

En lo principal: Aporta antecedentes. **En el primer otrosí:** Acompaña documentos confidenciales. **En el segundo otrosí:** Acompaña versiones públicas. **En el tercer otrosí:** Acompaña documentos públicos.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Jorge Grunberg Pilowsky, Fiscal Nacional Económico, en representación de la **Fiscalía Nacional Económica** (“**FNE**” o “**Fiscalía**”), en autos caratulados “*Consulta de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. sobre las bases de licitación para concesionar los duty free del aeropuerto de Santiago*”, RoI NC-528-2024, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**H. Tribunal**” o “**H. TDLC**”) respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N°2 y 31 del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 (“**DL 211**”), la Fiscalía viene en aportar los siguientes antecedentes de hecho, de derecho y económicos, en los términos que a continuación se expondrán:

Con fecha 11 de enero de 2024, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. (“**Nuevo Pudahuel**”, “**NPU**” o “**Consultante**”) presentó una consulta con el objeto de que el H. Tribunal resuelva si las Bases de Licitación para concesionar los Almacenes de Duty Free ubicados en el Aeropuerto de Santiago contemplan preceptos que puedan infringir la libre competencia o que sea necesario modificar para fomentar la competencia en la licitación (“**Consulta**”).

Posteriormente, con fecha 16 de enero de 2024, el H. Tribunal dictó resolución de inicio del procedimiento contemplado en el artículo 31 del DL 211. Asimismo, ofició a la Dirección General de Aeronáutica Civil (“**DGAC**”), al Servicio Nacional de Aduanas (“**Aduanas**”), a la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda (“**Dipres**”), al Ministerio de Obras Públicas, al Ministerio de Defensa y a esta Fiscalía a fin de que aportaren antecedentes en estos autos¹.

¹ Copia de esta resolución fue enviada a esta Fiscalía con fecha 18 de enero de 2024, mediante el Oficio Ord. N°3, del H. TDLC. Considerando que el extracto de la resolución que dio inicio al procedimiento fue publicado en el Diario Oficial con fecha 23 de enero de 2024, el plazo de 20 días hábiles para aportar antecedentes vencía preliminarmente el día 15 de febrero de 2024. Con fecha 14 de febrero de 2024, el H. Tribunal extendió de oficio el plazo para aportar antecedentes hasta el día 21 de marzo de 2024.

Con fecha 23 de enero de 2024, esta Fiscalía resolvió iniciar la investigación Rol N°2753-24 FNE (“**Investigación**”), a fin de ejercer las facultades establecidas en el artículo 39 del DL 211 con el objeto de recabar los antecedentes necesarios para la elaboración del presente informe², el que se estructura de la siguiente manera:

I. ANTECEDENTES	3
A. La Consulta de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.	3
B. Descripción general de las Bases de Licitación contenidas en el Decreto N°36 y del proceso de licitación.....	4
(i) Calendario del proceso	4
(ii) Componentes de las ofertas	6
(iii) Evaluación de las ofertas	7
(iv) Adjudicación, inicio y término de la concesión	10
(v) Relaciones entre el Concesionario con la DGAC y Aduanas	10
(vi) Entrega y habilitación de las superficies	11
II. INDUSTRIA DEL DUTY FREE EN TERMINALES AÉREOS INTERNACIONALES	12
A. Marco Normativo en Chile.....	12
B. Modelo de competencia.....	15
C. Caracterización de la actividad	17
D. Principales actores de la industria a nivel mundial	18
E. Principales características del <i>duty free</i> en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez	19
III. CONSIDERACIONES DE COMPETENCIA	24
A. Consideraciones jurisprudenciales sobre los criterios de competencia que deben primar en las licitaciones públicas.....	24
B. Análisis de competencia de las Bases de Licitación contenidas en el Decreto N°36.....	26
i. Criterios de evaluación técnica.....	26
ii. Modelo económico	30
iii. Incentivos de inversión.....	34
iv. Consideraciones sobre la explotación de la superficie asignada al <i>duty free</i>	35
v. Plazo de la concesión.....	37
vi. Sorteo como mecanismo final de asignación.....	40
vii. Relación entre concesionario aeroportuario y operador del <i>duty free</i>	41
viii. Comunicaciones entre los potenciales oferentes.....	42
IV. CONCLUSIONES	43

² Investigación Rol N°2753-24, caratulada “Informe al H. TDLC en Consulta de Soc. Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. sobre las bases de licitación para concesiones de tiendas *duty free* en el Aeropuerto de Santiago (NC-528-24)”.

I. ANTECEDENTES

A. La Consulta de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.

1. Nuevo Pudahuel es una sociedad anónima cerrada constituida el 5 de mayo de 2015 en Chile, cuyos accionistas son Aéroports de Paris (“**ADP**”) (45%), Vinci Airports (“**Vinci**”) (40%) y Astaldi Concessionni (“**Astaldi**”) (15%)³. Su objeto social exclusivo es la ejecución, reparación, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez (“**AMB**”); la prestación de servicios aeronáuticos y no aeronáuticos asociados a aquel; y el uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar tal obra y las áreas de servicios asociadas⁴.
2. Con fecha 11 de enero de 2024, NPU ingresó al H. TDLC una Consulta a objeto de que este último resolviera si las Bases de Licitación para concesionar los Almacenes de Venta o Duty Free Shop (“**Duty Free**”) ubicados en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago (“**BALI**” o “**Bases de Licitación**”), contenidas en el Decreto N°36, de 2023, del Ministerio de Defensa Nacional (“**Decreto N° 36**”), contemplan preceptos que puedan infringir la libre competencia o sea necesario modificar para fomentar la competencia en la licitación. Este decreto modificó el anterior reglamento de almacenes de venta libre o Duty Free Shop, contenido en el Decreto N°499, de 1995, del Ministerio de Defensa Nacional (“**Decreto N° 499**”).
3. A juicio de la Consultante, las BALI presentan cinco riesgos para la libre competencia⁵: (i) el modelo económico propuesto en ellas no genera una competencia *ex ante* que logre emular *ex post* un mercado competitivo ni permite mejorar la calidad del servicio; (ii) los criterios de evaluación técnica no incentivan la competencia y afectan el bienestar del consumidor; (iii) la posibilidad de explotar únicamente el 65% de la superficie destinada a Duty Free en las tiendas de procesador central impacta negativamente la competencia; (iv) el plazo de la concesión limita la competencia por un período excesivo e injustificado; y, (v) el establecimiento de un mecanismo final de asignación por sorteo no fomenta la competencia.
4. Además de lo anterior, NPU solicitó al H. TDLC, en la misma presentación del 11 de enero de 2024, suspender el proceso de licitación. Entre los argumentos que se

³ Información disponible en:

<<https://www.cmfchile.cl/institucional/mercados/entidad.php?mercado=O&rut=76466068&grupo=&tipoentidad=RGEIN&row=AABbBQABwAAABBF AAE&vig=VI&control=svs&pestanía=49>>.

⁴ Memoria 2022, Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., p. 6.

⁵ Estos riesgos son analizados en detalle en la Sección III.B. del presente informe.

entregaron para lo anterior, destacan la cercanía con la fecha de presentación de las ofertas⁶ y la fecha de adjudicación⁷. Esta solicitud fue acogida por el H. Tribunal con fecha 16 de enero de 2024 y la licitación se encuentra suspendida en la etapa previa a la recepción de ofertas.

