

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

INFORME N° 22/2022

Santiago, dieciocho de marzo de dos mil veintidós.

PROCEDIMIENTO: No contencioso

ROL: NC N° 468-20

SOLICITANTE: Empresa Portuaria Chacabuco

OBJETO: Emitir un informe que fije las condiciones de competencia que regulará la licitación bajo un esquema monooperador de los Sitios N° 1 a 7 del Recinto Portuario del Puerto de Chacabuco.

CONTENIDO

- I) **PARTE EXPOSITIVA**
 - 1. **INTERVINIENTES**
 - 2. **OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE**
 - 3. **ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES**
- II) **PARTE CONSIDERATIVA**
 - 4. **PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME**
 - 5. **OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME**
 - 6. **MERCADO RELEVANTE**
 - 7. **CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE**
 - 8. **RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN**
 - 9. **RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS**
 - 10. **RESGUARDOS ESTRUCTURALES**
- III) **CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL**

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES

1.1. Solicitante:

- Empresa Portuaria Chacabuco (en adelante, “Emporcha” o la “Solicitante”).

1.2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones en este expediente respecto de la solicitud de Informe de autos:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 N° 1 del Decreto Ley N° 211 (en adelante, “D.L. N° 211”), y dentro del plazo establecido en la resolución de folio 9, prorrogado a folio 89, aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de Informe de autos (en adelante, también, la “Solicitud”), las siguientes entidades:

- Sistema de Empresas – SEP
- Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones
- Puerto Oxxean Chacabuco S.A.
- Fiscalía Nacional Económica
- Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G.

2. OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE

2.1. A folio 13, Emporcha solicitó a este Tribunal que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en lo sucesivo e indistintamente, la “Ley de Puertos” o “Ley N° 19.542”), determine las condiciones de competencia bajo las cuales se debe llevar a efecto la licitación pública de la concesión portuaria bajo un esquema monooperador de los Sitios N° 1 a 7 del Recinto Portuario del Puerto de Chacabuco, excluyéndose el edificio de oficinas administrativas y el servicio de aduana (“Puerto Chacabuco”).

2.2. En cuanto a la exigibilidad del informe, la Solicitante indica que en la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo (“Región de Aysén”) no existe otro frente de atraque estatal, por lo que concurren los supuestos de los artículos 14 y 23 de la Ley de Puertos.

2.3. Emporcha explica que el Puerto Chacabuco se encuentra ubicado aproximadamente a 15 kilómetros de la ciudad de Aysén y a 82 kilómetros de Coyhaique. El Puerto Chacabuco presta servicios a naves y cargas convencionales

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

-incluyendo graneleras, portacontenedores y pesqueros-; servicios a pasajeros que viajan en naves tipo crucero, nacionales o internacionales; atiende transbordadores o ferris en rampa -carga RoRo (*Roll on-Roll off*). Asimismo, destaca la función de conectividad de Chacabuco con relación la zona en donde se ubica.

2.4. Respecto de la infraestructura, Emporcha sostiene que el Puerto Chacabuco tiene una superficie total de 40,4 hectáreas que corresponden a siete sitios, divididos en dos zonas; la primera, de Muelles Convencionales Multipropósito (“Muelles Multipropósito”), que incluye los sitios N° 1 al N° 4, N° 6 y N° 7), y la segunda, de Terminal de Transbordadores (“Terminal de Transbordadores”), que considera el sitio N° 5. En detalle, la licitación abarca: (i) el Muelle N° 1 del Puerto Chacabuco –sitio 1-, el que considera un *dolphin* de apoyo que permite contar con un frente de atraque de 114 metros; (ii) el Muelle N° 2 del Puerto Chacabuco –sitios 2 a 4-, que corresponden a tres sitios para embarcaciones de distintos tipos; (iii) el Muelle Flotante –sitio 6-, que cuenta con un puente basculante que permite la rotación de la estructura debido a variaciones de la marea, con dos frentes laterales de 24 metros de longitud cada uno. En él operan embarcaciones turísticas, pesqueros menores, lanchas, entre otros, además, cuenta con embarcadero flotante para naves menores y un edificio para pasajeros de 430 metros cuadrados, construido especialmente para la atención de turistas nacionales y extranjeros; (iv) el Muelle Huillín –sitio 7–, que cuenta con una pasarela basculante que atiende naves de pasajeros e industria acuícola local; y, (v) el Terminal de Transbordadores –sitio 5–, que cuenta con transferencia de vehículos de carga y vehículos livianos. También cuenta con un embarcadero destinado al atraque de barcas menores y dispone de un terminal de pasajeros de 234 metros de longitud.

2.5. A continuación, Emporcha revisa la demanda atendida por el Puerto Chacabuco en toneladas transferidas y el tipo de naves atendidas. Señala que, en 2018, el Puerto Chacabuco transfirió un volumen de carga de 545.212 toneladas (lo que refleja una caída de un 3% respecto de la carga transferida durante el año 2017). Explica que, en principio, los Muelles Multipropósito y el Terminal de Transbordadores tenían participaciones similares en términos de transferencia de carga, sin embargo, desde el año 2016, esta última ha adquirido mayor relevancia llegando a casi un 80% de participación. Emporcha sostiene que la disminución de participación de los Muelles Multipropósito se produjo debido a un cambio en la matriz productiva de la industria regional del salmón (especialmente, el impacto del virus ISA y el cambio del modelo productivo a productos frescos refrigerados). Adicionalmente, entre los años 2018 y 2019 aumentó el número de turistas en un 60%.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.6. En cuanto al tipo de naves que atiende el Puerto Chacabuco, Emporcha indica que estas corresponden a naves de carga general, naves de turismo, naves *containeras*, naves metaleras, barcazas, pesqueras, naves de la armada de Chile, naves regionales, entre otras. Ahora bien, entre las naves con mayores recaladas en el puerto, se encuentran las naves regionales, las de carga general, las barcazas, los navíos de turismo y las naves de carga Ro-Ro. En cuanto a las dimensiones de dichas naves, estas tienen eslora inferior a 30 metros y la nave de mayor tamaño con mayor recalada es el tipo Ro-Ro con 123 metros. Con todo, la nave de diseño de los Muelles Multipropósito es la nave “*containera*” de 131 metros de eslora y la nave metalera de 150 metros, pero, señala Emporcha, se observa una baja utilización del puerto por esas naves (43 y 5, respectivamente, durante el año 2018).

2.7. En cuanto a las características de los puertos de la Región de Aysén, la Solicitante señala que existen dos principales frentes de atraque en la región, el Puerto Chacabuco y el Puerto Oxxean Chabuco (“Puerto Oxxean”) que es multipropósito y privado de uso público. Con todo, Emporcha sostiene que el Puerto Oxxean está integrado verticalmente, pues participa en la industria acuícola, por lo que tiene características de uso privado. Adicionalmente, existe un conjunto de puertos de menor entidad los que, en virtud de convenio con DOP/MOP, son administrados por Emporcha.

2.8. Arguye que existen asimetrías regulatorias entre ambos puertos, dado que el Puerto Oxxean, al ser privado, tendría ventajas competitivas, pues cuenta con un mayor grado de libertad y flexibilidad en su política comercial y actividades relacionadas en Puerto Natales.

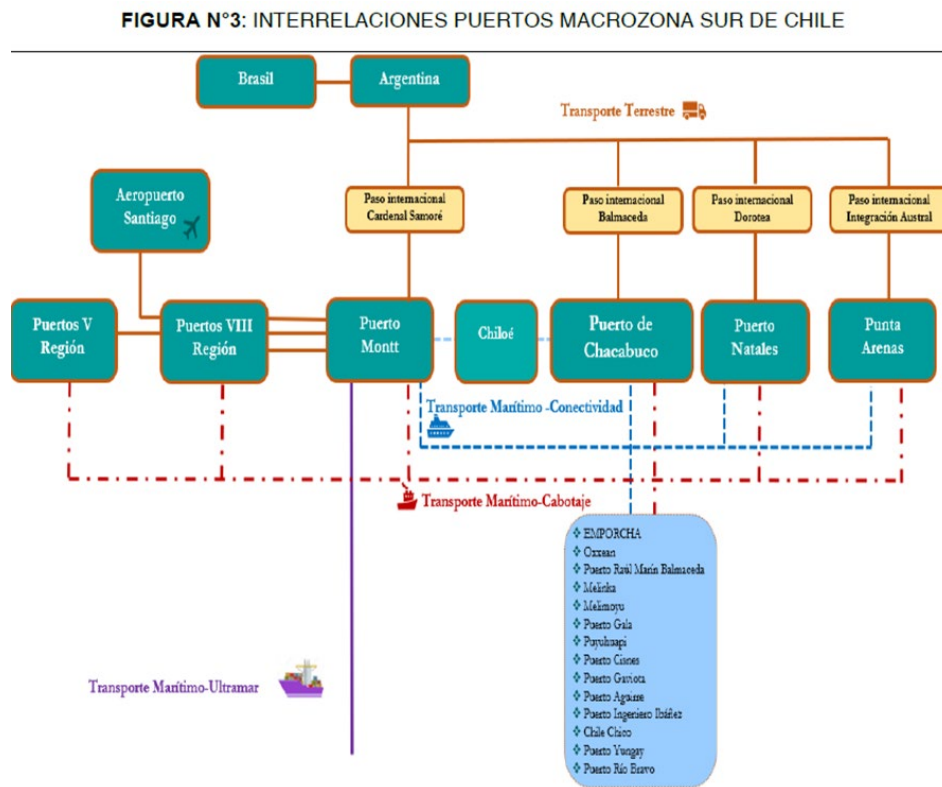
2.9. Añade que ambos puertos concentrarían el 76,9% del total regional de la carga transferida, afirmando que existe rivalidad competitiva tanto por su cercanía - 180 metros lineales, aproximados- como por sus características de la infraestructura. Dicha rivalidad se observa especialmente en la recalada de cruceros. Ahora bien, Emporcha sostiene que dicho análisis de rivalidad competitiva se realiza con información parcial y solo permite concluir en forma indirecta la intensidad competitiva.

2.10. Emporcha afirma que la macrozona sur concentra el mayor porcentaje de puertos (75%), pero que solo transfiere el 10% del total país. Destaca como las principales vulnerabilidades de dicha macrozona: (i) el escaso valor agregado de la industria del turismo por déficit de infraestructura de servicios básicos, portuaria, marítima y para el turismo; (ii) la falta de accesibilidad al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, por carencia de corredores ecológicos; (iii) el déficit de infraestructura marítima para atender naves de turismo; (iv) la ubicación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de las capitales comunales localizadas a grandes distancias y dificultad de acceso; (v) la conectividad entre la Región de Aysén y la Región de Magallanes y Antártica Chilena sólo por territorio argentino; y (vi) la existencia del territorio insular con poca conectividad. Entonces, el aislamiento geográfico de la región implica que el transporte marítimo y terrestre sean cruciales para la dinámica productiva y provisión de servicios públicos.

2.11. En cuanto al área de influencia, Emporcha la presenta en relación con el siguiente gráfico:



Fuente: Solicitud de Emporcha (folio 13, p. 16).

2.12. En cuanto a la sustitución del transporte marítimo-terrestre, sostiene que existe cierto grado de sustituibilidad entre el transporte marítimo de pasajeros nacionales y el transporte terrestre.

2.13. En lo relativo al mercado relevante del producto, debido al tipo de carga movilizada en forma convencional, a la carga movilizada en embarcaciones tipo Ro-Ro y al transporte de pasajeros, sostiene que se hace necesario una definición para cada mercado, que considere el mercado de servicios portuarios convencionales y el de pasajeros en cruceros en Muelles Convencionales Multipropósito. El detalle de los sitios y muelles que sirven cada mercado lo describen como se indica a continuación:

- a) Sitio 1: considera una nave de diseño con eslora de 190 metros, pero en general el promedio de eslora de naves de carga general que se atienden es de 20 metros (745 naves de un total de 3067); en contraposición de las cinco

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

metaleras de 150 metros de eslora y las 43 naves “containeras” de 131 metros de eslora que recalán en dicho sitio. Por ello, Emporcha propone que “mercado relevante considere todos los puertos de uso público que puedan prestar servicios básicos a naves con las características de mayor ocurrencia, esto es hasta 131 metros de eslora”.

- b) Muelle 2 (Sitios 2 a 4): consideran una nave de diseño con eslora de 132,5 metros.
- c) Sitio 6 – Muelle flotante-: contempla una nave de diseño de 35 metros de eslora y 6 metros de calado.
- d) Muelle Huillín (Sitio 7): contempla una eslora máxima de 20 metros. (folio 13, p. 9).
- e) Terminal de Transbordadores (Sitio 5): considera una eslora máxima 132,5 metros, mientras que luego de la ejecución del Proyecto Obligatorio de Inversión (POI) tendrá 155 metros de eslora.

2.14. En cuanto al mercado relevante geográfico, la Solicitante señala que sería aquel comprendido en la macrozona sur de Chile, concentrado en la Región de Aysén, e incluiría a aquellos puertos que presten servicios a naves transbordadoras o ferris de pasajeros de las dimensiones señaladas.

2.15. Por su parte, respecto de la capacidad de transferencia y proyecciones de demanda, Emporcha estima que es de 982.384 toneladas anuales aproximadamente, con un *mix* de carga contenedorizada, granel sólido y líquido, fraccionada y rodados.

2.16. Emporcha proyecta tres escenarios al 2039, con crecimientos de demanda calculados entre un 2,2% y un 3,5%, según si el escenario es conservador, moderado y optimista. Al respecto, afirma que se pueden estimar holguras de capacidad para los tres escenarios, que existe capacidad suficiente para la carga asociada a los Muelles Convencionales Multipropósito, mientras que para los transbordadores solo se proyectan restricciones a la demanda estimada en el escenario optimista hacia el 2039.

2.17. Emporcha indica que las bases de licitación establecen un POI que contempla la construcción de una rampa para la operación de una barcaza y la modificación del perfil de los gaviones (ampliación frente de atraque para ferris), con el objetivo de ampliar su capacidad operativa, además de las inversiones en equipamiento que aseguren velocidades de transferencia mínima por tipo de carga. La inversión estimada es de US\$ 2.500.000.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.18. Emporcha solicita considerar las reglas estructurales y conductuales fijadas a partir del Dictamen N° 1.045/1998 de la Comisión Preventiva Central, con las siguientes excepciones. En el caso de las restricciones a la integración vertical, Emporcha solicita que no se aplique restricción alguna en este puerto, atendida la existencia de puertos sin dicha restricción (Informe solicitado por la Empresa Portuaria Talcahuano- San Vicente, de conformidad con el Dictamen N° 1.268/2003 de la Comisión Preventiva Central), la evolución de las facultades de fiscalización de la FNE y la existencia de reglas conductuales menos invasivas.

2.19. Respecto de la integración horizontal, propone su prohibición con el propósito de lograr a través de la licitación un óptimo social procompetitivo y considera que un escenario con a lo menos dos actores independientes, permitiría que se disputen intensamente los servicios portuarios y que fomenten una disminución de tarifas.

2.20. En cuanto al mecanismo de adjudicación, se propone el menor índice ofertado, que se considere la existencia de un índice máximo secreto y que el desempate sea por medio de una oferta final.

2.21. Sobre las tarifas, Emporcha sostiene que la licitación contemplará índices tarifarios distintos, distinguiendo entre un índice tarifario máximo para los Muelles Convencionales Multipropósito y un índice tarifario máximo para el Terminal de Transbordadores. Añade que se contemplan tarifas de servicios básicos que no estarán incluidas en el índice ofertado ni en los índices tarifarios máximos, sin perjuicio que dichos servicios tendrán tarifas reguladas. Estas tarifas son: la tarifa de pasajeros de turismo ("TPT"), tarifa de transferencia de contenedores ("TTC-40"), tarifa de transferencia de contenedores *refeers* ("TTCR") y la tarifa de transferencia de pasajeros de conectividad ("TPC"). Por su parte, respecto de la tarifa a la carga por uso de muelle en el Terminal de Transbordadores ("TMCT") y la tarifa a la nave por uso de muelle en el Terminal de Transbordadores ("TMNT"), Emporcha señala que sin perjuicio de que formarán parte del índice tarifario máximo para el Terminal de Transbordadores, quedarán a su vez sujetas a montos máximos indicados en el Anexo II del borrador de las bases de licitación acompañado a folio 7 ("borrador de las Bases").

2.22. Adicionalmente, respecto de las tarifas especiales, la solicitud establece exigencias previas a su registro, en particular la solicitud de las memorias de cálculo, incluyendo el detalle de los gastos generales y utilidades, de manera de verificar si ellas se adecuan a las condiciones de mercado imperantes. Además, exige que se acompañen los antecedentes que permitan comprobar la existencia de condiciones de competencia respecto a la prestación del respectivo servicio en los frentes de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ataque, con el objeto de verificar si este no se está prestando en condiciones monopólicas.

2.23. Respecto a los pagos que deberá realizar el futuro Concesionario, Emporcha enumera los siguientes: (i) un pago estipulado por el monto único y total consistente en el equivalente en moneda nacional a US\$ 600.000 más el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.); (ii) un canon anual –no definido en el borrador de las Bases, sino a fojas 169 de estos autos-; (iii) un pago para la operación eficiente de Emporcha, que equivale al monto en moneda nacional de US\$ 1.300.000 más I.V.A., reajutable al inicio de cada año nuevo contractual por *Producer Price Index* (“PPI”), que corresponde al “*Producer Price Index for Finished Goods, not seasonally adjusted que publica el Bureau of Labour Statistics del United States Department of Labour de los Estados Unidos de Norteamérica*” (punto 1, borrador de las Bases); y (iv) acreditar una provisión de fondos de US\$ 3.400.000 en una institución financiera, cuyo objetivo es financiar programas de mitigación para trabajadores portuarios.

2.24. Respecto de las reglas conductuales aplicables al futuro Concesionario, Emporcha sostiene que se deben profundizar los resguardos conductuales establecidos a partir del Dictamen N° 1.045/1998. En particular, el borrador de las Bases considera: (i) exigencias de acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios; (ii) tarifas objetivas, públicas y no discriminatorias y sujetas a los máximos establecidos; (iii) reglas de calidad de servicio; (iv) reglas de asignación de capacidad establecidas en el Manual de Servicios; (v) deberes de transparencia y entrega de información a la empresa portuaria; y, (vi) un régimen de multas diferenciado según el tipo de incumplimiento; además, agrega como causales de multa cada día de retraso en la entrega de información, las infracciones labores y los retrasos en la ejecución del POI.

2.25. En el borrador de las Bases se contempla también cambios al mecanismo de modificación del contrato. En particular, Emporcha propone disminuir el período para ejercer esta opción de diez años a cinco años. Junto con esto, solicita que sea este Tribunal quien defina las modificaciones al contrato o, al menos, sus términos de referencia, y no sólo constate la variación de las condiciones de competencia.

2.26. Finalmente, Emporcha señala que se debe precisar que los controladores y accionistas de las sociedades concesionarias de frentes de ataque estatales que pudieran verse afectados por las restricciones a la integración horizontal del Dictamen N° 1.045/1998 y de los informes emitidos por el Tribunal, pueden participar de la licitación, pero que, en caso de adjudicarse la licitación deben optar entre el Recinto Portuario Chacabuco o su actual concesión.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.27. A folio 169, Emporcha comunicó la cuantía referencial del Canon Anual, la que asciende a US \$ 457.889,08 más I.V.A. Adicionalmente, acompañó los siguientes informes: (i) Informe económico de 23 de marzo de 2020, elaborado por Patricio Arrau Pons referido al mercado relevante; (ii) Informe económico de 6 de noviembre de 2020, elaborado -conjuntamente- por Andrea Butelmann Peisajoff y Carolina Horn Küpfer que ofrece fundamentos de derecho y económicos que justifican la decisión del directorio de Emporcha de no establecer restricción estructural a la integración vertical; y (iii) Informe de 26 de enero de 2021, elaborado por Ricardo Subiabre Muñoz, socio de la consultora “Subiabre y Sánchez Ingenieros Asociados Limitada” y especialista en transporte marítimo, en el que se fijó el valor actual de los activos subyacentes a esta licitación en el monto total de \$8.495.507.504, monto que se tuvo en consideración para informar el valor del Canon Anual.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

3.1. Comité Sistema de Empresas -SEP (“SEP”)

A folio 104, el SEP, a partir de sus facultades orgánicas de asesoría técnica a las empresas portuarias, señala respecto de la integración vertical, que con la entrada de Oxxean al mercado, en el año 2009, Emporcha disminuyó su participación de un 100% en la industria de salmones y cruceros a un 41% en la industria salmonera y un 54% en cruceros. Sin embargo, añade que a su juicio los efectos de la entrada de Oxxean al mercado se encuentran actualmente “agotados”.

Sostiene que el actual modelo multioperado mediante el cual se administra el frente de atraque no permite que los diversos operadores compitan en igualdad de condiciones, en contraste con el caso de un operador que no tiene restricciones de integración vertical ni horizontal como Oxxean.

También da cuenta de asimetrías regulatorias entre los puertos concesionados a través de la Ley de Puertos y aquellos regidos por el Decreto con Fuerza de Ley N° 340 sobre Concesiones Marítimas, de 1960, del Ministerio de Hacienda (“D.F.L. N° 340”). En primer lugar, la Ley de Puertos rigidiza la operación de las empresas públicas creadas por ley y de sus respectivos concesionarios, puesto que se encuentran sujetos a mayores reglas de funcionamiento, de regulación y de control. Ello significaría una diferencia de aquellas concesiones portuarias regidas por el D.F.L. N° 340, dado que dichos puertos privados pueden fijar precios, discriminar entre usuarios, integrarse horizontal y verticalmente, todo lo cual puede encarecer la cadena logística sobre todo la actividad exportadora. El SEP afirma que,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

especialmente para el caso del Puerto Chacabuco esta asimetría puede afectar notablemente la conectividad de las personas y de las cargas con el resto del país.

Añade que a Oxxean no se le aplica ninguna restricción a su integración. De hecho, actualmente Oxxean presta servicios no solo en sus instalaciones sino también como empresa de muellaje en las instalaciones de Emporcha. El SEP arguye que el Concesionario debería operar con el mismo grado de libertad para que pueda competir con Oxxean en condiciones similares, lo que permitiría un mercado más competitivo al mercado de la carga y de servicios regionales, con un mejor nivel de servicios y tarifas.

El SEP estima que una licitación sin restricciones a la integración vertical la hará más interesante considerando que se trata de una infraestructura esencial para la conectividad de la región.

En cuanto a la integración horizontal, el SEP comparte la opinión de que resulta necesario mantener la existencia de –al menos- dos operadores que compitan en la zona por la cual no se debe permitirla. Añade que la competencia por la cancha genera beneficios futuros a los usuarios, puesto que obliga a los participantes en las licitaciones a considerar en sus evaluaciones la presentación de ofertas que puedan desafiar a los actores presentes en el mercado. Luego en la cancha, las tarifas tenderán a nivelar los precios a la baja, potenciando un círculo virtuoso que promueve la competencia.

Respecto del Canon Anual por el uso de activos de la concesión, señala que éste se calcula en base a las tasas internas de retorno medias de los pagarés reajustables que emite el Banco Central, aplicadas al valor libro de los activos. Sin embargo, estos pagarés no se emiten actualmente en el mercado y, además, dichas tasas no dan cuenta del costo de oportunidad de los recursos invertidos en la infraestructura que se traspasa a un Concesionario.

El SEP indica que una inadecuada determinación del canon puede: (i) capturar valor por parte de los concesionarios de los frentes de atraque; (ii) desincentivar la realización de procesos licitatorios, por cuanto el valor de la empresa portuaria respectiva puede ser menor con la concesión que sin ella; y (iii) generar asimetría competitiva en procesos licitatorios paralelos (proyectos con o sin inversiones).

Estima conveniente que en este proceso la tasa de rentabilidad pueda aproximarse al valor de una tasa WACC, por las siglas en inglés de “costo promedio ponderado de capital”, especialmente calculada para empresas portuarias estatales y que el valor de los activos utilizados para el cálculo del canon sea su costo de reposición. Agrega que, para lo anterior, las empresas portuarias cuentan con metodología y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cálculos del año 2014, lo que podría actualizarse. A juicio del SEP, esta tasa mide de mejor forma el costo de oportunidad de los recursos invertidos, cumpliéndose de mejor manera el objetivo del canon portuario. Asimismo, señala que este cambio no tiene efectos en contratos de concesión vigentes, fortalece la argumentación sobre la adecuada fijación del canon y se alinea con los objetivos de la Ley de Puertos y con Informes del Tribunal.

Respecto del periodo de ejecución de las inversiones, el SEP señala que la magnitud de inversiones y las condiciones para que estas se deban realizar, resulta coherente con el modelo y rentabilidad del negocio, el tamaño y los resultados alcanzados por Emporcha en los últimos años.

El SEP considera que el Concesionario deberá tomar todas las medidas para asumir íntegramente la explotación y operación del frente de atraque en la fecha de entrega, sin que se produzcan interrupciones importantes en las operaciones. Con todo, la oportunidad para ejecutar y habilitar la infraestructura a financiar estará relacionada directamente a los umbrales de transferencia de carga y pasajeros. Explica que, una vez alcanzados estos umbrales, el Concesionario debe invertir (gatillo de inversión).

Agrega que la capacidad y la demanda de servicios de la región justifican la introducción de un mecanismo que considere factores objetivos asociados a la demanda y no solo plazos fijos.

El SEP solicita que el Tribunal se pronuncie sobre establecer este mecanismo dinámico asociado a la demanda que permita definir la fecha adecuada en que habrá de ejecutarse la obra obligatoria.

En cuanto a los criterios utilizados en la definición del polinomio de adjudicación, indica que concuerda con el método de adjudicación a utilizar, que denomina “Mínima Tarifa de Adjudicación”, en referencia al índice de adjudicación definido en el borrador de las Bases, que este se reajuste anualmente según variación IPC y que, en caso de empate, se adjudique a la menor oferta presentada en un desempate.

Considera adecuado que Emporcha proponga que las toneladas transferidas en los Muelles Multipropósito no puedan ser reemplazadas por las toneladas del Terminal de Transbordadores, constituyendo cada una de ellas una componente de la ecuación (resguardo del rol social de conectividad). Con esto quedarían mitigados los riesgos relacionados con ofertas que, siendo similares en el valor del índice, sean radicalmente distintas en la composición de tarifas de los Muelles

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Convencionales y del Terminal de Transbordadores, y los riesgos de arbitraje de tarifas entre distintos componentes del índice del oferente que resulte adjudicatario.

Por otra parte, destaca que Emporcha controlará el fiel cumplimiento del Contrato de Concesión en todos sus aspectos, pudiendo realizar las inspecciones que estime pertinente y recabar del Concesionario toda información que resulte relevante para la prestación.

Sostiene que es razonable que las coberturas de riesgos por catástrofes de la naturaleza y otros, mediante pólizas de seguros, sean asumidos por el Concesionario, en beneficio de la continuidad de sus operaciones y del Contrato de Concesión.

Señala que se hará exigible la interoperabilidad entre el Sistema de Comunidad Portuaria que implemente Emporcha y el Sistema de Operación de Terminal que desarrolle el Concesionario. Lo anterior, no solo para mejorar la operación conjunta del frente de atraque, sino porque también coadyuvará a generar mayor transparencia en las obligaciones de entrega de información por parte del Concesionario

Finalmente releva que el Concesionario deberá cumplir los requerimientos de control y fiscalización por Emporcha, quien podrá designar un auditor técnico que la asistirá en la evaluación del informe que debe ser presentado por el Concesionario y que inspeccionará las obras del Proyecto Obligatorio de Inversión (“POI”) se realicen en la forma y oportunidad comprometida por el Concesionario.

3.2. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT” o “Ministerio”)

A folio 112, aportó antecedentes el MTT, describiendo la solicitud de Emporcha y las reglas que propone para esta licitación y del marco regulatorio de la futura concesión.

A continuación, se refiere a la situación actual en la macrozona sur austral señalando que los puertos de esta macrozona del país cumplen un rol fundamental en la conectividad del territorio. A partir de lo anterior, señala que surge el interés de procurar mejoras en la eficiencia en el transporte de carga y pasajeros a nivel de esta macrozona, en la que se interrelacionan distintas empresas portuarias estatales como parte del mismo servicio.

Luego, da cuenta los lineamientos de política pública para el desarrollo logístico portuario contenidos en el Decreto Supremo N° 1.809, de 2017, del MTT que imparte lineamientos de política portuaria y criterios de buenas prácticas aplicables al sistema portuario estatal de la Ley de Puertos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En cuanto al mercado relevante destaca que, si bien Emporcha sostiene que sería aquel comprendido en la macrozona sur de Chile concentrado en la Región de Aysén, en su Solicitud incluye un cuadro que podría ser indiciario de un mercado geográfico más amplio que muestra múltiples interacciones entre puertos de las macrozonas sur y sur austral.

En relación con lo anterior, el MTT sostiene que, atendido el mercado relevante y las interacciones macrorregionales, resulta fundamental analizar los proyectos de licitación que se desarrollarán en la macrozona sur y que se encuentran actualmente en fase de consulta ante este Tribunal (solicitudes de la Empresa Portuaria Puerto Montt y la Empresa Portuaria Austral). Además, señala que es importante destacar que el Grupo Oxxean, operador de Oxxean, también participa en Puerto Montt, lo que mostraría indicios de que el mercado relevante geográfico trascendería la Región de Aysén.

Respecto de los resguardos estructurales, en particular sobre integración vertical, el MTT plantea que para definir los umbrales límites de participación en la sociedad concesionaria, se debe realizar un análisis de cada usuario y su potencial riesgo de conductas contrarias a la libre competencia.

Por otro lado, respecto del concepto de usuario relevante, afirma que Emporcha transfiere un elevado número de pasajeros por lo que deberían ser considerados como usuarios relevantes aquellos que contratan o intervienen bajo cualquier modalidad en el transporte de pasajeros y que movilicen determinado porcentaje de personas. En relación con lo anterior, el MTT afirma que un 49% del transporte de pasajeros fue realizado por Naviera Austral, añadiendo que dicha empresa recibe subsidios para la prestación de servicio de transporte, al igual que las empresas Turismo Mar y Magia Chiloé Limitada.

