la modificación en lo pertinente, del Dictamen N° 1209/2002 de la H. Comisión Preventiva Central (indistintamente, “Dictamen 1209”).

2. El proyecto de Concesión supone la operación, bajo un esquema monooperador, del Terminal N° 1 del puerto de Antofagasta, 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.

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

3. Pues bien, de conformidad al borrador de las Bases de la Licitación (en adelante, indistintamente “**las Bases**”), la concesión del Terminal N° 1 del puerto de Antofagasta se llevará a cabo de acuerdo con dos modelos de Concesión alternativos: uno amplio y otro restringido. Adicionalmente, y de acuerdo a la naturaleza de la solicitud de la Empresa Portuaria, la Licitación contempla dos grupos de Oferentes: los titulares (incumbentes) y los nuevos entrantes. Como indican las Bases, *“entre estos grupos existe un orden para la presentación de las Ofertas y un derecho de preferencia para la adjudicación de la Concesión”*.
4. Así entonces, si el Oferente se adjudica la Concesión bajo el modelo de Concesión Amplia, ésta otorgará el derecho a desarrollar, mantener y explotar el Frente de Atraque N° 1, por un plazo de veinte años contados desde la fecha de entrega, pudiendo prorrogarse en diez años. A su vez, si el Oferente se adjudica la Concesión bajo el modelo de Concesión Restringida, el plazo de la Concesión será de diez años contados desde la Fecha de Entrega, pudiendo prorrogarse en veinte años según lo

establecido en estas Bases, en ambos casos con la capacidad para atender la nave de diseño del proyecto. Dicha nave, según se establece en la propia consulta¹, corresponde a una nave del tipo “*Post Panamax*”².

5. Uno de los elementos importantes que implica este proyecto, es la reparación del muelle del Frente de Atraque N° 1 bajo estándares antisísmicos, en el entendido, generalizado en la literatura especializada, de que en la región de Antofagasta sobrevendría un terremoto de proporciones que podría perjudicar la capacidad portuaria de la zona norte. En tal sentido, la Empresa Portuaria ha decidido incorporar los más altos estándares de construcción que logren resistir un movimiento telúrico de tales características³.
6. Así, la inversión que supone el proyecto, se ve aumentada en parte importante por la infraestructura antisísmica requerida. La pertinencia de incorporar estas consideraciones al proyecto, por fundamentales que pudieren ser, escapan del ámbito de análisis propio de esta Fiscalía.
7. En consecuencia, y tal como lo ha efectuado esta Fiscalía en informes anteriores⁴, en lo que sigue, se describirá someramente el contexto regulatorio pertinente (parte II), continuando con el análisis del mercado relevante, que resulta central para la determinación de la pertinencia de la modificación propuesta del Dictamen 1209 en los términos planteados por la Empresa Portuaria (parte III), para seguir con consideraciones

¹ Consulta EPA página 17.

² 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, tal y como se indicara en el Informe que esta Fiscalía presentara en las consultas ante este H. Tribunal para las licitaciones de los puertos de Puerto Montt e Iquique (Roles NC 413-12 y NC 415-13) 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, documento disponible en <http://www.pancanal.com/eng/op/notices/2013/N01-2013-Rev1.pdf> [última visita, 20 de octubre 2013].

³ Consulta EPA página 10-15.

⁴ Véase, los antecedentes presentados ante este H. Tribunal por este Servicio en la Consulta para la licitación del puerto de Iquique en la Consulta para la licitación del puerto de Puerto Montt Roles NC 408-12 y NC 415-13.

adicionales relativas a condiciones de competencia en las propias Bases de Licitación (parte IV). El informe concluirá (parte V) con la exposición 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

8. H. Tribunal, 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 Antofagasta, se debe tener presente la regulación a la que se encuentran sometidos los puertos estatales.
9. Ello puesto que una correcta ponderación de las condiciones de competencia a la cual se somete la licitación y la explotación posterior, supone su vinculación con 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 la competencia durante la explotación de los Terminales en términos intra-portuarios y entre los puertos⁵.

⁵ 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.” (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” (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”. Policy Roundtable. Competition in Ports and Ports Services. Note by the Delegation of Chile, February, 2011 p. 116.

10. 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 ley⁶. 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 a que se refiere el artículo 7 ya citado.

11. Por su parte, el artículo 51 de la Ley de Puertos establece que, tanto esta ley como su Reglamento⁷ 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”*⁸. De igual forma se pronuncia 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”**) en sus considerandos 1 y 2.

12. En efecto, 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

⁶ 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”.

⁷ 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.

⁸ Del mismo modo se encuentra esto contemplado en los considerandos primero y segundo del Reglamento.

ley, por dicho reglamento, por las Bases de Licitación y por las propuestas económicas y/o técnicas para la licitación⁹. 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.

13. 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 aquel, los Informes emitidos por S.S. N° s 4, 5, 6, 8 y 9 delimitan el ámbito de interpretación normativa de las licitaciones de los puertos.
14. Pero en lo particular, el puerto de Antofagasta se encuentra sujeto a lo establecido por el Dictamen 1209/2002 de la H. Comisión Preventiva Central que estableció reglas para la integración horizontal y para la integración vertical respecto de las cuales la Empresa Portuaria solicita su modificación, básicamente, alzando ambas de manera absoluta.

⁹ 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*".

III. MERCADO RELEVANTE¹⁰

15. De igual modo, y como sistemáticamente lo ha venido haciendo este Servicio en lo que respecta a la evaluación de las condiciones propuestas por las empresas portuarias bajo las cuales han de someterse las licitaciones de las concesiones de los frentes de atraque estatales, parte fundamental de este análisis supone considerar correctamente las condiciones que determinan el mercado relevante.

III.1. Mercado relevante del producto.

16. Así entonces y de acuerdo a la definición de mercado relevante adoptada por ese H. Tribunal en procesos previos de licitación portuaria¹¹, preliminarmente, 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.
17. 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, y, de igual manera, como se indicara en los antecedentes presentados con ocasión de la consulta de la Empresa Portuaria de Iquique¹², el que la nave de diseño corresponda a una *Post Panamax*¹³ no implica necesariamente que la competencia esté

¹⁰ 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, "Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales". Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2012, disponible en www.fne.gob.cl.

¹¹ 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.