B. Descripción general de las Bases de Licitación contenidas en el Decreto N°36 y del proceso de licitación

5. De acuerdo al artículo 5° inciso primero de la Ley N° 19.288, el derecho a establecer, administrar y explotar un Duty Free es otorgado por propuesta pública, cuyas bases deben ser contempladas en un reglamento dictado por el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Defensa Nacional, oyendo a los respectivos Servicios. Este reglamento, contenido en el Decreto N° 499, estableció las bases de licitación para la primera concesión del Duty Free y sus sucesivas extensiones temporales. En 2023, el Decreto N° 499 fue modificado por el Decreto N° 36. Este último contiene las BALI cuestionadas por NPU en la Consulta.
6. El objeto de las BALI contenidas en el Decreto N° 36 es regular la propuesta para conceder: (a) La concesión aeronáutica de superficies en el Nuevo Edificio Terminal de pasajeros del Aeropuerto Arturo Merino Benítez o Terminal 2, que otorgará la DGAC, para el establecimiento y funcionamiento del Duty Free Shop y fuera del T2 para la Bodega Duty Free (“**BDF**”); y (b) el derecho a explotar los Almacenes de Venta Libre o Duty Free Shop, que otorgará Aduanas⁸. En otros términos, la empresa que gane la licitación se convertirá en el concesionario del Duty Free de AMB (“**Concesionario de Duty Free**”).

(i) Calendario del proceso

7. Las BALI establecieron, inicialmente, el siguiente calendario para el proceso licitatorio:

⁶ Lo que habría ocurrido el día 23 de enero de 2024.

⁷ Lo que habría ocurrido, a más tardar, el 22 de febrero de 2024.

⁸ BALI, cláusula 1.4.

Tabla N°1: Calendario BALI

Ítem	Fecha o plazo*
Llamado a licitación	Fecha de publicación en el diario oficial y un periódico de circulación nacional que se determina.
Solicitud de visita a las superficies	Se podrá solicitar hasta 20 días corridos contados desde la fecha de publicación del llamado a licitación pública.
Visitas a las superficies	Se realizarán las visitas a contar del día 21 (días corridos) hasta el día 24 desde la fecha de publicación del llamado a licitación pública.
Consultas bases de licitación	Hasta 49 días corridos desde la fecha de publicación del llamado a licitación pública.
Respuestas a las consultas presentadas	70 días corridos desde la fecha de publicación del llamado a licitación pública.
Recepción y Apertura de la licitación Pública	90 días corridos desde la fecha de publicación del llamado a licitación pública.
Evaluación de los antecedentes	20 días corridos desde la fecha de recepción y apertura de la licitación Pública.
Adjudicación	Dentro de los 10 días siguientes a la propuesta de la Comisión de Evaluación.
Inicio concesión	Fecha en la cual se notifique la Resolución conjunta que otorga la concesión. (DGAC y Aduanas)

* En el evento que el plazo venza en un día inhábil, éste se extenderá al siguiente día hábil.

Fuente: Decreto N°36.

8. De esta manera, el proceso comenzó con la publicación en el Diario Oficial y en un periódico de circulación nacional del llamado a licitación, con fecha 25 de octubre de 2023.
9. Cumplido el trámite mencionado, se abrió el proceso de solicitud de visitas a las superficies. Este requerimiento debía realizarse vía correo electrónico enviado a la DGAC dentro de los veinte días siguientes a la publicación⁹, es decir, hasta el 14 de noviembre de 2023. Tras el vencimiento de este plazo, se abrió el período de 4 días en el cual se realizarían las visitas. Ellas serían, según las BALI, en horarios diferidos para cada licitante o grupo licitante¹⁰. Sin embargo, de acuerdo a la información publicada por las entidades licitantes, solo Dufry, sociedad matriz del actual Concesionario de Duty Free, Aldeasa Chile Ltda. (“**Aldeasa**”), solicitó y efectuó la visita en el período designado¹¹.
10. Además, las BALI contemplaron un período de consultas, abierto hasta el día 49 desde el llamado de licitación pública, esto es, el día 13 de diciembre de 2023. Las respuestas a tales consultas, que podían entregarse hasta el día 70, fueron realizadas

⁹ BALI, cláusula 1.5.3.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Resolución Exenta N°2542, conjunta de la Dirección General de Aeronáutica Civil y Servicio Nacional de Aduanas, de 29 de diciembre de 2023 (“**Segundo Grupo de Respuestas**”), pregunta N°77.

a través de dos resoluciones conjuntas de la DGAC y Aduanas: la Resolución Exenta N°2509, de 27 de diciembre de 2023 (“**Primer Grupo de Respuestas**”); y la Resolución Exenta N°2542, de 29 de diciembre de 2023 (“**Segundo Grupo de Respuestas**”).

11. Finalmente, el H. Tribunal dictó la suspensión del procedimiento de licitación con fecha 16 de enero de 2024, esto es, el día 83 desde la publicación del llamado a licitación. Con ello, la suspensión ocurrió a 7 días de la recepción de las ofertas y apertura de la licitación pública.

(ii) Componentes de las ofertas

12. Las ofertas, de acuerdo al párrafo 1.6.4. de las BALI, deben contener tres elementos: los antecedentes administrativos, los de carácter técnico y la oferta económica.
13. En lo referente a los antecedentes administrativos, el párrafo 1.6.5. de las BALI define que el licitante deberá acompañar los siguientes documentos: 1) antecedentes o documentos legales; 2) declaración jurada de responsabilidad; 3) declaración jurada respecto a la relación con el Explotador Aeroportuario; 4) certificados de deudas; 5) declaración de no haber incurrido en conductas prohibidas y de conocimiento del manual de prevención de delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos funcionarios; y, 6) garantía por seriedad de la oferta.
14. En cuanto a la declaración jurada respecto a la relación con el Explotador Aeroportuario, la cláusula 1.6.5.3. de las BALI establece que el licitante o grupo licitante deberán presentar una declaración que indique si existe algún tipo de relación con el actual explotador aeroportuario, esto es, Nuevo Pudahuel, de acuerdo al artículo 100 de la Ley N°18.045, de Mercado de Valores.
15. Las BALI indican que la garantía por seriedad de la oferta debe ser otorgada por un monto de dos millones de dólares de los Estados Unidos de América, además de ser pagadera a la vista, no endosable, irrevocable y extendida a favor de la DGAC, con una vigencia mínima de 250 días contados desde la fecha de apertura de la propuesta¹². Adicionalmente, se establece que la DGAC cobrará esta boleta de garantía en tres casos: (i) si se comprueba falsedad en la presentación de antecedentes exigidos por las BALI; (ii) si el oferente adjudicado retira su oferta; y, (iii) si el oferente adjudicado no cumple los trámites posteriores a la adjudicación y hasta

¹² BALI, párrafo 1.6.5.6.

antes de la suscripción y protocolización de la Resolución conjunta que otorga la concesión, caso en el que además se dejaría sin efecto la adjudicación¹³.

16. Respecto de los antecedentes técnicos, los oferentes deben acreditar dos conceptos: experiencia e indicadores comerciales¹⁴. Para el primero, el licitante debe acompañar un Certificado de Experiencia, por cada contrato de Duty Free Shop que tenga o haya explotado, y que deberá ser emitido por la contraparte del mismo. Para el segundo, deberá entregar una presentación, relacionada con un aeropuerto de su elección en donde explote el Duty Free, que acredite las ventas por m², el ticket promedio de ventas y la penetración de mercado (N° de ventas por pasajero internacional). De cualquier manera, en caso de que el licitante no tenga experiencia explotando el rubro de Duty Free, las BALI permiten la postulación, aunque exigiendo que se entreguen los certificados solicitados en blanco.
17. Finalmente, en lo relativo a la oferta económica, ellas tienen dos subcomponentes: (i) por un lado, el licitante debe comprometerse a pagar al Estado un monto fijo mensual, a todo evento, de 2 millones de dólares de los Estados Unidos; y (ii) el licitante debe ofertar el pago de un porcentaje de las ventas igual o superior al 8%, determinado hasta con dos decimales.