Adicionalmente señala que se debe dotar a la empresa portuaria y a la FNE de acceso a la información relativa a mallas societarias, toneladas movilizadas (a nivel nacional, macro zonal o regional y adicionalmente sobre pasajeros) y toneladas movilizadas por personas relacionadas.

En cuanto a la restricción a la integración horizontal, el MTT coincide con que no se debe autorizar la integración con operadores portuarios que participen en el mercado relevante geográfico, pues reduce el número de jugadores en el mercado y con ello, las alternativas de oferta de servicios portuarios (disminución competencia *ex post*). Considera que es contradictoria la postura de Emporcha cuando limita la restricción a la integración horizontal sujeta al área geográfica del Puerto Chacabuco, pues existiría un mercado regional más amplio y, por tanto, la restricción debería aplicar a la macrozona sur austral.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En otras materias, el MTT considera relevante incorporar los resguardos establecidos en el Informe N° 18/2020 en especial señala: (i) la aplicación de cláusula de nación más favorecida para tarifas y condiciones; (ii) el aumento de sanción en caso de incumplimiento de enajenación del exceso de participación accionaria; (iii) la extensión de estándares de calidad de servicios a la interfaz terrestre; (iv) el deber de informar a FNE sobre cambios de prioridades de atención a naves; (v) la prohibición explícita de ventas atadas de servicios básicos y especiales; (vi) el mecanismo para eventual recalificación de servicios especiales a básicos; (vii) la adecuación de contrato previa autorización del TDLC o de la FNE según la materia de que se trate; y (viii) el fortalecimiento de los mecanismos de control y ampliación de objetos de solicitud de información y destinatarios.

En cuanto a la calificación de servicios básicos y especiales, el Ministerio señala que se debe incorporar una metodología para definirlos en base a preguntas básicas, las que deben ser acreditadas al momento del registro de la tarifa para poder determinar si el servicio es especial. Adicionalmente, las condiciones que determinan su clasificación como servicio especial deben mantenerse en el tiempo, para lo cual sugieren una auditoría anual y de existir diferencias, remitir los antecedentes a la FNE para que ésta resuelva.

Finalmente, respecto de las tarifas, el MTT describe que Emporcha establece tarifas por los servicios básicos que se integran al polinomio de adjudicación y otras que están sujetas a tarifas máximas fijadas por la propia empresa. De esta forma, se evita que los oferentes puedan hacer una oferta más competitiva y quedar limitados por su propia oferta.

3.3. Puerto Oxxean Chacabuco S.A. (“Oxxean S.A.”)

Al folio 113, aportó antecedentes Oxxean S.A. señalando que es una sociedad anónima constituida en 2007 que inició operaciones el año 2009 y que es la actual operadora del puerto privado de uso público Oxxean (“Puerto Oxxean”), el que se encuentra ubicado a 500 metros lineales al norte del Puerto Chacabuco. Oxxean S.A., luego de describir la solicitud de Emporcha, destaca la innovación de la jurisprudencia del TDLC, especialmente respecto de los resguardos estructurales.

Respecto del grupo de empresas de Oxxean S.A., señala que está integrado por un fondo privado y sociedades de inversión, sociedades que prestan servicios portuarios y logísticos fuera de la Región de Aysén, sociedades inmobiliarias que ofrecen bodegas y almacenaje de carga y sociedades que prestan servicios de trabajos marítimos especializados en la macrozona sur, principalmente a empresas salmoneras. Señala que, a diferencia de lo señalado por Emporcha, ninguna sociedad del grupo interviene verticalmente en la prestación de servicios de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transporte de carga o de pasajeros por vía marítima en la macrozona sur ni en la Región de Aysén.

Respecto del Puerto Oxxean, señala que éste presta servicios portuarios para la transferencia de carga fraccionada (fundamentalmente usuarios salmonícolas), servicios de embarque y desembarque de rodados (vehículos) y servicios de atención de pasajeros movilizados en cruceros o ferris de conectividad.

Añade que, a pesar de la proximidad geográfica y la prestación de servicios similares, Puerto Oxxean solo compite con el Puerto Chacabuco en un segmento acotado, pues no puede atender naves de diseño superiores a 74 metros de eslora. Ello, pues el Puerto Oxxean no posee una habilitación permanente ni infraestructura para atender naves con una eslora superior a 131 metros o que transporten contenedores o graneles, las que sí pueden ser atendidas actualmente por Emporcha y con mayor razón en el futuro cuando el Concesionario implemente el POI.

El Puerto Oxxean cuenta con un primer frente de atraque consistente en un muelle flotante compuesto por cinco sitios de atraque (eslora mayor 131 metros) y un segundo muelle compuesto de dos sitios (eslora 41,75 metros), dos malecones (eslora 41,75 metros y 20 metros) y una rampa de hormigón para barcazas o ferris (eslora 74 metros). La nave de diseño es, en teoría, una de 131 metros de eslora correspondiente a la nave que puede atender muelle, pero existe un conjunto de limitaciones técnicas y normativas que impiden atender una nave de esas dimensiones.

En primer lugar, restricciones por las características del muelle que atiende la nave por acoderamiento, esto es, mediante el apoyo de una rampa de la nave al muelle, lo que hace que la nave quede separada del muelle por unos cinco metros. Esto es diferente a la atención de naves en la macrozona central y en el Puerto Chacabuco. Esta atención limita la transferencia a cierto tipo de carga, además de que el muelle debe incorporar un sistema de defensa para minimizar el impacto de energía cinética que producen estas naves durante el atraque.

En segundo lugar, existe una limitación normativa, pues el Puerto Oxxean ha requerido una habilitación especial entregada por la autoridad marítima para poder haber atendido naves de 131 metros de eslora. Añade que dicho hecho ocurrió solo dos veces y que, por cierto, fue solo anecdótico.

A mayor abundamiento, sostiene que el Muelle N° 1 está diseñado para recibir naves comerciales tipos *wellboat* o super yates. Los demás sitios solo se encuentran habilitados –permanentemente– para atender naves de conectividad de hasta 74

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

metros de eslora y naves de carga general menores con esloras menores a 50 metros.

Por lo anterior, Oxxean S.A. arguye que se debe matizar la afirmación de la rivalidad competitiva entre Oxxean y Puerto Chacabuco. No pueden considerarse rivales directos en naves sobre 74 metros de eslora, de esta forma, Emporcha sería el único prestador de servicios portuarios de la Región de Aysén que puede atender naves “containeras”, graneleras, de carga general y naves de conectividad que superen los 74 metros, mientras que el Puerto Oxxean no puede atender a los ferris de Navimag Carga S.A., los que recalán exclusivamente en Chacabuco.

De esta manera, Oxxean S.A. se ha especializado en la transferencia de la carga fraccionada -industria salmonera- y rodados, además de la transferencia de pasajeros nacionales y extranjeros movilizados en cruceros y naves de conectividad.

En cuanto a las proyecciones de crecimiento, Oxxean S.A. señala que éstas son limitadas y no justifican un incremento en su capacidad para atender naves de mayores dimensiones. Específicamente, indica que no tienen contempladas inversiones importantes para el mediano plazo a diferencia de los proyectos que contempla la licitación (POI), que aumentará la capacidad para atención de naves que directamente compiten por Emporcha. Además, señala que el POI contempla ampliaciones de superficie del frente de atraque del terminal de transbordadores (naves que no pueden atracar en Oxxean) y que esto permitirá la operación conjunta de naves que actualmente estaban siendo atendidas por Puerto Oxxean y por Puerto Chacabuco.

Sostiene que es improbable que amplíe sus terrenos de respaldo para competir con el futuro Concesionario, puesto que el espacio adicional en los terrenos de la empresa es notoriamente inferior en comparación con las áreas de respaldo de Emporcha (9.000 m² contra más de 19.300 m²). De hecho, para poder aumentar su capacidad de transferencia, Oxxean S.A. debería extender sus áreas de respaldo, pero esta habilitación requeriría importantes obras, entre otras mejoras, por lo que la inversión no se ve como rentable ni probable en el mediano o largo plazo debido a las bajas tasas de crecimiento de la demanda con que cuenta la compañía.

En síntesis, Oxxean S.A. indica que no ejerce ni ejercerá suficiente presión competitiva sobre el futuro Concesionario del Puerto Chacabuco.

En cuanto a la necesidad de imponer una prohibición absoluta a la integración vertical, afirma que las características competitivas del mercado relevante no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

justifican la eliminación de la restricción a la integración vertical, pues la demanda de servicios portuarios en determinados segmentos, particularmente en naves de conectividad, se encuentra sumamente concentrada en unos pocos actores. En particular citan el caso de Navimag, naviera que corresponde al usuario más importante de Emporcha (en 2019, un 77,65%) y su coligada, Naviera Austral es un importante usuario de Oxxean S.A. (en 2019, 30-40%). Además, Navimag es el principal armador nacional en cabotaje de carga general y ocupa el cuarto lugar en tonelaje transferido.

Luego se refiere a las afirmaciones de Emporcha sobre integración vertical. Refiere que Emporcha propone, a diferencia de establecido en anteriores informes de Puertos, que no exista restricción a la integración vertical, sin justificar las eficiencias de ésta. La postura de Emporcha se funda en que las restricciones de los informes posteriores se debían a un contexto anterior; destacan la existencia del Dictamen N° 1268 donde no se restringió ni integración horizontal ni la integración vertical; la aplicación práctica de la regla de la restricción en Puerto de Antofagasta (en el cual, terminó aumentándose el umbral); y que actualmente la FNE contaría con herramientas fiscalizadoras y de capital humano que permitiría, mediante resguardos distintos a los estructurales un control *ex post* de conductas discriminatorias.

Sin embargo, Oxxean S.A. considera que la eliminación de la IV generará riesgos a la competencia relevantes en materia de: (i) Discriminación arbitraria en desmedro de usuarios no integrados al Concesionario portuario (en tarifas como en calidad – sabotaje-), (ii) Riesgo de direccionamiento de la carga por parte de un usuario relevante hacia el terminal con el cual está verticalmente integrado (POI permitirá atención simultánea de dos naves, por tanto es un riesgo cierto que afectaría a Oxxean S.A.); y (iii) el riesgo de que el usuario relevante verticalmente integrado tenga acceso a información comercial sensible de los competidores de sus relacionados.

Adicionalmente, solicita que se prohíba la integración vertical de forma absoluta, tal como se realizó en el Informe N° 18, y en subsidio solicitan mantener un umbral hasta el 60% (en línea con la jurisprudencia del Tribunal).

Por otro lado, Oxxean S.A. sostiene que es necesario ampliar la calificación de personas relacionadas o a los usuarios relevantes en caso de imponerse una restricción a la integración vertical de hasta el 60%. Indica que deberían considerarse como personas relacionadas a los usuarios relevantes a aquellas empresas con las que participen conjuntamente mediante *joint ventures* o cualquier otra forma de asociación que intervenga en la cadena de transporte de carga por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vía marítima en la Región de Aysén (ampliando la clasificación de personas relacionadas establecida en el artículo 100 de la Ley N° 18.045)

Lo anterior porque dichas personas podrían no tener incentivos para tratar la concesión como un negocio independiente que maximice su propio beneficio económico. Oxxean S.A., adicionalmente, propone incluir aquellas asociaciones que operan en la Región de Los Lagos.

En cuanto a la integración horizontal, Oxxean S.A. sostiene que su restricción absoluta se encuentra justificada y estiman que debería ampliarse su alcance al futuro Concesionario del Recinto Portuario de Puerto Montt. Ello por cuanto se trataría de mercados estrechamente interrelacionados, por lo que es preocupante que se contemple la posibilidad de que un mismo agente económico pueda adjudicarse tanto la concesión del Puerto Chacabuco como la concesión del Recinto Portuario de Puerto Montt. Añade que, por esta razón, las solicitudes de informe de puertos deben ser evaluadas con una mirada holística, considerando las características de la demanda de servicios portuarios de la Región de Los Lagos y de la Región de Aysén, en especial, la interrelación de sus respectivos mercados relevantes, entre otros.

Finalmente, sostiene la conveniencia de fijar las restricciones a la integración horizontal con independencia del tipo de propiedad sobre el frente de uso público. Oxxean S.A. señala que le sorprende la solicitud de Emporcha respecto de que concesionarios de frentes de atraque estatales, afectados por restricción a la integración horizontal, puedan participar en la licitación, pero que de adjudicársela deberán optar entre el recinto portuario de Chacabuco y aquel en que son partícipes. Ello, argumenta, porque esta restricción afecta también a los puertos privados de uso público, por lo que la posibilidad de ejercer la opción debería ser con independencia de la propiedad del frente de atraque.

3.4. Fiscalía Nacional Económica (“FNE o la Fiscalía”)

A folio 129, aportó antecedentes la FNE. Luego de describir el objeto de la Solicitud y la regulación vigente del sector, realiza un análisis del mercado, revisando los antecedentes relevantes de la industria portuaria en la zona.

Respecto de los actores de la Bahía de Chacabuco enumera a: (i) Puerto Chacabuco, estatal y de uso público; (ii) Puerto Oxxean, que es privado y de uso público, ubicado a 180 metros de distancia del Puerto Chacabuco y cuya infraestructura contempla 2 muelles, 2 malecones y una rampa, en los que atiende naves de carga general, naves Ro-Ro, pasajeros y buques pesqueros; (iii) Terminal Marítimo Copec, que es privado y de uso privado, utilizado solo para combustible;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iv) Puerto Cisnes, que es administrado por Emporcha por convenio MTT-DOP y que cumple labores de conectividad, transferencia de carga rodada y en menor medida, carga en otros formatos; (v) Melinka, que es administrado por Emporcha por convenio MTT-DOP y se ubica en territorio insular, por lo que no conecta centros de Aysén con otras regiones del país; (vi) Puerto Aguirre, administrado por Emporcha por convenio MTT-DOP, también se ubica en territorio insular y, por tanto, no conecta centro de Aysén con otras regiones del país; y (vii) Lago General Carrera, propiedad de la Dirección de Obras Portuarias, formado por dos rampas que unen las comunas de Puerto Ibáñez con Chile Chico y no conecta centro de Aysén con otras regiones del país. Estos últimos tres actores, corresponden infraestructuras administradas por Emporcha conforme al convenio de administración y explotación de infraestructura costera o de conectividad.

En cuanto a las características de la carga transferida en la Bahía de Chacabuco, la FNE sostiene que, respecto de la totalidad del tonelaje movilizado, existe predominancia de Puerto Chacabuco y Puerto Oxxean (72,9% -2016 y 2019), en comparación con los otros puertos.

Indica que los tipos de operación que realizan los puertos son de exportación, importación y cabotaje nacional. En la Región de Aysén se presenta una baja apertura al comercio exterior por vía marítima, mientras que el cabotaje representa un 94,6% de la carga transferida (entre los años 2016-2019). Lo anterior atendido el rol de conectividad de los puertos de la región, especialmente con la Región de Los Lagos. Así, se observa transferencia significativa de carga rodada (naves Ro-Ro).

Añade que la Región de Los Lagos, y en especial la comuna de Puerto Montt, reviste especial relevancia por la magnitud de carga transferida. Luego, está la transferencia entre los puertos de la Bahía de Chacabuco y las zonas de pesca.

Respecto del mercado relevante del producto, la Fiscalía sostiene que debe enfocarse en tipo de carga y nave de diseño, distinguiendo seis tipos de mercado.

En cuanto al mercado relevante geográfico, señala que los puertos de la Región de Aysén no se encontrarían en condiciones de competir con puertos de la Región de Los Lagos o de la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, a pesar de lo indicado por Emporcha. Lo anterior por cuanto, la distancia en línea recta entre Puerto Chacabuco y los principales puertos de la Región de Los Lagos, es superior a 400 kilómetros y superior a 850 kilómetros respecto del Terminal Arturo Prat de Punta Arenas, lo que hace imposible considerarlos como sustitutos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por tanto, la Fiscalía afirma que, para efectos del análisis del mercado relevante sólo se considerará el Puerto Chacabuco, Puerto Oxxean y Puerto Cisnes porque los demás puertos no pueden transferir carga hacia los principales poblados de la región sin tener que pasar por alguno de estos puertos. Lo anterior, salvo para carga de combustible, en donde no se considera Puerto Cisnes.

De esta forma, la definición de mercado relevante sería la de provisión de servicios portuarios básicos segmentados en la transferencia de carga contenedorizada, fraccionada, a granel sólido y rodada, así como la recepción y atención de pasajeros de cruceros internacionales efectuados en el Puerto Chacabuco y el Puerto Oxxean (en adelante, puertos de la Bahía de Chacabuco) y el Puerto Cisnes. Estos puertos deben tener la capacidad de atender: (i) naves portacontenedores graneleras atendidas por el Sitio N° 1 de los muelles multipropósito y que potencialmente pudiesen atender su nave de diseño; y (ii) naves de tipo Ro-Ro de las dimensiones del Sitio N° 5 del puerto Chacabuco para el caso de carga rodada y que potencialmente podría ser atender la nave de diseño del mismo sitio tras la ejecución del POI.

También considera como competidores en el segmento de carga fraccionada los puertos de uso público ubicado en la Bahía de Chacabuco y en la localidad de Puerto Cisnes que sean capaces de atender dicha carga. En el segmento de graneles líquidos, considera a todos los puertos de uso público de la Bahía de Chacabuco que realicen carga de combustibles a naves.

Luego caracteriza la oferta de servicios portuarios dentro del mercado relevante, distinguiendo entre tipo de carga. Así para la transferencia de carga rodada, granel sólido y contenedores, señala que Puerto Chacabuco no tendría sustitutos cercanos. Respecto de la carga rodada, establece que Puerto Oxxean y Puerto Cisnes pueden ejercer cierta presión competitiva, pues serían capaces de atender naves Ro-Ro de hasta 80 metros de eslora. Afirma que Puerto Chacabuco ha sido líder en este segmento tanto en toneladas de carga transferida como en número de rodados movilizados entre 2016 y 2019. Además, Puerto Chacabuco tiene la mayor participación de transferencia de vehículos de carga. Con todo, destaca que su participación ha caído en el tiempo a costa del aumento de la participación de Puerto Cisnes que tiene la mayor participación en la transferencia de vehículos menores. Afirma que Puerto Chacabuco es el único capaz de atender naves que transportan contenedores y graneles sólidos, sin enfrentar presión competitiva.

Respecto de la carga fraccionada, la Fiscalía considera que Puerto Oxxean sería sustituto cercano del Puerto Chacabuco, y que Puerto Cisnes puede incluirse también en el análisis, aunque ejercería una menor presión competitiva. La FNE

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

destaca que para este tipo de carga existe una alta participación de Puerto Chacabuco y Puerto Oxxean, con tendencia al alza de este último, mientras que Puerto Cisnes tiene una participación menor a un 15%.

Para transferencia de carga de combustibles y atención de pasajeros, se puede considerar a Puerto Oxxean como sustituto cercano de Puerto Chacabuco. Ahora bien, la transferencia de granel líquido es superior en Puerto Chacabuco, pero cayó en 2019 respecto del Puerto Oxxean, mientras que, en la transferencia de pasajeros de cruceros, se observa una dinámica competitiva intensa entre Puerto Chacabuco y Puerto Oxxean.

A continuación, la FNE describe la demanda de la transferencia de carga, señalando que en Puerto Chacabuco y en Puerto Oxxean se encuentra altamente concentrada en Navimag Carga S.A. y sus relacionadas (v.gr. Naviera Austral). Sostiene que Navimag tiene participación creciente en la carga transferida por Puerto Chacabuco y Puerto Oxxean, pero que el primero de estos es su principal proveedor. Añade que Navimag moviliza la totalidad de la carga rodada transferida en el Puerto Chacabuco, siendo el único operador de la ruta que une Puerto Montt con Chacabuco por vía marítima y la principal vía de ingreso de carga rodada para toda la región (para ello usan nave "Dalka" que solo atiende Puerto Chacabuco). Destaca que Navimag y sus empresas relacionadas cumplirían con la calificación de usuarios relevantes de aplicarse definición de Dictamen N° 1045/1998 de la Comisión Preventiva Central. Respecto de los demás segmentos de transporte marítimo, no se observan otras empresas que califiquen como usuarios relevantes a nivel de puerto o región.

En relación con las barreras de entrada y las condiciones de competencia en el mercado relevante definido, la FNE considera que existe una serie de barreras a la entrada al mercado como la capacidad ociosa de los puertos actualmente existentes, que sumada a los bajos márgenes observados, dificultaría la entrada de nuevos competidores para la prestación de servicios portuarios en la Región de Aysén.

En cuanto al análisis de condiciones de competencia que se incorporan en el borrador de las Bases, la FNE sostiene, en primer lugar, que respecto de los requisitos de los oferentes y el plazo de la presentación de ofertas, si bien la experiencia mínima solicitada puede considerarse alta, ello no constituye una restricción significativa a la participación de múltiples oferentes. En segundo lugar, la limitación a miembros del consorcio de acumular experiencias sostiene que no afectaría significativamente la participación de posibles interesados y es coherente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con Informe N°18/2020. En tercer lugar, el patrimonio mínimo exigido (individual y de consorcio), a juicio de la FNE, tampoco restringe la participación de la licitación.

En cuarto lugar, respecto de la prohibición de participar en más de un consorcio que oferte para licitación, señala que se trata de una restricción acorde con anterior jurisprudencia del Tribunal, para evitar conductas coordinadas.

En quinto lugar, sobre el plazo para presentar ofertas conforme al artículo 7° de Ley N° 19.542, argumenta que dicho plazo favorece la competencia en el proceso licitatorio, ya que asegura que postulantes puedan recabar la información esencial para participar.

Luego, sobre el mecanismo de adjudicación, indica que según el borrador de las Bases la adjudicación recaerá al oferente cuya propuesta de antecedentes generales sea preseleccionada y cuya oferta económica presente el menor índice ofertado, sujeto a un índice máximo. Con todo, indica que no se consideran las tarifas de todos los servicios básicos dentro del Índice ofertado, y que aquellos servicios básicos fuera del índice, se les fija una tarifa máxima.

Al respecto la FNE, sostiene que el índice ofertado debería incorporar la totalidad de las tarifas de servicios básicos definidas por Emporcha cuando sean homologables a toneladas de carga (utilizando factores para homologarla). Además, y respecto a algunas tarifas de los servicios básicos, la FNE sugiere correcciones de unidad de medida (rodados) y sobre los ponderadores. Señala que, de subsanarse dichas observaciones, el mecanismo de adjudicación propuesto en el borrador de las Bases estaría en línea con la jurisprudencia del Tribunal.

Respecto de los servicios de la concesión, y en especial sobre la regulación de las tarifas en el borrador de las Bases, la FNE señala que la propuesta cumple con lo indicado por el Tribunal respecto de que las tarifas de cada servicio con las que se adjudica la concesión se consideran la tarifa máxima aplicable al respectivo servicio básico. En cuanto a los índices tarifarios diferenciados entre Muelle Convencionales Multipropósito y Terminal de Transbordares, la Fiscalía considera que la propuesta en estudio es similar a aquella del Informe N° 11/2014 en donde se diferenciaron por tipo de carga. En este caso, la FNE concuerda con Emporcha que los índices deben diferenciarse según frente de atraque por su especialización. Con todo, sugiere que solo se obligue al Concesionario a no superar el Índice Ofertado en general más que establecer restricciones específicas a cada índice.

Asimismo, la FNE sugiere incluir la mayor cantidad posible de tarifas básicas en el índice ofertado, siempre que su inclusión no genere distorsiones en el mismo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Indica que se debe evaluar si la fijación de tarifas máximas para ciertos servicios incluidos en el índice ofertado, revisten especial interés de política pública, por lo que la imposición de ambas restricciones resulta razonable (v.gr. conectividad).

Añade que se debe incorporar en el borrador de las Bases que los premios otorgados a usuarios, además de ser públicos, no pueden involucrar exclusividad de un servicio ni que hagan referencia a la carga transferida o a las metas cumplidas en relación con lo realizado en otros puertos.

Sobre las condiciones para tarifas de servicios básicos, publicidad y registro, la FNE considera que las condiciones fijadas para evitar el cobro de tarifas discriminatorias están en concordancia con lo señalado anteriormente por el Tribunal. Lo mismo aplicaría respecto de (i) establecer el registro de las tarifas; (ii) la prohibición de otros cobros; (iii) la definición de un plazo posterior para su entrada en vigencia; y (iv) el registro de tarifas de servicios especiales.

Por otro lado, la Fiscalía señala que no es explícita la prohibición de venta atada de servicios básicos y especiales, lo que debe corregirse en las Bases de Licitación Definitivas. También, cuestiona la exigencia de presentar una memoria de cálculo para registrar los servicios especiales, pues no están sujetos a valor máximo.

En cuanto a la calidad de los servicios que debe prestar el Concesionario, la FNE señala que el borrador de las Bases cumple los criterios establecidos por el Tribunal en casos anteriores, al exigir estándares mínimos de calidad y la determinación de multas por su incumplimiento. Con todo, estaría pendiente incluir en las Bases de Licitación Definitivas el monto de dichas multas. Tampoco están las fórmulas que contendría el Manual de Verificación de Indicadores y las velocidades mínimas y promedio definitivas, lo que es relevante para conocer oportunamente las exigencias a la que será sometido el futuro Concesionario.

Respecto del Manual de Servicios, señala que la propuesta de la empresa portuaria sigue los lineamientos del Tribunal, al exigir al Concesionario fijar reglas de asignación, reserva y prioridad que formarán parte de las condiciones generales de prestación de los servicios portuarios en el Manual.

A continuación, la FNE se refiere al Proyecto Obligatorio de Inversión (“POI”) y destaca que este no incluiría cambios significativos a la situación estructural en la competencia portuaria de la región, pues ya no existe otro puerto que pueda atender transbordadores y el POI no contempla ampliaciones significativas para otro tipo de naves, sino que tendría relación con mejorar la atención de las naves que actualmente pueden ser atendidas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por otro lado, respecto de los pagos a Emporcha considerados en el borrador de las Bases, señala como comentario general que éstos deben estar debidamente justificados y asociados a costos que deben cubrir para una asignación eficiente de infraestructura y su compatibilidad con la libre competencia. Añade que el borrador de las Bases no incluye una cuantía de cada uno lo que impide un análisis más pormenorizado.

Por su parte, respecto de las garantías señala que el monto de las tres garantías incorporadas en el borrador de las Bases no está definido y que Emporcha los estaría evaluando conforme al criterio del Tribunal, esto es, no superar lo necesario para cubrir el daño.

Sobre la fiscalización y entrega de información por parte del Concesionario, señala que la exigencia a los accionistas de entregar información se encuentra estructurada conforme con lo señalado en informes anteriores por el Tribunal. Con todo, agrega que Emporcha debe fortalecer sus facultades de fiscalización, en particular, ésta debe: (i) establecer periodicidad y desagregación de la información; (ii) que la información esté disponible para cualquier interesado; y (iii) incluir la obligación anual de entregar información sobre empresas relacionadas, mallas societarias y toneladas movilizadas y también el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046, Ley sobre Sociedades Anónimas (“Ley N° 18.046”).

Sobre las sanciones y multas incorporadas en el borrador de las Bases, la FNE considera que se debería contemplar hipótesis de incumplimiento grave que conlleven el término del Contrato de Concesión. Ahora bien, respecto de exigir el pago previo de la multa antes de resolver el reclamo, señala que ello no sigue la jurisprudencia del Tribunal en esta materia.

Destaca el mecanismo de modificación del contrato propuesto por Emporcha, esto es, definición por mutuo acuerdo, considerando condiciones que permiten modificar contratos de concesión, lo determinado por este Tribunal y la propuesta de rebajar a cinco años el plazo para poder modificar el contrato. Al respecto, la FNE sostiene que no tiene objeciones respecto de admitir revisiones en menor tiempo, siempre que éstas estén motivadas en cambios de circunstancias objetivas y verificables.

Finalmente, señala que el borrador de las Bases contempla que el Concesionario sea responsable de la reparación y restauración de la infraestructura incluso en caso de un evento de fuerza mayor. Con todo, el artículo 15 del Decreto N° 104, de 24 de abril de 1998, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que establece normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 19.542, lo exime de dicha responsabilidad, lo que fue también considerado así en el caso del Informe N° 18/2020.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sobre restricción a la integración horizontal, la FNE concuerda con Emporcha, la que plantea una restricción horizontal absoluta. Lo anterior debido a los riesgos de la integración horizontal, pues puede tener efectos adversos en la competencia dentro de una licitación, pues un incumbente podría internalizar los efectos de una menor intensidad competitiva en caso de adjudicarse la concesión. Integración horizontal se erigiría como barrera de entrada (reconocido también en Informe N° 18/2020) y reduciría considerablemente la presión competitiva tras la licitación, atendido el aumento de concentración de mercado.

Asimismo, afirma que las particulares circunstancias del mercado analizado, en donde no existen otras alternativas viables para servicios de alta relevancia en el movimiento de carga hacia y desde la Región de Aysén, justifican establecer una restricción absoluta a la integración horizontal en los términos señalados por Emporcha.

Por su parte, sobre restricción a la integración vertical, indica que Emporcha propone que no exista restricción a la integración vertical, atendido que no se han verificado riesgos propios de este tipo de integración. Sin embargo, los riesgos exclusorios y de tipo explotativos derivados de la integración vertical, han sido ampliamente reconocidos en anteriores decisiones del Tribunal.

Señala que los riesgos de exclusión más relevantes están relacionados con discriminación, sabotaje y obtención de información sensible de competidores. En particular, el sabotaje es una conducta difícil de identificar y fiscalizar, pues se utilizan mecanismos sutiles para concretarla. En cuanto a los riesgos del tipo explotativo, estos se relacionan con la posibilidad de incrementar los precios cobrados en otros segmentos de la cadena de transporte marítimo por las relacionadas con la concesionaria, en la medida que la administración del puerto les permita impedir el ingreso de nuevos competidores o la expansión de los actuales.

Con todo, sostiene que existen ciertos contrapesos a su concreción: (i) reacción competitiva de Oxxean que cuenta con posibilidad -limitada- de expandir su infraestructura y (ii) la regulación de la concesión portuaria, en la medida que Emporcha ejerza sus atribuciones de fiscalización respecto a la no discriminación en tarifas y cumplimiento de niveles de calidad.