¹² Véase el Informe de la FNE presentado a fojas 911 en el proceso caratulado Solicitud de Informe de Empresa Portuaria de Iquique (EPI) sobre Licitación de Concesión del Frente de Atraque N° 1 del Puerto de Iquique", Rol NC-415-13.

¹³ Ver nota 5 *supra*.

determinada respecto de la carga movilizada principalmente por dicho tipo de naves¹⁴.

18. En dicho sentido, la nave de mayor tamaño que había recalado en el puerto de Antofagasta en el año 2012 poseía una eslora de [1] metros¹⁵, con un promedio de [2] metros en el caso de Antofagasta Terminal Internacional S.A. ("ATI") y [3] metros incluyendo al concesionario junto con el Frente de Atraque administrado por EPA¹⁶. Por su parte, en el puerto de Mejillones el máximo correspondió a [4] metros y el promedio a [5] metros, mientras que en el puerto de Angamos y Terminal Graneles del Norte S.A. ("TGN") la eslora promedio durante todo el período de funcionamiento de ambos puertos corresponde a [6] metros y [7] metros respectivamente¹⁷.
19. Más aún, solo el [8] % superó los [9] metros de eslora en ATI¹⁸ durante el año 2012, que corresponde a la eslora máxima observada en el puerto de Mejillones, aunque durante el período enero-septiembre del año 2013, dicha cifra asciende a [10] % respecto de la carga movilizada por el concesionario del Frente de Atraque N° 2.
20. Sin embargo, lo anterior es teniendo en cuenta todo tipo de carga, y se debe tener en consideración que el puerto de Mejillones mueve graneles, razón por la que, si asumimos dicho tipo de carga nos encontramos con que

¹⁴ 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.

¹⁵ Entre enero y septiembre de 2013, dicha cifra alcanza los [11] metros, aunque solo corresponde a una nave, que movilizó el [12] % del tonelaje total de ATI, teniendo una eslora de [13] metros la que sigue de mayor tamaño.

¹⁶ Entre enero y septiembre de 2013, los promedios alcanzaron un valor de [13] metros y [14] metros para ATI y el puerto en su totalidad respectivamente.

¹⁷ En el caso de Puerto Angamos, el período de funcionamiento corresponde a 10 años desde el 2004 al 2013, lo que equivale a [15] naves, incluyendo proyecciones a diciembre del 2013, y en lo respectivo a TGN, se consideran [16] naves desde el 2011 al 2013 incluyendo proyecciones a diciembre de este último año.

No se cuenta con información desagregada por año debido a la negativa de la empresa de entregar la información en el formato solicitado por esta Fiscalía.

¹⁸ Por su parte, solo el [17] % de las naves con respecto a la totalidad del puerto.

la máxima eslora correspondió a [18] metros, tanto para el año 2012 como para el período enero-septiembre de 2013.

21. De lo anterior se desprende que los buques de mayor eslora son porta contenedores, los que atracan en los Puertos de Antofagasta y Angamos, mientras que las naves graneleras son las de menor tamaño, recalando en los puertos de Antofagasta, Mejillones, TGN y Tocopilla.
22. Por lo anterior, tal como ha sido señalado por esta Fiscalía en procesos anteriores, se considera pertinente tener en cuenta el tamaño de las naves asociadas a la movilización del mayor volumen de carga del puerto y de la región en general.
23. En consecuencia, dado que la carga transferida es movilizadora principalmente por naves del tipo *Panamax*, esta Fiscalía estima adecuado incluir dentro del mercado relevante a los puertos de uso público que sean capaces de atender una nave *Panamax* y que contemplen la posibilidad de expandir su capacidad eventualmente a buques del tipo *Post Panamax* en el mediano plazo, en la eventualidad que las condiciones del mercado lo ameriten.
24. En virtud de aquello, se tendrá en consideración 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 Antofagasta, lo cual involucra carga en contenedores, fraccionada y graneles.

III.2. Mercado relevante geográfico.

25. En lo que al mercado relevante geográfico importa, este quedará determinado según el nivel de sustituibilidad que pueda existir entre los

diferentes puertos, lo que se relaciona con la magnitud de la intersección de sus áreas de influencia¹⁹, razón por la que el análisis considerará los puertos de la región de Antofagasta y de los sectores aledaños, en particular la macro zona norte, la que involucra las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta.

26. Adicionalmente, se considerará el puerto peruano de Matarani en el análisis, debido a que el área de influencia de los puertos de la macro zona norte no solo abarca el territorio nacional, siendo prueba de ello la existencia de carga en tránsito extranjera, principalmente boliviana, la que se concentra en su mayoría en el puerto de Arica.
27. De esta manera, se analizará la potencial sustitución entre puertos para carga nacional por un lado y para carga boliviana por otro y en razón de aquello se determinará a nivel agregado el potencial efecto disciplinador

¹⁹ 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"*. Competition in Ports and Port Services. Policy Roundtables. OCDE 2011. p. 9 y ss. (énfasis agregado). Además, véase, Sobre este punto ver, *"Port Competition and Hinterland Connections"*, Joint Transport Research Centre, OECD 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.

entre los diferentes puertos, dependiendo de la importancia relativa de cada tipo de carga sobre el nivel de transferencia total²⁰.

28. Por su parte, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Puertos en su artículo 14, el mercado relevante geográfico se debe presumir 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, donde señala, respecto de los artículos 14 y 23 de la ley de puertos, que *"(...) tal presunción es vinculante sólo para efectos de determinar la procedencia o no de los informes que exigen esas disposiciones, pero no lo es para determinar las condiciones de competencia del frente objeto de informe, en caso de existir antecedentes que permitan delimitar ámbitos diferentes"*. Lo anterior, agrega 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"*²¹.

a. Sustitución respecto de la carga nacional.

30. En relación a este punto, una primera aproximación es determinar la distancia a la que se encuentra un puerto de otro, ya que el costo que

²⁰ Ello en atención que, si un puerto mueve principalmente carga boliviana, como es el caso de Arica, entonces las tarifas cobradas por este dependerán en su mayoría de dicho tipo de carga, por lo que difícilmente las tarifas y nivel de ese servicio podrían influir el comportamiento de un puerto que mueve una parte minoritaria de carga boliviana, ya que en este último caso sería la carga nacional la que primaría al momento de establecer el nivel de tarifas y calidad de servicio.

²¹ 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.

enfrenta el consignatario de la carga, ya sea exportador o importador, no solo consiste en el precio de los servicios portuarios, sino que también en el de transporte terrestre.