(iii) Evaluación de las ofertas

18. El proceso de evaluación de ofertas contemplado en el Decreto N° 36 está estructurado en sólo una etapa, en la que el puntaje de cada oferente se construye con la asignación de un 20% de la ponderación final a la evaluación técnica –con un subpuntaje máximo de 40 puntos por experiencia y de 60 puntos por indicadores– y un 80% a la oferta económica, que a su vez tiene un puntaje máximo de 100 puntos.
19. De acuerdo a las BALI, dos componentes son evaluados en los antecedentes técnicos: experiencia e indicadores. En cuanto a la experiencia, se evalúan cuatro variables, esto es, el número de contratos en tiendas Duty Free, los años de experiencia en el rubro, la facturación anual neta y la superficie total explotada en el rubro.
20. Para el número de contratos de tiendas de Duty Free, las BALI distinguen tres grupos: 5 o más contratos (10 puntos), entre 1 y 4 contratos (5 puntos) o ningún contrato (1 punto).

¹³ BALI, párrafo 1.6.5.6.

¹⁴ BALI, cláusulas 1.6.6.1.1. y 1.6.6.1.2, y Anexo N° 8.

21. Para los años de experiencia en el rubro, se distingue entre 5 o más años (10 puntos), entre 1 y 4 años (5 puntos), y experiencia menor a 1 año o sin experiencia (1 punto).
22. En cuanto a la facturación anual neta, se distingue entre US\$80.000.000 o más (10 puntos), entre US\$50.000.001 y US\$79.999.999 (5 puntos), y menos de US\$50.000.000 (1 punto). Para acreditar el monto, la licitante deberá acompañar antecedentes que indiquen la facturación anual de una tienda de Duty Free de un aeropuerto, y esto deberá acreditarse para uno de los años en el período 2017-2019.
23. Finalmente, la superficie explotada corresponderá a la sumatoria de superficies de las diversas tiendas que explote como Duty Free, en un aeropuerto a elección del licitante. Para ello, se considerará desde 2010 hasta la fecha de publicación del Decreto N°36 y se distinguirá entre 1500 m² o más (10 puntos), entre 1001 y 1499 m² (5 puntos) y 1000 m² o menos (1 punto).
24. Por otro lado, en cuanto al criterio de indicadores, se considera un aeropuerto a elección del licitante, y se evaluarán tres elementos: ventas por m², promedio de ventas y penetración de mercado. En cada criterio, el mejor oferente tendrá un puntaje máximo de 20 puntos, y quienes no obtengan el puntaje máximo, obtendrán uno proporcional con precisión de dos decimales, mediante regla de tres simple. Estos indicadores deben presentarse en la siguiente tabla:

Tabla N°2: Indicadores

Nombre Indicador	Fórmula	2017	2018	2019	Promedio 3 años
Ventas por m ²	$\frac{\text{Ventas Anuales (USD)}}{\text{Superficie Duty Free Shop m}^2}$				
Promedio de ventas	$\frac{\text{Ventas Anuales (USD)}}{\text{N}^\circ \text{ de Doc. de Vta. Emitidos}}$				
Penetración de Mercado	$\frac{\text{N}^\circ \text{ de Doc. de Vta. Emitidos}}{\text{N}^\circ \text{ de Pasajeros Internacionales}}$				

Fuente: Decreto N°36.

25. De esta forma, el ítem técnico de la licitación se divide en 7 criterios: número de contratos (10 puntos), años de experiencia (10 puntos), facturación anual neta (10 puntos), superficie total explotada (10 puntos), ventas por m² (20 puntos), promedio de ventas (20 puntos) y penetración de mercado (20 puntos). El total obtenido equivale al 20% del puntaje final.

26. En cambio, para la evaluación de la oferta económica, se considerará el porcentaje variable adicional al monto mínimo establecido en las bases de licitación, el que debe ser igual o superior a 8%. En este caso, se entregará 100 puntos a la oferta que ofrezca un mayor pago a las licitantes y, al resto de las ofertas, se les asignarán puntajes de manera proporcional, mediante regla de tres simples con dos decimales.
27. A continuación, en la Tabla N° 3 se resumen los criterios de evaluación de las ofertas:

Tabla N° 3: Criterios de evaluación de ofertas para concesión Duty Free Aeropuerto AMB

Ítem	Criterio	Porcentaje	Tema	Subtema	Condición	Puntaje
1	Antecedentes técnicos	20%	Experiencia	Número contratos	5 o más	10
					1 a 4	5
				tiendas Duty Free	Ninguno	1
					Años experiencia en el rubro	5 o más
				1 a 4	5	
				Menor a 1	1	
				Facturación anual neta (MM US\$)	80 o más	10
					Menor a 80 y mayor a 50	5
					50 o menor	1
			Superficie total explotada m ²	1500 o más	10	
				1001 a 1499	5	
				1000 o menor	1	
			Indicadores	Elección de un aeropuerto del licitante	Ventas por m ²	(oferta/oferta máxima)*20
Promedio de ventas	(oferta/oferta máxima)*20					
Penetración de mercado	(oferta/oferta máxima)*20					
2	Oferta económica	80%	Monto porcentual por pagar		Igual o mayor a 8%	((oferta-8%)/(oferta máxima-8%))*100

Fuente: Elaboración propia.

28. Finalmente, en caso de empate, los criterios de desempate a seguir están establecidos en el siguiente orden: (i) mejor oferta económica; (ii) mejor puntaje en el criterio “indicadores”; y, (iii) sorteo.

(iv) Adjudicación, inicio y término de la concesión

29. La licitación, como es natural, ha de ser adjudicada a quien haya obtenido el mayor puntaje tras aplicarse los criterios explicados en la subsección anterior. Ante esa circunstancia, las BALI contemplan la obligación de constitución de la sociedad concesionaria y los trámites que han de realizarse, tanto por el lado de la DGAC y Aduanas, como por el del adjudicatario para llegar hasta el comienzo de la concesión¹⁵.
30. Desde que se finalizan los trámites respectivos, la concesión tendrá una duración de 12 años, salvo que se aplique una de las causales de término anticipado establecidas en la cláusula 1.8.8 de las BALI.
31. Las BALI contemplan dos tipos de causales de término anticipado del contrato de concesión: la resciliación o mutuo disenso entre DGAC y Aduanas, y el concesionario; o el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario. La cláusula 1.8.8. enumera las situaciones que se entienden como incumplimientos graves del Concesionario de Duty Free.

(v) Relaciones entre el Concesionario con la DGAC y Aduanas

32. El adjudicatario de la licitación, o Concesionario de Duty Free, tiene que cumplir con ciertas obligaciones en relación con la DGAC y Aduanas. Entre estas obligaciones destacan el pago de los derechos de concesión y explotación, y la venta obligatoria de algunas categorías de productos.
33. Los derechos de concesión y explotación, consistentes en los US\$2.000.000 pagaderos a todo evento más el porcentaje calculado sobre las ventas que haya ofrecido el adjudicatario en su oferta económica, se deben pagar de forma mensual en un 80% a la DGAC y un 20% a Aduanas.
34. El 80% recibido por la DGAC se entrega íntegramente a Nuevo Pudahuel, de acuerdo a la letra b) de la cláusula 1.14.1 de las Bases de Licitación de AMB. Esto se integra a la bolsa de compartición entre el Estado y Nuevo Pudahuel de los ingresos de la

¹⁵ BALI, cláusulas 1.8.2, 1.8.3 y 1.8.4.

concesión. Esta bolsa es integrada por los Ingresos Totales de la Concesión por concepto de Bienes o Derechos de la Concesión. De ella, el Concesionario debe entregar el 77,56% al Estado, de acuerdo al numeral 14 del Decreto N° 105, de 2015, del Ministerio de Obras Públicas. Así, del total de los ingresos provenientes del Duty Free, NPU se quedaría con el 17,95% aproximadamente¹⁶.