Emporcha no hace referencia a las eficiencias asociadas a la integración vertical total entre Chacabuco y algún usuario relevante, ni como éstas superarían los riesgos. Indica que según la Solicitante sería innecesaria la restricción, pero que ella desconoce que esas medidas preventivas son las que han permitido evitar la materialización de los riesgos. Además, al superar el umbral de dos tercios se pierden las medidas de control de los accionistas minoritarios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por lo anterior y en ausencia de justificaciones de eficiencias asociadas a la eliminación de la restricción, considera como opción más prudente la de fijar el umbral en un 40%. Además, el Tribunal podría considerar medidas conductuales adicionales para inhibir que el puerto sea usado para bloquear a nuevos competidores, tales como obligaciones de información a Emporcha sobre tarifas e indicadores de calidad desagregadas por cliente, restricciones a las facultades de control o influencia decisiva que puedan poseer usuarios relevantes en la administración de la concesionaria (directamente o mediante pactos u otras convenciones con los restantes accionistas) y restricciones al flujo de información comercial estratégica que pueda obtener en esa calidad.

En caso de que se establezca restricción se debe considerar en las Bases de Licitación Definitivas el procedimiento de reporte de información necesaria para la determinación de usuarios relevantes y el procedimiento para enajenación de participación en caso de que se superen los umbrales de participación en la concesionaria.

A modo de conclusión, la FNE señala que el mercado relevante en el que incide la licitación presenta diferencias significativas a otros procedimientos de dictación de informes. Ello, pues si bien la infraestructura del puerto es menor, es el único capaz de recibir los principales flujos de carga desde y hacia la Región de Aysén. Además, respecto a la demanda, los segmentos de navieras y de agentes de naves están altamente concentrados (solo Navimag ya supera el 80% de la carga total del Puerto, y en la región).

La FNE difiere con Emporcha respecto de los riesgos de permitir la integración vertical y solicita que se fije un umbral máximo de un 40%. Ahora bien, respecto de la integración horizontal, concuerda con Emporcha de imponer una restricción de carácter absoluto.

También destaca la necesidad de imponer resguardos complementarios que inhiban utilizar la administración del puerto como una barrera a la entrada, que puedan ser fiscalizados por Emporcha. Para la fiscalización, ejecución y cumplimiento de los resguardos estructurales, indica que la empresa portuaria puede establecer en las Bases de Licitación Definitivas y en el Contrato de Concesión, reglas equivalentes a las indicadas en el Informe N° 18/2020.

Finalmente, solicita que se ordene a Emporcha cumplir con las mejoras propuestas por la FNE al revisar las condiciones de competencia propuestas en el borrador de las Bases.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A folio 180, FNE presentó antecedentes complementarios sobre: (i) la caracterización de la ruta para carga rodada hacia y desde Aysén; y (ii) los riesgos derivados de permitir la integración vertical entre el futuro Concesionario de Chacabuco y el grupo Navimag.

3.5. Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. (“Camport”)

A folio 105, aportó antecedentes Campport, la que, en primer lugar, describe la solicitud de Emporcha, recalcando la importancia del transporte marítimo para la macrozona sur del país, los servicios que presta el Puerto Chacabuco y la infraestructura que será concesionada. También revisa los volúmenes de carga transferida descritas por la empresa portuaria y las naves atendidas.

A continuación, analiza el mercado relevante geográfico destacando una inconsistencia de la solicitud de Emporcha, pues define en primer lugar el mercado geográfico como el de la Región de Aysén, pero luego señala que se opta por ampliar el análisis del mercado relevante más allá de las fronteras de dicha región, pues coincide que la restricción a la región podría llevar a análisis absurdos. Considera que esta inconsistencia debe ser aclarada por Emporcha, para que se pueda evaluar la imposición de restricción a la integración horizontal.

En opinión de Campport, la Solicitud y el borrador de las Bases no contemplan mecanismos que incentiven al Concesionario a invertir, sobre todo en los años finales de la concesión. Por tanto, propone establecer un mecanismo a través del cual el Concesionario pueda solicitar a Emporcha la autorización para realizar inversiones no previstas en el Contrato de Concesión o en el calendario referencial de inversiones, en respuesta a situaciones nuevas que puedan surgir durante el periodo de la concesión y que luego sean pagadas por Emporcha.

Campport considera que es una mala decisión de política pública que el Concesionario esté a cargo de los estudios de impacto ambiental, pues se puede replicar la negativa experiencia del Terminal N° 2 del Puerto de Valparaíso (utilización de cláusula de término unilateral del contrato por Terminal Cerros de Valparaíso S.A).

Ahora bien, Campport sostiene que está de acuerdo con el criterio de adjudicación propuesto por Emporcha, mientras que, en cuanto a las tarifas de servicios especiales, ésta sostiene que no corresponde que Emporcha solicite la memoria de cálculo para efectos de registrar dichas tarifas, pues son servicios que no requieren la infraestructura entregada en concesión, lo que también fue reconocido en el Informe N° 18/2020.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Camport, en general, no comparte la imposición de restricciones en esta industria ni menos cuando carecen de justificación y afirma que siempre deben sopesarse los riesgos de cara a los beneficios que se obtendrán. De esta forma, respecto de la restricción a la integración horizontal, señala que resulta difícil entender las razones de una limitación absoluta, pues tal restricción puede reducir la intensidad competitiva que se espera obtener para este proceso de licitación y afirma que se deben considerar las condiciones de competencia del puerto y que la misma Emporcha considerara la posibilidad de ampliar el mercado relevante geográfico fuera de la Región de Aysén; las proyecciones de demanda y la existencia de capacidad ociosa. Todo lo anterior, a su juicio, no justifica restricciones a la integración horizontal.

Respecto de la restricción a la integración vertical, Camport coincide con Emporcha en cuanto a que no deberían existir restricciones, pues ello no solo disminuiría el número de oferentes, sino que podría hacer fracasar definitivamente la licitación. Si Puerto Chacabuco compite con Puerto Oxxean, el que según la Solicitud de Emporcha está integrado, impedir que Puerto Chacabuco pueda integrarse impediría que se beneficie de las ventajas de dicha integración, estando suficientemente resguardados sus riesgos.

Por otro lado, Camport señala que existen estrictos resguardos en la provisión de servicios cuyo objetivo es evitar actos discriminatorios y que se encuentran considerados en sucesivos informes del Tribunal y que la misma Emporcha propone en su solicitud. Agrega que la incorporación de tecnologías dificultaría e incluso descartaría la existencia de conductas discriminatorias (secuencia de carga o descarga, almacenamiento y distribución de áreas están dirigidos por software especializados).

En cuanto a la propuesta de Emporcha de rebajar el plazo para aplicar el mecanismo de adecuación del Contrato de Concesión de diez a cinco años, Camport sostiene que está de acuerdo con dicha disminución, pues existen cambios a la legislación laboral del sector portuario que podrían aumentar los costos del Concesionario. Otra opción, a su juicio, sería que las tarifas tuvieran algún factor de indexación con los costos labores del sector.

Finalmente, Camport sostiene que, si bien tanto el Concesionario como sus accionistas están obligados a proporcionar cualquier información legal o económica que Emporcha requiera, no rigiendo reservas de la Ley N° 18.046, esto se debe entender con la obligación de la empresa de tomar todos los resguardos legalmente exigidos y mantener la confidencialidad de la información y sus accionistas frente a terceros tal como se estableció en el Informe N° 18/2020.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

II) PARTE CONSIDERATIVA

4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME

1. La Solicitud de Emporcha tiene por objeto que este Tribunal emita un informe de conformidad a lo exigido en los artículos 14 y 23 de la Ley de Puertos, en relación con los artículos 18 N° 7 y 31 del D.L. N° 211, respecto de los términos y condiciones bajo los cuales debe realizarse la licitación de la concesión (“Licitación”), bajo un esquema monooperador, de la siguiente infraestructura portuaria del Puerto de Chacabuco (“Infraestructura Portuaria”): (i) el Muelle N° 1, que alberga el Sitio 1; (ii) el Muelle N° 2, que alberga los Sitios 2 al 4; (iii) la Zona Terminal de Transbordadores, que alberga el Sitio 5 ; (iv) el Muelle Flotante, que alberga el Sitio 6; y, (v) el Muelle Huillín, que alberga el Sitio 7. La descripción de los Muelles y su infraestructura se realiza más adelante en este informe, en los párrafos 7 y 8.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley N° 19.542, las empresas portuarias estatales (en este caso Emporcha) deben contar con un informe de este Tribunal –en su calidad de sucesor legal de la H. Comisión Preventiva Central– para otorgar en concesión portuaria los frentes de atraque que administran u operan, cuando en los puertos o terminales estatales de la misma región no exista, aparte del frente por licitar, otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la concesión portuaria. Agrega la referida disposición, que el Concesionario deberá constituirse como sociedad anónima y su objeto será el desarrollo, mantención y explotación del frente de atraque respectivo.

3. Por su parte, el artículo 23 de la misma ley exige a las empresas portuarias estatales (en este caso Emporcha) contar con un informe de este Tribunal para implementar un esquema monooperador en los frentes de atraque que administran u operan, cuando en los puertos o terminales estatales de la misma región no exista otro frente de atraque operado bajo un esquema multioperador, aparte del frente a licitar, capaz de atender la nave de diseño correspondiente al frente objeto de la licitación.

4. Asimismo, la citada Ley N° 19.542, en el inciso segundo de su artículo 7°, establece que las concesiones portuarias deben otorgarse mediante licitación pública en el que podrán participar quienes cumplan con los requisitos establecidos en dicha ley (Decreto N° 104, de 24 de abril de 1998, de la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones), que establece normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 19.542 (en adelante, el “Reglamento de Licitaciones Portuarias” o simplemente el “Reglamento”) y en las correspondientes Bases de Licitación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. En el caso de autos, atendido que en la Región de Aysén no existe otro frente de atraque estatal mono o multioperado capaz de atender la nave de diseño objeto de la concesión portuaria, se cumplen los supuestos de las citadas normas para que este Tribunal emita el informe correspondiente.

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME

6. La Solicitante manifiesta que se entregará en concesión la totalidad de la infraestructura y terrenos de los muelles, y de la zona de terminal de transbordadores, singularizados en el párrafo primero, con excepción del edificio de oficinas administrativas y del Servicio de Aduanas. Agrega que es de responsabilidad del Concesionario el desarrollo, mantención, reparación y explotación de la Infraestructura Portuaria. Para estos efectos, se contempla un proyecto obligatorio de inversión (POI), el que se focalizará *“en resolver los déficits de infraestructura específicos y acotándose su valor en comparación a los procesos de licitación de los puertos de las macrozonas centro norte, zona central y zona centro sur”* (Solicitud Emporcha, folio 7, p. 13).

7. La longitud de cada uno de los muelles y zona de embarcación que forman parte de la Infraestructura Portuaria es la siguiente:

- a. En el caso del Muelle N° 1 que alberga el Sitio 1, su longitud es de 71,5 metros, además de un *Dolphin* de apoyo de 42,5 metros, vale decir, 114 metros en total;
- b. En el caso del Muelle N° 2, que alberga los Sitios 2 al 4, se generan dos frentes laterales de 24 metros cada uno y un frente de 12 metros debe distinguir por sitio. Así, el Sitio 2 tienen una longitud de 32 metros, el Sitio 3 una de 52 metros y el Sitio 4 también una de 32 metros;
- c. En el caso del Muelle Flotante, que alberga el Sitio 6, contiene dos frentes laterales de 24 metros de longitud cada y un frente de 12 metros;
- d. En el caso del Muelle Huillín, que alberga el Sitio 7, contiene un pasillo central de 90 metros y cinco pasillos laterales de 117 metros; y
- e. En el caso de la Zona Terminal de Transbordadores, tiene una longitud de 60 metros.

8. Las demás características de los muelles y de la zona de transbordadores que componen la Infraestructura Portuaria se describen en los cuadros números 1 al 5 de la Solicitud (pp. 7 a 10), destacando el tipo de naves que puede atender cada uno de ellos. Así, el Muelle N° 1 atiende carga general, esto es, contenedores, pesca industrial, graneles sólidos y naves de la industria acuícola; los sitios que componen el Muelle N° 2 atienden pesqueros industriales y naves de la industria acuícola; el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

muelle flotante atiende embarcaciones turísticas, catamaranes, naves de pasajeros, naves pesqueras artesanales y unidades de la armada; el Muelle Huillín atiende naves de pasajeros e industria acuícola local; y la Zona Terminal de transbordadores presta servicios de auto transbordo, naves turísticas y barcazas.

9. Emporcha entregará en concesión sus principales activos portuarios, esto es, aquellos bienes singularizados en los párrafos 7 y 8 anteriores, cuyo detalle se consigna, como se señaló, en los cuadros números 1 a 5 de la Solicitud, con excepción del edificio de las oficinas administrativas y el inmueble del servicio de aduanas. El Concesionario deberá desarrollar el POI que se establece en el borrador de las Bases y que contempla, principalmente, lo siguiente: (i) la construcción de una rampa para la operación de una barcaza; y (ii) la modificación del perfil de los gaviones ampliando su capacidad operativa. De acuerdo con el Anexo VII del borrador de las Bases, esta inversión sería del orden de los USD 2.500.000. Junto con lo anterior, el POI establece que el Concesionario debe realizar las inversiones necesarias para asegurar el cumplimiento de las velocidades de transferencia mínimas por tipo de carga. Finalmente, el POI debe encontrarse operativo en un plazo de dieciocho meses, contados desde que la Zona Terminal de Trasmordadores haya alcanzado una transferencia de carga Ro-Ro de 31.000 unidades en un período móvil de doce meses o al cabo de diez años de iniciada la concesión, lo que primero ocurra.

10. Aclarado lo anterior, la estructura que se utilizará para resolver la presente Solicitud es la siguiente: (i) en las Secciones 6 y 7 se identificará y caracterizará el mercado en el que participará el Concesionario de la Infraestructura Portuaria; (ii) en las Secciones 8 y 9 se abordarán los mecanismos de resguardo de la competencia, tanto en la Licitación como en el mercado en el que participará el adjudicatario de la misma; y (iii) la Sección 10 se referirá a la conveniencia de imponer restricciones a la integración horizontal y vertical del Concesionario.

6. MERCADO RELEVANTE

11. Como se ha señalado en diversos informes anteriores (Informes N° 9/2013, N° 11/2014, N° 18/2020 y N° 20/2021), este Tribunal de manera consistente ha sostenido que para determinar el mercado relevante en materia de licitaciones de frentes de atraque estatal, deben observarse los siguientes elementos: (i) las características de los puertos que serán licitados; (ii) el tipo de servicio que será prestado; (iii) el tipo de carga que se transfiere; (iv) la nave de diseño; y (v) la zona o área geográfica.

12. En lo relativo al punto (i) anterior, la Infraestructura Portuaria que será licitada por Emporcha corresponde, como se ha indicado en los párrafos precedentes, así

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como en la parte expositiva, al Puerto de Chacabuco. Por disposición del artículo 3° de la Ley N° 19.542, el Puerto de Chacabuco, compuesto por los referidos muelles y zona de transbordadores, es un puerto público, porque es de propiedad estatal, y de uso público, ya que, por una parte, presta servicios indistintamente a cualquier usuario que lo requiera y, por otra, la prestación de dichos servicios constituye una actividad independiente y no accesoria al giro principal de su propietario. Los puertos públicos de uso público están sometidos a ciertas exigencias, tales como velocidades de transferencias, tiempos de espera, publicidad de tarifas, entre otras.

13. Como los frentes de atraque objeto de la concesión son de uso público, solo deben considerarse dentro del mercado relevante aquellos frentes de atraque que sean de acceso abierto (de propiedad pública o privada), es decir, aquellos que permitan la atención de terceros. En este sentido, como se ha señalado en informes anteriores sobre licitaciones de recintos portuarios (v.gr., Informes N° 9/2013, N° 11/2014, N° 18/2020 y N° 20/2021), la definición del mercado relevante debe considerar todos los frentes de atraque de uso público, sin distinguir entre frentes de atraque de propiedad pública o privada, que se encuentren localizados dentro del mercado relevante geográfico (cuya determinación se explicita más adelante), y que presten los servicios portuarios que deberá ofrecer el futuro Concesionario de la infraestructura licitada para la nave de diseño considerada. Los frentes de atraque privados de uso privado no constituyen una alternativa o un sustituto de los terminales de uso público, toda vez que solo prestan servicios a los usuarios que ellos mismos determinan, los que usualmente corresponden a empresas con las que están relacionados.

14. Para determinar los frentes de atraque ubicados en puertos públicos o privados de uso público que deberán considerarse como eventuales competidores de la infraestructura concesionada por Emporcha, es necesario analizar, adicionalmente y como se indicó en el párrafo 11: (i) los servicios básicos que se prestarán bajo la concesión; (ii) el tipo de carga que se transfiere; (iii) la nave de diseño capaz de atender los frentes de atraque que se entregan en concesión; y (iv) el alcance geográfico de dichos frentes de atraque y su eventual sustitución por otros de la región o de zonas aledañas, todo lo cual se analiza a continuación.

15. El número de puertos o frentes de atraque de uso público que conforman el mercado relevante dependerá, entre otros elementos y como se señaló en el párrafo anterior, del área geográfica que se determine, análisis que se realiza más adelante. Sin perjuicio de ello y adelantándonos a dicha definición, para efectos de este informe se considerarán como puertos de uso público al Puerto Oxcean, ubicado en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la misma bahía en que se emplaza Emporcha, y a 180 metros de distancia de este, y al Puerto Cisnes, ubicado 80 kilómetros al norte de dichos puertos.

16. Una vez realizada la prevención sobre los frentes de ataque que deben incluirse en la definición del mercado relevante, a continuación, se analizan las dos dimensiones de éste, vale decir, el producto y el área geográfica, para lo cual se analizan los factores que lo determinan, señalados en el párrafo 14 anterior.

6.1. Mercado relevante del producto

(i) Tipos de servicios que se prestarán en la Infraestructura Portuaria

17. Uno de los elementos que define el mercado del producto se refiere a los servicios que serán provistos por el adjudicatario de la Licitación. Desde el punto de vista de la libre competencia, los frentes de ataque constituyen infraestructuras destinadas a prestar servicios portuarios de dos tipos: básicos o especiales. Los primeros son todos aquellos que, por las particulares condiciones de las áreas e infraestructuras objeto de la concesión, no tienen la posibilidad de ser provistos de manera alternativa en dicho frente de ataque por parte de empresas distintas e independientes del Concesionario. En el presente caso estos consisten en los servicios básicos de muellaje a la nave, transferencia de carga y transferencia de pasajeros. Los servicios especiales, por su parte, son aquellos que pueden ser prestados por empresas distintas e independientes del Concesionario y para cuya provisión no es necesaria la infraestructura que se entrega en concesión. Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de reclasificar los servicios básicos y especiales, como se describe en la Sección 9.

18. Como se mencionó en el párrafo 14 precedente, se deben considerar dos elementos adicionales al momento de determinar el mercado relevante del producto. El primero de ellos es la nave de diseño que establece la Licitación para los frentes de ataque a ser concesionados, en tanto que el segundo se refiere al tipo de carga transportada. Como se verá, la eslora y calado que tienen los frentes de ataque de Emporcha -Muelles Multipropósito y Terminal de Transbordadores-, así como el tipo de carga que se transfiere en ellos es distinta, lo que obliga a segmentar el mercado relevante del producto.

(ii) Tipos de carga que se transferirán en la Infraestructura Portuaria

19. Otro elemento que considerar al momento de definir el mercado relevante del producto es la carga que se transferirá a través de la Infraestructura Portuaria, toda vez que, como se ha sostenido en los Informes N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 14/2019, por lo general no existe sustituibilidad entre los servicios de transferencias de los distintos tipos de carga. Por esta razón, se han definido distintos mercados

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relevantes debido a que no todos los puertos tienen la capacidad para atender los mismos tipos de carga.

20. De acuerdo con el Cuadro N° 10 que se inserta en la Solicitud de Emporcha (folio 7, p. 15), los Muelles N° 1 y N° 2, el Muelle Flotante y el Muelle Huillín, singularizados en el párrafo 7, transfieren carga general, graneles sólidos y pasajeros. Además, se indica que tienen capacidad para transferir carga de contenedores, pero no se precisa cuál es el tipo de carga que puede transferir cada uno de ellos. Añade que el Terminal de Transbordadores, además de pasajeros, atiende transporte marítimo de conectividad, y transfiere carga, sin explicar su tipo.

21. La Fiscalía, por su parte, distingue cada una de las cargas que se transfieren en los muelles multipropósito (fraccionada, graneles líquidos y sólidos, y contenedores) y la zona de transbordadores (carga rodada), y la relaciona con la nave de diseño que asocia a cada uno de los sitios que componen la Infraestructura Portuaria, llegando a las siguientes conclusiones:

- a. Las naves de mayor tamaño son las que transfieren cargas de contenedores y de graneles sólidos y, por lo tanto, sólo el Sitio N° 1 (Muelle N° 1) puede considerarse dentro del mercado relevante.
- b. En cuanto a la carga fraccionada, sostiene que se emplea principalmente para la carga de los sectores de pesca blanca y acuicultura, por lo que deberían incluirse dentro del mercado relevante los frentes de atraque que sean capaces de atender naves que transfieren dicho tipo de carga, esto es, barcasas y naves pesqueras industriales.
- c. Respecto de la transferencia de graneles líquidos –principalmente carga de combustibles–, aduce que solamente constituye una operación de carga y no de descarga, concluyendo que deberían incluirse dentro del mercado relevante del producto aquellos frentes de atraque que sean capaces de realizar este tipo de carga.
- d. Por último, en lo que se refiere a la carga rodada, indica que deben incluirse los frentes de atraque que cumplan con lo dispuesto en el POI para el Terminal de Transbordadores.

22. En resumen, la FNE coincide de modo parcial con la definición de Emporcha, pero, en su parecer, existirían cinco subtipos de producto –según tipo de carga y nave de diseño– que, siguiendo la jurisprudencia de este Tribunal, constituirían cada uno un mercado relevante. Los tipos de carga descritos por la FNE son: “(i) *carga fraccionada*; (ii) *granel sólido*; (iii) *granel líquido*; (iv) *carga contenedorizada*; y (v)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

carga rodada” (folio 129, p. 23). El detalle de los movimientos de carga en los frentes de atraque de Emporcha que reporta la Fiscalía se presenta a continuación:

Tabla N° 1: Movimientos de carga en Emporcha, período 2016 - 2020

Frente de atraque	Contenedores	Fraccionada	Graneles	Rodada
Muelles Multipropósito	100%	82%	100%	0%
Terminal de Transbordadores	0%	18%	0%	100%

Fuente: elaboración propia en base a folio 129, p. 19.

23. De lo anterior, se concluye que, a juicio de la FNE, debe considerarse en la definición de los mercados relevantes del producto –puertos de uso público que presten servicios portuarios básicos– a: (i) la carga contenedorizada con las restricciones del Sitio N° 1; (ii) la carga de granel sólido con las restricciones del Sitio N° 1; (iii) la carga fraccionada; (iv) la carga de granel líquido –carga de combustible–; y (v) la carga rodada con las restricciones del Sitio N° 5 (Terminal de Transbordadores). Adicionalmente, señala que, además de la carga, debe considerarse como mercado del producto la atención de pasajeros de cruceros internacionales, donde participan aquellos puertos que cuentan con un terminal capacitado para ello.

24. Los demás aportantes son escuetos en referirse al tipo de carga que es posible transferir en cada uno de los muelles ya descritos. Solo cabe destacar el aporte de Campport que coincide con la delimitación por tipo de carga hecha por Emporcha – esto es, carga movilizada de forma convencional, carga rodada y de pasajeros– (folio 133, p. 9), y el de Oxxean, en el que afirma que los servicios que ofrece solo coinciden con los provistos por Emporcha en “*la prestación de servicios portuarios de cabotaje y transferencia de carga fraccionada, rodados y pasajeros, movilizadas en naves de no más de 74 metros de eslora y 2,8 metros de calado*”– (folio 113, p. 11).

25. En cuanto a las embarcaciones que transportan los diferentes tipos de carga y pasajeros, estas se pueden clasificar en cuatro tipos: (i) naves portacontenedores, para el caso de la carga en contenedores; (ii) naves multipropósito, para el caso de la carga fraccionada y a granel; (iii) transbordadores, ferris o naves tipo Ro-Ro para la carga rodada; y (iv) cruceros para el transporte de pasajeros.

26. En línea con lo resuelto en informes anteriores, se definirán varios mercados relevantes distinguiendo por tipo de carga atendida en los frentes de atraque de Emporcha porque, desde el punto de vista de la demanda, los diferentes tipos de carga no son sustitutos entre sí. Además, atendido que la transferencia de cada tipo de carga requiere de infraestructura específica para ello, tampoco existiría sustituibilidad, en el corto plazo, por el lado de la oferta. En consecuencia, para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

efectos de este informe se configuran seis mercados relevantes de producto distintos: (i) la carga contenedorizada; (ii) el granel sólido; (iii) la carga fraccionada; (iv) el granel líquido –carga de combustible–; (v) la carga rodada; y, (vi) la atención a pasajeros de cruceros.

(iii) Nave de diseño

27. El criterio que se ha adoptado en los últimos informes emitidos en materia portuaria (Informes N° 9/2013, N° 11/2014 y N° 18/2020) considera la nave de diseño que podrá atender el adjudicatario de la Licitación, lo que depende de la longitud y profundidad de los sitios que conforman la Infraestructura Portuaria, y la aptitud de expansión de los otros frentes de atraque.

28. Como se señaló en los párrafos 7 y 8, la extensión –eslora máxima y calado máximo– y demás características de cada uno de los muelles y el Terminal de Transbordadores es disímil, teniendo cada uno la capacidad de atender a naves diferentes, por lo que no es posible establecer una única nave de diseño en el marco de la presente Solicitud. En este orden de ideas, la Solicitante señala que se debe definir una nave de diseño para los Muelles Multipropósito (Muelles 1 y 2, Muelle Flotante y Muelle Huillín) y otra para el Terminal de Transbordadores. La Fiscalía puntualiza que, en el caso del Muelle Flotante, se debe prescindir de una definición particular *“por cuanto la nave de diseño del mismo podrá ser atendida en otros sitios del puerto”*.

29. Los antecedentes que obran en el proceso confirman que no es factible establecer una única nave de diseño debido a las diferentes características y tipos de carga que atienden los frentes de atraque que componen la Infraestructura Portuaria. Adicionalmente, se deben considerar no solamente los frentes de atraque que sean capaces de atender la nave de diseño de la licitación, sino también aquellos que potencialmente puedan hacerlo.

30. Teniendo presente lo expuesto, a continuación, se analiza la nave de diseño que puede atender cada uno de los frentes de atraque o terminales que componen la Infraestructura Portuaria, para lo cual se dividen en Muelles Multipropósito (carga contenedorizada, fraccionada, graneles y cruceros) y el Terminal de Transbordadores (carga rodada y, en menor medida, carga fraccionada). Respecto de este punto, como se verá, la mayoría de las naves que atiende Emporcha tienen una eslora inferior a la mayor nave de diseño de sus frentes de atraque. Esta circunstancia es importante porque implica que, dentro del mercado relevante del producto, deben ser incluidos no solo los frentes de atraque de uso público capaces de atender embarcaciones del tamaño de la nave de diseño de Emporcha, sino que también deben ser incluidos los frentes de atraque de uso público capaces de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

atender las embarcaciones que efectivamente hacen uso de la infraestructura de Emporcha.

Muelles Convencionales Multipropósito

31. Como se indicó, en los Muelles Multipropósito se atienden portacontenedores (carga contenedorizada), naves multipropósito (carga fraccionada y a granel) y cruceros (pasajeros). El frente de atraque que presenta la mayor extensión entre los muelles es el Muelle N° 1, cuyo Sitio 1 tiene un calado de 9,6 metros, 26 metros de manga y puede atender naves de hasta 190 metros de eslora. Siguiendo el criterio tradicional, solo los frentes de atraque que puedan atender una nave de dichas dimensiones y los que potencialmente puedan atenderla, deberían formar parte del mercado relevante del producto. Sin perjuicio de ello, los frentes de atraque de uso público, que tienen una nave de diseño inferior a la de los Muelles Multipropósito de Emporcha, también son capaces de ejercer presión competitiva en la provisión de servicios básicos, a embarcaciones de un tamaño menor al de la nave de diseño de dichos muelles, pero que igualmente hacen uso de ellos para la transferencia de carga o de pasajeros. Estos frentes de atraque, de menor capacidad que la nave de diseño de los Muelles Multipropósito, serán considerados dentro del mercado relevante siempre y cuando el tipo de embarcaciones que atienden representen una proporción relevante del tipo de clientes que efectivamente son atendidos por Emporcha. Este criterio fue recogido en parte por la Solicitante y la FNE, ya que sostuvieron que la nave de diseño a ser tomada en cuenta no debería ser aquella que tenga una eslora de hasta 190 metros, sino que se deben tomar en consideración solamente las naves más grandes que han recalado en alguno de los frentes de atraque de uso público de la Región de Aysén.

32. Siguiendo dicho criterio, Emporcha afirma que en el Sitio 1 *“el número de recaladas de naves de mayor tamaño es muy menor”*, distinguiendo las naves metaleras y las de tipo *“containera”* (nave de carga general), señalando que la más grande de las primeras que han recalado en este sitio tiene 150 metros de eslora con cinco recaladas en el año 2018, en tanto que respecto de las naves *“containeras”* han recibido naves de hasta 131 metros de eslora con 43 recaladas en el mismo año. De esta forma, atendido el mayor número de recaladas de las naves *“containeras”*, Emporcha concluye que esa es la nave de diseño (eslora de 131 metros) y, por consiguiente, deben considerarse dentro del mercado relevante todos aquellos frentes de atraque de uso público que tengan la capacidad de atenderla. Asimismo, respecto del Muelle Flotante (Sitio 6) identifica como nave de diseño a aquella que tiene una eslora máxima de 35 metros y un calado de hasta seis metros.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

33. La FNE, en tanto, también realiza una distinción considerando la experiencia práctica en la atención de naves de mayor tamaño de los puertos o frentes de atraque de la Región de Aysén, pero con un matiz respecto de lo analizado por la Solicitante. Así, tomando como base la información proporcionada por la Capitanía de Puerto Chacabuco, aduce que las mayores naves –contenedoras y graneleras– que han recalado en los muelles multipropósito del Puerto de Chacabuco, efectivamente tienen una eslora que no superaría los 150 metros. Respecto de la atención de cruceros, la Fiscalía agrega que estos pueden embarcar o desembarcar directamente en los muelles o utilizando naves tipo *tender*, por lo que las restricciones de nave de diseño se hacen menos relevantes para la transferencia de los pasajeros que estos transportan (folio 129, p. 24). Así, según se desprende de la Tabla N° 2, las naves que tienen una eslora entre 130 y 150 metros son las mayoritarias, mientras que el 76% de las naves atendidas por Emporcha en los Muelles Multipropósito tienen entre 70 y 150 metros de eslora. Cabe agregar que no se cuenta con antecedentes en autos que permitan proyectar que la proporción en el uso de los Muelles Multipropósito de Emporcha, por parte de las naves que tienen entre 70 y 150 metros de eslora, cambie de manera significativa en el futuro, lo que será tenido en cuenta cuando se determine el mercado relevante del producto.