31. De esta manera, mientras más lejos se encuentren los puertos entre sí, menor será el área de influencia compartida, debido a los costos de transporte necesarios para llegar al puerto respectivo.
32. Al respecto, cabe señalar que los puertos de uso público que se encuentran en la región de Antofagasta corresponden a ATI, EPA, Puerto Angamos, TGN, Puerto Mejillones y Tocopilla. EPA y ATI se encuentran ubicados en la ciudad de Antofagasta, Puerto Angamos, TGN y Puerto Mejillones, en Mejillones; y el Puerto de Tocopilla en Tocopilla.
33. Las distancias entre los puertos señalados previamente, y respecto de los que se encuentran ubicados en Iquique y Antofagasta, se presentan a continuación, según el lugar de emplazamiento de cada uno de ellos.

Tabla N° 1

Distancia (en kms) entre las locaciones en las cuales se encuentran emplazados los puertos de uso público de la macro zona norte

	Arica	Iquique	Tocopilla	Mejillones
Iquique	302			
Tocopilla	532	229		
Mejillones	663	361	132	
Antofagasta	710	415	186	63

Fuente: Elaboración propia en base a información disponible en www.vialidad.cl [última visita, 4 de noviembre de 2013].

34. Ahora bien, si consideramos un costo de transporte terrestre por kilómetro y tonelada entre 0,037/ton-km y US\$0,043/ton-km²², cualquier puerto

²² Según el estudio encargado por el ministerio de transportes, denominado “Análisis de costos y competitividad de modos de transporte terrestre de carga interurbana”, Informe final, 11 de julio de 2011, preparado por la consultora Steer Davies Gleave, disponible en www.mtt.gob.cl/estudiosyestadisticas.html [última visita, 15 de julio de 2013]. Se utilizó el valor del dólar observado al 4 de noviembre de 2013, disponible en www.bcentral.cl, equivalente a \$507,64. [última visita, 4 de noviembre de 2013]. 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

alternativo al ubicado en Antofagasta que implique recorrer una distancia adicional mayor a 282 Km o 243 Km, según el valor que se utilice, respecto del trayecto que se debe realizar para llegar a Antofagasta, deberá cobrar tarifas negativas para igualar el costo portuario de ATI.

35. De esta manera, los únicos puertos que se encontrarían dentro de un radio que les permitiría cobrar tarifas superiores a cero para igualar las de Antofagasta serían Mejillones, Angamos, TGN y Tocopilla²³.
36. Sin embargo, resulta evidente el hecho que un puerto no podría financiarse cobrando una tarifa que solo fuese marginalmente superior a cero, en este sentido, se debe tener presente que considerando los costos de transporte enunciados previamente, incluso un puerto que se ubique a una distancia adicional entre 122 Km y 141 Km debiese cobrar la mitad de la tarifa promedio de ATI para igualar el costo portuario, lo que sigue siendo una limitante de consideración.
37. Lo anterior implica que la posibilidad de sustitución entre los puertos de Antofagasta y los ubicados en Mejillones sea mayor, al existir un costo de transporte terrestre por distancia adicional recorrida menos significativo en relación al escenario que podría existir con el puerto de Tocopilla²⁴.

Costos del Transporte (ICT) 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. En cuanto al costo del ferrocarril, según el mismo estudio citado previamente, este ascendería entre US\$0,028/ton-km y US\$0,034/ton-km, sin embargo, debe tenerse en consideración que según información aportada por ATI, 66% de la carga con origen y destino al puerto es movilizada por transporte carretero, mientras que el restante 34% lo es mediante ferrocarril, correspondiendo dicho porcentaje primordialmente a cobre.

²³ Lo mismo sucedería con los puertos aledaños a los ubicados en Mejillones. Ahora bien, respecto del Puerto de Tocopilla, si bien podría existir una pequeña zona donde se traslapen las áreas de influencia con el puerto de Iquique, esto no sería relevante desde el momento en que la potencial carga que podrían compartir sería reducida en razón de la especialización de cada uno de los puertos, teniendo en cuenta que la mayor parte de la carga está relacionada con graneles, en particular carbón, y algunos insumos para sus propias actividades de las centrales generadoras, mientras que en Iquique la carga a granel movilizada asciende sólo a un 4,5% en 2012.

²⁴ En efecto, generalmente los grandes clientes licitan los servicios portuarios considerando los puertos ubicados en Mejillones y Antofagasta, así también lo ha manifestado el propio CODELCO al momento de aportar antecedentes a la consulta de autos, en cuanto al finalizar el contrato que actualmente posee negociaría tanto con los puertos de Antofagasta como de Mejillones.

38. Por otra parte, tal como fuese señalado en el Informe elaborado por esta Fiscalía respecto del proceso de licitación del puerto de Iquique, si tenemos en consideración sólo las importaciones y exportaciones de origen y destino nacional, en su mayoría éstas se relacionan con la región en la que se encuentra emplazado el puerto²⁵⁻²⁶.
39. En relación a ello, en razón de las ubicaciones de los yacimientos mineros, la carga movilizada por los puertos de la región de Antofagasta principalmente corresponde a minerales, o en su defecto a insumos relacionados con la industria, y difícilmente podrían sustituir los servicios de esos puertos por los que se encuentran ubicados en Iquique o Arica²⁷.

b. Sustitución respecto de la carga extranjera.

40. En lo que a carga extranjera en tránsito respecta, esta se compone principalmente por carga boliviana, por lo que se hará referencia particularmente a ella.
41. En primer término, cabe señalar que el puerto de la macro zona norte que mayor carga boliviana mueve es el puerto de Arica, seguido por el puerto de Antofagasta, lo que puede ser apreciado en el siguiente cuadro²⁸.

²⁵ Según información aportada por la empresa portuaria de Iquique, más del [20] % de la carga movilizada por los puertos de Arica, Iquique y Antofagasta tuvieron como origen y destino la propia región donde se encuentran emplazados los puertos, siendo casi de un [21] % en los dos últimos casos. Lo anterior corresponde a información obtenida de aduanas. Ahora bien, ello difiere de lo entregado por EPA, información obtenida también de aduanas, que establece dicho porcentaje en cerca del [22] % en el caso del puerto de Antofagasta. En cualquier caso, según esta última información, la carga que no tuvo como origen y destino la región de Antofagasta, se relacionó con la región de Atacama, al sur de Antofagasta, por lo que existe coincidencia en que el [23] % de la carga relacionada con el puerto de Antofagasta tuvo como origen y destino la región de Tarapacá y Arica y Parinacota, donde se encuentran emplazados los puertos de Iquique y Arica respectivamente.