35. En cuanto a la venta obligatoria de algunas categorías, las BALI establecen que el Concesionario debe explotar, a lo menos, mercancías de las siguientes categorías: tabaco, bebidas alcohólicas, perfumería/cosmética, joyería, alimentación y electrónica. Además, el Concesionario puede explotar toda otra categoría permitida por la regulación legal¹⁷.
36. Además, el concesionario está obligado a presentar dos garantías: i) una garantía de fiel cumplimiento del contrato de concesión; y ii) una garantía aduanera, cuyo objeto es caucionar el pago de derechos, tasas y multas aduaneras. El detalle de estas garantías está contenido en el párrafo 1.9.4. de las Bases de Licitación.
37. Finalmente, respecto a las relaciones entre los Servicios y el Concesionario de Duty Free, el párrafo 1.9.5. contempla la imposición de multas ante la infracción del contrato de concesión por parte del Concesionario. El acto administrativo que disponga esta multa debe contener el motivo de ella, su monto, además de la forma y plazo para su pago.

(vi) Entrega y habilitación de las superficies

38. De acuerdo al Decreto N° 36, las superficies entregadas en concesión, tanto para tiendas de Duty Free, como para BDF, serían las siguientes:

¹⁶ Esto es el 22,44% del 80% que la DGAC aporta a la bolsa de participación.

¹⁷ BALI, cláusula 1.9.3, numeral 4.

Tabla N°4: Superficies

Entrega	Superficies	Superficie (m ²)
Primera	Salidas	345
	Espigón D	217
	Espigón F	255
	Llegadas	1.092
	Bodegas Primera entrega (BDF) (terreno eriazo)	3.000
	Total superficies Primera entrega	4.909
Segunda*	Salidas	1.739
	Espigón C	247
	Espigón E	252
	Llegadas	1.357
	Bodegas Segunda entrega (BDF)**	3.000
	Total superficie Segunda Entrega	6.595
Total superficies		11.504

Fuente: Decreto N°36.

39. Las BALI contemplan dos entregas de superficies: la primera una vez que se cuente con el permiso de edificación emitido por la DGAC y, la segunda, en cuanto se encuentren disponibles las superficies utilizadas actualmente por Aldeasa. Para la primera entrega, el plazo máximo de construcción y habilitación es de 5 meses desde la emisión del permiso de edificación¹⁸. Para la segunda, el Concesionario deberá habilitar al menos el 30% de la superficie entregada en el plazo de 120 días y tendrá, para la habilitación y funcionamiento del total de las superficies, un plazo de seis meses desde su fecha de recepción¹⁹.

II. INDUSTRIA DEL *DUTY FREE* EN TERMINALES AÉREOS INTERNACIONALES

A. Marco Normativo en Chile

40. Una tienda *duty free* es una tienda que vende productos libres de impuestos, sea nacionales o locales. Tienden a ubicarse en naves de pasajeros, puertos y, especialmente, aeropuertos internacionales.
41. En Chile, la Ley N° 19.288, de 9 de febrero de 1994, autoriza el establecimiento y el funcionamiento de uno o más Almacenes de Venta Libre o “Duty Free Shop” en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago y en el Aeropuerto Internacional de

¹⁸ BALI, cláusula 2.3.1.

¹⁹ BALI, cláusula 2.4.1.

Chacalluta de Arica. Posteriormente, mediante Ley N° 19.478, de 24 de octubre de 1996, sería añadido el Aeropuerto Diego Aracena de Iquique. En los casos de los aeropuertos distintos a AMB, el modelo no funcionó y los concesionarios pidieron el término del contrato²⁰.

42. La Ley N° 19.288 fue complementada por otros instrumentos jurídicos, entre los que destacan el Decreto N° 499; el Decreto N° 690, de 1995, del Ministerio de Hacienda, que establece la lista de mercancías que podrán adquirir los pasajeros que arriben al país en los almacenes de venta libre del Aeropuerto Arturo Merino Benítez (**“Decreto N° 690”**); y la Resolución Exenta N° 7375, de 13 de octubre de 1995, de la Dirección Nacional de Aduanas, que establece las normas de carácter administrativo que regulan el funcionamiento de los Almacenes de Venta Libre (Duty Free) (**“Resolución Exenta N° 7375”**).
43. El artículo 2°, inciso primero de la Ley N° 19.288 indica que *“se entenderá por Almacén de Venta Libre, el recinto perfectamente deslindado dentro del respectivo aeropuerto, en el cual se depositarán mercancías extranjeras, nacionales y nacionalizadas, con el único objeto de ser vendidas para el uso o consumo de los pasajeros y tripulantes de aeronaves que se dirijan al exterior, que arriben al país o se encuentren en tránsito al extranjero”*.
44. De manera adicional, la Resolución Exenta N° 853, de 27 de febrero de 2018, del Servicio Nacional de Aduanas (**“Resolución N° 853”**), que deja sin efecto la Resolución 7375, lo define en el párrafo 1.1. como un *“recinto autorizado previa licitación, perfectamente deslindado en los Aeropuertos, donde se depositarán mercancías extranjeras, nacionales y/o nacionalizadas, sin limitación de plazo, con el único objeto de ser vendidas para uso o consumo de pasajeros y tripulantes de aeronaves que se dirijan al exterior, arriben al país o se encuentren en tránsito al extranjero, bajo la responsabilidad del concesionario y conforme a esta normativa”*. Se añade que *“dicho recinto comprenderá tanto el de almacenamiento de las mercancías, como aquellos de venta a los pasajeros y tripulantes”*.
45. De esta manera, los Duty Free pueden vender mercancías extranjeras, nacionales y/o nacionalizadas²¹. Las mercancías extranjeras que ingresan a los Duty Free están

²⁰ Toma de declaración de la DGAC, de 29 de enero de 2024.

²¹ De acuerdo al Capítulo I del Compendio de Normas Aduaneras, mercancía extranjera es *“la que proviene del exterior y cuya importación no se ha consumado legalmente, aunque sea de producción o manufactura nacional; o que habiéndose importado bajo condición, ésta deje de cumplirse”*; mercancía nacional es *“la producida o manufacturada en el país con materias primas nacionales o nacionalizadas”*; y mercancía nacionalizada *“es la mercancía extranjera cuya importación se ha*

- exentas de todo impuesto de carácter aduanero o interno²². Sin embargo, el ingreso de ellas está afecto al pago de las tasas aeroportuarias por los servicios que se presten a la carga aérea²³.
46. La mercancía destinada a ser vendida en los Duty Free debe ingresar y salir de dichos recintos conforme a los trámites establecidos por Aduanas²⁴. En este sentido, estos trámites fueron establecidos inicialmente en la Resolución N° 7375, de 1995, y, posteriormente, por la Resolución N° 853, de 2018.
 47. La Resolución N° 853 indica que el ingreso de las mercancías extranjeras puede ocurrir por vía aérea, marítima o terrestre²⁵. Los distintos trámites que deben realizarse por el Concesionario de Duty Free en cada una de estas situaciones están establecidos en el párrafo 2.1. de la Resolución mencionada.
 48. Estas mercancías deben ser almacenadas en la Bodega Duty Free, esto es, el *“recinto donde se almacenan las mercancías provenientes del exterior, Zona Franca y/o del país, tratándose de mercancías nacionales o nacionalizadas, destinadas a surtir exclusivamente a las tiendas Duty Free de entrada y/o salida”*²⁶. Una vez ingresada la mercancía a la BDF, deberá tramitarse el documento denominado “Declaración de Ingreso a Duty Free (BDF)”²⁷.
 49. Las mercancías extranjeras deben almacenarse de forma separada de las mercancías nacionales y/o nacionalizadas²⁸. Para esto, el interior de la BDF se podrá subdividir²⁹. Estas mercancías almacenadas no se encuentran sujetas a un plazo determinado de depósito³⁰. El Concesionario no podrá admitir en sus recintos mercancías que no estén destinadas a la venta en los Duty Free respectivos³¹.
 50. Solo desde la BDF las mercancías pueden ser trasladadas a las tiendas de Duty Free. Estas pueden ser tiendas de entrada o tiendas de salida. La tienda de entrada es la

consumado legalmente, esto es cuando terminada la tramitación fiscal, queda a la libre disposición de los interesados”.