Tabla N° 2: Porcentaje de toneladas transferidas en los Muelles Multipropósito de Emporcha por eslora de la nave, total transferido período enero 2018 a junio 2020.

Eslora	Muelles Multipropósito
Más de 150 metros	0%
Entre 130 y 150 metros	53%
Entre 100 y 130 metros	19%
Entre 70 y 100 metros	4%
Menos de 70 metros	24%
Total	100%

Fuente: elaboración propia en base a aporte de antecedentes FNE, folio 129, p. 21.

34. A partir de esta información, la Fiscalía concluye que deben considerarse dentro del mercado relevante del producto aquellos frentes de atraque de uso público que puedan atender naves portacontenedores y graneleras de hasta 150 metros de eslora y no de 131 metros como arguye Emporcha, pues las primeras *“representan el grueso de la transferencia en los Muelles Convencionales Multipropósito, y que potencialmente puedan atender la nave de diseño del Sitio N° 1”* (folio 129, pp. 21-22). Respecto del muelle flotante, como se indicó, no lo considera para estos efectos porque su nave de diseño puede ser atendida en otros sitios del puerto, lo que es apropiado dadas las características de dicho muelle.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

35. En cuanto al resto de los intervinientes, esto es, SEP, Campport, MTT y Oxxean, no aportaron mayores antecedentes en cuanto a la delimitación del mercado de producto, pues solo disienten respecto de la definición del mercado relevante geográfico hecha por Emporcha y, en el caso de Oxxean, respecto de la sustituibilidad de sus servicios en base a la restricción de 74 metros de eslora de su frente de atraque (folio 113, p. 5).

36. En vista de lo descrito precedentemente, y en particular a la información contenida en la Tabla N° 2, el mercado relevante del producto desde el punto de vista de la nave de diseño de los Muelles Multipropósito corresponderá a los servicios portuarios básicos provistos por frentes de atraque de uso público capaces de atender naves portacontenedores y graneleras de más de 70 metros de eslora, ya que las naves de dicho tamaño o de mayor tamaño, representan el 76% de las naves que transfirieron carga en los Muelles Multipropósito de Emporcha en los últimos años.

Terminal de Transbordadores

37. Respecto del Terminal de Transbordadores, si se siguiera el criterio de los últimos informes singularizados en los párrafos precedentes, la nave de diseño que podrá atender este frente de atraque tiene una eslora de hasta 150 metros por las mejoras que deben hacerse de acuerdo con el POI señalado en el borrador de las Bases. Así, en principio, se deberían incluir dentro del mercado relevante aquellos frentes de atraque de uso público que sean capaces de atender naves de esa envergadura o que tengan la potencialidad de hacerlo. Sin embargo, tal como se señaló en el párrafo 31, los frentes de atraque de uso público que tienen una nave de diseño inferior a la del Terminal de Transbordadores de Emporcha también son capaces de ejercer presión competitiva en la provisión de servicios básicos a embarcaciones de menor tamaño al de la nave de diseño de dicho Terminal, que igualmente hacen uso del mismo. Estos frentes de atraque serán considerados dentro del mercado relevante siempre y cuando el tipo de embarcaciones que atienden representen una proporción relevante del tipo de clientes que efectivamente son atendidos por el Terminal de Transbordadores Emporcha.

38. En esta materia, Emporcha no realiza el mismo ejercicio que utilizó respecto de los Muelles Multipropósito, vale decir, tomar las naves más grandes que efectivamente hayan recalado en este Terminal, como tampoco el criterio adoptado en los últimos informes, ya que concluye que el mercado relevante del producto en la dimensión de la nave de diseño solo comprendería aquellas que tengan las dimensiones señaladas en el POI, vale decir, 155 metros de eslora y una capacidad de 1.900 metros lineales (folio 7, p. 41).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

39. Por su parte, la FNE realiza el mismo ejercicio que hiciera respecto de los Muelles Multipropósito, siguiendo los últimos criterios adoptados por este Tribunal en la materia. Así, expone que la nave de mayor tamaño que ha recalado en el Terminal de Transbordadores corresponde a la nave Dalka, que tiene 147 metros de eslora, a partir de lo cual concluye que deberían considerarse dentro del mercado relevante a todos aquellos frentes de atraque de uso público “*capaces de atender naves Ro-Ro de la envergadura y características de la nave Dalka y que potencialmente pudiesen atender una nave de las dimensiones descritas en el POI tras la ejecución del mismo*”. Según se desprende de la Tabla N° 3 las naves que tienen una eslora entre 130 y 150 metros -entre las que se encuentra la nave Dalka- son las mayoritarias. Además, el 99% de las toneladas transferidas en el Terminal de Transbordadores fue realizado por naves que tienen entre 100 y 150 metros de eslora. Cabe agregar que no se cuenta con antecedentes en autos que permitan proyectar que la proporción en el uso del Terminal de Transbordadores de Emporcha, por parte de las naves que tienen entre 100 y 150 metros de eslora, vaya a cambiar de manera significativa en el futuro.

Tabla N° 3: Porcentaje de toneladas transferidas en el Terminal de Transbordadores de Emporcha por eslora de la nave, período enero 2018 a junio 2020.

Eslora	Terminal Transbordadores
Más de 150 metros	0%
Entre 130 y 150 metros	40%
Entre 100 y 130 metros	59%
Entre 70 y 100 metros	0%
Menos de 70 metros	1%
Total	100%

Fuente: elaboración propia en base a aporte de antecedentes FNE, folio 129, p. 21.

40. En conclusión, en vista de lo descrito precedentemente, el mercado relevante del producto desde el punto de vista de la nave de diseño corresponde a los servicios portuarios básicos provistos por frentes de atraque de uso público capaces de atender transbordadores, ferris o naves tipo Ro-Ro de más de 100 metros de eslora, ya que naves de dicho tamaño o mayor representan el 99% de las naves que transfirieron carga en el Terminal de Transbordadores de Emporcha en los últimos años, conforme se expuso en la Tabla N° 3.

6.2. Mercado geográfico

41. Sobre esta materia, se ha señalado que la Ley de Puertos no es vinculante para la determinación de la extensión geográfica de la sustituibilidad entre puertos, siendo necesario establecer lo que en esta industria se conoce como “*hinterland*”,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

esto es, el área de influencia geográfica que tiene un determinado puerto (v.gr. Informe N° 11/2014). Por consiguiente, para efectos de determinar la influencia geográfica es importante revisar las distancias que existen entre los puertos y los respectivos centros de consumo, más que las distancias existentes entre los distintos puertos.

42. En esta materia también existe divergencia entre lo sostenido por la Solicitante y aquellos interesados legítimos que aportaron antecedentes en autos, incluida la FNE.

43. Emporcha afirma que el mercado relevante geográfico corresponde a la macrozona sur de Chile (Región de Los Lagos, Región de Aysén y Región de Magallanes y Antártica Chilena, según la define a folio 7, p. 3) *“concentrado en la Región de Aysén, que presten servicios portuarios tradicionales a naves transbordadoras o ferries de pasajeros de las dimensiones antes señaladas”* (folio 7, p. 42).

44. La FNE, en cambio, arguye que dentro del mercado relevante geográfico no pueden considerarse los frentes de atraque de uso público de las regiones adyacentes a la Región de Aysén, es decir, las Regiones de Los Lagos y de Magallanes y la Antártica Chilena. Funda lo anterior en la distancia que existe entre el Puerto de Chacabuco y los principales puertos de la Región de Los Lagos (más de 400 kilómetros) y del Terminal Arturo Prat de Punta Arenas (850 kilómetros), lo que implica que, desde el punto de vista de la demanda, estos sean inviables como sustitutos de Emporcha. Además, los puertos ubicados en Puerto Montt -más cercanos geográficamente de la ciudad de Coyhaique que los puertos ubicados en Punta Arenas- difícilmente pueden ejercer presión competitiva sobre los ubicados en Aysén porque la infraestructura vial que los conecta es deficitaria. Para estos efectos, se basa en información proporcionada por Directemar de 2020 que da cuenta que solo un 13,6% del total de las carreteras de la Región de Aysén están pavimentadas. Respecto de los puertos ubicados en la Región de Aysén, la Fiscalía distingue entre los que se ubican en territorio continental -Chacabuco, Puerto Oxean y Puerto Cisnes-, y los puertos ubicados en territorio insular y en el Lago General Carrera, pues estos últimos no pueden ser sustitutos de los puertos emplazados en territorio continental por cuanto no se puede acceder a los principales centros poblados de la región sin tener que recurrir a los puertos de la Bahía de Chacabuco y Puerto Cisnes. De este modo, la FNE señala que el mercado relevante geográfico comprende exclusivamente a los puertos ubicados en la Bahía de Chacabuco y Puerto Cisnes -que serían los únicos ubicados en la costa continental de la Región de Aysén-, salvo para la carga de combustible (granel

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

líquido), cuya definición acota a la Bahía de Chacabuco al existir menor sustituibilidad de la demanda con Puerto Cisnes por las características del servicio ofrecido (folio 129, p. 24 y 25).

45. Por su parte, el MTT es de la opinión que el mercado relevante geográfico es más amplio que la Región de Aysén, por lo que este comprende a la macrozona sur. El MTT basa su opinión en el hecho de que Puerto Oxxean Chacabuco - competidor de Emporcha en la zona-, es un operador privado del grupo Oxxean que participa también en Puerto Montt, a través de Puerto Oxxean (Puerto Montt) y Puerto Chincui. Agrega que el 88% del cabotaje de carga general corresponde a la ruta Puerto Montt – Puerto Chacabuco, por lo que las interacciones macrorregionales deben ser tenidas en cuenta al analizar las concesiones que serán llevadas a cabo por Emporcha, la Empresa Portuaria de Puerto Montt y la Empresa Portuaria Austral (folio 112, pp. 6-9). En este mismo orden de consideraciones, Puerto Oxxean, si bien no fue explícito en señalar que el mercado relevante geográfico comprende a la zona sur, sí sostuvo que la Solicitud de Emporcha debe ser evaluada en conjunto con la Solicitud de la Empresa Portuaria de Puerto Montt (Causa Rol N° NC-469-20) porque la interrelación de ambos mercados lleva a que *“la decisión sobre la asignación de infraestructura portuaria pública en un mercado relevante puede tener incidencia en la oferta y demanda de servicios portuarios del segundo mercado relevante, y viceversa”* (folio 113, pp. 36-38).

46. Al respecto, este Tribunal coincide con lo planteado por Emporcha en cuanto a que la definición del mercado relevante geográfico no puede responder a un asunto de división territorial meramente administrativo, sino que debe considerarse el grado de sustitución entre los diferentes frentes de atraque cercanos a los principales centros de consumo. Sin embargo, en el presente caso, la distancia geográfica que separa los puertos de las regiones adyacentes de los principales centros poblados de la Región de Aysén (v.gr. ciudad de Coyhaique), así como también el hecho de que la infraestructura vial de la región es deficitaria, redundan en que los puertos de dichas regiones difícilmente pueden ejercer presión competitiva sobre Emporcha. Asimismo, respecto de los puertos ubicados en la Región de Aysén, se coincide con la Fiscalía en relación con que sólo deben ser considerados dentro del mercado relevante aquellos ubicados en la costa continental, ya que los frentes de atraque ubicados en territorio insular o en el Lago General Carrera no permiten acceder directamente vía marítima a los principales centros poblados de la región.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.3. Definición de mercado relevante

47. De acuerdo con lo señalado precedentemente, el mercado relevante para los efectos del análisis corresponde al de la provisión de servicios portuarios básicos ofrecidos en los puertos de uso público ubicados en la costa continental de la Región de Aysén para la transferencia de carga y transferencia de pasajeros conforme las características de la mayoría de las naves atendidas en los Muelles Multipropósito y en el Terminal de Transbordadores de Emporcha. En específico, se considerarán los siguientes mercados relevantes, cuyo alcance geográfico es la costa continental de la Región de Aysén: (i) transferencia de pasajeros provenientes de cruceros; (ii) transferencia de carga contenedorizada en portacontenedores de más de 70 metros de eslora; (iii) transferencia de carga a granel sólido en embarcaciones de más de 70 metros de eslora; (iv) transferencia de carga a granel líquido (carga de combustible); (v) transferencia de carga fraccionada en embarcaciones de más de 70 metros de eslora; (vi) transferencia de carga rodada en transbordadores, ferris o naves Ro-Ro de más de 100 metros de eslora. De la revisión de la información que obra en autos, los únicos puertos de la Región de Aysén que participarían en estos mercados relevantes serían, además de Emporcha, Puerto Oxxean, ubicado en la misma bahía que Emporcha y Puerto Cisnes, ubicado en la localidad del mismo nombre.

48. Sin perjuicio de lo anterior, y tal como se expone a continuación, ambos puertos son capaces de ejercer presión competitiva sobre Emporcha solo en algunos de los mercados relevantes definidos, y exclusivamente respecto de ciertos tipos de naves.

49. En efecto, Puerto Oxxean indicó que, si bien la nave de diseño de su puerto es, en teoría, una de 131 metros de eslora, existen limitaciones técnicas y normativas que le impiden atender una nave de esas dimensiones. Según expone dicha empresa, para atender a una nave de 131 metros de eslora esta debe ser acoderada, lo que implica que se debe apoyar una rampa, con cinco metros de separación, entre la nave y el muelle. La consecuencia que trae aparejado esto es que, a diferencia de las condiciones con que cuentan los muelles Emporcha, se limita la transferencia a solo cierto tipo de carga. Por este motivo, en concepto de Puerto Oxxean, la atención de naves de 131 metros de eslora en su frente de ataque sería un hecho anecdótico, pues habría sucedido solo en dos oportunidades y previa habilitación especial entregada por la autoridad marítima, por lo que no debería considerarse a dicho puerto como un rival directo de Emporcha en la atención de naves sobre los 74 metros de eslora (nave de diseño del segundo sitio de mayor capacidad que tiene Puerto Oxxean, correspondiente al Sitio N° 1 Cabezal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Longitudinal). En términos de tipo de carga, Puerto Oxxean concluye que los servicios portuarios ofrecidos a sus clientes corresponden a: (i) transferencia de carga fraccionada; (ii) transferencia de carga rodada; y (iii) transferencia de pasajeros movilizados en cruceros y ferris de conectividad (folio 113, pp. 5 y siguientes).

50. Cabe señalar que, tal como se indica en la Tabla N° 5 más adelante, en la provisión de servicios de transferencia de graneles líquidos existe una discrepancia entre lo que indica Puerto Oxxean y lo que reporta la FNE, pues esta última informa que la primera sí participa en la provisión del servicio de transferencia de graneles líquidos, específicamente en el servicio de carga de combustible. Esta discrepancia se debería a que Puerto Oxxean no considera la carga de combustible como parte de los servicios de transferencia de graneles líquidos. En efecto, en su presentación a folio 113 señaló que no transfiere graneles líquidos, sino que realiza venta directa de gasolina y diésel a embarcaciones, a través de una especie de servicentro ubicado al interior de dicho puerto (folio 113, p. 10). Respecto de la provisión de dicho servicio, en este Informe serán consideradas las participaciones de mercado que informa la FNE, por cuanto la carga de combustible a embarcaciones es parte del servicio de transferencia de graneles líquidos. Cabe señalar que esta última definición no modifica las conclusiones a las que se arriba en el Informe.

51. Finalmente, es importante destacar que Puerto Oxxean declara que “no moviliza ni movilizará en el futuro cercano otros tipos de carga ni recibirá naves de mayores dimensiones, (...) no se esperan aumentos relevantes en la demanda, por lo que se hace altamente improbable una ampliación de los frentes de atraque de la Compañía, (...) [Puerto Oxxean] no presta servicios portuarios ni contempla prestarlos en el corto a mediano plazo en el segmento de la demanda de servicios portuarios a naves de más de 74 metros” (folio 113, pp. 11 y 14), circunstancia que será tenida en cuenta al momento de analizarse la necesidad de establecer resguardos estructurales en la licitación.

52. Por su parte, según informó la FNE, Puerto Cisnes es un puerto de uso público administrado por Emporcha, que se ubica en la localidad de Puerto Cisnes. Este puerto tiene capacidad para atender naves de hasta 80 metros de eslora y 2,8 metros de calado, cumple funciones de conectividad y solo provee servicios de transferencia de carga: (i) fraccionada; y (ii) rodada (folio 129, p. 26). En vista de lo anterior, como los mercados relevantes del producto de la transferencia de carga fraccionada y rodada considera naves de más de 70 y 100 metros de eslora, respectivamente, Puerto Cisnes será considerado como sustituto de Emporcha solo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

respecto de la provisión de servicios básicos de transferencia de carga fraccionada, atendido que se encuentra limitado a atender naves de hasta 80 metros de eslora.

53. Por consiguiente, los puertos y frentes de atraque de uso público que forman parte de los mercados relevantes previamente definidos son aquellos que se muestran en la Tabla N° 4, donde también se detallan sus características (nave de diseño) y los servicios de transferencia de carga que proveen.

Tabla N° 4: Características de los frentes de atraque pertenecientes a los mercados relevantes del producto ubicados en la Región de Aysén

Puerto	Frente de atraque	Eslora máx.	Calado máx.	Servicios
Puerto Chacabuco	Muelle Multipropósito	190	9,6	contenedores, granel sólido, granel líquido, fraccionada, pasajeros
	Terminal de Transbordadores	137	5,3	rodada, fraccionada
Puerto Oxxean	Muelle N° 1 (longit.)	73	2,8	fraccionada, granel líquido (*) y pasajeros
	Muelle N° 1 (acod.)	131	7	
	Rampa	74	2,1	Rodada
Puerto Cisnes	Sin detalle	80	2,8	fraccionada

Fuente: elaboración propia en base a folio 129, p. 26. (*) Puerto Oxxean indica que no realiza transferencia de graneles líquidos, a pesar de que la Fiscalía señala que dicho puerto y Emporcha son los únicos que proveen este servicio, reportando participaciones de mercado para cada uno de ellos.

54. Según se desprende de la Tabla N° 4, en la Región de Aysén existen dos puertos que podrían ser sustitutos de algunos de los servicios básicos que ofrece Emporcha, aunque con limitaciones en relación con el tamaño máximo (eslora máxima) de las naves que pueden atender, según se indicó en la sección anterior. En efecto, por ejemplo, si bien se observa que Emporcha y Puerto Oxxean ofrecen servicios de transferencia de carga rodada, solo Emporcha es capaz de ofrecer dichos servicios a embarcaciones de más de 100 metros de eslora. Respecto los servicios de transferencia de pasajeros y graneles líquidos, según informa la FNE, Emporcha y Puerto Oxxean son los únicos oferentes, mientras que en la provisión de servicios de transferencia de carga contenedorizada y a granel sólido, Emporcha no enfrenta competencia, por lo que actúa como monopolista en la provisión de ambos servicios, misma circunstancia que ocurre con la transferencia de carga rodada donde, como se señaló, Emporcha es el único que provee dicho servicio a embarcaciones de más de 100 metros de eslora.

7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE

55. Habiéndose determinado los mercados relevantes en los que incide la Licitación, en lo que sigue, se evaluarán sus condiciones de competencia, con el fin de realizar un análisis prospectivo de las posibilidades de ejercer poder de mercado por parte del futuro Concesionario del Puerto Chacabuco.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

56. Para estos efectos, se presenta el análisis de las condiciones de competencia en la transferencia de pasajeros y de carga en la Bahía de Chacabuco y Puerto Cisnes teniendo en consideración lo indicado en la sección anterior sobre las naves que forman parte de los mercados relevantes definidos (transferencia de carga contenedorizada en portacontenedores de más de 70 metros de eslora; transferencia de carga a granel sólido en embarcaciones de más de 70 metros de eslora; transferencia de carga a granel líquido; transferencia de carga fraccionada en embarcaciones de más de 70 metros de eslora; y transferencia de carga rodada en transbordadores de más de 100 metros de eslora).

7.1. Participaciones de mercado

57. En línea con lo expuesto en el párrafo anterior, la Tabla N° 5 expone las participaciones de mercado e índices de concentración en los mercados relevantes donde participa Emporcha en la provisión de servicios portuarios básicos en la Región de Aysén.

Tabla N° 5: Participaciones de mercado promedio, período 2017 - 2019

Mercado relevante	Puerto Chacabuco	Oxxean	Puerto Cisnes	Total	Concentración HHI
Transferencia de contenedores	100%	0%	0%	100%	10.000
Transferencia de carga rodada	100%	0%	0%	100%	10.000
Transferencia de carga fraccionada	[40 - 50]%	[50 - 60]%	[0 - 10]%	100%	[4.500 – 5.500]
Transferencia de granel sólido	100%	0%	0%	100%	10.000
Transferencia de granel líquido (combustible)	[60 - 70]%	[30 - 40]%	0%	100%	[4.500 – 5.500]
Atención de pasajeros (cruceiros)	[50 - 60]%	[40 - 50]%	0%	100%	[4.500 – 5.500]

Fuente: elaboración propia en base a la definición de mercado relevante y al documento “Anexo_confidencial_presentacion_FNE”, acompañado en el primer otrosí del aporte de antecedentes de la FNE, folio 129.

58. Se observa que todos los mercados relevantes donde participa Emporcha presentan un elevado nivel de concentración de mercado. En efecto, en todos los casos analizados el índice de concentración HHI es superior a 2.500, lo que da cuenta de mercados altamente concentrados según la “Guía para el análisis de operaciones de concentración” de la FNE. Además, es importante destacar que Emporcha no enfrenta competencia en la provisión de servicios básicos de transferencia de carga contenedorizada y a granel sólido en embarcaciones de más de 70 metros de eslora, y en la transferencia de carga rodada en naves de más de 100 metros de eslora. Por lo tanto, la alta concentración en los mercados, así como

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la escasa y, en algunos casos, nula competencia que enfrenta Emporcha en la provisión de servicios portuarios básicos, es un antecedente relevante que será tenido en consideración cuando se evalúe la necesidad de establecer resguardos a la competencia en la licitación y durante la vigencia de la concesión.

59. La escasa presión competitiva que enfrenta Emporcha es refrendada por Puerto Oxxean, quien arguye que se debe matizar lo afirmado por la Solicitante respecto de la rivalidad competitiva existente entre ese puerto y Puerto Chacabuco. Lo anterior debido a que, en su concepto, ambos puertos no pueden considerarse rivales directos en naves sobre 74 metros de eslora, por lo que Emporcha sería el único prestador de servicios portuarios de la Región de Aysén que puede atender naves “containeras”, graneleras, de carga general y naves de conectividad que superen los 74 metros (folio 113, p. 9).

7.2. Condiciones de ingreso

60. En lo relativo a las condiciones de entrada al mercado, es público y notorio que las inversiones comprometidas en la creación de un nuevo puerto son de gran envergadura y específicas a la actividad portuaria y al lugar donde se planea su emplazamiento. De este modo, una vez efectuada tal inversión, ésta representa un costo hundido, es decir, una barrera que puede desincentivar el ingreso de nuevos competidores si es que dicho costo hundido es muy alto en relación con el tamaño del mercado.

61. En este mismo sentido, otros factores que pueden disminuir la intensidad competitiva en el mercado son la disponibilidad limitada de áreas de acopio y la congestión en las vías de acceso a los puertos, sobre lo cual no hay controversia en autos, sin perjuicio de que no existan datos empíricos para cuantificar ello en la Bahía de Chacabuco o en Puerto Cisnes.

62. Respecto al exceso de capacidad que pudiera desincentivar el ingreso de nuevos competidores a la zona, por la capacidad de respuesta que tendría el futuro Concesionario o un incumbente para hacer frente a dicha entrada, Emporcha proyecta tres escenarios al 2039, con crecimientos de demanda calculados entre un 2,2% y un 3,5% según si el escenario es conservador, moderado u optimista. Al respecto, afirma que se pueden estimar holguras de capacidad para los tres escenarios, que existe capacidad suficiente para la carga asociada a los Muelles Multipropósito, y que para el Terminal de Transbordadores solo se proyectan restricciones en el escenario optimista hacia el 2039. Respecto de Puerto Oxxean, la Fiscalía reporta que este también operaría por debajo de sus capacidades máximas de atención (folio 129, p. 38), por lo que la capacidad ociosa de ambos puertos actuaría como un desincentivo a la entrada de nuevos competidores.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, según señaló Puerto Oxxean, no se esperan aumentos relevantes en la demanda en los próximos años (folio 113, pp. 11 y 14).

63. La información proporcionada por Emporcha, la FNE y Puerto Oxxean confirma que existe capacidad ociosa en este último y en el Puerto de Chacabuco, lo que desincentivaría la entrada de nuevos actores.

64. Hechas las afirmaciones anteriores, es del caso señalar que no se cuenta con otros antecedentes relacionados con las condiciones de ingreso a este mercado. En efecto, no se cuenta con información relacionada con disponibilidad de sitios o bahías para la instalación de otros frentes de atraque o con antecedentes para determinar, por ejemplo, el tiempo que demora la construcción de un frente de atraque, o si es rentable la entrada de nuevos puertos de uso público que sean capaces de ejercer presión competitiva sobre los recintos portuarios de Emporcha.

65. En suma, se concluye que si bien no existen antecedentes en autos que indiquen la existencia de barreras absolutas a la entrada de nuevos competidores, si existen dificultades a la misma que pueden desincentivar o retrasar el ingreso de nuevos competidores, al menos en el mediano plazo. Tales dificultades serán consideradas por este Tribunal en el análisis de la pertinencia de imponer o no límites a la integración vertical u horizontal en esta licitación.

8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN

8.1. Introducción

66. Tal como se señaló en los Informes N° 11/2014 y N° 18/2020, cuando se trata de asignar derechos exclusivos para la explotación de infraestructuras escasas a través de una licitación, es preciso resguardar dos ámbitos: (i) las condiciones de competencia en la licitación, o competencia *ex ante*, cuya finalidad es asegurar la participación de la mayor cantidad de oferentes, y la asignación óptima del recurso escaso en términos de eficiencia; y (ii) las condiciones de provisión de los servicios portuarios a los usuarios por parte del futuro Concesionario, o competencia *ex post*. Esta sección aborda las primeras, en conjunto con el marco regulatorio aplicable a la asignación en concesión de frentes de atraque estatales, la propuesta de Emporcha y, finalmente, los resguardos adicionales que este Tribunal estima necesario incorporar.

8.2. Marco regulatorio aplicable a la licitación de frentes de atraque estatales y proposición de Emporcha

67. El marco regulatorio aplicable a la asignación en concesión de frentes de atraque estatales está compuesto por la Ley de Puertos y el respectivo Reglamento de Licitaciones Portuarias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

68. Los principales resguardos legales y reglamentarios para la competencia en la Licitación serán analizados por materias, en el siguiente orden: (i) subsidiariedad y mecanismo de asignación del uso de frentes de atraque estatales; (ii) modalidad de licitación y criterios de adjudicación; (iii) criterios de evaluación; (iv) pagos del Concesionario a Emporcha (incluido el Canon Anual); y (v) infraestructura a concesionar y plazos, exigencias de experiencia y patrimonio mínimos, garantías, sanciones y multas, imponderables y fuerza mayor.

69. En cada una de estas materias se describirá, en primer lugar, el marco regulatorio aplicable, cuyas normas deben entenderse incorporadas en las Bases de Licitación Definitivas por el sólo ministerio de la ley; en segundo lugar, la propuesta de Emporcha; y, finalmente, aquellos términos o condiciones complementarias que este Tribunal estima necesarias para propender a una mayor competencia en la asignación de los frentes de atraque que componen la Infraestructura Portuaria.

(i) Subsidiariedad y mecanismo de asignación del uso de frentes de atraque estatales

70. El artículo 19 de la Ley de Puertos dispone que tanto la construcción como el desarrollo de nuevos frentes de atraque deben ser efectuados por privados mediante concesiones portuarias licitadas públicamente y sólo subsidiariamente por las empresas portuarias estatales. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 5º, la prestación de los servicios en los recintos portuarios estatales debe efectuarse por privados o con participación de éstos, y sólo subsidiariamente por las empresas portuarias estatales.

71. A su vez, el artículo 14 de la dicha ley dispone que la concesión portuaria es la única forma de entregar a los privados el uso de frentes de atraque estatales. En este sentido, su artículo 7º establece que las concesiones portuarias se otorgarán mediante licitación pública, en las condiciones que establece el Reglamento.

(ii) Modalidad de licitación y criterios de adjudicación

72. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Reglamento, corresponde al Directorio de Emporcha determinar las distintas modalidades del proceso de licitación (sobre cerrado, a mano alzada, de primer o segundo precio, etc.) y si contemplará una o más etapas, señalando los aspectos mínimos que debería abordar una primera etapa.

73. En la propuesta del borrador de Bases se contempla un proceso con una preselección previa de los oferentes, los que deben cumplir con las exigencias que deben acompañar en la denominada Oferta Antecedentes Generales, para luego

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adjudicar la licitación a aquel oferente que presente la mejor Oferta Económica, en este caso, para quien presente el menor Índice Ofertado (“Índice de Adjudicación”), sujeto a un índice máximo (“I_{max}”), según la fórmula que se analizará más adelante (punto 2.10 del borrador de las Bases). En caso de empate, se adjudicará la concesión al oferente que ofrezca una oferta por un índice mejorado.