²⁶ Ello a pesar que el valor promedio pagado por los usuarios de [24] es menor que los cancelados por [25], lo que se encuentra en sintonía con lo señalado previamente, en el sentido de la relevancia del costo adicional en transporte que debiese cancelarse en la eventualidad de preferir los Puertos ubicados en Antofagasta versus los situados en Iquique.

²⁷ ATI en la actualidad no considera dentro de su modelo de negocios la movilización de carbón, razón por la que en la actualidad, respecto de este tipo de cargas, la potencial competencia se produciría solo entre TGN y el Puerto de Tocopilla.

²⁸ Información de las mismas características fue solicitada a Puerto Angamos, TGN y puerto de Mejillones, sin recibir respuesta satisfactoria al respecto.

Tabla N°2
Porcentaje de carga movilizada por los puertos de Arica, Iquique y Antofagasta según origen o destino de las exportaciones e importaciones respectivamente²⁹

Año	Origen/Destino	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 información aportada por la Consultante en relación de la investigación Rol 2243-13 FNE referida a la consulta de autos, por la Empresa Portuaria de Iquique 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.

42. Como se observa, el puerto de Antofagasta está lejos de llegar a movilizar la cantidad de carga boliviana que transfiere el puerto de Arica, a pesar de ambos contar con condiciones de almacenaje preferentes según el tratado de 1904.
43. Ahora bien, difícilmente podría ser desafiada la carga que moviliza el puerto de Arica por el puerto de Antofagasta, al estar ubicados los centros de producción y urbanos principalmente al norte de Arica³⁰, además de tener en consideración que las cargas que llegan a Antofagasta lo hacen principalmente mediante el ferrocarril, a través de la ruta Oruro - Challapata - Uyuni - Julaca - Ollague - Ascotán - Calama - Baquedano, lo que limita

En el caso de Antofagasta, entre enero y septiembre de 2013, el porcentaje de carga boliviana ascendió a 12,3%, mientras que para el mismo período del año 2012 dicho valor correspondía a 13,5%.

²⁹ 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, así como la tara de los contenedores.

³⁰ Estudio de Demanda de Plan Maestro del puerto de Iquique elaborado por la consultora Geosig Ltda., p. 91 y ss. Así también, según el informe elaborado por Steer Davies Gleave, Estudio de Demanda Puerto Antofagasta, enero 2013, la mayor parte de la carga que movilizaría el puerto de Antofagasta estaría relacionada con la actividad minera de la región de Antofagasta

además, la posibilidad de desafiar dicha carga por parte de los puertos de Iquique y Arica así como también por parte de Matarani³¹.

44. Sin perjuicio de lo previamente señalado, aun cuando fuese factible desafiar en un 100% la carga boliviana movilizada por los puertos de Antofagasta, al ser una proporción reducida de la carga total transferida³², no tendría mayor influencia sobre las tarifas cobradas por dichos recintos portuarios, ni la calidad de servicio ofrecidas, ya que éstas se encontrarían determinadas principalmente por la carga nacional, razón por la que el poder disciplinador no sería significativo como para considerar dentro del mercado relevante geográfico las regiones de Arica e Iquique³³.
45. Ahora bien, algunos intervinientes en la consulta de autos, han esgrimido que debería considerarse de alguna manera a los puertos de Iquique y Arica como sustitutos, argumentando para aquello que las propias empresas portuarias han declarado en sus memorias que serían competidores. Sin embargo, este H. Tribunal debe tener presente que no basta con una mera declaración de intenciones para definir como competidor a dos o más actores del mercado, sobre todo si es que ello no se condice con los hechos que se constatan en la práctica³⁴.
46. Por lo demás, incluso las propias navieras que utilizan los distintos puertos de la Macro zona norte han declarado que solo considerarían como sustitutos a los puertos ubicados en Mejillones y Antofagasta³⁵.

³¹ Estudio de Demanda de Plan Maestro del puerto de Iquique elaborado por la consultora Geosig Ltda., p. 14.

³² Según el estudio de demanda encargado por la Empresa Portuaria de Antofagasta, elaborado por Steer Davies Gleave, de enero de 2013, las proyecciones de carga en tránsito boliviana no superarían el 13% de la carga total al año 2032.

³³ Ni como para tener en consideración a matarani como un actor relevante que discipline las tarifas y calidad de servicio del puerto de Antofagasta.

³⁴ En este sentido, las empresas portuarias así como los puertos privados siempre tendrán incentivos de magnificar el área de influencia, con el fin de caracterizar el contexto en el cual se encuentran inmersos como competitivo.

³⁵ Según respuesta de compañías navieras a Oficio Circular N° 025 de fecha 05 de julio de 2013, en el contexto de la investigación Rol 2222-13 FNE relacionada con el proceso de licitación del puerto de Iquique.

47. En razón de todo lo señalado precedentemente, no podría afirmarse que los Puertos de Arica e Iquique cumplan un rol disciplinador respecto de los Puertos ubicados en la región de Antofagasta, motivo por el cual este Servicio considerará como mercado relevante geográfico la región de Antofagasta.
48. De dicha forma, se considerará como mercado relevante a los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de puertos de uso público de la región de Antofagasta 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 en contenedores, fraccionada y graneles.

III.3. Caracterización del mercado relevante.

49. Según lo establecido en la sección previa, los puertos que pertenecerían al mercado relevante corresponderían a ATI, Mejillones, Angamos, TGN, y potencialmente el puerto de Tocopilla. Todos cuales pueden atender naves del tipo *Panamax*.

De los puertos señalados, TGN sólo mueve graneles, en particular carbón, mientras que el puerto de Tocopilla y Mejillones mueven graneles y carga fraccionada. En cuanto a la carga en contenedores, Angamos y ATI son quienes transfieren la mayor cantidad de carga, tal como se puede apreciar en la siguiente tabla.