²² Artículo 6°, inciso segundo, Ley N°19.288.

²³ Artículo 6°, inciso tercero, Ley N°19.288.

²⁴ Artículo 1°, Decreto N°499 del Ministerio de Defensa Nacional.

²⁵ Resolución Exenta N°853, párrafo 2.1. Asimismo, respuesta del Servicio Nacional de Aduanas al Oficio Ordinario N°238 de la FNE.

²⁶ Resolución Exenta N°853, párrafo 1.5.

²⁷ Resolución Exenta N°853, párrafo 2.2. y Anexo 2.

²⁸ Resolución Exenta N°853, párrafo 5.1; respuesta del Servicio Nacional de Aduanas al Oficio Ordinario N°238 de la FNE.

²⁹ Resolución Exenta N°853, párrafo 3.

³⁰ Resolución N°853, párrafo 5.2.

³¹ Decreto N°499, art. 9°.

“tienda duty free ubicada en el sector de ingreso de pasajeros internacionales, donde se exhiben y venden las mercancías autorizadas a los pasajeros que arriben al país...”³² y la tienda de salida es la “tienda ubicada en la sala de embarque de pasajeros internacionales, donde se exhiben y venden mercancías a los pasajeros en tránsito o que salen del país...”³³.

51. En estas tiendas se comercializan, entonces, mercancías que están libres de arancel e IVA (en caso de las mercancías extranjeras) o solo libres de IVA (en caso de las mercancías nacionales y/o nacionalizadas)³⁴. En el caso de las tiendas de llegada, la Ley N°19.288 entrega la franquicia contemplada en la subpartida 0009-0200, del capítulo 0 del arancel aduanero³⁵. Esta franquicia permite la adquisición de mercancías extranjeras libres de arancel e IVA, por un monto de hasta US\$675 por viaje para los pasajeros y US\$473 mensuales para los tripulantes³⁶. Estas tiendas deben estar ubicadas en el sector de ingreso de pasajeros internacionales³⁷. En el caso de las tiendas de salida, ellas exhiben y venden mercancías nacionales y extranjeras a los pasajeros en tránsito o que salen del país, sin las limitaciones antes expuestas³⁸.

B. Modelo de competencia

52. En principio, respecto de las tiendas Duty Free, opera un modelo de competencia *ex ante* y por la cancha. En particular, quienes pretenden ser Concesionarios de Duty Free en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez deben participar de una licitación en que la mejor oferta, según los criterios de evaluación contenidos en el decreto correspondiente, se adjudica el derecho a establecer, administrar y explotar las tiendas de Duty Free del Aeropuerto.
53. De acuerdo al artículo 5°, inciso primero de la Ley N°19.288, el derecho a establecer, administrar y explotar un Duty Free es otorgado por propuesta pública, cuyas bases serán contempladas en un reglamento dictado por el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Defensa Nacional, oyendo a los respectivos Servicios. Este derecho es otorgado entonces al Concesionario de Duty Free, que es una *“persona natural o jurídica que habiendo sido adjudicado con la concesión aeronáutica y el derecho a*

³² Resolución N°853, párrafo 1.3.

³³ Resolución N°853, párrafo 1.4.

³⁴ Respuesta del Servicio Nacional de Aduanas al Oficio Ordinario N°238 de la FNE.

³⁵ Artículo 2°, inciso segundo, Ley N°19.288.

³⁶ Respuesta del Servicio Nacional de Aduanas al Oficio Ordinario N°238 de la FNE.

³⁷ Respuesta del Servicio Nacional de Aduanas al Oficio Ordinario N°238 de la FNE.

³⁸ Respuesta del Servicio Nacional de Aduanas al Oficio Ordinario N°238 de la FNE.

*explotar el o los almacenes de venta libre, ha suscrito el respectivo contrato*³⁹. Según el Decreto N° 499, sólo pueden actuar como concesionarios y explotadores de los Duty Free las personas que, de acuerdo a las bases de licitación establecidas en el párrafo III del Reglamento (actualmente modificadas por las BALI del Decreto N° 36), hubieren obtenido mediante licitación pública el derecho de concesión y explotación de estos recintos.

54. Tanto el Decreto N° 499, como el Decreto N° 36, adoptaron la modalidad de un solo concesionario para toda la superficie asignada a Duty Free en el Aeropuerto de Santiago. Esto es sin perjuicio de que, de acuerdo a información recopilada por esta Fiscalía, durante la discusión que conllevaría a la promulgación del Decreto N° 36, los organismos competentes analizaron la posibilidad de tener más de un Concesionario de Duty Free en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez⁴⁰. Esta modalidad de competencia *en la cancha*, según los antecedentes recabados por esta Fiscalía, parece excepcional a nivel comparado⁴¹.
55. De esta manera, el modo principal de competencia al que está sometido el Concesionario de Duty Free es competencia por la cancha y *ex ante*, dado que se trataría del único concesionario de este tipo de tiendas en el Aeropuerto de Santiago, sin perjuicio de lo que se recomendará en la sección IV.
56. Sin embargo, esto no implica que *ex post*, luego de la adjudicación, respecto del Concesionario de Duty Free no se ejerza ninguna presión competitiva. En efecto, de los antecedentes recabados por esta FNE surge que los precios que el Concesionario de Duty Free fije para sus productos podrían ser objeto de algún grado de presión competitiva por parte del *retail* tradicional⁴², en la medida que los mismos productos puedan ser adquiridos en una oportunidad distinta al paso del pasajero por el aeropuerto.
57. Así, el diseño de la licitación –así como en general ocurre en la experiencia internacional– refleja que el principal modo de competencia en materia de Duty Free es *ex ante* y *por la cancha*, sin perjuicio de cierto nivel de presión competitiva *ex post* por parte del *retail* interno de cada país.

³⁹ Resolución N°853, párrafo 1.2.

⁴⁰ Respuesta de la Dirección General de Aeronáutica Civil al Oficio Ordinario N° 191-24 de la FNE; declaración de la DGAC, de fecha 29 de enero de 2024.

⁴¹ Declaración de [1], de fecha 15 de febrero de 2024. Véase: Anexo Confidencial FNE N° [1]. En adelante, [*] indica la referencia al numeral correspondiente del Anexo Confidencial FNE.

⁴² Declaración de [2], de fecha 1° de febrero de 2024; Declaración de [3], de fecha 15 de febrero de 2024.