74. La Oferta Antecedentes Generales se compone de un conjunto de documentos relacionados con la siguiente información: (a) la identificación del proponente y antecedentes generales; (b) una opinión legal; (c) el comprobante original de compra de las Bases de Licitación y un Acuerdo de Confidencialidad; (d) la entrega de una boleta de garantía de seriedad de la oferta; (e) la acreditación de la experiencia y patrimonio del oferente; (f) en el caso de tratarse de un consorcio, los documentos que acrediten su constitución; (g) una promesa de irrevocable de constitución de la sociedad concesionaria; (h) la designación de apoderados judiciales; (i) la cláusula compromisaria; (j) una declaración jurada irrevocable de aceptación de las Bases de Licitación; y (k) un contrato preliminar.

75. El detalle de la información que debe presentarse junto a cada uno de estos antecedentes se encuentra singularizado en el punto 2.8.1 del borrador de las Bases. En lo que interesa a este informe, en el acápite (v) de esta sección se analizarán con más detalle las exigencias sobre plazos, garantías y sanciones establecidas en las letras (d) y (e) del párrafo anterior, pues ellas podrían limitar la participación de interesados en la Licitación.

76. La recepción, apertura y análisis de las ofertas se encuentra normado en el punto 2.9 del borrador de las Bases. En lo que respecta a la Oferta Antecedentes Generales, una Comisión Revisora, conjuntamente con un ministro de fe, hará un primer examen de los antecedentes, debiendo rechazarse ofertas que: (i) no acompañen la boleta de garantía de seriedad, (ii) no acompañen oferta económica, o (iii) incumplan la prohibición señalada en el penúltimo párrafo de la letra a) del punto 2.8.1, esto es, cuando un miembro de un consorcio o su relacionada participe en otro consorcio o una relacionada de éste, o que un oferente sea una relacionada de otro oferente o miembro de un consorcio. Posteriormente una Comisión Evaluadora revisará el contenido de este tipo de ofertas, pudiendo ordenar que se acompañen documentos faltantes o que se subsanen omisiones o errores, salvo aquellos que fueron señalados precedentemente. Después de realizada dicha revisión se preseleccionan las Ofertas Antecedentes Generales que el borrador de las Bases denomina “válidas”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

77. En relación con la adjudicación, el artículo 9º del Reglamento enuncia criterios de adjudicación de la concesión que Emporcha puede emplear, siendo decisión de dicha empresa usar uno o varios de ellos, o un criterio de adjudicación distinto.

78. En el caso de autos, como se describió en el párrafo 73, respecto de la Oferta Económica, el borrador de las Bases considera el Índice de Adjudicación, sujeto a un índice máximo (“Imax”), según la fórmula que se analizará más adelante (punto 2.10 del borrador de las Bases). Este índice está construido como promedio ponderado de dos índices, cada uno de los cuales considera un conjunto de precios de servicios básicos.

79. Se debe tener en consideración que tanto en la Solicitud de Emporcha como en el borrador de las Bases se distinguen entre los servicios básicos y los servicios especiales. Los servicios básicos, es decir, aquellos *“que son indispensables para el atraque de las naves, la transferencia de cargas, atención de pasajeros o para cuya provisión es necesaria la infraestructura objeto de la Concesión, no existiendo la posibilidad de una provisión alternativa por parte de empresas distintas e independientes del Concesionario, de manera que este los presta o puede prestar en condiciones de monopolio; servicios cuya prestación es obligatoria y cuyas Tarifas no pueden dar como resultado un índice superior a los Índices Tarifarios Máximos y/o se encuentran sujetas a valores máximos”* (punto 1. del borrador de las Bases), son los únicos que están considerados en el índice de adjudicación. No obstante, como se indica más adelante, el borrador de las Bases no incluye todos los servicios básicos dentro del Índice de Adjudicación.

80. El Índice de Adjudicación se calculará a partir de la siguiente fórmula:

$$I = FMT \times (IMC) + (1 - FMT) \times \delta \times (ITT)$$

81. Donde “I” es el Índice de Adjudicación que en la fórmula se denomina Índice de Tarifas por los Servicios Básicos, (IMC) es el (sub) índice de los Muelles Multipropósito e incluye las tarifas TTC, TTF, TTG, TMC y TMN, e (ITT) es el (sub) índice del Terminal de Transbordadores e incluye las tarifas TTR, TMCT y TMNT. Ello se expresa en el borrador de las Bases de la siguiente manera:

$$I = FMT \times (\alpha \times TTC + \beta \times TTF + \gamma \times TTG + TMC + \lambda \times TMN) + (1 - FMT) \times \delta \times (TTR + TMCT + \lambda T \times TMNT)$$

donde,

I: Índice de Tarifas por los Servicios Básicos (CLP\$/ton).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FMT: Factor de Modulación Terminales (para dar mayor o menor importancia/protección al subíndice de tarifas en Muelles Convencionales Multipropósitos versus el subíndice de tarifas para el Terminal de Transbordadores).

TTC: Tarifa de Transferencia de Contenedores de 20 pies en Muelles Convencionales Multipropósitos (CLP\$/TEU).

TTF: Tarifa de Transferencia de Carga Fraccionada en Muelles Convencionales Multipropósitos (CLP\$/Ton).

TTG: Tarifa de Transferencia de Graneles en Muelles Convencionales Multipropósitos (CLP\$/Ton).

TMC: Tarifa a la Carga por uso de Muelles Convencionales Multipropósitos (CLP\$/Ton).

TMN: Tarifa a la Nave por uso de Muelles Convencionales Multipropósitos (CLP\$/MEH).

TTR: Tarifa de Transferencia de Rodados en el Terminal de Transbordadores (CLP\$/rodado).

TMCT: Tarifa a la carga por uso de muelle en el Terminal de Transbordadores (CLP\$/rodado), que en cualquier caso no podrá ser superior a los indicado en Anexo II, debidamente reajustado según lo indicado en las definiciones.

TMNT: Tarifa a la nave por uso de muelle en el Terminal de Transbordadores (CLP\$/rodado), que en cualquier caso no podrá ser superior a los indicado en Anexo II, debidamente reajustado según lo indicado en las definiciones.

α : Ponderador de la importancia relativa de la carga contenerizada en Muelles Convencionales Multipropósitos, multiplicado por el factor de conversión de TEUs a toneladas.

β : Ponderador de la importancia relativa de la carga fraccionada en Muelles Convencionales Multipropósitos.

γ : Ponderador de la importancia relativa de la carga a granel en Muelles Convencionales Multipropósitos.

δ : Factor de conversión de rodados para pasar de CLP\$/rodado a CLP\$/ton.

λ : Factor de conversión de la tarifa cobrada en CLP\$/MEH a CLP\$/Ton, de acuerdo con la siguiente ecuación:

$$\lambda = \frac{\sum_{i=1}^N esl_i \times tm_i}{AT} \text{ y}$$

λT : Factor de conversión de la tarifa cobrada en CLP\$/hora a CLP\$/rodado, definido como:

$$\lambda T = \frac{\sum_{i=1}^N tt_i}{NV}$$

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Y,

esl_i: eslora de la nave i-ésima, atendida en el Año de Referencia en los Muelles Convencionales Multipropósitos.

tm_i: Tiempo de Ocupación de la nave i-ésima en el Año de Referencia en los Muelles Convencionales Multipropósitos.

AT: Tonelaje Anual en el Año de Referencia en los Muelles Convencionales Multipropósitos.

tt_i: Tiempo de Ocupación de la nave i-ésima en el Año de Referencia en Terminal de Transbordadores.

NV: Número de Rodados en el Año de Referencia en Terminal de Transbordadores.

82. Como se puede apreciar, la fórmula asociada al Índice de Adjudicación antes señalada excluye un conjunto de tarifas por servicios básicos. Emporcha no entrega mayores explicaciones sobre las razones de esta exclusión, limitándose a señalar que quedarán sujetas a los valores máximos que se detallan en el Anexo II del borrador de las Bases, y que serán reajustadas anualmente según se indique en dicho borrador.

83. Dichas tarifas excluidas son:

TPT: Tarifa de Pasajeros de Turismo.

TTC – 40: Tarifa de Transferencia de Contenedores de 40 pies.

TTCR: Tarifa de Transferencia de Contenedores *Reefers*.

TPC: Tarifa de Transferencia de Pasajeros de Conectividad.

84. La FNE cuestionó en su aporte de antecedentes que las tarifas por los servicios básicos TPT, TTC-40, TTCR y TPC, no estuvieran consideradas en la fórmula insertada en el párrafo 81 precedente, puntualizando que sí debieran incluirse, en la medida que dichas tarifas sean homologables a toneladas de carga (folio 129, p. 45). Respecto de aquellas que no sean homologables, afirma que podrían generar una distorsión en caso de incluirse en el Índice de Adjudicación *“pues una amplia diferencia entre éstas y las que sí son homologables a toneladas de carga entregaría mayor discrecionalidad a los oferentes para aumentar significativamente aquellas tarifas de un orden de magnitud menor, mediante una leve disminución en aquellas tarifas de mayor orden de magnitud, sin necesidad de afectar el Índice Ofertado global”* (folio 129, pp. 45-46). Así, indica que las tarifas denominadas TPT y TPC, al no ser homologables a toneladas de carga, podrían causar dichas distorsiones, por lo que debería fijárseles una tarifa máxima (folio 129, p. 46).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

85. En definitiva, en relación con el cuestionamiento sobre los servicios que debe incluir el índice de adjudicación y sus ponderadores, la FNE ha señalado que éste debiera contener la mayor cantidad de servicios básicos y todas las tarifas de servicios básicos homologables a toneladas, sugiriendo que se corrijan ponderadores y unidades de medida.

86. Sobre esta materia, surgen dos interrogantes. La primera se refiere a los servicios básicos que necesariamente deben ser parte del Índice de Adjudicación. La segunda está relacionada con los ponderadores y factores de homologación de estos.

87. En cuanto a los servicios básicos que deben ser incorporados en el Índice de Adjudicación y en particular, al sentido de la propuesta de la FNE de incluir la mayor cantidad de servicios básicos en este índice, teóricamente pueden presentarse dos interpretaciones.

88. La primera consiste en que solo el valor del Índice de Adjudicación constituya un límite máximo a cobrar, permitiéndose cualquier combinación de tarifas de los servicios básicos que componen el índice, siempre que éste no excediera el índice que permitió adjudicarse la concesión. El riesgo de esta aproximación es que los precios de algunos servicios aumenten sustantivamente, por la pérdida de pertinencia de las ponderaciones contenidas en la fórmula y establecidas en las bases de licitación respectivas.

89. Una segunda aproximación consiste en que cada tarifa ofrecida en el Índice de Adjudicación constituya un límite máximo a cobrar, sin que se permitan variaciones entre las tarifas. Con ello, no solo el Índice de Adjudicación, sino que cada tarifa queda como límite máximo a cobrar. Sin embargo, esta solución genera una rigidez que podría ser innecesaria y costosa cuando se trata de dar en concesión un puerto conformado por distintos tipos de muelles y terminales, como ocurre en este caso. La necesidad de lograr un equilibrio entre dar flexibilidad limitada al Concesionario, sin llegar al extremo de la rigidez que implica establecer cada tarifa como límite, puede dar lugar a soluciones intermedias.

90. En efecto, entre las medidas que acotan los costos de soluciones extremas (plena flexibilidad o plena rigidez), se cuenta la exclusión de ciertos servicios básicos del Índice de Adjudicación, fijando precios máximos a los servicios que sean excluidos. En el caso de autos, las tarifas de servicios básicos excluidas del Índice de Adjudicación quedan sujetas a límites máximos a cobrar, lo que se indica en el Anexo II del borrador de las Bases.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

91. Lo anterior resulta aceptable en la medida que la empresa portuaria justifique que un límite máximo al precio de un número acotado de servicios es necesario por razones de cobertura o de política social y a que un precio mayor, ya sea al momento de adjudicarse la concesión, o producto de una variación una vez adjudicada, resulta inconveniente. Sin embargo, la Solicitante no justificó las razones en virtud de las cuales excluyó del Índice de Adjudicación las tarifas por los servicios básicos TPT, TTC-40, TTCR y TPC. A falta de una debida justificación por parte de Emporcha, este Tribunal considera que esas tarifas deben ser incluidas en dicho índice, salvo las tarifas TPT y TPC, las que se justifica mantenerlas al margen por razones de conectividad, tal como señala la FNE en su aporte de antecedentes. Por lo anterior, se ordenará a Emporcha incluir las tarifas por los servicios básicos TTC-40 y TTCR dentro del Índice de Adjudicación en las Bases de Licitación Definitivas.

92. Por otro lado, el borrador de las Bases contempla la introducción de subíndices - IMC e ITT-. Sin embargo, dicho borrador no señala como se determina el factor de modulación (FMT) asociado a cada uno de estos subíndices. En opinión del Tribunal el factor de modulación debe reflejar la importancia relativa de los Muelles Multipropósito y el Terminal de Transbordadores en los ingresos actuales o esperados de la Infraestructura Portuaria, respectivamente.

93. Respecto de los ponderadores de cada variable dentro de cada subíndice, el borrador de las Bases establece que éstos reflejan la importancia relativa de cada tipo de carga dentro del subíndice respectivo, sin indicar la unidad de medida. Para este Tribunal lo esencial es que los ponderadores reflejen la importancia relativa que tiene cada uno de los servicios básicos en los Muelles Multipropósito y el Terminal de Transbordadores, en término de los ingresos actuales o esperados que representan cada tipo de carga, sin que sea necesario que todos los servicios sean homologables a toneladas. Por ejemplo, si cada pasajero servido hace incurrir al puerto en un costo distinto al que implique cada tonelada de carga fraccionada y cada metro cúbico de contenedor, la homologación a toneladas o a un denominador común es innecesaria; solo del efecto relativo en los ingresos asociados a la provisión de los distintos servicios básicos se deben deducir los ponderadores a usar. Con todo, dichos ponderadores deben estar definidos en las Bases de Licitación Definitivas de modo que, como lo plantea la FNE, no se distorsionen las ofertas llevándolas a contener tarifas disociadas con la incidencia que representan en los ingresos de la provisión de los servicios básicos.

94. Respecto del Índice de Adjudicación para los Muelles Multipropósito (IMC), el borrador de las Bases establece en el punto 3.11.2, letra a), que, en ningún caso, el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Concesionario podrá registrar las tarifas TMC, TMN, TTF, TTC y TTG, que puedan resultar en un IMC mayor al índice tarifario máximo para dichos muelles, para cada año contractual, el que es reajutable. Lo mismo se contempla respecto del Terminal de Transbordadores. De esta manera, el límite máximo a cobrar queda definido para cada subíndice, no para cada tarifa, reconociendo la reajustabilidad aplicable a las tarifas (en este caso por el Índice de Precios al Consumidor, "IPC").

95. La propuesta de Emporcha consistente en establecer límites máximos a cobrar por cada subíndice resulta razonable. Como se señaló en el párrafo 94, la introducción de subíndices dentro del índice total solo tiene sentido cuando se permiten variaciones de precios al interior de cada uno de ellos. Así, el beneficio de contar con subíndices, cada uno referido a productos estrechamente vinculados, se traduce en permitir grados de flexibilidad y evitar una estructura de precios que finalmente implique subsidios cruzados entre servicios que no tienen relación entre sí (v.gr., desde transporte de pasajeros a transferencia de contenedores).

96. La conveniencia de establecer subíndices en la forma que propone la Solicitante es compartida por el SEP, quien aduce que las toneladas transferidas por los Muelles Multipropósito no puedan ser reemplazadas por las toneladas del Terminal de Transbordadores, constituyendo cada una de ellas un componente en la ecuación. El anterior mecanismo, indica, cumpliría una función de resguardo de la transferencia del Terminal de Transbordadores, el cual cumple una función social de conectividad (folio 104, p. 9).

97. La FNE indica que una estructura similar fue ordenada en el Informe N° 11/2014, en que se definieron índices tarifarios máximos por tipo de carga y, que, atendidas las particularidades del Puerto Chacabuco, considera que es más adecuado establecer índices diferenciados entre terminales, como propone Emporcha, por la especialización que existe en ellos (folio 129, p. 49). Sin embargo, propone que se obligue al Concesionario a no superar el Índice de Adjudicación en su totalidad y no un límite por cada uno de los subíndices, IMC e ITT, pues ello le entregaría una mayor libertad en la fijación de tarifas (folio 129, p. 50), lo que no es compartido por esta Magistratura por los argumentos ya expuestos.

98. En conclusión, respecto del Índice de Adjudicación, este Tribunal solicitará que se considere un Índice de Adjudicación, que corresponda a la ponderación entre IMC (subíndice para Muelles Convencionales Multipropósito) e ITT (subíndice para Terminal de Transbordadores), donde la ponderación es el factor de modulación (FMT) indicado en el punto 2.10 del borrador de las Bases. Dicho índice debe incluir la totalidad de los servicios básicos que se prestarán en los Muelles Convencionales Multipropósito y en el Terminal de Transbordadores, con excepción, en este último,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de aquellos servicios que dicen relación con tarifas de pasajeros por conectividad y de turismo (TCT y TPC).

99. Conforme todo lo expuesto, Emporcha deberá ajustar la fórmula propuesta punto 2.10 del borrador de las Bases, en la que deberá incluir las tarifas de todos los servicios básicos, salvo la TCT y TPC.

100. En cuanto al mecanismo de desempate, el borrador de las Bases (punto 2.10) se propone que el criterio para determinar el ganador sea el que ofrezca una oferta por un índice mejorado, lo que parece razonable. En todo caso, se solicitará a Emporcha incorporar en las Bases de Licitación Definitivas que de persistir el empate luego de dos rondas, deberá adjudicarse la licitación a quien ofrezca el menor índice por los servicios básicos que se prestan en los Muelles Convencionales Multipropósito.

(iii) Criterios de evaluación

101. Respecto de los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, es esencial que en las Bases de Licitación Definitivas se establezcan con claridad y objetividad las razones por las cuales una oferta puede ser desestimada, y los motivos por los cuales la Licitación o cualquiera de sus etapas puede ser declarada desierta, a excepción de ciertas materias como el I_{max}, el que, por razones de competencia, debe mantenerse en reserva.

102. El borrador de las Bases establece con claridad lo que debe hacerse en caso de concurrir distintos escenarios. De esta forma, respecto de las causales de rechazo de las ofertas, descritas en el párrafo 76, el punto 2.9 del borrador de las Bases y el punto 2.8.1, tal como se concluyó en el Informe N° 18/2020, parecen razonables.

103. En cuanto a las causales por las cuales se puede declarar desierta la licitación, el borrador de las Bases señala que ello se produciría en los siguientes casos: (i) si no se presentan ofertas; (ii) si las ofertas económicas de los oferentes superan el I_{max} consignado según el punto 2.9.4; y (iii) si existe un empate entre las ofertas económicas y Emporcha decida desestimar todas las Ofertas, dándose por concluida la licitación y declarándola desierta.

104. A pesar de la claridad de las causales en virtud de las cuales se puede declarar desierta la licitación, la tercera de éstas no parece razonable por cuanto ella se puede resolver fácilmente sugiriendo un mecanismo de desempate, como podría ser una contraoferta, o la aplicación del menor de uno de los precios del índice de adjudicación, evitando entregar discrecionalidad a la empresa portuaria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iv) Pagos del Concesionario a Emporcha (incluido el Canon Anual)

105. El borrador de las Bases contempla pagos que debe realizar el Concesionario a Emporcha, por concepto de explotar la concesión de la Infraestructura Portuaria. Y se distingue entre pagos que deben realizarse al momento de celebrar el contrato y aquellos que se pagan durante toda la vigencia de este.

106. En efecto, el borrador de las Bases, en su punto 3.12.1, letra a), establece, en primer lugar, el denominado Pago Estipulado, cuyo monto único y total asciende a la cantidad de 600.000 dólares, más el Impuesto al Valor Agregado, que el Concesionario deberá pagar a Emporcha, en su equivalente en pesos chilenos, al momento de la suscripción del Contrato de Concesión. Como se puede apreciar, se trata de un pago *up front*, que se justificaría, de acuerdo con la respuesta que entregó Emporcha a la Fiscalía al Oficio N° 1467 “en los costos propios de la licitación y de asesorías para este proceso y para el de indemnizaciones a los trabajadores de la Empresa Portuaria que dejarán de prestar servicios a partir de la entrega de la concesión” (folio 129, p. 58).

107. Siguiendo los lineamientos descritos en relación con los pagos que deben realizarse a la empresa portuaria, este pago estipulado debe basarse exclusivamente en los costos que implicó para Emporcha la licitación que va a desarrollarse. No obstante, este no se encuentra justificado, como tampoco las provisiones que debe contemplar para el pago de las correspondientes indemnizaciones. Por este motivo y al igual que en el caso del Pago Anual para la Operación Eficiente, se ordenará a la Solicitante justificar los mismos en las Bases de Licitación Definitivas.

108. Luego, la letra b) del punto 3.12.1, establece el Canon Anual. Al respecto cabe señalar que el inciso tercero del artículo 7° de la Ley de Puertos señala que para el establecimiento del monto mínimo de la renta o canon anual de la concesión portuaria servirá de referencia el valor económico del activo objeto de esta. Lo mismo se señala en el artículo 6° del Reglamento, en donde se establece que el “pago anual equivalente mínimo” por concepto de renta o canon por el período de un año, para el primer año de la Licitación (PAm_i), el se rige por la siguiente fórmula:

$$PAm_i = SVA_i \times r_i$$

Donde:

PAm_i = monto del pago anual equivalente mínimo del año i expresado en US\$.

SVA_i = monto correspondiente a la suma del valor económico para el año i de los activos de la empresa portuaria correspondientes al Frente de Atraque (a que se refiere el Anexo IV de las Bases) expresado en US\$.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

r_i = tasa de cálculo. Corresponde al promedio ponderado de las tasas internas de retorno medias de los pagarés reajustables del Banco Central de Chile (PCR) transados en el mercado secundario durante los 12 meses anteriores al mes de cálculo. Actualmente el Banco Central no emite PCR y en su reemplazo se emiten Bonos Bullet en UF (BCU).

109. Para efectos de determinar el primer pago anual equivalente, deberá considerarse la fecha en que se haga el llamado a licitación como mes de cálculo del pago, y este debe efectuarse asimilando el valor económico de los activos objeto de la concesión a los valores libro vigentes para los mismos, lo que equivale al costo de construcción de las obras ejecutadas por Emporcha en el Área de Concesión. En caso de que la empresa portuaria estime que su valor económico difiere significativamente del valor libro, debe fundamentar el valor económico de los activos en un estudio técnico.

110. En el borrador de Bases se define el Canon Anual como la prestación pecuniaria periódica que el Concesionario debe pagar anualmente a Emporcha por el uso de los activos objeto de la Concesión. En el punto 3.12.1, letra b) del borrador de las Bases se indica que el Concesionario deberá pagar anualmente a Emporcha una suma fijada por este, en dólares, más el Impuesto del Valor Agregado (“IVA”), reajustada anualmente según el Factor de Ajuste del PPI, dentro de los primeros cinco días del mes que sigue al término de cada año contractual y en su equivalente en pesos chilenos el día de la emisión del documento tributario de cobro. La Solicitante aduce, en su presentación de folio 7, que el monto del canon está en proceso de determinación. Posteriormente, a folio 169, aclara que su cuantía anual de referencia es de US \$457.889,08 más el IVA. Añade que este monto se fijó en función del Informe Subiabre, acompañado en conjunto con la presentación de folio 169, el cual acreditaría el costo de reposición de los activos entregados en concesión.

111. Cabe señalar que lo relevante desde el punto de vista de la libre competencia es que el Canon Anual diga exclusiva relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión, a menos que exista una limitación física que haga que una licitación competitiva en base de tarifas conlleve a una congestión del puerto. De no ser este último caso, el monto del Canon Anual debe contribuir a facilitar que las ganancias en eficiencia del Concesionario se puedan traducir en mejores condiciones de precio, cantidad y calidad para todos los usuarios, y no en un eventual traspaso de rentas monopólicas desde el Concesionario a la empresa portuaria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

112. Para que el Canon Anual que Emporcha cobrará por la infraestructura que entrega en concesión sea compatible con las normas de libre competencia, dado que no se prevé congestión, el “valor económico de los activos” debe excluir la posibilidad que eventuales rentas monopólicas de los activos concesionados se traspasen a Emporcha por esa vía, frustrando al menos en parte los resultados procompetencia y de mayor eficiencia asignativa que se esperan del sistema de concesiones portuarias. En consecuencia, en este caso, es recomendable que el valor mínimo del Canon Anual quede establecido en las Bases de Licitación Definitivas y diga relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión, lo que debe hacerse desde el segundo año, en adelante, pues el primer año se rige conforme a lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento.

113. Al respecto, en el borrador de las Bases se explica que este canon tendría como referencia el valor de reposición de los activos objeto de la concesión y, en consecuencia, cumpliría con lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento. Adicionalmente, en el borrador de las Bases, su Anexo XII contiene el procedimiento, los datos y parámetros asociados al cumplimiento al referido artículo 6°.

114. Respecto del Canon Anual, es relevante considerar la propuesta del SEP, en orden de modificar la tasa de rentabilidad considerada para calcular el pago anual equivalente mínimo anteriormente visto. En efecto, el SEP sostiene que una inadecuada determinación de dicho canon puede: (i) capturar valor por parte de los concesionarios de los frentes de atraque; (ii) desincentivar la realización de procesos licitatorios puesto que el valor de la empresa portuaria respectiva puede caer producto de la concesión; y (iii) generar asimetría competitiva en procesos licitatorios paralelos (proyectos con o sin inversiones) (folio 104, p. 6).

115. Específicamente, el SEP afirma que es conveniente que el valor de los activos utilizados para el cálculo del canon sea el costo de reposición de los mismos, pero que la tasa de rentabilidad que ellos generarían pueda aproximarse al valor de una tasa WACC (por las siglas en inglés de “costo promedio ponderado de capital”), y que ella sea especialmente calculada para empresas portuarias estatales. A juicio del SEP, dicha tasa mediría de mejor forma el costo de oportunidad de los recursos invertidos, cumpliéndose así el objetivo del canon portuario. Asimismo, señala que este cambio no tiene efectos en contratos de concesión vigentes, fortalece la argumentación sobre la adecuada fijación del canon y se alinea con los objetivos de la Ley de Puertos y con Informes del Tribunal (folio 104, pp. 6 y ss.).

116. Por otra parte, la determinación del monto del Canon Anual presentada por Emporcha a folio 169, y que sigue el planteamiento señalado, se basa en el Informe

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Subiabre, el cual utiliza la tasa WACC argumentando que los pagarés reajustables del Banco Central de Chile se dejaron de emitir en 2002 y, en la actualidad, dichos instrumentos únicamente se transan en el mercado secundario sujeto a tasas negativas. Todo ello justificaría esta modificación al tenor de la facultad contemplada en el inciso 5° del artículo 6° del Reglamento (folio 169, p. 3).

117. Al respecto, cabe señalar que el inciso 5° del artículo 6° del Reglamento, señala que “[p]or defecto, la suma de los valores económicos de los activos objeto de arrendamiento o concesión se considerará igual a la suma de los valores libro vigentes para los mismos. En caso que se estime que el monto inicial de la suma de los valores libro de los activos difiere significativamente del valor económico de éstos, el directorio de la empresa podrá utilizar un valor para SVA1, basado en un estudio técnico que sirva de fundamento para establecer la nueva base de cálculo para el PAm1.”

118. Que, como se observa, la autorización contemplada en dicho inciso corresponde al valor dado para la suma de los activos (“SVAi”) y que, para llegar a un canon de arrendamiento concordante con un valor económico, ellos deben necesariamente calcularse en base a la tasa de rentabilidad que generarían desde un punto de vista económico, esto es, reflejando su costo de oportunidad. De esta manera, aunque no existe una referencia a esta tasa de rentabilidad (“ri”) y en principio no podría modificarse dicha parte de la fórmula, tanto el SEP como Emporcha, han dado cuenta de un problema que se observa respecto de “ri”, pues como se señaló, los pagarés reajustables del Banco Central de Chile dejaron de emitirse hace dos décadas y se siguen transando con valores negativos. Naturalmente, no es posible aceptar un canon negativo, pues no es concebible que los activos realmente tengan un costo de oportunidad negativo (i.e., que su mejor alternativa es desvalorizarse), lo que podría redundar en distorsiones en el valor económico de los activos que el canon anual pretende reflejar. Esto último justificaría una interpretación armónica de dicha norma por cuanto, tal como ésta declara, el canon anual es el monto de las rentas por el uso de los activos objeto de la concesión y debe tener “(...) como referencia para tal efecto el valor económico de los mismos”. De este modo, se puede inferir que la autoridad, al momento de establecer el inciso citado, buscó evitar que la valorización de los activos que se entregan en concesión quedara desactualizada. Lo mismo ocurriría si se aplicara de forma literal la definición de “ri”, por lo que, para evitar una interpretación al absurdo de la norma, se debería aplicar respecto de esa parte de la fórmula la misma facultad contemplada para “SVAi”, permitiéndose que la empresa portuaria utilice un valor distinto justificado en un estudio técnico.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

119. Atendido lo anterior, se ordenará a la Solicitante considerar para el pago anual equivalente mínimo el valor de los activos sobre la base de una tasa de rentabilidad que considere todas sus fuentes de financiamiento pertinentes y que reflejen el verdadero costo de oportunidad del financiamiento (v.gr., usando la tasa WACC), tal como lo sugirió el SEP y fue propuesto por Emporcha al folio 169.

120. A continuación, el borrador de las Bases en el punto 3.12.1, letra c), establece que el Concesionario debe pagar a Emporcha un pago anual para la *operación eficiente* de la empresa portuaria correspondiente a US\$1.300.000 más IVA, reajustado según el Factor de Ajuste del PPI, el cual debe realizarse en cuatro cuotas al inicio de cada trimestre del año contractual.

121. Como lo ha señalado el Tribunal en los Informes N° 4/2009, N° 5/2009, N° 6/2009 y N° 18/2020, el pago para la operación eficiente de la empresa portuaria, como todos los otros que se establezcan, deben especificarse en las Bases de Licitación Definitivas, lo que en este caso sucede, y deben estar razonablemente asociado a los costos en los que incurrirá la empresa portuaria.