Tabla N° 3
Carga movilizada por los puertos de la región de Antofagasta (toneladas)³⁶

Puerto	Tipo de carga			Total	Participación
	Contenedores	Fraccionada	Graneles		
2010					
Tocopilla	0	135.545	3.965.292	4.100.837	33,4%
Mejillones	624	49.930	3.702.349	3.752.903	30,6%
ATI	1.534.656	510.652	628.799	2.674.107	21,8%
Angamos	1.112.084	564.607	57.670	1.734.361	14,1%
TGN	-	-	-	-	-
Total	2.647.364	1.260.734	8.354.110	12.262.208	100,0%
2011					
Mejillones	3.848	18.911	4.773.096	4.795.855	33,9%
Tocopilla	0	122.326	3.144.190	3.266.516	23,1%
ATI	1.259.696	732.467	1.059.267	3.051.430	21,6%
Angamos	1.426.233	567.829	37.562	2.031.624	14,3%
TGN	0	0	1.012.324	1.012.324	7,2%
Total	2.689.777	1.441.533	10.026.439	14.157.749	100,0%
2012					
Mejillones	64.302	77.064	4.682.316	4.823.682	32,1%
Tocopilla	0	386.273	3.378.030	3.764.303	25,0%
Angamos	1.507.546	782.101	470.076	2.759.723	18,3%
ATI	1.349.248	517.647	669.879	2.536.774	16,9%
TGN	0	0	1.165.731	1.165.731	7,7%
Total	2.921.096	1.763.085	10.366.032	15.050.213	100,0%

Fuente: Elaboración propia en base a información de anuario estadístico de la Cámara Marítima y Portuaria A.G. e información aportada por la consultante.

50. Respecto de lo anterior, además se desprende que el Puerto de Angamos sería competencia del puerto de Antofagasta en contenedores, mientras que el resto lo sería en graneles, aunque dada las distancias existentes con el puerto de Tocopilla, el poder disciplinador se limitaría por este último tipo de carga respecto del puerto de Antofagasta.
51. Por lo mismo, al pertenecer los puertos de Mejillones, TGN y Angamos al mismo grupo controlador (grupo Ultramar³⁷), la competencia principalmente

³⁶ La información de la cámara marítima y portuaria difiere de la entregada por Puerto Mejillones, aunque cabe destacar que dicho puerto solo mueve graneles. Así también, según información aportada por Puerto Angamos, este no movilizaría graneles.

se daría entre dos actores del mercado, uno de los cuales concentraría cerca del 58% del mercado, mientras que el otro (ATI) no alcanzaría el 20%³⁸.

52. En lo que a tipo de carga se refiere, se puede apreciar además que ATI mueve cerca de la mitad de contenedores, mientras que una reducida fracción de graneles. En consecuencia, el mercado se concentraría sólo en dos actores para el caso de transferencia de carga en contenedores, y tres en lo que respecta a graneles, aunque el puerto de Tocopilla ejercería una presión competitiva de menor intensidad, siendo dicho puerto junto con Mejillones y TGN quienes concentran la mayor parte de la transferencia de graneles, aunque TGN y Tocopilla se concentrarían principalmente en carbón³⁹.
53. Por su parte, cabe destacar que la mayor parte de los clientes corresponden a compañías mineras, concentrando gran parte de la carga, cerca de un 40% en Antofagasta y 45% en Angamos, mientras que los graneles más movilizados por los puertos de Mejillones, Tocopilla y TGN correspondería a carbón.

³⁷ Al respecto, véase www.puertotgn.cl, www.puertoangamos.cl y www.puertomejillones.cl [última visita, 20 de octubre de 2013].

³⁸ Respecto de esto último, cabe destacar de todas formas, que el tonelaje que ha movilizó a la fecha ATI se acerca más a lo transferido en el 2011 que en el 2012.

³⁹ Además cabe destacar que si bien Tocopilla es un puerto de uso público, se centra principalmente en la movilización de graneles asociados con sus plantas eléctricas.

IV. PERTINENCIA DE LA MODIFICACIÓN DEL DICTAMEN N°1209 QUE ESTABLECE LAS REGLAS DE RETRICCIÓN A LA INTEGRACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL DE LA SOCIEDAD QUE SE ADJUDIQUE LA LICITACIÓN PARA EL PUERTO DE ANTOFAGASTA

IV.1 Análisis sobre la pertinencia de modificar el Dictamen 1209 en lo relativo a las reglas de restricción a la integración horizontal.

54. Como esta Fiscalía ya lo ha mencionado en procesos licitatorios similares⁴⁰, 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 puertos⁴¹.
55. 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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, pág. 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 páginas 13 y ss. Por ejemplo, la Resolución N° 37/2011, en su página 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).

56. 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 riesgos⁴².
57. Sin embargo, en la consulta de autos, la empresa portuaria ha decidido solicitar el levantamiento de dichas reglas, teniendo como argumento principal la urgencia de la licitación, manifestada en dos ámbitos. Uno relacionado con la falta de capacidad del Puerto de Antofagasta para hacer frente a la demanda proyectada, y otro relacionado con el inminente terremoto de grandes proporciones debido al silencio sísmico generado a partir del terremoto del 9 de mayo de 1877⁴³.
58. Al respecto, cabe señalar que actualmente el puerto posee niveles de holgura adecuados que le permitirían no presentar congestión incluso hasta el año 2017, considerando un nivel de ocupación óptimo del 50% como lo señala la empresa portuaria⁴⁴. En la tabla siguiente se presenta el nivel de

⁴² 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).

⁴³ Consulta, EPA, p. 29.

⁴⁴ A este respecto necesario resulta destacar que los niveles de ocupación óptimos dependen del nivel de planificación del atraque de las naves, a mayor nivel de planificación, mayor será la

capacidad total del Puerto de Antofagasta⁴⁵, versus las proyecciones de demanda⁴⁶ con y sin licitación del Frente de Atraque N°1.