C. Caracterización de la actividad

58. Con el objetivo de analizar posibles riesgos a la libre competencia que podrían emanar del diseño de las bases del concurso, la competencia generada *ex ante* y el comportamiento del adjudicatario *ex post*, es necesario hacer una descripción de la industria y de los agentes económicos que participan en él.
59. Tal como se indicó *supra*, los Duty Free son establecimientos, ubicados generalmente dentro de los aeropuertos, pero también se pueden encontrar en cruceros, puertos y otras ubicaciones turísticas, dedicados a la comercialización minorista de bienes y servicios a los pasajeros internacionales, en donde sus productos están libres de impuestos⁴³. La relevancia que tiene este tipo de concesiones para el aeropuerto es considerable, dado que, en general, sus principales ingresos provienen de las actividades no aeronáuticas⁴⁴.
60. Los productos que se venden corresponden principalmente a bienes de lujo y las principales categorías de productos que venden son productos de belleza, bebidas alcohólicas, ropa y moda, alimentación, accesorios, tabaco y artículos electrónicos⁴⁵. De estas categorías, los productos que tendrían mayores márgenes de utilidad serían licores, cigarros, perfumes y cosméticos⁴⁶.
61. La decisión de qué productos vender depende del margen de cada uno de ellos, del patrón de consumo de los pasajeros y sus preferencias, las cuales pueden variar por zona geográfica, y la representación de marcas relevantes en cada país. Mientras que la decisión del precio depende del perfil del pasajero, además de considerar la presión competitiva que pueden ejercer los precios de los productos en el mercado doméstico⁴⁷.
62. Por el lado de la demanda, los consumidores son los pasajeros internacionales que salen o llegan al aeropuerto que tiene las tiendas de Duty Free. La compra que hacen

⁴³ Véase: <https://www.aduana.cl/las-compras-en-duty-free-pagan-impuestos/aduana/2022-06-29/115923.html> y <https://dfworldcouncil.com/what-is-duty-free-travel-retail/> [última visita: 21/03/2024]

⁴⁴ Ghazi, K., & Ammar, S. (2018). “*International tourists’ attitudes and satisfaction toward airport F&B, and duty-free concessions*”. *Journal of Tourism Research*, 20(July), página 42.

⁴⁵ Véase: (i) Declaración de [4], de fecha 1° de febrero de 2024; (ii) Declaración de [5], de fecha 31 de enero de 2024; y (iii) Declaración de [6], de fecha 15 de febrero de 2024.

⁴⁶ Comisión Europea, Decisión M.8382 - VINCI / DUFREY / LFP, de 5 de julio de 2017, párrafo 15; y (i) Declaración de [7], de fecha 1° de febrero de 2024; (ii) Declaración de [8], de fecha 31 de enero de 2024; y (iii) Declaración de [9], de fecha 15 de febrero de 2024.

⁴⁷ Christiansen, V., & Smith, S. (2001). “*The economics of duty-free shopping*”, página 5; y (i) Declaración de [10], de fecha 1° de febrero de 2024; (ii) Declaración de [11], de fecha 31 de enero de 2024; y (iii) Declaración de [12], de fecha 15 de febrero de 2024.

los pasajeros está caracterizada por ser principalmente una compra impulsiva o de oportunidad⁴⁸.

63. Sobre la estructura de costos, el principal corresponde a la renta otorgada al aeropuerto por la explotación de la concesión de Duty Free, mientras que otros costos relevantes son la contratación de personal, debido a que supone un costo operacional considerable que las tiendas estén abiertas permanentemente, y los costos relacionados con la mercadería, como adquirir los productos, su almacenamiento y la logística involucrada⁴⁹.
64. Según los operadores de Duty Free, las principales diferencias con la industria de retail o supermercados son los impuestos, tales como el IVA y los aranceles, además que la industria del Duty Free es un negocio fuertemente orientado al cliente para lograr la compra impulsiva del mismo. Por el lado de los proveedores, resalta la importancia de alcanzar una escala del negocio a nivel internacional⁵⁰.

D. Principales actores de la industria a nivel mundial

65. Respecto de los actores participantes de esta industria a nivel mundial, existen varios operadores de Duty Free, entre los cuales se encuentran: China Duty Free Group; Lagardère S.A.; Dufry AG; DFS Group; Lotte Duty Free; Gebr. Heinemann; Duty Free Americas; Dubai Duty Free; Flemingo International, entre otras⁵¹.
66. Cabe señalar que existen organizaciones internacionales que agrupan a los operadores de Duty Free en el mundo, además de haber organizaciones focalizadas en continentes o regiones. En ese sentido, una organización a nivel mundial es la Duty Free World Council, la cual tiene entre sus miembros asociaciones de Duty Free provenientes de Asia, Latinoamérica, Europa, Canadá, medio Oriente y África, y asociaciones que incluyen también a proveedores de productos de los Duty Free y concesionarios de aeropuertos⁵².

⁴⁸ Véase: (i) Declaración de [13], de fecha 1° de febrero de 2024; (ii) Declaración de [14], de fecha 31 de enero de 2024; y (iii) Declaración de [15], de fecha 15 de febrero de 2024.

⁴⁹ Véase: (i) Declaración de [16], de fecha 1° de febrero de 2024; (ii) Declaración de [17], de fecha 31 de enero de 2024; y (iii) Declaración de [18], de fecha 15 de febrero de 2024.

⁵⁰ Véase: (i) Declaración de [19], de fecha 1° de febrero de 2024; (ii) Declaración de [20], de fecha 31 de enero de 2024; y (iii) Declaración de [21], de fecha 15 de febrero de 2024.

⁵¹ Comisión Europea, Decisión M.8382 - VINCI / DUFY / LFP, de 5 de julio de 2017, párrafos 33 a 35. También véase: Comisión Europea, Decisión M.7622 - DUFY / WORLD DUTY FREE, de 5 de agosto de 2015, párrafo 36; Consulta NPU, páginas 11, 12 y 28; también véase <https://finance.yahoo.com/news/10-biggest-duty-free-companies-184348418.html> [última visita 21/03/2024]

⁵² Véase: <https://dfworldcouncil.com/dfwc-members/> [última visita: 21/03/2024].

67. Para Sudamérica, América Central, México y el Caribe existe la ASUTIL, que tiene 9 miembros que son operadores de Duty Free y tiendas libres de impuestos. Algunos miembros de operadores en aeropuertos son Duty Free Americas, Dufry, mientras que un operador de tiendas es Luryx Top Brands⁵³.
68. Finalmente, cabe indicar que ADP, uno de los accionistas de NPU, cuenta con una empresa relacionada dedicada al rubro del Duty Free: Exttime Duty Free Paris, compañía francesa en que cuenta con una participación del 50%, siendo el otro 50% propiedad de Lagardère Duty Free⁵⁴.

E. Principales características del *duty free* en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez

69. En el caso del Aeropuerto AMB, el operador actual de los Duty Free es Aldeasa Chile Ltda., empresa perteneciente al grupo Dufry AG, conglomerado que tendría operaciones en 63 países y 200 aeropuertos⁵⁵.
70. En Chile, Aldeasa se adjudicó la primera licitación pública de las tiendas de Duty Free, en el año 1995⁵⁶, con una duración inicial de 10 años. Posteriormente, la concesión fue prorrogada por la autoridad a solicitud de Aldeasa y con motivo de los aumentos de superficie de explotación de las tiendas, por medio de las Resoluciones N°006/0198 del 28 de enero del año 2005 y N°14/1/2/0201/0901 de fecha 7 de diciembre del año 2012, respectivamente, ambas por el plazo de 10 años. A la fecha del presente informe, Aldeasa mantiene sus operaciones en el terminal internacional (“T2”) del Aeropuerto AMB hasta el 26 de junio del año 2025 en razón de dos resoluciones de prórroga dictadas conjuntamente por la DGAC y el SNA, en diciembre de 2022 y en diciembre de 2023, por el plazo de 1 año y 1 año y 6 meses, respectivamente⁵⁷⁻⁵⁸.

⁵³ Véase: <https://www.asutil.org/miembros/> [última visita 21/03/2024].