122. Pese a que este pago se especifica en el borrador de las Bases, Emporcha no entregó antecedentes que justifiquen su monto, ni explicó como estaría asociado a los costos que tiene por objeto cubrir. Por esta razón, se ordenará a la Solicitante justificar los mismos en las Bases de Licitación Definitivas.

123. Por último, el Concesionario deberá acreditar, a satisfacción de la Solicitante y al momento de la firma del Contrato de Concesión, la provisión de los fondos ascendentes a la suma máxima de 3.400.000 dólares en una institución financiera y que serán destinados a financiar programas de mitigación para trabajadores portuarios, monto que no forma parte del precio de la concesión de la Infraestructura Portuaria (borrador de las Bases, punto 3.12.1 letra d)). Asimismo, en esa fecha deberá entregar a Emporcha copia autorizada de la escritura pública que contenga un mandato irrevocable otorgado por el Concesionario a la institución respectiva, en virtud de la cual este le encargue a aquella el pago de esos fondos, indicándole la forma, oportunidad y destinatarios de este.

124. En la misma respuesta al Oficio N° 1467 de la FNE, Emporcha afirmó que para arribar a dicho monto se utilizó un estudio que se basó en los pagos efectuados en la licitación de la Empresa Portuaria de Coquimbo, empresa que sería de similar volumen y características de Emporcha.

125. Este Tribunal no hará observaciones en este punto atendido que ya existe un estudio efectuado por Emporcha que, como señala dicha empresa, fue elaborado tomando como base los antecedentes utilizados para un puerto de similares

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

características por lo que el monto se encontraría justificado en base a los costos como ha sido la exigencia en esta materia.

(v) Infraestructura a concesionar y plazos, exigencias de experiencia y patrimonio mínimos, garantías, sanciones y multas, imponderables y fuerza mayor.

126. El artículo 3° del Reglamento exige la elaboración de una Memoria Explicativa por parte de la respectiva empresa portuaria y señala las materias mínimas que ésta debe contener, en tanto que su artículo 4° establece los contenidos mínimos de las Bases de la Licitación en concordancia con su Memoria Explicativa.

127. Al respecto, es indispensable que tanto la capacidad de la infraestructura a concesionar como los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes, se encuentren predefinidos con claridad en dicha Memoria Explicativa, tal como se observa en el borrador de Bases de Licitación. De esta manera, la competencia por tarifas que se propone en este informe se producirá entre servicios de calidad y características de infraestructura equivalentes, y con ello los postulantes estarán en mejores condiciones de evaluar los costos y riesgos de la provisión de los servicios.

Capacidad de la infraestructura a concesionar

128. En el Anexo IV del borrador de las Bases, se establecen (i) los deslindes del recinto portuario; (ii) el lugar en el que se encuentra el área base con su superficie y deslindes; (iii) la ubicación, superficie y deslindes del área de desarrollo marítimo; y (iv) los lotes involucrados en la concesión, todas las cuales se encuentran circunscritas dentro de los límites del recinto portuario de la empresa.

129. Como se ha señalado anteriormente, dichas áreas serán destinadas a la atención de naves y sus cargas en el Puerto de Chacabuco, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del Reglamento de Licitaciones.

130. A juicio de este Tribunal, la capacidad e infraestructura a concesionar se encuentran debidamente descritas en el borrador de las Bases.

Estándares de Calidad de Servicio

131. Las velocidades de transferencia mínimas y promedios por tipo de nave o tipo de carga que deberá cumplir el Concesionario se establecen en el Anexo III de las Bases.

132. Así, en el Cuadro N° 1 del citado anexo, se especifican las Velocidades de Transferencia Mínimas por nave (TOM), distinguiendo, junto con el tipo de nave, el tipo de envase o unidad de medida, el equipo de transferencia y la velocidad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tonelada hora o unidad hora. A su vez, en el Cuadro N° 2, se especifican las Velocidades de Transferencia Promedio por nave (TOMA), distinguiendo, junto con el tipo de nave, los mismos elementos ya señalados.

133. Respecto de otras variables que miden la calidad del servicio, el borrador de Bases de Licitación considera (i) el Tiempo de Ocupación Máximo; (ii) el Tiempo de Ocupación Máximo Anual; y (iii) el Tiempo de Espera Máximo.

134. De acuerdo con lo revisado precedentemente, el borrador de Bases de Licitación cumple con señalar los mecanismos mediante los cuales medirá el nivel de calidad de los servicios.

Exigencias en materia de plazos

135. Adicionalmente, en Informes anteriores, se ha considerado que el establecimiento de plazos mínimos para la presentación de las propuestas a que se refiere el artículo 7° del Reglamento, favorecen la competencia en la Licitación ya que aseguran a los postulantes recabar información que es esencial para participar.

136. A este respecto, el borrador de Bases establece en el punto 2.1, que el llamado a licitación se realizará conforme al citado artículo 7° del Reglamento, y que la venta de dichas bases se realizará desde el llamado a licitación hasta 90 días corridos antes de la recepción de las ofertas. Se indica también que dicho artículo establece que el período de venta debe extenderse al menos por 15 días después de la publicación del último aviso en el diario de circulación nacional.

137. No obstante lo anteriormente expuesto, en el citado borrador no se especifica la fecha del llamado a Licitación; el período para formular consultas; la fecha de recepción de ofertas ni apertura de la “Oferta Antecedentes Generales”. Tampoco se indica el plazo para la revisión del cumplimiento de dichos antecedentes generales, ni la fecha de apertura de las Ofertas Económicas, ni tampoco se indica, ni la fecha de firma del contrato, todo lo cual se considera que debe ser incorporado en las Bases de Licitación Definitivas.

138. En vista de lo anterior, se ordenará a la Solicitante singularizar adecuada y claramente en las Bases de Licitación Definitivas las etapas de licitación que se señalan en el párrafo precedente.

139. En relación con el plazo de vigencia del Contrato de Concesión, la propuesta de Emporcha contempla otorgar la concesión por el plazo 20 años, lo que parece razonable teniendo en consideración la experiencia del sector y los montos de las inversiones a realizar, particularmente el POI.

Exigencias en materia de experiencia y patrimonio mínimo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

140. La experiencia y patrimonio mínimo se regula detalladamente en el punto 2.7 del borrador de las Bases. En cuanto a la primera, se exige tener experiencia como “operador calificado”, esto es, aquel que haya transferido 350.000 toneladas o 20.000 vehículos de carga rodada al año. Si el oferente es un consorcio, bastará que uno de sus miembros haya transferido esa carga mínima, no pudiendo acumularse la de dos o más empresas. Sin perjuicio de esto, el borrador de las Bases puntualiza que la experiencia la puede tener la sociedad matriz del oferente o miembro del consorcio, la de otra filial de esa matriz o la de la filial del oferente o miembro del consorcio respecto de la cual uno de estos sea controlador. Por último, se prohíbe utilizar, para acreditar la experiencia, la de los socios minoritarios sin control.

141. Sobre este punto, la FNE en su aporte de antecedentes señaló que, en promedio, durante los años 2016 y 2019, la carga anual de toneladas y el número de rodados, es prácticamente equivalente al nivel de carga y rodados exigido como experiencia mínima por Emporcha en el borrador de las Bases. En efecto, señala el mencionado informe que se habrían transferido anualmente en dicho período entre 400.000 a 600.000 toneladas y se habrían transferido entre 20.000 y 40.000 rodados, todo ello de acuerdo con información que le aportó Emporcha. Así, la Fiscalía concluye que *“si bien la experiencia exigida podría ser considerada proporcionalmente alta, no constituiría por sí misma una restricción significativa a la participación de múltiples oferentes, pues el Puerto de Chacabuco moviliza una magnitud de carga muy inferior a otros puertos que se han sometido a procesos de licitación portuaria”* (folio 129, p. 41). Del mismo modo, tampoco considera que la prohibición de acumular experiencia en el caso de que el oferente sea un consorcio afecte significativamente la participación de posibles interesados (folio 129, pp. 41 y 42).

142. En lo que se refiere al patrimonio mínimo, el borrador de las Bases establece que los oferentes deben acreditar uno de US\$ 3.500.000, requisito que es extensible a cada uno de los miembros de un consorcio. Alternativamente, se faculta acreditar dicho patrimonio mínimo no solamente con el propio patrimonio sino también mediante la fianza solidaria de otro miembro del consorcio, en su caso, o de la sociedad matriz respecto de la cual el oferente o un miembro del respectivo consorcio sea filial. En el punto 2.7.2. se establecen los requisitos que deben tener esta fianza solidaria, así como las formas de acreditar el patrimonio mínimo.

143. Al respecto, la FNE no ahonda mayormente sobre la razonabilidad del monto exigido como patrimonio mínimo, limitándose a señalar que dicho monto por sí

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mismo no es un *“factor que restrinja significativamente la participación en la licitación”*.

144. Tal como se ha sostenido en otras oportunidades (v.gr. Informes N° 10/2014, 11/2014 y N° 18/2020), las exigencias en materia de experiencia y de patrimonio no deben ser desmedidas pues, de serlo, podrían constituir un desincentivo a la entrada de nuevos participantes o interesados idóneos en la concesión. Sin perjuicio de lo anterior, parece razonable la exigencia de un nivel mínimo de experiencia y patrimonio, con el fin de evitar ofertas que puedan generar problemas de renegociación con posterioridad a la adjudicación. Con todo, y en conformidad con anteriores Informes (v.gr. Informe N° 18/2020), se considera necesario que la experiencia de operador calificado diga relación con la transferencia de carga y no con los vehículos de carga rodada, por lo que se exigirá que la experiencia corresponda a 350.000 toneladas al año.

Garantías

145. Conforme con el artículo 13 del Reglamento, Emporcha debe contemplar en las Bases de la Licitación Definitivas las exigencias relacionadas con las garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento de contrato, estableciendo que la primera no puede ser inferior al costo de desarrollo del proceso de licitación. A su vez, el artículo 14 de dicho cuerpo normativo dispone que la garantía de fiel cumplimiento de contrato no podrá tener un monto inferior al 100% del ingreso anual que perciba Emporcha por concepto de canon.

146. En el borrador de Bases de Licitación se indica que el oferente deberá entregar una boleta de garantía por un monto mínimo de UF 10.000, tomada en beneficio de Emporcha para asegurar el mantenimiento y la seriedad de la oferta efectuada en relación con la licitación de los frentes de atraque que componen la Infraestructura Portuaria, en especial, pero no excluyente, para caucionar las obligaciones del futuro adjudicatario. En la sección correspondiente se regulan una serie de materias vinculadas a esta garantía, tales como el mecanismo para hacerla efectiva; el plazo y condición para devolver aquellas garantías a los oferentes que no resultaron adjudicatarios; las causales para exigir su pago sin necesidad de autorización previa del árbitro designado; y la posibilidad de reclamar perjuicios, aunque se haya hecho efectiva la garantía, en caso de producirse estos.

147. A su vez, el borrador de las Bases contempla en el punto 3.13.1, la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, sin embargo, su monto no está determinado.

148. Adicionalmente, el borrador de las Bases establece una garantía de Fiel Cumplimiento del Proyecto Obligatorio de Inversión (punto 3.13.2. del borrador de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las Bases) y una garantía sobre “Provisión de fondos Concesión Frentes de Atraque” (punto 3.13.3 del citado borrador). En el primer caso, tampoco se establece el monto al que ascenderá la garantía y respecto del segundo, se indica que el monto corresponderá a la misma suma de los fondos que garantizan.

149. Al respecto, y desde el punto de vista de la libre competencia, es deseable que las garantías no sean excesivas, esto es, que no disuadan innecesariamente la participación de los interesados, para lo cual su monto no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una y deberá incorporarse en las Bases de Licitación Definitivas.

Régimen de sanciones y multas

150. De acuerdo con la letra m) del artículo 4º del Reglamento, las Bases de Licitación Definitivas deben contemplar el régimen de sanciones y multas aplicables a los incumplimientos del Concesionario.

151. Al respecto, en primer lugar, cabe señalar que el borrador de Bases de Licitación señala bajo qué circunstancias Emporcha podrá poner término anticipado a la concesión portuaria. Ello se producirá por mutuo acuerdo de las partes o bien cuando el Concesionario incumpla gravemente sus obligaciones.

152. En relación con el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, el borrador de las Bases es poco claro por cuanto señalan que se indicarán en las mismas bases cuáles son las obligaciones cuyo incumplimiento se considera grave, pero no se mencionan, indicándose que se definirá en el Contrato de Concesión (punto 3.25.1) y que sería una causal de término de la concesión. Sí se establece una causal de caducidad cuando no se presten los servicios básicos durante 48 horas sin causa justificada. A juicio de este Tribunal, no quedan razonablemente especificadas en borrador de Bases las causales de incumplimiento grave de parte del Concesionario, por lo que se ordenará especificarlas.

153. Los incumplimientos de obligaciones no calificados como graves, serán sancionados con las multas que se establecerán en el punto 3.20 del borrador de las Bases. Dichos incumplimientos están detallados en las letras a) a j), respecto de las multas señaladas en las letras a), c), d), f), g), i) y j) no se establece un monto determinado, solo la referencia a que corresponderán a montos en dólares, reajustados anualmente según la variación del PPI del año anterior. Mientras que, en los demás casos, solo se indica que la multa corresponde a la aplicación de un 20% de recargo en el costo para el Concesionario.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

154. Las causales de incumplimiento merecedoras de multas están suficientemente descritas en el borrador de las Bases, por lo que se cumple con los criterios de transparencia e información que deben tener los potenciales interesados en participar en esta licitación. Sin embargo y como ya se adelantó, se deben especificar el monto de las multas.

155. El mencionado punto 3.20 del borrador de las Bases regula también el procedimiento de reclamo de las multas y la forma de pagarla. En cuanto a lo primero el reclamo se somete al arbitraje considerado en el borrador de las Bases, lo que parece correcto pues se deja a un tercero la decisión final del mismo.

156. Sin embargo, el borrador de Bases de Licitación establece que es requisito para poder reclamar de la aplicación de una multa, el pago previo de la misma, lo que este Tribunal ya ha considerado inconveniente (v. gr. Informe N° 18/2020), pues esta figura hoy casi no es aceptada por razones de debido proceso. Además, en el extremo, podría desincentivar la participación en la Licitación y la competencia *ex ante*. Por tanto, y al igual como se ordenó en el citado informe, dicha exigencia debe ser eliminada del punto 3.20.2 del borrador de Bases. Lo anterior es sin perjuicio del plazo para pagar la multa señalado en el artículo 23 del Reglamento.

Imponderables y fuerza mayor

157. En el punto 3.16 del borrador de las Bases, sobre “*Destrucción de los frentes de atraque y reconstrucción*”, se plantean distintas situaciones frente a eventos de fuerza mayor que destruyan total o parcialmente la Infraestructura Portuaria.

158. En el caso de destrucción total, esto es, si la capacidad de operación de los frentes de atraque se haya reducido en un 66% o más, si el Concesionario desea perseverar en el Contrato de Concesión debe comunicarlo a Emporcha para quien será facultativo aceptar o rechazar dicha petición. En los casos de destrucción parcial se plantean dos escenarios. El primero, cuando la capacidad de operación de los frentes de atraque se haya reducido en un 33% o menos, consigna que las obligaciones de ambas partes permanecerán inalteradas. El segundo, cuando la capacidad de operación de los frentes de atraque se haya reducido en más de un 33% y menos de un 66%, establece la facultad del Concesionario de terminar el contrato o de continuar con él, en cuyo caso sus obligaciones permanecen inalteradas, salvo el pago de Canon Anual inmediatamente siguiente al evento, el que será reducido en el mismo porcentaje en que se reduzca la capacidad de operación de la Infraestructura Portuaria.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

159. Las diferencias que surjan con ocasión de los porcentajes de la capacidad operativa de los frentes atraque serán resueltas por el experto independiente a que se refiere el párrafo 173.

160. Los pagos por concepto de indemnizaciones de las compañías de seguros con quienes se hayan celebrado los respectivos contratos se realizarán a Emporcha, sin que el Concesionario tenga derecho a reembolso por este concepto, sin perjuicio de lo que se indica en el párrafo siguiente sobre la reparación o reconstrucción de los frentes de atraque.

161. En el evento que el Concesionario opte por perseverar en el contrato o deba continuar con su ejecución, deberá restaurar o reconstituir los frentes de atraque dañados, para lo cual deberá presentar a Emporcha un proyecto de inversión que deberá ser aceptado por ésta. En este caso, Emporcha deberá entregar al Concesionario los recursos necesarios para la ejecución de las obras hasta por el monto que reciba por concepto de indemnizaciones por los seguros comprometidos.

162. Las disposiciones de las Bases de Licitación Definitivas relativas a la reconstrucción y reparación de los frentes de atraque por fuerza mayor deben estar en línea con el artículo 15 del Reglamento que establece que “[S]erán de cargo del arrendatario, concesionario o de la sociedad, en su caso, las reparaciones por siniestros o daños materiales causados en los bienes que se encuentren bajo su responsabilidad, salvo caso fortuito o fuerza mayor, debidamente acreditado”. Se establece en el borrador de Bases que en los casos de destrucción total y aquellos que reduzcan entre un 33% y un 66% de la capacidad operativa de los puertos, se le otorga la facultad al Concesionario de perseverar en el contrato y solo se le obliga a esto último en el caso que la pérdida de dicha capacidad operativa sea de un 33%. Por consiguiente, en las dos primeras situaciones no se está haciendo responsable al Concesionario de reparar el frente de atraque por eventos de fuerza mayor o caso fortuito, salvo que voluntariamente opte por perseverar en el contrato, en cuyo caso no se infringiría el artículo 15 antes mencionado. Sin embargo, cuando la disminución en la capacidad operativa del frente de atraque corresponde a menos de un 33%, el borrador de las Bases establece que se mantienen las obligaciones inalteradas del Concesionario, incluso si la causal es caso fortuito o fuerza mayor, lo que contravendría la citada norma, razón por la cual se ordenará a la Solicitante modificar esta disposición en las Bases de Licitación Definitivas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS

9.1. Introducción

163. El borrador de las Bases debe promover condiciones de provisión de los servicios portuarios básicos lo más cercanas posible a las que prevalecerían en un mercado competitivo en términos de precio, cantidad y calidad; esto es, que las condiciones *ex post* sean similares a las que prevalecerían bajo una situación competitiva o lo más cercanas a las de un monopolio perfectamente regulado.

164. Tal como se ha establecido en anteriores Informes (v.gr. Informes N° 11/2014 y N° 18/2020), la competencia en la licitación que asigna los frentes de atraque objeto de este informe no es la única relevante para el buen funcionamiento del mercado de servicios portuarios. El hecho que se asigne una concesión usando como variable de adjudicación el menor precio o, como en este caso, un polinomio de los menores precios a cobrar por los servicios básicos es porque se concibe que lo que se está licitando es un monopolio o una instalación que puede detentar un grado de poder monopólico significativo. Esta es la contribución principal de la visión de Demsetz a un problema que, hasta entonces, sólo parecía abordable con una detallada regulación *ex post* (véase, Demsetz, H. (1968): *Why regulate utilities*, Journal of Law and Economics, vol. 11, pp. 55-65).

165. Lo anterior no obsta a que, una vez que la concesión sea asignada competitivamente también se debe resguardar en la misma licitación el desempeño posterior del adjudicatario en la provisión de dichos servicios, de modo que lo que se pudo controlar con la licitación por precio, no se descontrole con acciones diferentes a la imposición del precio y que redundan en un eventual abuso de la posición monopólica. A esta segunda aproximación, el Tribunal se ha referido como el ámbito de la competencia *ex post* y sobre las cuales se aboca esta y la próxima sección sobre resguardos estructurales.

9.2. Marco regulatorio aplicable a la prestación de servicios portuarios y resguardos conductuales propuestos por Emporcha

166. Como se ha señalado, la administración y operación de la Infraestructura Portuaria está regulada por la Ley de Puertos, su Reglamento y por el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque (en adelante, "RUFA") de Emporcha (aprobado por Resolución Exenta N° 1.027 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de fecha 21 de julio de 1999), además de las Bases de Licitación y las normas generales, como el D.L. N° 211.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

167. Este conjunto de normas se analiza a continuación agrupándolo en las siguientes materias: (i) acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios; (ii) mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros; (iii) obligaciones en relación a las tarifas; (iv) del registro y publicidad de las tarifas especiales; (v) normas de calidad; (vi) reglas de asignación de capacidad y atención eficiente de las naves y carga; (vii) deberes de transparencia e información; (viii) control de no discriminación y Comité de Directores; y, (ix) modificaciones del Contrato de Concesión.

(i) Acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios

168. El Puerto de Chacabuco es un puerto de uso público, lo que obliga al futuro Concesionario de la infraestructura portuaria a prestar servicios en forma continua, permanente y no discriminatoria. Estas obligaciones están establecidas en el inciso final del artículo 14 de la Ley de Puertos y en el artículo 19 letra d) del Reglamento.

169. Por su parte, el RUFA de Emporcha que se transcribió en el Anexo V del borrador de las Bases, establece en sus artículos 13 y siguientes que cada concesionario deberá contar con un Manual de Servicios, el que será de conocimiento público y establecerá las normas y procedimientos conforme a las cuales los particulares, concesionarios y usuarios podrán acceder a los servicios que se presten en los frentes de atraque de dicho puerto.

170. En el punto 3.9.4 del borrador de las Bases se establece que las normas y procedimientos que se establezcan en el Manual de Servicios se deben orientar a otorgar un trato no discriminatorio a los usuarios de los frentes, un uso eficiente de la infraestructura, y un desarrollo armónico y sustentable en el largo plazo de la actividad portuaria (artículo 19 del RUFA).

171. Tal como se ha determinado en informes anteriores (Informes N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 18/2020), se establecerá que las condiciones para la prestación de los servicios por parte del Concesionario, deberán ser generales y no discriminatorias y estar contenidas en documentos públicos (como puede ser el mencionado Manual de Servicios), a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el Concesionario de este puerto mantenga en él, como en los medios que utilice en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio *web* u otro).

(ii) Mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros

172. El RUFA de Emporcha establece en su artículo 44 que los usuarios de los frentes de atraque podrán someter al conocimiento o resolución del Gerente General de Emporcha las controversias que se susciten con los concesionarios respecto de la prestación de los servicios contratados con éstos. Producto de lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

anterior, la empresa portuaria podrá sancionar con multas a aquellos concesionarios que infrinjan las normas o procedimientos establecidos en el respectivo Manual de Servicios.

173. Sin perjuicio de lo señalado y considerando lo que se ha resuelto en informes anteriores (Informe N° 6/2009 y N° 18/2020, entre otros), es conveniente que el borrador de las Bases contemple la posibilidad de que Emporcha actúe de oficio ante situaciones de discriminación, lo que puede contribuir a la eficacia y eficiencia de la fiscalización de conductas contrarias a la libre competencia. Lo anterior está contenido en el punto 3.20.2 del citado borrador, en que se faculta a la Solicitante para aplicar multas y sanciones de oficio, una de cuyas hipótesis se relaciona con actos de discriminación en el acceso, servicios o tarifas, sin perjuicio del derecho del Concesionario de acudir al árbitro o al experto independiente, al que se hace alusión en los puntos 3.29.1 y 3.29.2 del borrador de las Bases.

(iii) Obligaciones en relación con las tarifas

174. Según lo dispuesto en el inciso final del artículo 14 de la Ley N° 19.542, el Concesionario deberá establecer tarifas públicas y no discriminatorias por sus servicios básicos, las que no podrán ser superiores a las tarifas máximas acordadas en el Contrato de Concesión.

175. El borrador de las Bases establece, en su punto 3.11.3, que Emporcha podrá negar el registro de tarifas que no se adecúen a su oferta y a lo estipulado en las Bases de Licitación Definitivas y en el Contrato de Concesión. Este sería el caso en que la Tarifa por Servicios Básicos exceda las Tarifas Máximas reguladas fuera del índice, o si ellas dan como resultado para los dos subíndices que componen el índice de adjudicación, un valor superior al que resultó de la adjudicación.

176. Adicionalmente, en el borrador de las Bases (punto 3.11.2 d) se indica que el Concesionario deberá cumplir con las siguientes condiciones para la identificación y fijación de las tarifas de los servicios básicos:

- a. No se podrán realizar cobros adicionales por actividades y/o recursos implícitos y necesarios para prestar alguno de los servicios básicos.
- b. La tarifa de cualquier servicio que incluya alguna actividad propia de un servicio básico no podrá exceder de la tarifa más alta fijada por el Concesionario para el servicio básico que incluye esa actividad.
- c. La suma de las tarifas de servicios que incluyan una o más actividades comprendidas en un servicio básico no podrá exceder a la tarifa más alta fijada por el Concesionario para ese servicio básico.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- d. Podrá ofrecer grupos de servicios, pero el usuario siempre podrá contratar un servicio registrado en forma individual pagando la tarifa registrada por el Concesionario.
- e. Las tarifas serán públicas, objetivas y no discriminatorias.
- f. La identificación de los servicios se hará en base a las actividades que lo componen.

177. Las condiciones descritas son necesarias ya que evitan el cobro de tarifas discriminatorias. En este orden, el borrador de las Bases señala que el Concesionario tendrá libertad para fijar las tarifas que cobre por los servicios que preste, siempre que, en el caso de los servicios básicos, éstas sean menores a las tarifas ofertadas conforme a lo señalado en el punto 3.11.2 del borrador de las Bases, y que podrá establecer tarifas diferenciadas para cada servicio cuando ellas se fijen en base a criterios objetivos y no discriminatorios (punto 3.11.1).

178. Respecto de lo anterior, el Concesionario deberá manejar de manera separada el Índice de Adjudicación por cada unidad de negocio, en subíndices máximos. Esto es uno para los Muelles Multipropósito y otro para el Terminal de Transbordadores, ello con el fin de evitar subsidios cruzados entre ambas áreas de negocio. El valor ofertado por cada subíndice en el Índice de Adjudicación se considerará el valor máximo anual que dicho subíndice podrá alcanzar durante la operación de la concesión. Esto evitará problemas de arbitraje de tarifas *ex post* entre servicios que se otorgan en el Muelles Multipropósito versus el Terminal de Transbordadores. Las tarifas dentro de cada subíndice podrán determinarse libremente por el concesionario, siempre que no superen, en conjunto, el valor máximo del subíndice respectivo.

179. A su vez, los criterios de diferenciación asociados a cada tarifa deberán ser puestos en conocimiento de todos los usuarios y de Emporcha. Por este motivo, deberán establecerse en las Bases de Licitación Definitivas o en el Contrato de Concesión, normas de registro de tarifas que prevengan un uso estratégico o discriminatorio producto de la facultad de la concesionaria de establecer tarifas diferenciadas o de modificar libremente las tarifas. Uno de esos mecanismos es el sugerido en anteriores informes (Informes N° 6/2009, N° 9/2013, N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 18/2020), en los que se ordenó que las tarifas que el Concesionario determine deberán ser registradas ante la empresa Portuaria respectiva con al menos 30 días de anticipación a su entrada en vigencia, teniendo un plazo mínimo de duración de 60 días. Este mecanismo se contempla en el punto 3.13 del borrador de las Bases.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

180. Respecto de lo señalado en la letra d) del párrafo 176, el cual establece que el Concesionario “Podrá ofrecer grupos de servicios”, se solicitará que se agregue la palabra “básicos”, y una frase a continuación que indique que se prohíbe la venta atada de servicios básicos con servicios especiales, con el fin de evitar conductas exclusorias y discriminatorias.

181. Por último, para evitar cualquier discriminación arbitraria entre clientes, como la adopción de condiciones más beneficiosas para algunos en desmedro de otros, se exigirá que las tarifas que cobre el Concesionario por sus servicios básicos, especiales u opcionales, sean objetivas, públicas y no discriminatorias, tal como se propone en el borrador de las Bases (letra d) v) del punto 3.11.2). Asimismo, cualquier acuerdo particular entre el Concesionario y un determinado usuario que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas, deberá ser incorporado a las tarifas vigentes y hacerse públicas a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas, tal como se propone en el punto 3.11.1. del borrador de las Bases.

182. Respecto de las tarifas de servicios especiales, ellas no quedan sujetas a regulación dado que el monto a cobrar se determina en condiciones competitivas. Ahora bien, con el objeto de transparentar los aportes que los servicios especiales representan en los ingresos del Concesionario, se solicitará que éste indique en sus estados financieros qué servicios se clasifican como básicos y cuáles se clasifican como especiales. Asimismo, se le solicitará que en una nota de los estados financieros exprese el aporte total de los servicios especiales. Lo anterior, permitirá tener un mejor control respecto de la correcta clasificación entre servicios especiales y básicos, la que podrá ser revisada conforme a lo señalado en esta Sección.

(iv) Del registro y publicidad de las tarifas especiales

183. Respecto de las tarifas especiales, se señala en el borrador de las Bases (punto 3.11.3), que el Concesionario deberá acompañar, junto a la solicitud de registro, la memoria de cálculo en base a la cual determinó la tarifa de los servicios especiales, incluyendo el detalle de gastos generales y utilidades. Además, establece expresamente que se deberán incluir en dicha memoria los antecedentes que permitan comprobar la existencia de condiciones de competencia respecto a la prestación del respectivo servicio en los frentes de atraque, de manera de verificar que el servicio no se está prestando en condiciones monopólicas. En caso de no ser así, Emporcha podrá negar el registro de la tarifa.

184. Si bien es necesario registrar y publicitar las tarifas tanto de los servicios básicos como la de los servicios especiales, como se indica en el borrador de Bases, se ordenará eliminar la obligación del Concesionario de presentar la memoria de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cálculo de los servicios especiales porque las tarifas de dichos no se encuentran sujetas a fijación tarifaria y tampoco se aplican respecto de ellas valores máximos. Lo anterior por cuanto no corresponde que el Concesionario acompañe dicha memoria ni que Emporcha verifique si dichas tarifas se adecuan o no a las condiciones de mercado imperantes.

(v) Normas de calidad

185. Tal como se propone en el borrador de las Bases en el punto 3.9, es necesario establecer en éstas o en el Contrato de Concesión un estándar de calidad mínimo que deba cumplir el Concesionario, al menos en cuanto a los tiempos de ocupación máxima por nave -TOM- (esto es, el tiempo que demora el Concesionario en la transferencia de carga de una nave promedio), tiempos de ocupación máxima anuales -TOMA- y tiempos máximos de espera por nave, cuyo cumplimiento deberá ser supervisado por Emporcha.