Tabla N°4
Capacidad total y nivel de ocupación del Puerto de Antofagasta según proyección de demanda, con licitación del Frente de Atraque N°1 (en toneladas)
[A]

Tabla N°5
Capacidad total y nivel de ocupación del Puerto de Antofagasta según proyección de demanda, sin licitación del Frente de Atraque N°1 (en toneladas)
[B]

59. En consecuencia, esta Fiscalía no considera lo anterior como un argumento válido para levantar las restricciones a la integración horizontal, teniendo en cuenta que de hacerlo, existirían solo 2 actores en el mercado que competirían directamente por la carga movilizada en contenedores, incorporándose un tercero, aunque ejercería una presión competitiva más reducida, al tratarse de graneles, que es el caso del puerto de Tocopilla.
60. A su vez, se debe tener en cuenta que en la eventualidad de levantar las restricciones a la integración horizontal, existiría la posibilidad que un solo controlador concentrase la mayor capacidad de transferencia, pudiendo por tanto generarse condiciones en las cuales pudiera abusar de su posición de dominio sobre todo en la eventualidad de alcanzar su capacidad máxima de transferencia el actual Frente N°2, ya que en ese caso se monopolizaría la demanda residual.

ocupación permitida sin generar congestión, y un 50% se acerca a los niveles de ocupación que serían necesarios para no generar congestión en terminales que reciben naves sin planificación alguna, contexto que no refleja la realidad del puerto de Antofagasta precisamente, siendo de mayor pertinencia el considerar un escenario mixto, lo que permitiría niveles superiores a 50%.

⁴⁵ Obtenido a partir de la información aportada por la consultante, dividiendo dichos valores por 0,5 en razón de que dicha proporción fue utilizada como nivel óptimo de ocupación.

⁴⁶ Según el informe encargado por EPA a Steer Davies Gleave, Estudio de Demanda Puerto Antofagasta, enero 2013.

61. En cuanto al riesgo sísmico, en caso de producirse un maremoto que destruya el puerto de Mejillones, y dañe la infraestructura del terminal N° 1, llama la atención en primer término, que se haya licitado el Frente de Atraque N°2 el año 2003 en vez del Frente N°1, en razón de la necesidad urgente de realizar obras antisísmicas por el elevado costo que conllevaría su futura reparación.
62. Por lo demás, los niveles de inversión requeridos para la implementación del proyecto en ningún caso son de cuantías similares a los involucrados en las licitaciones de Valparaíso, Iquique e incluso Puerto Montt, razón por la que el espectro de potenciales oferentes podría ser mayor, si a ello se adiciona que efectivamente se espere un aumento de la demanda significativo con motivo de los proyectos mineros en carpeta, lo que debiese hacer el proyecto comercialmente atractivo.
63. De esta manera, el riesgo de no concretarse una licitación exitosa estaría más asociado a un mal diseño más que a potencial falta de oferentes. Cabe destacar en este sentido, que la razón de por qué fracasó la licitación de Valparaíso que dio origen al Informe N° 8 no fue precisamente por la imposición de restricciones horizontales, sino que más bien por el mal diseño del proyecto a licitar.
64. Y en contrario a lo señalado por la empresa portuaria, el que finalmente haya tenido éxito la licitación una vez que se permitiera participar a los incumbentes bajo las condiciones establecidas por el H. Tribunal, no es prueba alguna de que su éxito se debió al levantamiento condicional de las reglas de integración, porque para ello debió habérselo adjudicado el incumbente, sino que el diseño original de licitación, tal como fue señalado por múltiples actores era deficiente.
65. En relación a esto último, cabe destacar además, que la empresa portuaria aún no ha contactado potenciales interesados, tal como lo hiciera la empresa portuaria de Iquique por ejemplo, hecho que es contradictorio con

la supuesta urgencia derivada del inminente sismo de proporciones que relató EPA en la consulta de autos.

66. 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° 1 del puerto de Antofagasta, especialmente sus controladores, SAAM y AGUNSA⁴⁷. 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.
67. De igual modo, H. Tribunal, estando sujetos al umbral que establece la regla de restricción horizontal, o, en su defecto, de aceptarse la solicitud de la Empresa Portuaria, los incumbentes no deben poder participar de manera conjunta, bajo ningún mecanismo, en la sociedad concesionaria del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta. El presupuesto que se encuentra bajo esta idea es que justamente pueda evitarse que bajo algún modelo societario, los incumbentes, es decir, los actuales operarios del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta y los operadores del puerto de Mejillones o de Puerto Angamos, operen el Frente N° 1 y, de esa manera, controlen el mercado relevante de la segunda región de Antofagasta.
68. En consecuencia, 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 mantener la regla de restricción

⁴⁷ 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.*” (R. Fisher, p. 15).

horizontal contenida en el Dictamen 1209 en el sentido de 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 conjunto con sus personas relacionadas, no podrán participar en la sociedad concesionaria que se adjudique la explotación del Terminal N° 1 del puerto de Antofagasta. Lo anterior, en armonía con lo dispuesto en el título XV de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores⁴⁸.

69. Sin embargo, de manera subsidiaria, en la eventualidad que ese H. Tribunal decida que la urgencia de la licitación amerita de alguna manera el levantamiento o modificación de las reglas de integración horizontal, este Servicio considera que la participación del incumbente no pueda superar el 40%, manteniendo, como se indicó antes, que no puedan participar de manera conjunta, bajo ningún mecanismo, los operadores incumbentes, sus controladores y accionistas en la sociedad que se adjudique la licitación.
70. Con todo, esta Fiscalía considera necesario que la condición señalada previamente, en cuanto a la prohibición de *interlocking*, y de crear sociedades conjuntas por parte de los incumbentes para participar en la licitación, se mantenga independiente del diseño que finalmente se disponga por este H. Tribunal.

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.

71. 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 (o modificar, como en este caso) para evitar su

⁴⁸ Con todo, el diseño de esta regla ha sufrido algunas modificaciones en el contexto de procesos de licitación posteriores al Dictamen N° 1.045.

ocurrencia, han sido ampliamente discutidos en procesos de licitación previos de similares características⁴⁹.

72. Así, la constatación de que la integración vertical en el contexto del mercado del transporte marítimo presenta riesgos en términos de libre

⁴⁹ 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 para el año 2011). 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 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. The Court of justice found that a distinction must be drawn between a situation where the State acts in the exercise of official authority and that where it carries on economic activities of an industrial or commercial nature by offering goods or services on the market. In order to make the distinction between the two. It should be noted however that at the time the Commission made reference to a "new generation" of vessels capable of carrying 6,000 to 8,000 TEU, with even newer vessels with a capacity of up to 8,500 TEU in sight. Today, vessels carrying up to 15,000 are already in use and 18,000 TEU vessels are under construction***". (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 parágrafo 43. Adicionalmente, ilustrativo resulta la 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.

competencia, está fuera de toda duda. La literatura comparada es relativamente pacífica en constatar lo anterior⁵⁰.