⁵⁴ Universal Registration Document, Groupe ADP, año 2022, p.57. Disponible en https://www.parisaeroport.fr/docs/default-source/groupe-fichiers/finance/information-r%C3%A9glement%C3%A9-amf/documents-de-r%C3%A9f%C3%A9rence/2023/adp-2022-universal-registration-document.pdf?sfvrsn=e2b7baf2_0 [última visita: 21/03/2024].

⁵⁵ Véase: <https://santiago.shopdutyfree.com/es/about-us> [última visita: 21/03/2024]

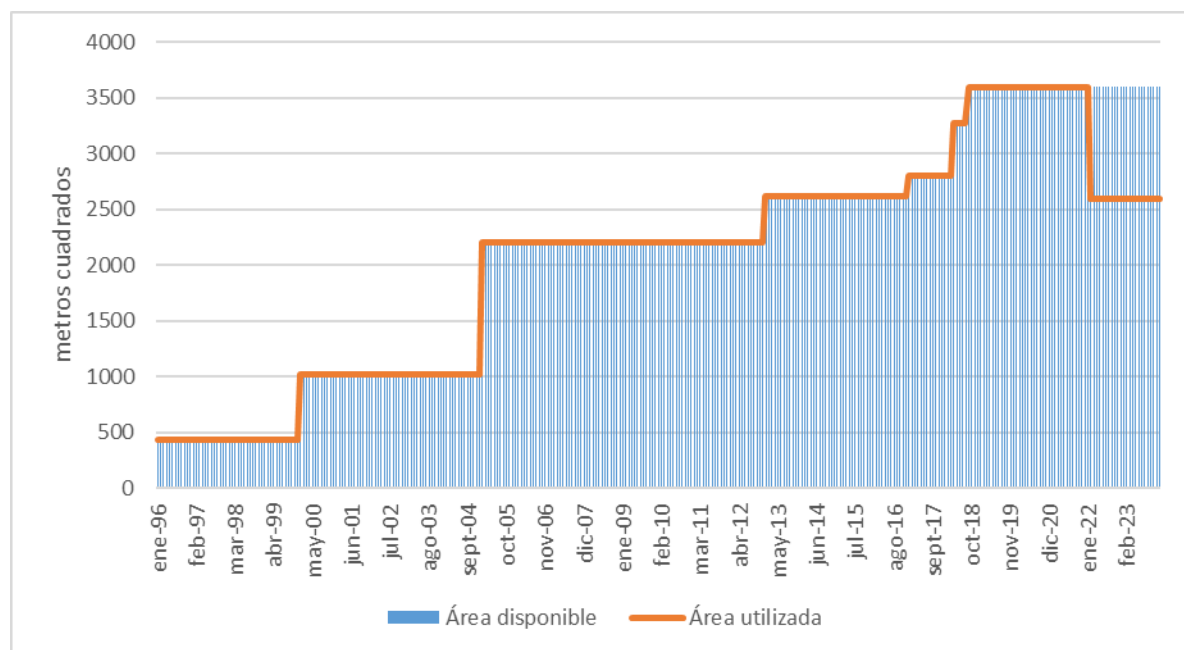
⁵⁶ Resolución N°1177, de fecha 30 de junio de 1995.

⁵⁷ Véase Resolución de aumento de plazo N°1925, de fecha 26 de diciembre de 2022; y Resolución de aumento de plazo N°2549, de fecha 29 de diciembre de 2023.

⁵⁸ Para revisar la cronología de los actos de autoridad que modificaron la concesión y aumentaron los plazos, véase correo electrónico de la DGAC, de fecha 2 de febrero de 2024, que acompaña antecedentes del proceso de licitación. En el mismo sentido, véase declaración de la DGAC, de fecha 29 de enero de 2024.

71. El Duty Free de AMB actualmente está ubicado en dos áreas, una de las cuales está emplazada en la zona de llegadas internacionales y la otra en la zona de salidas. Estas tiendas permanecen abiertas las 24 horas del día, los 7 días de la semana⁵⁹, y las compras son presenciales, ya sea que se realicen en el momento o de manera *online* con retiro en tienda⁶⁰.
72. Según lo informado por Aldeasa, en Chile la variedad de productos ofrecidos actualmente se enfoca principalmente en bienes de lujo y las principales categorías de productos que venden son de belleza (p.ej. perfumes y maquillaje), bebidas alcohólicas (p. ej. cognac, whisky), alimentación (p. ej. chocolates y dulces), accesorios (p. ej. relojes y lentes) y tabaco⁶¹.
73. En el Aeropuerto AMB existen áreas exclusivas para la administración y operación de las tiendas de Duty Free. Además, actualmente no es factible que se dispongan nuevas zonas que puedan ser designadas para la explotación de este servicio, debido a que la definición de las áreas viene dada por el plano de área de concesión del aeropuerto⁶². A continuación, en el Gráfico N° 1 se puede observar la cantidad de áreas disponibles para el concesionario actual y las utilizadas.

Gráfico N° 1: Evolución área disponible y utilizada (enero 1996 – enero 2024)



Fuente: Elaboración propia en base a la información aportada por la DGAC en respuesta al Of. Ord. N° 191-24 FNE.

⁵⁹ Véase: <https://santiago.shopdutyfree.com/es/our-stores> [última visita: 21/03/2024].

⁶⁰ Véase: <https://santiago.shopdutyfree.com/es/how-does-it-work> [última visita: 21/03/2024].

⁶¹ Véase: <https://santiago.shopdutyfree.com/es/74/> [última visita: 21/03/2024].

⁶² Toma de declaración de la DGAC de 29 de enero de 2024.

74. En base a lo que se observa del gráfico, el área disponible para ser utilizada por el operador de Duty Free ha ido en aumento, desde los 434 m² hasta llegar a los 3.594,5 m². Esta superficie había sido utilizada en su totalidad para la explotación del negocio, pero en febrero de 2022 el área utilizada pasó de 3.594,5 m² a 2.599 m².
75. Actualmente en el Aeropuerto AMB no existen otras zonas que puedan ser designadas para la explotación de este servicio, debido a que la definición de las áreas viene dada por el Plan Maestro de la construcción del aeropuerto⁶³.
76. Respecto a la definición del mercado relevante en los casos de licitaciones públicas, el H. Tribunal ha diferenciado en dos categorías: (i) si corresponde a competencia “en la cancha”, en donde la licitación sería un mecanismo de asignación de bienes y servicios dentro de un mercado; o (ii) si la licitación asigna un derecho o se otorga un monopolio al agente ganador del concurso, provocando una competencia “por la cancha”⁶⁴. En ese último caso, el H. TDLC ha indicado que el mercado relevante corresponde a la licitación misma, como se describe en la sección III.A del presente informe⁶⁵.
77. Por lo anterior, el mercado relevante considerado por este Servicio para el análisis que se hará más adelante corresponde al servicio de Duty Free ofrecido en el Aeropuerto AMB. Lo anterior se debe a que se está otorgando la concesión de la explotación del Duty Free a un único actor, conllevando a que este proceso corresponda a una competencia “por la cancha”.
78. Esta definición de mercado va en línea con jurisprudencia internacional, en donde se considera la existencia de una competencia por el mercado, no se observa evidencia clara de hacer una distinción por productos que pueda venderse en el Duty Free o si es un terminal de entrada o salida⁶⁶ de este servicio en el Aeropuerto AMB.
79. En el Gráfico N° 2 se muestran los ingresos obtenidos por ventas del Duty Free y el pago por la explotación de la concesión, en US\$.