186. Asimismo, y como se ha solicitado en informes previos (Informes N° 6/2009, N° 9/2013, N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 18/2020), Emporcha deberá establecer multas o sanciones eficaces para prevenir el incumplimiento de dichos estándares de calidad de servicio o los umbrales de ocupación que sean definidos.

(vi) Reglas de asignación de capacidad y atención eficiente de las naves y carga

187. El RUFA no establece un orden específico para la asignación de la capacidad del puerto para la atención a las naves, ni para la atención a la carga, sino que delega esta función en los respectivos reglamentos y manuales de servicios, cuando corresponda. Sin embargo, señala que la programación del atraque de las naves y su atención deberá hacerse sobre la base de reglas de prioridad técnicas y objetivas previamente definidas en los manuales de los concesionarios, orientadas a un uso técnico-económico eficiente de los sitios y a asegurar un trato no discriminatorio de los usuarios.

188. De este modo, en el borrador de las Bases se menciona algunos criterios que deberán cumplir las reglas de prioridad, identificando los sitios a los cuales son aplicables, la forma y contenido de la solicitud de atraque, la antelación con que debe presentarse y los procedimientos de programación, entre otros. Sin perjuicio de esto, en el RUFA de Emporcha se establece que el Reglamento y el Manual de Servicios deberán contemplar, al menos, la asignación de prioridad por estricto orden de llegada de las naves al puerto, en caso de igualdad de condiciones.

189. Asimismo, el artículo 37 del RUFA de Emporcha señala que el Reglamento o el respectivo Manual de Servicios deberán establecer las normas que el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Concesionario utilizará para asignar, al menos, las vías de circulación y las áreas del frente de atraque que se destinen a la realización de funciones de embarque y desembarque, así como las que se destinen a almacenamiento, acopio y depósito comercial.

190. En línea con lo resuelto en informes anteriores (v.gr. Informe N° 11/2014 y N° 18/2020), se deberá establecer clara y objetivamente en los respectivos reglamentos o manuales de servicios, las condiciones de prioridad y asignación de los espacios, uso de infraestructura y capacidad en el puerto, debiendo realizarse en términos objetivos y no discriminatorios. El borrador de las Bases contempla lo anterior, al señalar que se exigirá al Concesionario la elaboración de un Manual de Servicios (punto 3.9.4) que deberá contener normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves, todo ello de conformidad con los criterios generales y requisitos mínimos establecidos en el RUFA.

191. Por su parte, en el mismo punto del borrador de las Bases se establece multas por el mal uso o por la demora en la prestación de servicios a los diversos usuarios de la Infraestructura Portuaria, las que también responden a criterios claros y objetivos.

192. Además, Emporcha deberá informar a la Fiscalía Nacional Económica respecto de cualquier modificación que pretenda introducir a las normas de asignación de capacidad o prioridad en la atención de naves, a fin de que esta última pueda velar por su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia en el ámbito de sus atribuciones.

(vii) Deberes de transparencia e información

193. El Concesionario deberá constituirse como sociedad anónima de giro exclusivo y se registrará por las normas de las sociedades anónimas abiertas, según lo establece el número 1 del inciso tercero del artículo 14 de la Ley N° 19.542, lo que se contempla en el punto 3.1 del borrador de las Bases.

194. En concordancia con lo establecido en informes anteriores (v. gr. Informe N° 11/2014 y N° 18/2020), Emporcha deberá, además, establecer la periodicidad con la que el Concesionario deberá entregarle la información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, tales como precios y cumplimiento de estándares de calidad. Asimismo, dicha información deberá ponerse a disposición de cualquier interesado, tanto en las oficinas que el Concesionario mantenga en Chacabuco, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio *web* u otro).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

195. Junto con lo anterior, las Bases de Licitación Definitivas deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información respecto de sus empresas relacionadas, en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores (en adelante, “Ley N° 18.045”).

196. Por otra parte, el Concesionario deberá proporcionar al Directorio de Emporcha la información que éste le requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la Ley, de las Bases de Licitación, del Contrato de Concesión y de las condiciones establecidas en este Informe, información que el Concesionario o sus accionistas no le podrán negar amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. En este último caso, Emporcha deberá adoptar los resguardos correspondientes para asegurar su mantención en dicha calidad.

197. Adicionalmente, se considera necesario incorporar en las Bases de Licitación Definitivas la recomendación formulada en el Informe N° 18/2020, relativa a la obligación de la concesionaria de entregar en forma anual mallas societarias de sus accionistas de y sus empresas relacionadas, como asimismo las toneladas movilizadas en los respectivos frentes de atraque y por región, en los 12 meses anteriores a cada fiscalización, desagregada por tipos de carga y también por modalidades o categorías de usuarios, tanto a la Solicitante como a la Fiscalía Nacional Económica.

(viii) Control de no discriminación – Comité de Directores

198. En el evento que uno o más usuarios relevantes se integren verticalmente con el concesionario, de conformidad a lo dispuesto en la Sección 10, Emporcha, en sus Bases de Licitación Definitivas, deberá exigir a dicho Concesionario dar cumplimiento a las obligaciones que establece el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046, esto es contar con directores independientes y un Comité de Directores. Asimismo, podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores que se constituya de conformidad con dicho artículo.

(ix) Modificaciones del Contrato de Concesión

199. Las modificaciones del Contrato de Concesión estarán sujetas a las siguientes reglas.

200. Emporcha deberá establecer un mecanismo de adecuación del Contrato de Concesión distinguiendo entre materias que serán modificadas previa consulta al directamente por el Tribunal y aquellas cuya modificación se efectuará de común

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acuerdo o mediante el procedimiento de resolución de controversias que se establezca en el contrato, según se establece en el acápite (ii) de esta Sección.

201. Para modificar el Contrato de Concesión en aquellas materias relacionadas con la estructura tarifaria y pagos del Concesionario a Emporcha, será necesario que (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que haya entrado en operaciones el Recinto Portuario de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, y (ii) este Tribunal las hubiere autorizado en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Tratándose de la reclasificación de los servicios especiales y básicos, dicha autorización podrá solicitarse cuando hubiere transcurrido a lo menos un año desde que haya entrado en operaciones el Recinto Portuario de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión,

202. Para modificar otras materias del Contrato de Concesión será necesario que: (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que haya entrado en operaciones el Recinto Portuario de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, y (ii) las modificaciones propuestas se hayan notificado previamente a la Fiscalía Nacional Económica con, al menos, 90 días de anticipación a su implementación.

10. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

10.1. Introducción

203. En forma adicional a los resguardos señalados en las Secciones 8 y 9 anteriores, en esta Sección se analizarán los resguardos estructurales en materia de integración vertical y horizontal, así como la necesidad de establecer o no restricciones estructurales.

204. Como se ha señalado, Emporcha solicita: (i) que no se establezca una restricción estructural a la integración vertical respecto de la posesión que podrán tener el conjunto de los usuarios relevantes en el total del capital, derechos políticos y utilidades del futuro Concesionario; y (ii) que se decrete que la restricción a la integración horizontal sea absoluta. Además, solicita que los controladores y accionistas de las sociedades concesionarias de un frente de atraque estatal que pudieran verse afectadas por las restricciones a la integración horizontal del Dictamen N° 1.045 y de los informes emitidos por el Tribunal sobre la materia, pueden participar en la licitación del frente de atraque a licitar, pero que, en caso de adjudicarse la concesión, deben optar entre el recinto portuario licitado y aquel en que son partícipes (folio 7, p. 62).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

205. Respecto del resguardo estructural a la integración vertical, Emporcha sostiene que no se justifica establecer resguardos estructurales atendido que la restricción a la integración vertical puede ser sustituida por reglas menos invasivas, pero de igual eficacia, pues esta última debe ser impuesta solo como una medida de “última ratio” (folio 7, p. 52).

206. En cuanto al resguardo estructural a la integración horizontal, funda su solicitud de que esta sea absoluta atendido que un escenario con -a lo menos- dos actores, sin relación entre sí, estimula que ellos se disputen intensamente los servicios portuarios y fomenten una disminución de las tarifas (folio 7, p. 52).

207. A este respecto, cabe indicar que, tal como se ha señalado en informes anteriores (Informes N° 6/2009, N° 10/2014, N° 11/2014 y N° 18/2020), en el análisis de los resguardos estructurales se debe tener en consideración que éstos tienen por objeto asegurar la existencia de oferentes de servicios portuarios independientes y que carezcan de incentivos para incurrir en conductas contrarias a la libre competencia.

10.2. Integración Vertical

(i) Opinión de los intervinientes

208. Como se señaló, la Solicitante es de la opinión que la restricción a la integración vertical puede ser sustituida por reglas menos invasivas, pero de igual eficacia, como son las reglas conductuales de no discriminación, entre otras, por lo que propone que no se establezcan limitaciones a este respecto (folio 7, p. 52). Esta posición es compartida por el SEP, quien agrega que, permitir la integración vertical, incluso a niveles del 100%, es decir, sin limitaciones estructurales, coadyuvará a posibilitar la existencia de mayor “tensión competitiva”, lo que sería beneficioso para todos los usuarios y para la cadena logística de la zona (folio 104, p. 4). En el mismo sentido se pronuncian los informes económicos acompañados por Emporcha: “Informe Económico Licitación Empresa Portuaria Chacabuco”, elaborado por Patricio Arrau (folio 161, p. 77); y “Condiciones de competencia y regulatorias del futuro concesionario del Puerto de Chacabuco”, elaborado por Butelmann Consultores (folio 163). Este último informe agrega que la imposición de la restricción a la integración vertical, además, genera riesgos de competencia derivados de: (i) menor competencia en la licitación; (ii) la imposibilidad de implementar y fiscalizar dicha regla, atendida la información disponible; y (iii) la inconveniencia de profundizar las asimetrías regulatorias existentes entre el futuro Concesionario y Puerto Oxcean, que participan y compiten en un mismo mercado relevante bajo condiciones que no son equivalentes (folio 163, p. 42).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

209. Asimismo, Campport coincide con Emporcha en cuanto a que, particularmente en esta licitación, no debieran existir restricciones a la integración vertical, agregando que cualquier regla restrictiva no sólo disminuiría el número de oferentes, sino que podría hacer fracasar la licitación. Agrega que el análisis de esta restricción debe ser realizado considerando sus ventajas y riesgos en la competencia, y si las primeras son superiores a los segundos, resulta razonable no imponer restricciones, siempre y cuando los riesgos se encuentren debidamente mitigados mediante la imposición de otros remedios menos intrusivos (folio 133, pp. 15 - 16).

210. La FNE, por su parte, estuvo por establecer una restricción en atención a que: (i) los resguardos conductuales son insuficientes para detectar y evitar conductas exclusorias como el sabotaje; y (ii) la estructura del mercado, con alta concentración en los segmentos de navieras y agentes de naves, incrementan sustantivamente los incentivos de una empresa que ya cuenta con posición dominante a integrarse verticalmente con la administración del Puerto y utilizarla para protegerse de la competencia potencial de nuevos entrantes y de la expansión de los actuales. Por estos motivos, la Fiscalía pidió fijar el umbral de integración vertical para usuarios relevantes en un 40% del capital, derechos a voto o del derecho a las utilidades de la empresa concesionaria (folio 129, pp. 68 – 74, y folio 180, p. 20).

211. En la misma línea que la FNE, Puerto Oxxean plantea la necesidad de imponer una prohibición absoluta a la integración vertical, o en subsidio, que la participación del usuario relevante no sea superior al 60%, además de ampliar la calificación de personas relacionadas al Concesionario portuario o a los usuarios relevantes. Agrega que las especiales características de la demanda de servicios portuarios en la región justifican el establecimiento de tal restricción por el nivel de concentración que presentan las navieras que utilizan los puertos. En efecto, arguye que Navimag y Naviera Austral no sólo son los principales usuarios de Emporcha y Puerto Oxxean, sino que además se encuentran horizontalmente relacionados entre sí. Aduce que Emporcha no habría demostrado por qué, en un mercado que exhibe las características de concentración de la demanda como las descritas en su aporte, no debieran imponerse restricciones a la integración vertical similares o incluso más estrictas que aquellas que se han impuesto en casos anteriores que presentaban menores niveles de concentración de la demanda que el de autos (folio 113, pp. 15-21).

212. Finalmente, el MTT pide que se efectúe un análisis pormenorizado de todos los usuarios de los frentes de atraque objeto de la concesión, evaluando posibles riesgos asociados a una eventual integración vertical y fijando umbrales adecuados a tal efecto (folio 112, p. 10).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

213. En conclusión, se observa que entre los aportantes al proceso hay diversas posturas respecto de la necesidad de establecer resguardos a la integración vertical, variando las propuestas de fijación del umbral de participación de los usuarios relevantes entre un 0% y un 100%, es decir, desde la prohibición absoluta a permitir la integración vertical sin restricciones en la propiedad de la sociedad concesionaria que puede tener un usuario relevante.

(ii) Opinión del Tribunal

214. La doctrina en materia de integración vertical señala que esta puede tener efectos procompetitivos, por dos vías. La primera, eliminando costos de transacción, que surgen de la coexistencia de: (i) inversiones específicas; (ii) la imposibilidad de prever todas las contingencias futuras en un contrato; y (iii) la posibilidad de que se produzcan comportamientos oportunistas por parte de terceros, aprovechándose de que esas inversiones no tienen uso alternativo (véase, por ejemplo, Klein, B., R. Crawford y A. Alchian (1978): “*Vertical Integration, Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process*”, *The Journal of Law and Economics* V. 21, N 2). Así, por ejemplo, la posibilidad de que exista integración vertical por parte del concesionario podría incentivar la inversión en activos específicos (como grúas u otros). El segundo efecto procompetitivo de una integración vertical es que se elimina el problema de doble marginalización o de monopolios sucesivos, que se produce cuando dos o más agentes relacionados verticalmente, cada uno de ellos con poder de mercado, hacen un uso explotativo de dicho poder. En este caso, la integración vertical no solo mejora la posición conjunta de las firmas que se integran, sino que, además, genera un cobro al consumidor final que es inferior al que se produce por monopolios sucesivos (véase, Hamilton, J. L, e I. Mqasqas, “*Double Marginalization and Vertical Integration: New Lessons from Extensions of the Classic Case.*” *Southern Economic Journal*, vol. 62, no. 3, Southern Economic Association, 1996, pp. 567–84).

215. Por otra parte, la literatura también reconoce que este tipo de operaciones puede generar riesgos para la competencia cuando la firma integrada verticalmente tiene la capacidad y los incentivos para excluir rivales, ya sea mediante el cierre total o parcial de insumos y/o clientes. Para que estas acciones tengan el carácter de anticompetitivas, ellas además deben tener el potencial de generar efectos nocivos para la competencia. En consecuencia, para evaluar posibles riesgos para la competencia asociados a la integración vertical, un elemento central que se debe dilucidar es si la entidad fusionada tendrá la capacidad e incentivos para desplegar conductas exclusorias en perjuicio de sus competidores aguas arriba (cierre de clientes) o aguas abajo (cierre de insumos), lo que, en último término, le permitirá

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

afectar a los consumidores (véase Gore, D., Lewis, S., Lofaro, A., & Dethmers, F. (2013). “*The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*”. Cambridge: Cambridge University Press, capítulo 5).

216. En el caso de la industria naviera, los riesgos de la integración vertical han sido latamente descritos en informes anteriores. En suma, ellos dicen relación, fundamentalmente, con la posibilidad que el concesionario integrado niegue el acceso al terminal portuario, discrimine entre sus usuarios o incurra en prácticas de sabotaje, es decir, riesgos relacionados principalmente con el cierre de insumos (v.gr. Informe N° 20/2021, p. 68).

217. Para que un puerto integrado verticalmente tenga la capacidad de ejecutar prácticas anticompetitivas en contra de navieras competidoras (cierre de insumos), este debe tener un poder de mercado significativo en el mercado de provisión de servicios portuarios. En efecto, si en respuesta a un alza en el precio del servicio provisto por el puerto, o ante una disminución en la calidad del mismo, las navieras afectadas pudieran fácilmente cambiarse de proveedor de servicios portuarios, entonces el puerto no tendrá la capacidad de perjudicarlas ni de afectar su desenvolvimiento competitivo. Por lo tanto, en este caso, es necesario evaluar el grado de competencia existente entre el puerto que será concesionado y los otros proveedores de servicios portuarios en los mercados relevantes identificados. A este respecto, como se indicó en la sección sobre condiciones de competencia en los mercados relevantes, Emporcha es monopolista en la provisión de servicios para la transferencia de contenedores, graneles sólidos y rodados.

218. Por su parte, los incentivos a excluir a los competidores de la firma integrada serán mayores si el puerto tiene la capacidad de cubrir la demanda que, eventualmente, el competidor excluido deja disponible. En efecto, la aprehensión relativa a la integración vertical, en particular respecto del transporte naviero, es que el respectivo puerto, con el propósito de beneficiar a su naviera integrada, perjudique, limite o excluya a competidores de ésta, de modo de abrirle espacios que no obtendría de manera competitiva.

219. Este contexto sugiere que para establecer una regla que limite la integración vertical y esta reduzca o elimine los incentivos a prácticas exclusorias, se deben considerar: i) las condiciones de competencia en el mercado relevante en el que incide para determinar si la firma integrada tendrá la capacidad e incentivos para excluir competidores, y si dicha exclusión tiene el potencial de generar efectos nocivos para la competencia; ii) las eficiencias de la integración vertical en esta industria; iii) la suficiencia de los resguardos conductuales establecidos en el RUFA

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y la Ley de Puertos; y iv) los efectos de un resguardo estructural en el número de oferentes en la licitación.

220. En cuanto a la primera consideración, como se señaló, para que una firma integrada verticalmente tenga la capacidad de ejecutar prácticas exclusorias en contra de sus competidores en otro nivel de la cadena productiva, debe tener un significativo poder de mercado en la etapa que participa -v.gr. mercado de servicios básicos provistos por los puertos-. Por lo tanto, para analizar la probabilidad de ocurrencia de este riesgo es necesario considerar el grado de competencia existente entre el puerto que será concesionado y sus competidores.

221. Como se expondrá a continuación, es posible concluir que, en el presente caso, las condiciones de competencia en las que se desenvuelve Emporcha ameritan el establecimiento de resguardos estructurales. En efecto, las condiciones de competencia en los mercados relevantes descritos en la Sección 7 muestran que la integración vertical en este caso genera riesgos anticompetitivos que ameritan la imposición de resguardos estructurales, debido a que: (i) Emporcha es monopolista en los mercados de servicios básicos de transferencia de carga contenedorizada, carga rodada y de granel sólido; (ii) Emporcha tiene una participación alta en los mercados de servicios básicos de transferencia de granel líquido y atención de pasajeros (cruceros) y solo existe un competidor en este tipo de carga que posee un [30 – 40]% y [40 – 50]% de participación en dichos mercados, respectivamente; (iii) no se cuenta con antecedentes que permitan sostener que Puerto Oxxean y Puerto Cisnes tengan la capacidad e incentivos para aumentar su presión competitiva sobre Emporcha en el futuro; y (iv) si bien no existen antecedentes en autos que indiquen la existencia de barreras absolutas a la entrada de nuevos competidores, si existen dificultades a la misma que pueden desincentivar o retrasar el ingreso de nuevos competidores en los mercados relevantes definidos, al menos en el mediano plazo.

222. Por todo lo expuesto, es posible concluir que, al menos en los mercados anteriormente descritos, el futuro Concesionario tendría la capacidad para realizar conductas exclusorias en caso de estar integrado verticalmente con algún usuario relevante porque sus clientes no cuentan con alternativas (es monopolista), o estas tienen limitaciones en términos de la nave de diseño que pueden atender en el mercado relevante geográfico.

223. Establecido lo anterior, se debe examinar si un Concesionario integrado verticalmente con un usuario relevante tendría los incentivos para incurrir en conductas exclusorias. La teoría de organización industrial postula que un agente económico que tiene la capacidad de excluir, en principio, podría tener los incentivos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para hacerlo y así extender su posición dominante al mercado aguas abajo, lo que debe ser evaluado caso a caso, en base a información de precios, márgenes, tasas de traspaso de costos (*“pass-through rate”*), razones de desvío desde las firmas excluidas hacia la firma que ejecuta la conducta, entre otros elementos (véase S. Moresi y S. Salop, *“vGUPPI: Scoring unilateral pricing incentives in vertical mergers”*, 79 Antitrust Law Journal N° 1, 2013, y *“Testing Vertical Mergers for Input Foreclosure – Note by Carl Shapiro”*, Roundtable on Vertical Mergers in the Technology, Media and Telecom Sector, DAF/COMP/WD(2019)75, 7 de junio de 2019). Sin embargo, dicha información no se puede obtener sin conocer la identidad del usuario relevante que podría integrarse con el Concesionario, ya sea ofertando en la licitación o adquiriendo un porcentaje en la propiedad de la sociedad concesionaria mientras se encuentre vigente la concesión, la que tiene una duración de 20 años según indica el borrador de las Bases. A falta de dicha información, se asumirá que, en caso de contar con la capacidad para excluir competidores, la firma integrada verticalmente también tendrá los incentivos para efectivamente llevar a cabo dicha exclusión. Asimismo, en razón del poder monopólico que tendrá el Concesionario en algunos de los mercados relevantes descritos, es razonable asumir, en caso de producirse la exclusión, ya sea parcial o total, que esta tendrá el potencial de generar efectos nocivos para la competencia.

224. En lo que se refiere a las eficiencias de una eventual integración vertical entre el concesionario del puerto y algún usuario relevante, éstas deben ser verificables, inherentes y aptas para compensar los potenciales riesgos derivados de la integración. Sin embargo, en el caso de autos, más allá de las ventajas teóricas que se expusieron en el párrafo 214 (costos de transacción y doble marginalización), no se han acreditado en autos eficiencias producto de una eventual integración vertical. Es más, en el propio informe económico acompañado a folio 163 por la Solicitante, luego de señalar que, en su concepto, no existen riesgos asociados a la integración vertical porque Emporcha no contaría con poder de mercado, este señala que *“un análisis prospectivo de eficiencias asociadas a la integración potencial -de no sabemos quién con quién- es simplemente imposible de llevar a cabo”* (folio 163, pp. 30 - 32).

225. Por otra parte, los resguardos conductuales establecidos en la Sección 9, si bien mitigan en parte estos riesgos, no son suficientes. A pesar de que se han ido imponiendo al Concesionario mayores obligaciones de informar a la empresa portuaria y más atribuciones a quien tiene que fiscalizarlo, los costos de información y de supervisión que implica una fiscalización efectiva siguen siendo altos, ya que existen prácticas sutiles de discriminación, distinta de precios, que son muy difíciles de detectar y sancionar. Entre otras, y como se citó en el Informe N° 6/2009, se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pueden mencionar dentro de ellas la asignación de espacios más funcionales en las áreas de acopio a las relacionadas, dar mejor calidad de servicio a las mismas, usar información privilegiada y manipular la reserva de sitios.

226. Junto con lo anterior, tal como menciona la Fiscalía, existen riesgos de sabotaje consistentes en el deterioro de la calidad de los servicios que una empresa verticalmente integrada presta a sus competidores aguas abajo. El riesgo de sabotaje es una conducta particularmente difícil de detectar y fiscalizar ya que puede concretarse mediante mecanismos sutiles para lograr una merma en la utilidad de los servicios que se prestan. Por ejemplo, en los servicios básicos de transferencia de carga, la degradación de la calidad de los servicios podría significar mayores tiempos de espera o de carga y descarga, mayor número de movimientos o la generación de mayores costos en general (FNE a folio 129, p. 68 y 69).

227. Por último, el cuarto elemento que se debe ponderar al momento de fijar una restricción a la integración vertical es el efecto que dicha restricción puede ocasionar en la competencia en la licitación. En el informe económico que rola a folio 163 se arguye que una restricción de este tipo generaría menor competencia en la licitación, sin embargo, no se aportaron antecedentes suficientes en el proceso que respalden esta afirmación. Por el contrario, la experiencia indica que la fijación de una regla como la que se ha descrito no ha sido obstáculo para que se lleven a cabo licitaciones exitosas de frentes de atraque estatales. Incluso, si se considerara que la restricción a la integración afecta el proceso licitatorio, al ponderar ambos elementos -una mayor cantidad de oferentes versus mitigar de forma más efectiva los riesgos a la libre competencia ya descritos-, resulta más conveniente privilegiar el segundo objetivo. En cuanto al argumento esgrimido en el informe de folio 163, según el cual esta regla sería imposible de implementar y fiscalizar porque las empresas portuarias estatales no cuentan con suficientes facultades fiscalizadoras, ello no es efectivo atendidos los resguardos conductuales indicados en la Sección 9 relacionados con los deberes de información que allí se establecen y las facultades fiscalizadoras con las que cuenta la propia FNE.

228. Finalmente, el cuestionamiento a la asimetría regulatoria que existiría entre Emporcha y sus competidores (Puerto Oxxean y Puerto Cisnes) si se le establecen limitaciones a una eventual integración vertical, este será desechado atendido que: (i) la Ley de Puertos mandata a este Tribunal a emitir un informe en el cual se establecen los términos que regirán la concesión (artículo 14); y (ii) el análisis de competencia efectuado sobre los mercados en los que se desenvuelve el puerto de Emporcha justifica el establecimiento de resguardos habida cuenta del poder de mercado que dicho puerto tiene en los mercados relevantes identificados.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

229. En suma, existen antecedentes suficientes en el expediente que justifican establecer un resguardo a la integración vertical que mitigue efectiva y suficientemente los riesgos previamente descritos, por lo que se rechazará la propuesta de Emporcha de que no se fijen restricciones a este respecto, adoptándose el umbral que se indica a continuación. Esta medida es adicional a lo dispuesto en el párrafo 198.

(iii) Regla de Integración Vertical

230. Ningún usuario relevante, por sí o a través de otra persona natural o jurídica, podrá poseer más del 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 de la Infraestructura Portuaria, en los términos de la letra b) del artículo 99 de Ley N° 18.045.

231. Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de pasajeros o carga general por vía marítima en puertos de uso público, sea como: (a) empresas navieras, (a.i) con más de un 10% del número de pasajeros, o un 10% de tonelaje de carga marítima movilizadas a nivel nacional; (a.ii) con más de un 15% del número de pasajeros, o un 15% de tonelaje de carga marítima movilizadas en la región respectiva; o (a.iii) con más de un 25% del número de pasajeros, o un 25% del tonelaje de carga marítima movilizadas en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión; (b) exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, operadores de transporte multimodal, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier otro título o modalidad, con exclusión de los agentes de muellaje, (b.i) con más de un 15% del número de pasajeros, o un 15% de tonelaje de carga marítima movilizadas en la región respectiva; o (b.ii) con más de un 25% del número de pasajeros, o un 25% del tonelaje de carga marítima movilizadas en el frente de atraque objeto de la respectiva concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas) participare a varios títulos o en distintos eslabones de la cadena de transporte marítimo, será considerado usuario relevante si supera los porcentajes referidos en razón de su participación en un mismo eslabón o a un mismo título. Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán al 31 de marzo y 30 de septiembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a Emporcha dentro de los 30 días siguientes.

232. Para los efectos de los porcentajes máximos referidos precedentemente, al porcentaje de propiedad, voto o utilidades que tengan directamente en la sociedad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesionaria sus accionistas, se agrega la participación total que posean en la propiedad, voto o utilidades de la concesionaria sus personas relacionadas.

10.3. Integración Horizontal

(i) Opinión de los intervinientes

233. Como se señaló, Emporcha solicita que la restricción a la integración horizontal de propiedad sea absoluta respecto de las empresas que forman parte de los mercados relevantes definidos. Plantea que un escenario con dos actores o más, sin relación entre sí, estimula que ellos se disputen los servicios portuarios y, consecuentemente, se fomente una disminución de las tarifas. Por estos motivos, Emporcha considera que Puerto Oxxean debe ser excluido como futuro Concesionario de la infraestructura que se licitará. En concepto de Emporcha, si no se establecen restricciones horizontales y Puerto Oxxean (actual incumbente en la Bahía de Chacabuco) se adjudica la concesión, no habrá garantías de que se produzca un beneficio o rentabilidad social mayor al que se generaría con la mantención de la oferta de servicios portuarios que existe en la actualidad (Solicitud a folio 7, pp. 52 - 54).

234. En general, salvo Campport, los aportantes de antecedentes coinciden con la propuesta de Emporcha. En efecto, el SEP señala que para mantener una adecuada competencia resulta necesario que existan, al menos, dos operadores que compitan en la zona, razón por la cual no debe ser permitida la integración horizontal, tanto de propiedad como operativa (folio 104, p. 5). El MTT pide que no se autorice la integración con operadores portuarios del mercado relevante, dado que la existencia de este tipo de integración reduce el número de jugadores en el mercado y, con ello, las alternativas de oferta de servicios portuarios (folio 112, p. 9). La Fiscalía informa en los mismos términos, pues indica que decretar una restricción absoluta a la integración horizontal en esta licitación resulta del todo adecuado producto de las condiciones de competencia existentes. La FNE fundamenta la prohibición argumentando que, si la licitación fuese adjudicada a Puerto Oxxean, se pasaría de un escenario de alta competencia en la atención a pasajeros de cruceros y en transferencia de carga fraccionada, a un monopolio en las mismas, propiciando también una mayor concentración en la atención de rodados, que solo tendría algún grado de menor presión competitiva por parte de Puerto Cisnes (folio 129, p. 67). Finalmente, si bien Puerto Oxxean comparte que la restricción a la integración horizontal sea absoluta por encontrarse justificada, estima que, en el presente caso, su alcance debiera ampliarse al futuro Concesionario del Recinto Portuario de Puerto Montt (solicitud de la Empresa Portuaria de Puerto Montt, autos Rol NC-469-

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20) porque se trata de mercados que se encuentran estrechamente interrelacionados (folio 113, p. 3).

235. Por su parte, Camport señala que la existencia de capacidad ociosa, informada por Emporcha en su Solicitud, genera que se incentive la competencia ex post, circunstancia que, en su concepto, *“representa un desincentivo a la competencia por la cancha, cuya solución más evidente y eficaz consistiría en no imponer restricciones a la integración horizontal o al menos no imponerla en los términos propuestos por EMPORCHA”* (folio 133, p. 8).