73. Ahora bien, como es ya un común en el diseño de procesos de licitación de puertos estatales, la Empresa Portuaria de Antofagasta ha mencionado que es necesario eliminar las restricciones a la integración vertical que están contempladas en el Dictamen 1209 atendido el hecho que existirá regulación tarifaria por los servicios básicos y la obligación de no discriminación, además de la fuerte competencia y las condiciones de entrada que se encuentran presentes en el mercado en cuestión⁵¹. Eso, señala la Empresa Portuaria, sería garantía suficiente (en conjunto con un fuerte competencia entre puertos de la zona) para mitigar riesgos de carácter estructural, razón por la cual, no tiene sentido mantener dicha regla de integración vertical.
74. Sin embargo, y reiterando lo dicho en otras ocasiones, a pesar de que el concesionario no pueda cobrar tarifas monopólicas al existir tarifas máximas, e incluso, a pesar de existir limitaciones a niveles de eficiencia

⁵⁰ La literatura que trata el problema de la integración vertical en el contexto del mercado del transporte marítimo es amplia. Puede consultarse, en especial, Russell Pittman, *Competition Issues in Restructuring Ports and Railways, Including Brief Consideration of these Sectors in India*, EAG 09-6 November 2009; Antoine Fremont, *Empirical Evidence for Integration and Disintegration of Maritime Shipping, Port and Logistics Activities*, Joint Transport Research Centre Discussion Paper No. 2009-1 December 2008; Summary and conclusions. *Integration and Competition between Transport and Logistics Businesses* Joint Transport Research Centre Round Table, 5-6 February 2009, Paris; Eddy van de Voorde and Thierry Vanelander *Market Power and Vertical and Horizontal Integration in the Maritime Shipping and Port Industry*. Discussion Paper No. 2009-2 Prepared for the Round Table of 5-6 February 2009 on Vertical Relations between Transport and Logistics Businesses; Maurice Bernadet Report on the Construction and Operation of the Road freight Transport Market in Europe International Transport forum Forum Paper 2009-1 OECD/ITF, Paris 2009.

⁵¹ 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.

mínimos, este sí podría **discriminar en calidad de servicio** con el fin de asegurar rentas extra normales en el mercado relacionado⁵².

75. Pero además, y acaso más importante aún, 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 terrestre⁵³.
76. En base a lo discutido, esta Fiscalía estima necesario, tal y como lo hiciera presente en otras ocasiones⁵⁴, que en la evaluación que hará S.S., respecto de la solicitud de la Consultante para modificar las reglas de restricción vertical, se pondere lo establecido en el Dictamen N° 1.045 en lo que respecta a la determinación de los usuarios relevantes⁵⁵, pero interpretando dicha determinación en el sentido de incorporar la cadena logística en toda

⁵² Al respecto ver Fischer, R.; Beard, T.R.; Kaserman, D.L. *Op. Cit.* y Mayo, J.W.; Serra, P.; Mandy, M.D. *Op. Cit.* Además esta ha sido una preocupación constante de las autoridades de competencia en derecho comparado. Así, para el caso europeo, “[T]he main problem that was dealt with in port antitrust cases before the Commission and the Court of Justice was (...) difficulties in access to service within a port, usually on the background of legal monopolies protected by the State. The two typical situations were: 1) An undertaking holding monopoly in an upstream market of port services distorting downstream competition (...) 2) Abuse of dominant position by a company holding a monopoly in a certain port service (e.g. mooring, piloting or docks work) and overcharging its clients with respect to the services provided.” Al respecto, véase, Working Party N° 2 on Competition and Regulation Competition Concern in Ports and Ports Services. Unión Europea, Junio, 2011.

⁵³ Tales riesgos se encuentran presentes en toda la cadena logística. Por lo demás, y siguiendo lo que esta Fiscalía ha sostenido de manera clara, varios aportantes han manifestado en el proceso de autos dichos riesgos como el caso de Codelco (fojas 251 y ss.) y Complejo portuario de Mejillones (fojas 270 y ss.). Como lo hiciéramos presente en los antecedentes aportados para la Consulta de la Empresa Portuaria de Iquique, **con fecha 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 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 CNC de España, disponible en <http://cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=621307>. [última visita, 20 de octubre de 2013].

⁵⁴ 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.

⁵⁵ A modo ejemplar, la naviera Mediterranean Shipping Company (MSC) posee un nivel de participación en el mercado relevante equivalente al 18% para el año 2012. Antecedentes aportados por la Consultante a las investigaciones Rol 2181-13 FNE y Rol 2222-13 FNE.

su amplitud. Estimamos que la regla del Dictamen N° 1.045 incorpora, en términos generales dicha amplitud, pero insistimos en la necesidad que se pueda expresar claramente que la regla sí incorpora otros eslabones, quizá no mencionados expresamente en la redacción de la regla referida, como sería el transporte terrestre para el caso de ferrocarriles.

77. Para reforzar lo anterior, vale la pena recordar como claramente señala el Dictamen N° 1.045 (y que reitera el Dictamen N° 1209):

*“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**” (énfasis agregado).*

78. De igual modo, esta Fiscalía es de la opinión de mantener la limitación de participación en la sociedad concesionaria establecida en el Dictamen 1209⁵⁶ para los usuarios relevantes. Con todo, se propone a S.S., tal y como lo hiciera en el Informe N° 9, la posibilidad de excluir de la categoría de usuarios relevantes a los agentes de nave y a los agentes de muellaje atendido la poca influencia que pudieren tener en lo que respecta a decidir sobre el puerto de destino al ser un mandatario de las navieras. Del mismo modo, el agente de muellaje, en el contexto de la licitación de un sistema monooperador, no realiza labores de estiba y desestiba, no siendo posible incluirlo dentro de esta categoría.

⁵⁶ 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; (...), 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”.

79. En virtud de todo lo anterior, en la actualidad sí se verifica la existencia de usuarios relevantes de acuerdo a lo establecido en el Dictamen N° 1.045, por lo que **esta Fiscalía estima pertinente mantener la regla de restricción vertical al proceso de licitación en cuestión.**
80. A pesar de esto, aun cuando no se hubiese constatado la existencia de un usuario que pudiese estar afecto a las reglas en el sentido anotado, seguiría siendo pertinente el establecimiento de dichas reglas justamente con el fin de resguardar la **competencia potencial** en el mercado relevante, y evitar los riesgos ya descritos asociados a la integración vertical⁵⁷, ante la eventualidad que durante el período de concesión 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.
81. Lo anterior se encuentra en consonancia con los antecedentes aportados por esta Fiscalía al proceso de Consulta asociado a la licitación del Puerto de Coquimbo, el proyecto de Panitao en Puerto Montt y, recientemente, en el puerto de Iquique⁵⁸, así como también con lo resuelto por ese H. Tribunal en el Informe N° 4 y N° 9⁵⁹, en los cuales se impusieron restricciones a la integración vertical, a pesar de haber sido Coquimbo el único puerto del mercado relevante, para el primer caso, y Panitao, para el segundo, con el fin de **resguardar la competencia potencial** en la eventualidad del ingreso

⁵⁷ Así también en términos de experiencia comparada para el caso de los EE.UU, “[T]he third trend is vertical rather than horizontal. Increasingly over the past few years, ocean shipping lines have been – in addition to horizontally integrating – vertically integrating into the ownership and operation of container terminals, while bulk producers of iron ore, coal, and petroleum have been vertically integrating into the ownership and operation of the specialized bulk terminals used for their products. In a market with a small number of competitors – frequently the case now regarding container terminals, bulk goods terminals, and ocean shipping lines – could control by one competitor of an important facility such as a port terminal be used anticompetitively, by either denying access to the facility to competitors or allowing access under unfavorable terms?” Working Party No. 2 on Competition and Regulation Competition Concern in Ports and Ports Services Submission by the US Department of Justice and the US Federal Trade Commission.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Véase Informe N°4/2008 TDLC p. 33 y ss.

al mercado de algún puerto privado de uso público con capacidad de atender la nave de diseño respectiva.

82. En resumen, la mantención del modelo de reglas de restricción a la integración horizontal y vertical, ambas contempladas en el Dictamen 1209 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 este Servicio en otra ocasión, que las reglas sean definitivas o que los fundamentos que justificaron su imposición no puedan ser revisados bajo nuevas circunstancias.

V. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LAS BASES DE LICITACIÓN

83. La Fiscalía Nacional Económica ya hizo presente en su ocasión⁶⁰ 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.
84. Efectivamente ese H. Tribunal señaló que el informe que en tal virtud debe pronunciar “*se circunscribe, en cambio, a los términos que deben incorporarse a la licitación que determinará la persona del concesionario monooperador, y a las condiciones de competencia a que éste deberá sujetar su actividad, con el objeto de sustituir la competencia en el puerto,*

⁶⁰ Ver antecedente aportado en proceso Rol 408-13 en la consulta de la Empresa Portuaria de Puerto Montt.

*por la competencia por el puerto*⁶¹. Indicó, además, que sobre las materias a considerar en los informe que pronuncie al respecto se señalará entre otras cosas, “*el marco regulatorio aplicable de acuerdo con la Ley y el respectivo Reglamento de Licitaciones Portuarias (el Reglamento), **cuyas normas deben entenderse incorporadas a las bases de la Licitación por el solo ministerio de la Ley.***” (énfasis agregado).

85. En tal sentido, basta referirse a lo que señalan las Bases de Licitación en el punto N° 1.7.5.1 para el esquema de 4 cajas en el caso que el H. Tribunal determine que podrán participar los incumbentes bajo el modelo que adoptara para la Licitación del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Valparaíso, que respecto de la presentación de las Ofertas, el orden en virtud del cual deberán presentarse serán en días distintos. Así:

“1° Presentación Ofertas Titulares.

El día [insertar fecha y horas] presentarán sus Ofertas los Titulares.

2° Presentación Ofertas Entrantes. El día [insertar fecha y horas] presentarán sus Ofertas los Entrantes”.

86. Esta Fiscalía estima riesgoso, por los efectos ya mencionados por la participación de los incumbentes, que en cualquier evento, es decir, bajo la modalidad sujeta a restricción horizontal bajo el umbral ya indicado o, aceptando este H. Tribunal la posibilidad de alzar la regla, la presentación de las ofertas se efectúe en días distintos. Lo anterior pues el efecto disuasivo por la mera posibilidad de participación de un incumbente se transforma en una certeza al momento de constatarse que efectivamente participaron.
87. Es decir, mientras mayor sea la probabilidad de participación de un incumbente, mayor será el desincentivo a la participación de nuevos entrantes. En consecuencia, sería conveniente que la presentación sea al

⁶¹ Al respecto, ver el Informe N° 4/2009 TDLC p. 12.

mismo momento, con el solo objetivo de morigerar los efectos disuasivos de dicha participación.

VI. CONCLUSIONES DE ESTE INFORME

En virtud de todo lo afirmado en este informe y los antecedentes aportados por la Empresa Portuaria de Antofagasta y los demás intervinientes, esta Fiscalía puede concluir lo siguiente:

88. 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.
89. En segundo término, esta Fiscalía no ve razones económicas ni jurídicas suficientemente claras para modificar lo establecido en el Dictamen 1209 en lo que respecta a las reglas de restricción a la integración horizontal.
90. Se estima necesario prohibir, sin embargo que bajo cualquier modalidad que se adopte al respecto, no puedan participar de manera conjunta los operadores que actualmente se encuentran sujetos a la regla de restricción horizontal en la sociedad concesionaria del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta.
91. De igual modo, no existen razones, ni en la experiencia nacional ni en la experiencia comparada que permitan presumir que los riesgos propios de la integración vertical en el transporte marítimo no se presenten, en razón de lo cual, se estima necesario mantener la regla de integración vertical para la sociedad concesionaria del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta.

92. Este Servicio estima pertinente clarificar el hecho, ya considerado en términos generales bajo el Dictamen 1.045, de que los supuestos riesgos en el mercado del transporte marítimo que justifican discutir medidas estructurales como las reglas de restricción horizontal y vertical, se encuentran presentes en toda la cadena logística, incluyendo el transporte terrestre bajo las modalidades propias del *hinterland* de cada puerto.

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 elaboradas 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 ese H. Tribunal, sírvase S.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá al Sr. Secretario, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.

TERCER OTROSÍ: Sírvase ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo N° 211, de 4 de agosto de 2010, de mi nombramiento en el cargo de Fiscal Nacional Económico, copia autorizada del cual se encuentra bajo custodia en la Secretaría de ese H. Tribunal.

Asimismo, solicito tener presente H. Tribunal, que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la misma, don George Lambeth Vicent y don Manfred Zink Papic, habilitados para el ejercicio de la profesión, de mí mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y firman junto a mí en señal de aceptación.