(ii) Opinión del Tribunal

236. Los riesgos de la integración horizontal en la industria naviera se relacionan con la posibilidad de eventuales coordinaciones entre los terminales portuarios del mercado. En el mismo sentido, al permitir que un actor del mercado participe de la Licitación, disminuye la cantidad de actores independientes en comparación al escenario de prohibición absoluta de la integración horizontal y, por lo tanto, disminuye la competencia ex post. A su vez, también se ha sostenido que esta integración presentaría algunos beneficios como el aprovechamiento de las economías de escala y de ámbito.

237. A juicio de este Tribunal, la prohibición absoluta de la integración horizontal es la opción que se justifica a partir de los antecedentes que obran en este proceso, en particular, por la limitada competencia que enfrenta Emporcha en los servicios básicos que provee y las escasas alternativas existentes para los usuarios de los servicios portuarios, circunstancia que no se proyecta cambie a futuro.

238. Así las cosas, en línea con los antecedentes informados por la mayoría de los intervinientes en el proceso, incluido la propia Emporcha, dicha empresa enfrenta escasa competencia en los frentes de atraque que administra en la actualidad, siendo Puerto Oxxean, y en menor medida Puerto Cisnes, los únicos sustitutos existentes. Además, dichos puertos solo serían sustitutos respecto de algunos de los servicios básicos ofrecidos por la empresa estatal, y solo respecto de las naves de menor tamaño, de modo que permitir la integración horizontal genera el riesgo de que existan aún menos alternativas de frentes de atraque independientes para los usuarios de los puertos de la región. Respecto de lo solicitado por Puerto Oxxean en cuanto a que la restricción a la integración horizontal aplique también para el futuro Concesionario del Recinto Portuario de Puerto Montt, ello no será considerado atendido que pertenecen a mercados relevantes distintos y, como se indicó, los resguardos establecidos a la restricción vertical resuelven las aprehensiones planteadas por dicho aportante, por lo que extender la prohibición más allá de la Región de Aysén no se justifica. Asimismo,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los argumentos planteados en esta sección permiten desechar la propuesta de Campor de que, en el presente caso, no se impongan restricciones a la integración horizontal.

239. Por lo tanto, atendido el escaso número de competidores que enfrenta Emporcha en los mercados relevantes definidos y el poder de mercado con el que cuenta, se estima necesario prohibir de manera absoluta la integración horizontal respecto de la sociedad concesionaria que se adjudique la Licitación, de modo tal que existan otros agentes económicos que puedan ejercer presión competitiva sobre los frentes de atraque entregados en concesión.

(iii) Regla de Integración Horizontal

240. En conclusión, considerando los razonamientos anteriores, este Tribunal prohibirá la integración horizontal en los frentes de atraque licitados. Así, la sociedad que se adjudique la concesión, y sus personas relacionadas no podrán participar directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público emplazado en la costa continental de la Región de Aysén -sea público o privado-, actual o futuro, que provea servicios portuarios.

10.4. Reglas comunes para la restricción vertical y horizontal

241. Tal como se ha analizado en los párrafos precedentes, este Tribunal ha determinado, conforme a los razonamientos ya expuestos, la necesidad de imponer restricciones a la integración vertical y horizontal, por lo que resulta necesario establecer reglas comunes a tales restricciones, referidas a los siguientes aspectos: (i) cálculo de porcentajes máximos; (ii) transferencia forzosa del exceso; y, (iii) vigencia.

(i) Cálculo de porcentajes máximos

242. Para los efectos de las reglas anteriores, se tendrá por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045, sin perjuicio de las facultades de la Comisión para el Mercado Financiero para dar por establecida tal relación.

(ii) Transferencia forzosa del exceso

243. Los estatutos de la sociedad concesionaria deberán establecer que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que supere los umbrales de participación permitidos en la regla de integración vertical o incumpla la regla de integración horizontal antes indicada, deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación o desvincularse, de la manera que tales accionistas acuerden en los pactos que celebren, otorgándose en todo caso poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a esa enajenación, por medio de una bolsa de valores,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

si pasados 45 días desde que venció el plazo indicado, este exceso no fuere enajenado.

244. Las Bases de Licitación Definitivas y el Contrato de Concesión deberán establecer que, si pasados seis meses desde que se hubiere requerido por Emporcha, la enajenación del exceso de participación en la forma establecida en el Contrato de Concesión, no se ha procedido a enajenar el referido exceso de participación a un tercero no sujeto a inhabilidad, se entenderá por ese solo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, y Emporcha tendrá derecho a poner término a la concesión, según lo dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19.542.

(iii) Vigencia de las restricciones

245. Las reglas de integración horizontal y vertical tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años de celebrado el Contrato de Concesión, cualquiera de las partes de ese contrato podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su modificación en un procedimiento consultivo si las condiciones de competencia varían u otras condiciones lo ameritan, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la otra parte.

(iv) Participación en la Licitación

246. Ningún interesado estará impedido de participar en la Licitación. Sin embargo, los controladores y accionistas de un frente de atraque de uso público y los usuarios relevantes que pudieren verse afectados por las restricciones a la integración horizontal y vertical establecidas en la Sección 10 de este Informe, en caso de adjudicarse la Concesión, deberán realizar los ajustes de propiedad, participación o vinculación que sean necesarios para cumplir con lo dispuesto en la Sección 10, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se adjudique a la licitación.

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

De conformidad con lo expuesto, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1º, 18 N° 7 y 31 del Decreto Ley N° 211; 3º, 5º, 7º, 14, 18, 19, 22, 23 y 50 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal; 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores; 50 bis de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas; 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 23 y 24 del D.S. N° 104 del 1998 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, las demás normas legales y reglamentarias citadas y pertinentes, se resuelve:

Evacuar el Informe solicitado al folio 7 por la Empresa Portuaria Chacabuco, fijando las siguientes condiciones a que deberá sujetarse la Licitación del Puerto Chacabuco, las que deberán incorporarse a las respectivas Bases de Licitación Definitivas y al Contrato de Concesión:

A. Resguardos de la competencia en la Licitación:

- 1) La Licitación deberá adjudicarse al postulante que ofrezca el menor Índice Tarifario, construido como promedio ponderado de dos subíndices, uno para los Muelles Multipropósito y otro para el Terminal de Transbordadores. En caso de empate en dos o más ofertas económicas, se deberá informar a los postulantes que se encuentren en dicha situación el plazo que disponen para mejorar su oferta, a efectos de que formulen a Emporcha una "Oferta Final", la que, en caso alguno, podrá ser más alta a la ya ofertada y tampoco podrá superar el Índice Máximo de Reserva, tal como se indica en el borrador de las Bases. Así, en este último caso, la concesión se adjudicará al oferente que proponga la mejor Oferta Final. En todo caso, de persistir el empate luego de dos rondas, deberá adjudicarse la Licitación a quien ofrezca el menor índice por los servicios básicos que se prestan en los Muelles Multipropósito;
- 2) Emporcha deberá establecer un Índice Tarifario Máximo de Reserva ("Imax") secreto, en virtud del cual puedan ser rechazadas la o las ofertas que lo excedan y, en el caso de que todas las ofertas se encuentren en esta situación, la Licitación será declarada desierta;
- 3) Emporcha deberá incluir dentro del Índice de Adjudicación todas las tarifas de los servicios básicos que provea, con excepción de la Tarifa de Transferencia de Pasajeros de Conectividad (TPC) y la Tarifa de Pasajeros de Turismo (TPT).
- 4) Emporcha deberá elaborar el factor de modulación (FMT) asociado a cada subíndice de forma que refleje la importancia relativa de los Muelles Multipropósito y del Terminal de Transbordadores en los ingresos actuales o esperados de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Infraestructura Portuaria, respectivamente. Asimismo, en cuanto a los ponderadores de cada variable dentro de cada subíndice, estos deberán reflejar la importancia relativa que tiene cada uno de los servicios básicos en los Muelles Multipropósito y el Terminal de Transbordadores, en término de los ingresos actuales o esperados que representan cada tipo de carga, sin que sea necesario que todos los servicios sean homologables a toneladas.

5) Los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las que una oferta pueda ser desestimada y aquellas por las que la Licitación o cualquiera de sus etapas puedan ser declaradas desiertas deberán ser objetivas, estar establecidas con claridad en las Bases de Licitación Definitiva y ser conocidas por los postulantes, a excepción del Imax. Sin perjuicio de lo anterior, Emporcha deberá eliminar del punto 2.9.4 del borrador de las Bases, la causal para declarar desierta la Licitación, contemplada en el número (iii).

6) Por concepto de Canon Anual, Emporcha podrá cobrar al Concesionario el pago anual equivalente mínimo a que se refiere el artículo 6° del Reglamento, asimilando el valor económico de los activos objeto de la Concesión a los valores libro vigentes para los mismos y, en caso de que la empresa portuaria estime que su valor económico difiere significativamente de aquél, debe fundamentarlo en un estudio técnico para establecer la nueva base de cálculo. Así también Emporcha podrá considerar para el cálculo del pago anual equivalente mínimo, el valor de los activos sobre la base de una tasa de rentabilidad que considere todas sus fuentes de financiamiento pertinentes y que reflejen su verdadero costo de oportunidad del financiamiento (v.gr., usando la tasa WACC).

7) Los demás pagos que el Concesionario deba efectuar a Emporcha deberán estar asociados a costos, tal como se indica en los párrafos 107 y 121 de la parte considerativa. Además, Emporcha deberá justificar el valor del pago para la operación eficiente en las Bases de Licitación Definitivas.

8) Emporcha deberá especificar con claridad y precisión en las Bases de Licitación Definitivas la capacidad de la infraestructura y los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes, tal como se observa en el borrador de Bases.

9) Emporcha deberá especificar con claridad y precisión en las Bases de Licitación Definitivas la fecha del llamado a Licitación; el período para formular consultas; la fecha de recepción de ofertas; la de apertura de la "Oferta Antecedentes Generales"; el plazo para la revisión del cumplimiento de dichos antecedentes generales; la fecha de apertura de las Ofertas Económicas; y la fecha de firma del contrato.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10) Las Bases de Licitación Definitivas deberán especificar el monto del patrimonio mínimo requerido, el que no debe constituir un desincentivo a la entrada de nuevos interesados a la concesión, tal como se observa el borrador de las Bases. En cuanto a la exigencia de experiencia, las Bases de Licitación Definitivas deberán contemplar que la experiencia del operador calificado se refiera a transferencia de carga y no de vehículos de carga rodada, por lo que se exigirá que la experiencia corresponda a lo menos a 350.000 toneladas al año.

11) El monto de las garantías contempladas en las Bases de Licitación Definitivas no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una. Emporcha deberá incorporar a dichas bases el monto de cada una de las garantías exigidas.

12) Las sanciones y multas aplicables por Emporcha deben quedar claramente establecidas en las Bases de Licitación Definitivas o en el Contrato de Concesión. Asimismo, deberán ser suficientes para disuadir eficazmente el incumplimiento de las obligaciones del Concesionario que tienen por objeto resguardar la libre competencia. Por su parte, deberá eliminarse la exigencia del pago de la multa para poder reclamar de ella, contenida en el punto 3.20.2 del borrador de las Bases;

13) Las disposiciones de las Bases de Licitación Definitivas relativas a la reconstrucción y reparación de los frentes de atraque por fuerza mayor se regirán por lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento y lo establecido en el párrafo 162 de este informe. En consecuencia, cuando la disminución en la capacidad operativa del frente de atraque corresponda a menos de un 33% y ello se deba a un caso fortuito o fuerza mayor, no se podrá obligar al Concesionario a perseverar en el contrato.

B. Resguardos en la provisión de servicios portuarios

14) El Concesionario estará obligado a prestar sus servicios a todo aquel que lo requiera, en términos y condiciones generales y no discriminatorias, que deberán estar contenidas en documentos públicos que estarán a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el Concesionario mantenga en Chacabuco, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio *web* u otro).

15) El Concesionario estará obligado, por las Bases de Licitación Definitivas y por el Contrato de Concesión, a observar las instrucciones que le imparta Emporcha y que tengan por fin evitar o poner término a actos de discriminación. Emporcha actuará de oficio o a petición de cualquier interesado que alegue actos de discriminación del Concesionario. Nada obstará al derecho de los interesados a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ejercer otras acciones y derechos que les confiera la ley, ni al derecho del Concesionario de acudir al árbitro o al experto independiente, según la naturaleza de la cuestión en disputa, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse en caso de estimar improcedente la aplicación de sanciones por parte de la empresa portuaria.

16) Las tarifas que cobre el Concesionario por sus servicios, básicos o especiales, deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias, y cualquier acuerdo particular entre éste y un determinado usuario que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas debe ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas, a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas. Por su parte, los premios o descuentos que consideren las tarifas deben ser objetivos, públicos y no discriminatorios. Asimismo, las tarifas no podrán quedar sujetas a exclusividad de servicios ni referidos a la carga transferida o a metas cumplidas respecto de otros terminales. Por último, las Bases de Licitación Definitivas deberán incluir la prohibición de realizar ventas atadas de los servicios básicos y especiales;

17) Las Bases de Licitación Definitivas deberán contemplar que cada uno de los dos subíndices “IMC” e “ITT”, que componen el Índice de Adjudicación, se constituyan como el valor máximo que dicho subíndice podrá alcanzar durante la operación de la concesión.

18) Las tarifas que el Concesionario determine deberán ser registradas ante Emporcha, con a lo menos 30 días de anticipación a su entrada en vigencia y, además, tendrán un plazo mínimo de vigencia de 60 días.

19) Las Bases de Licitación Definitivas deberán contemplar la obligación del Concesionario de indicar en sus estados financieros qué servicios se clasifican como básicos y cuáles se clasifican como especiales, según lo señalado en el párrafo 182 de la parte considerativa;

20) Emporcha deberá eliminar del borrador de las Bases la obligación del Concesionario de presentar la memoria de cálculo de las tarifas los servicios especiales, como se indica en el párrafo 184 de la parte considerativa.

21) Emporcha deberá establecer en las Bases de Licitación Definitivas o en el Contrato de Concesión y sus anexos, los estándares de calidad y umbrales de ocupación que deberá cumplir el Concesionario, particularmente con los Tiempos de Ocupación Máxima por Nave (TOM), Tiempos de Ocupación Máxima Anuales (TOMA) y Tiempos Máximos de Espera por Nave establecidos en las mismas, diferenciándolos, en caso de ser necesario, por el o los tipos de carga que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transfieran las naves. Asimismo, Emporcha deberá considerar sanciones eficaces para prevenir el incumplimiento de los estándares de calidad de servicio o los umbrales de ocupación que sean definidos;

22) El Concesionario deberá establecer en el Manual de Servicios normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves que formarán parte de las condiciones generales de prestación de los servicios portuarios, de conformidad con los criterios generales y requisitos mínimos que Emporcha fije en su RUFA, todo lo cual deberá asegurar un uso eficiente de la infraestructura portuaria.

23) Emporcha deberá informar a la FNE respecto de cualquier modificación que pretenda introducir a las normas de asignación de capacidad o prioridad en la atención de naves, a fin de que esta última pueda velar por su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia en el ámbito de sus atribuciones.

24) Emporcha deberá establecer en las Bases de Licitación Definitivas la obligación del Concesionario de otorgar a cualquier interesado el acceso libre y expedito a toda aquella información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, con la periodicidad que dicha empresa portuaria establezca, mediante su sitio *web* u otro.

25) Emporcha deberá establecer en las Bases de Licitación Definitivas que el Concesionario y sus accionistas deberán proporcionar a su Directorio, cualquier información legal o económica que éste requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la ley, de las Bases de Licitación, del Contrato de Concesión y de las condiciones establecidas en este Informe. Estas obligaciones deberán ser contractualmente extensivas a los accionistas de la empresa concesionaria, para los efectos de cumplir las reglas sobre propiedad accionaria que se establezcan. Para ello, las Bases de Licitación Definitivas deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información acerca de sus empresas relacionadas, en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18.045. El Concesionario o sus accionistas no podrán excusarse de proporcionar a Emporcha la información que ésta les solicite para verificar el cumplimiento de sus obligaciones, amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. No obstante, en tales circunstancias, el Concesionario deberá especificar a Emporcha la información que se encuentre en la situación anterior, debiendo la empresa portuaria adoptar los resguardos correspondientes.

26) Las Bases de Licitación Definitivas deberán contemplar la obligación anual del Concesionario de entregarle información a Emporcha y a la Fiscalía Nacional

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Económica relativa a las mallas societarias de sus accionistas y sus empresas relacionadas, como asimismo las toneladas movilizadas en los respectivos frentes de atraque y por región, en los 12 meses anteriores a cada fiscalización, desagregada por tipos de carga y también por modalidades o categorías de usuarios, conforme a lo indicado en la Sección 9 de este Informe.

27) En el evento que uno o más usuarios relevantes se integren verticalmente con el Concesionario, Emporcha, en sus Bases de Licitación Definitivas, deberá exigir al Concesionario dar cumplimiento a las obligaciones que establece el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046, esto es, contar con directores independientes y un Comité de Directores. Emporcha podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores constituido en conformidad a ese artículo.

28) Para modificar el Contrato de Concesión en aquellas materias relacionadas con la estructura tarifaria y pagos del Concesionario a Emporcha, será necesario que (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que haya entrado en operaciones el Recinto Portuario de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, y (ii) este Tribunal las hubiere autorizado en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Tratándose de la reclasificación de los servicios especiales y básicos, dicha autorización podrá solicitarse cuando hubiere transcurrido a lo menos un año desde que haya entrado en operaciones el Recinto Portuario de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión. Para modificar otras materias del Contrato de Concesión será necesario que: (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que haya entrado en operaciones el Recinto Portuario de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, y (ii) las modificaciones propuestas se hayan notificado previamente a la Fiscalía Nacional Económica con, al menos, 90 días de anticipación a su implementación.

C. Resguardos estructurales:

29) Integración Vertical:

29.1. Ningún usuario relevante, por sí o a través de otra persona natural o jurídica, podrá poseer más del 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 de la Infraestructura Portuaria, en los términos de la letra b) del artículo 99 de Ley N° 18.045.

29.2. Serán considerados como usuarios relevantes las personas que por sí o en conjunto con sus personas relacionadas, efectúen, contraten o intervengan bajo cualquier modalidad en el transporte de pasajeros o carga general por vía marítima

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en puertos de uso público, sea como: (a) empresas navieras, (a.i) con más de un 10% del número de pasajeros, o un 10% de tonelaje de carga marítima movilizada a nivel nacional; (a.ii) con más de un 15% del número de pasajeros, o un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva; o (a.iii) con más de un 25% del número de pasajeros, o un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada en el frente de ataque objeto de la respectiva concesión; (b) exportadores, importadores, consignatarios, fletadores, porteadores, operadores de transporte multimodal, agentes, corredores, forwarders, o a cualquier otro título o modalidad, con exclusión de los agentes de muellaje, (b.i) con más de un 15% del número de pasajeros, o un 15% de tonelaje de carga marítima movilizada en la región respectiva; o (b.ii) con más de un 25% del número de pasajeros, o un 25% del tonelaje de carga marítima movilizada en el frente de ataque objeto de la respectiva concesión. Si un usuario (por sí o en conjunto con sus relacionadas) participare a varios títulos o en distintos eslabones de la cadena de transporte marítimo, será considerado usuario relevante si supera los porcentajes referidos en razón de su participación en un mismo eslabón o a un mismo título. Los porcentajes a que se refiere este número se calcularán al 31 de marzo y 30 de septiembre respecto del período de 12 meses anterior a cada una de estas fechas y se informarán por la sociedad concesionaria a Emporcha dentro de los 30 días siguientes.

29.3. Para los efectos de los porcentajes máximos referidos precedentemente, al porcentaje de propiedad, voto o utilidades que tengan directamente en la sociedad concesionaria sus accionistas, se agregará la participación total que posean en la propiedad, voto o utilidades de la concesionaria sus personas relacionadas.

30) Integración horizontal

La sociedad que se adjudique la concesión, y sus personas relacionadas no podrán participar directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro frente de ataque de uso público en emplazado en la costa continental de la Región de Aysén -sea público o privado-, actual o futuro, que provea servicios portuarios.

31) Reglas comunes a las restricciones a la integración horizontal y vertical:

31.1. A efectos de las reglas anteriores, se tendrá por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, sin perjuicio de las facultades de la Comisión para el Mercado Financiero para dar por establecida tal relación.

31.2. Los estatutos de la sociedad concesionaria deberán establecer que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relacionadas) que supere los umbrales de participación permitidos en la regla de integración vertical o incumpla la regla de integración horizontal antes indicada, deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación o desvincularse, de la manera que tales accionistas acuerden en los pactos que celebren, otorgándose en todo caso poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a esa enajenación, por medio de una bolsa de valores, si pasados 45 días desde que venció el plazo indicado, este exceso no fuere enajenado.

31.3. Las Bases de Licitación Definitivas y el Contrato de Concesión deberán establecer que, si pasados seis meses desde que se hubiere requerido por Emporcha, la enajenación del exceso de participación en la forma establecida en el Contrato de Concesión, no se ha procedido a enajenar el referido exceso de participación a un tercero no sujeto a inhabilidad, se entenderá por ese solo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, y Emporcha tendrá derecho a poner término a la concesión, según lo dispone el artículo 51, inciso segundo, letra c) de la Ley N° 19.542.

31.4. Las reglas de integración vertical y horizontal tendrán vigencia durante todo el plazo de la concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años de celebrado el Contrato de Concesión, cualquiera de las partes de ese contrato podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su modificación en un procedimiento consultivo si las condiciones de competencia varían u otras condiciones lo ameritan, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la otra parte.

31.5. Ningún interesado estará impedido de participar en la Licitación. Sin embargo, los controladores y accionistas de un frente de atraque de uso público y los usuarios relevantes que pudieren verse afectados por las restricciones a la integración horizontal y vertical establecidas en la Sección 10 de este Informe, en caso de adjudicarse la Concesión, deberán realizar los ajustes de propiedad, participación o vinculación que sean necesarios para cumplir con lo dispuesto en la Sección 10, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se adjudique a la licitación.

Se **previene** que el Ministro Sr. Paredes estuvo por no imponer una regla de restricción a la participación accionaria de usuarios relevantes en el puerto y en su lugar, obligar a que la sociedad concesionaria integre en su directorio, al menos, a un miembro independiente de los accionistas controladores, atendidos los siguientes argumentos:

1. Las aprensiones a la integración vertical dicen relación con la posibilidad que ella generaría riesgos de acciones anticompetitivas, particularmente de exclusión y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sabotaje. Ello asume que no está en el beneficio del puerto, como ente independiente realizar tales acciones, sino que ellas se inducen porque beneficiarían a la naviera relacionada y solo por esa vía al ente integrado; de otra manera, tales acciones no requerirían de integración vertical.

2. Como es evidente, tal riesgo no desaparecería con, por ejemplo, la obligación a la sociedad concesionaria de tener giro único. Aún en tal caso este permanece cuando, como sería el caso que nos ocupa, una naviera que compite con otras usuarias del puerto influye decisivamente en las decisiones del puerto.

3. El foco desde la perspectiva de la libre competencia requiere distinguir dos aspectos diferentes: i) la posibilidad que los controladores de una naviera que es usuario relevante del puerto puedan llegar a controlarlo, acepción más próxima a la integración vertical, y ii) que el puerto, aun cuando esté controlado por un actor que sea un usuario relevante, tenga una estructura de toma decisiones y monitoreo interno que pueda impedir acciones anticompetitivas que no le benefician como ente independiente. Esta segunda aproximación analiza la relación vertical considerando si ella produce desalineamiento de intereses entre controladores del puerto y el resto de los dueños del puerto que no tienen intereses en las navieras beneficiadas y que se asocian con lo que la literatura denomina “problema de agencia”.

4. Así, la acepción más relevante de integración vertical desde el punto de vista de la libre competencia se refiere a que un mismo ente tome las decisiones; en el caso de autos, a la influencia que un usuario relevante pudiera tener en el puerto. Consecuentemente, la forma de abordar los problemas que produciría la integración vertical se enfoca ya sea directamente en prohibir el control que un usuario relevante pudiera llegar a tener en las decisiones del puerto, o en acotar las acciones de un controlador relacionado verticalmente, es decir, sobre quien ya tiene el control.

5. Limitar la participación que puede tener un usuario relevante en la propiedad del puerto, en el entendido que superado un umbral de participación se lograría el control, no ha sido el propósito del TDLC. Si bien el Dictamen N° 1045 de la Comisión Resolutiva (primero dictado en esta materia el año 1998) estableció que ningún usuario relevante podría 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”, el mismo Dictamen señaló que el umbral tenía: “... el propósito de asegurar la transparencia y evitar subsidios cruzados, promoviendo la existencia de intereses independientes suficientemente fuertes al interior de las sociedades concesionarias, de modo de propender al manejo de la concesión como un negocio independiente, que maximice su propio beneficio económico”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6. La interpretación de que el umbral de participación no persiguió evitar el control vertical se apoya, además de la literalidad de lo expresado en el Dictamen 1045, en tres elementos. En primer lugar, una limitación de 40% en la propiedad accionaria no impide el control de la empresa. Como lo indica la extensa literatura sobre control corporativo, el control se puede lograr con porcentajes de propiedad sustancialmente menores, lo que depende, entre otros elementos, de lo dispersa que está la propiedad en el resto de los accionistas y de otras regulaciones complementarias (véase, por ejemplo, La Porta, R.; F. Lopez-de-Silanes, y A. Shleifer (1999), *Corporate ownership around the world*, The Journal of Finance 54, 471-517).

7. En segundo lugar, está asentado en la literatura sobre competencia que para que exista un problema asociado a la relación vertical no basta con que exista la posibilidad de realizar conductas anticompetitivas (haya poder monopólico), sino que también deben existir los incentivos para ejecutarlas (véase, "Testing Vertical Mergers for Input Foreclosure – Note by Carl Shapiro", Roundtable on Vertical Mergers in the Technology, Media and Telecom Sector, DAF/COMP/WD, 75, 2019).

8. En esta línea, el foco del análisis ha sido precisamente el problema de agencia asociado a la disociación entre controlador y dueño. Así, el Informe de Aprobación de la Adquisición de las acciones de Grupo Empresas Navieras, SAAM Puertos y Ransa Comercial en el Terminal Puerto Arica por Inversiones Neltume e Inversiones y Construcciones Belfi, elaborado por la subdivisión de fusiones de la FNE en enero de 2019, fundamentó dicha aprobación en el poder de contrapeso que ejercería Belfi como accionista no relacionado en el Directorio del puerto. Ello le permitió concluir, en el punto 115 del Informe, que la Operación no genera incentivos para que Ultramar beneficie a sus agentes de nave relacionados pues la habilidad para incurrir en dichas prácticas se encontraría limitada por los contrapesos que enfrenta en la administración del TPA.

9. En tercer lugar, sin perder el énfasis sobre los riesgos asociados a la integración vertical y aceptando la necesidad de abordarlos, la Resolución N° 11 del año 2006, referida a la Licitación del frente de atraque Molo Sur del Puerto de San Antonio, elevó a 60% la participación límite que los usuarios relevantes podrían tener en la sociedad concesionaria. Como es evidente, no pudo haber duda que aceptar cualquier participación sobre el 50% significaba que el TDLC aceptaba que el control del Megapuerto pudiera estar en un usuario relevante.

10. Por lo anterior, se puede concluir la fijación del umbral al control del puerto por parte de un usuario relevante no persiguió evitar el control vertical, sino establecer un mecanismo que, sin los eventuales costos que podría significar su prohibición,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fomentaran el control al interior del gobierno corporativo del mismo puerto y de esta manera, evitaran las conductas anticompetitivas asociadas a la integración o control vertical.

11. De esta manera, aceptando el control vertical, pero donde se limita la propiedad de usuarios relevantes en el puerto, se favorece con un gobierno corporativo que vele solo con los intereses del puerto. Ello es consistente con una visión positiva respecto de los resguardos conductuales que existen en la ley y respecto de las condiciones conductuales impuestas por este TDLC, que finalmente impiden que un concesionario portuario pueda discriminar, excluir y sabotear a cualquier usuario. Tal visión positiva se apoya en la evidencia pues, habiéndose en los hechos aceptado que exista influencia decisiva sobre las decisiones del puerto por agentes verticalmente relacionados, la historia de puertos concesionados no muestra denuncias de conductas como las temidas.

12. Por su parte, la flexibilidad a la participación en la propiedad de usuarios relevantes que, en los hechos permitirían alcanzar el control del puerto, habría posibilitado lograr las eficiencias relacionadas con el manejo conjunto puertonavieras y que la literatura especializada ha venido dando cuenta (véase, por ejemplo, Shengda Zhu, Shiyuan Zheng, Ying-En Ge, Xiaowen Fu, Breno Sampaio & Changmin Jiang (2019) Vertical integration and its implications to port expansion, *Maritime Policy & Management*, 46:8, 920-938).

13. En síntesis, el resguardo conseguido con la limitación a la propiedad de un usuario relevante se logra asegurando que en el Directorio de la empresa portuaria haya directores independientes del accionista controlador y ello se puede lograr con una exigencia directa de integrarlos al Directorio de la sociedad concesionaria, sin imponer restricciones a una estructura de propiedad. Consecuentemente, en virtud a que ambos caminos serían equivalentes en términos de limitar conductas anticompetitivas, pero que la restricción a la participación accionaria es sustancialmente más gravosa, por cuanto: i) reducir la participación de un accionista controlador, exacerba el problema de agencia que originaría las prácticas anticompetitivas que se procuran reducir; ii) reduce la entrada de competidores en el proceso de licitación; y iii) arriesga el aprovechamiento de eventuales eficiencias que progresivamente ha recogido la literatura, es que se justifica imponer exclusivamente una restricción a la conformación del Directorio y no hacerlo respecto de la participación accionaria.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Solicitante y a los aportantes de antecedentes, salvo que estos autoricen notificación vía correo electrónico.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Atendida la emergencia sanitaria y lo dispuesto en el artículo décimo séptimo transitorio de la Ley N° 21.394, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada. Archívese, en su oportunidad.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que la Solicitante y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados. Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 468-20.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Rafael Pastor Besoáin. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez



68AD55F8-8273-465D-9E02-C1D0629C9573

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.