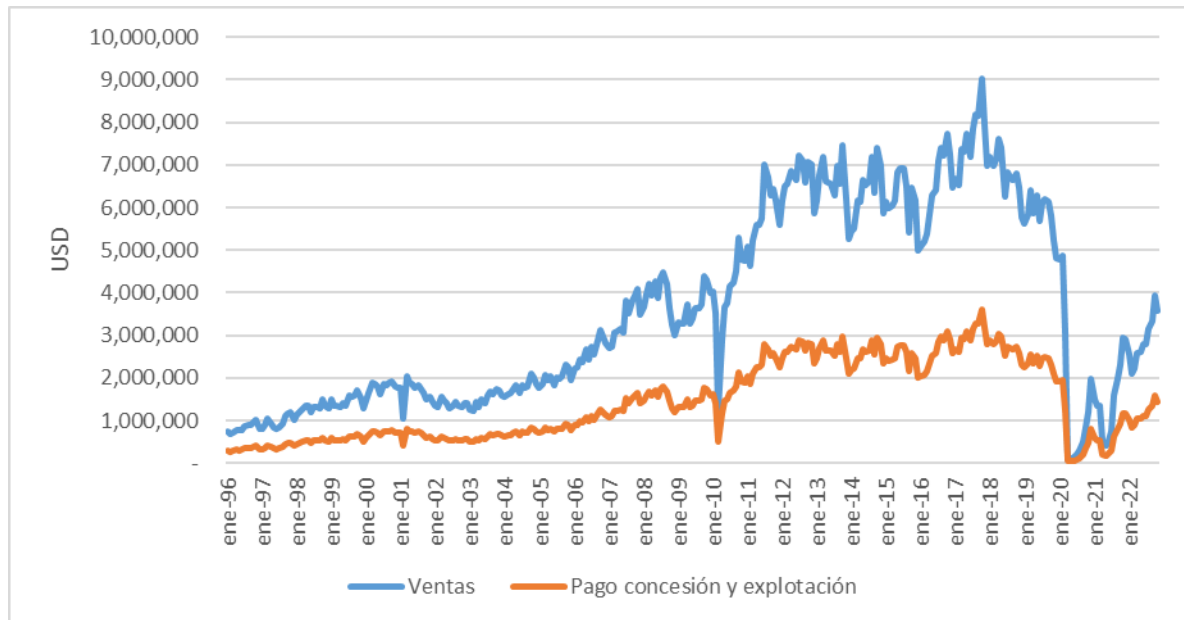
⁶³ Declaración de la DGAC, de fecha 29 de enero de 2024.

⁶⁴ H. TDLC. Sentencia N° 168/2019, Considerando 10°.

⁶⁵ H. TDLC. Sentencia N° 114/2011, Considerando 30°.

⁶⁶ Cabe destacar que en tal jurisprudencia se deja abierta una definición exacta del mercado relevante. Véase: Comisión Europea, Decisión M.8382 - VINCI/ DUFREY/ LFP, de 5 de julio de 2017, párrafos 17 a 30. También véase: Comisión Europea, Decisión M.7622 - DUFREY/ WORLD DUTY FREE, de 5 de agosto de 2015, párrafos 9 a 34.

Gráfico N° 2: Ingresos del Duty Free Aeropuerto AMB y pago por explotación (enero 1996 – enero 2024)⁶⁷



Fuente: Elaboración propia en base a la información aportada por la DGAC en respuesta al Of. Ord. N° 191-24 FNE.

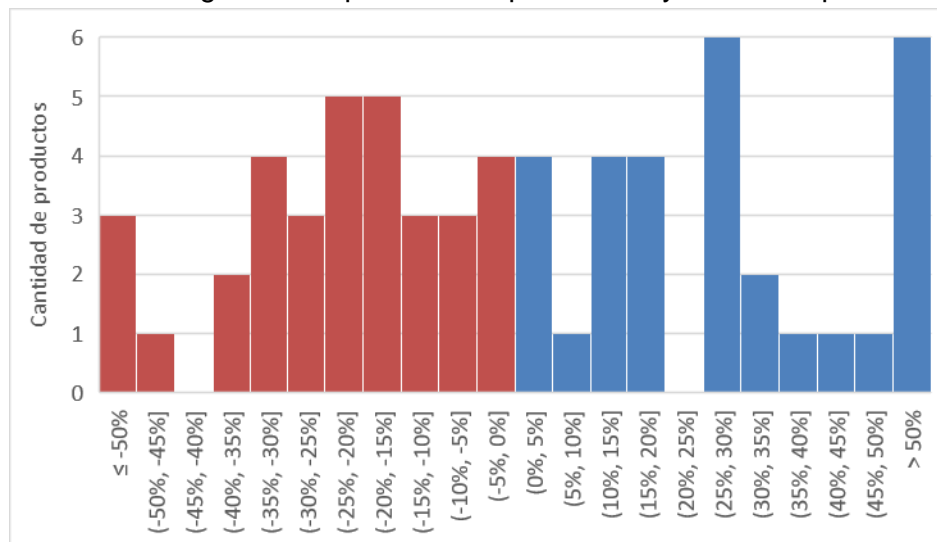
80. Tal como se observa del gráfico anterior, desde el año 1996 hasta el año 2018 la tendencia de las ventas del Duty Free en el Aeropuerto AMB ha sido al alza, por lo que el pago por la explotación de la concesión también ha ido aumentando.
81. No obstante, en el año 2019 y sobre todo en el periodo de pandemia hasta fines de 2021, las ventas cayeron drásticamente debido a los cierres de fronteras y confinamientos. Finalmente, desde el año 2021 hasta la actualidad, se observa una fuerte tendencia al alza de los ingresos obtenidos.
82. Respecto de los niveles de precios actuales, este Servicio no pudo observar que los productos en el Duty Free sean consistentemente más baratos que alguna otra alternativa que se pueda encontrar en el mercado local, fuera del aeropuerto.
83. Para llevar a cabo la comparación de precios y arribar a dicha conclusión, se toma una muestra de los productos catalogados como los más vendidos y sus precios disponibles en la página web de Duty Free⁶⁸, para luego buscar el mismo producto u otro similar en páginas web de otras tiendas.

⁶⁷ Se muestran las ventas y pagos hasta noviembre 2022. Para ver la información hasta enero 2024, véase: Anexo Confidencial FNE N° [22].

⁶⁸ El análisis considera los descuentos y promociones ofrecidas en la página web, por ejemplo, productos que tienen un 20% de descuento al hacer la reserva online. Véase: <https://santiago.shopdutyfree.com/es/74/> [última visita: 21/03/2024]

84. De los 63 productos analizados, correspondientes a las categorías de belleza, bebidas, alimentación y accesorios, se obtuvo que 30 eran más baratos en la tienda Duty Free, mientras que el resto de los 33 tenían un valor mayor. A continuación, en el Gráfico N° 3 se muestra un histograma que refleja la diferencia porcentual entre los precios de los productos en el Duty Free y en locales comerciales en Santiago⁶⁹.

Gráfico N° 3: Histograma comparación de precios Duty Free Aeropuerto AMB



Fuente: Elaboración propia con información pública.

85. Tal como se observa en el gráfico, las barras en color azul indican que los precios en el Duty Free son menores que el precio en tiendas alternativas, mientras que las barras en color rojo representan la cantidad de productos que tienen un precio mayor en el Duty Free.
86. Según la información presentada anteriormente, no es posible concluir que la compra en tiendas Duty Free, a pesar de las exenciones tributarias que la favorecen, garantice a los consumidores finales que están adquiriendo productos a un precio menor al que podrían obtener en compras en el retail regular, fuera del aeropuerto⁷⁰.
87. Considerando lo anterior, se llevó a cabo una prueba estadística para testear si existe una diferencia entre los precios observados, la cual indica que la diferencia de precios entre el Duty Free y tiendas de *retail* fuera del aeropuerto no sería significativa⁷¹.

⁶⁹ La diferencia porcentual se calcula como: $\frac{\text{Precio competencia} - \text{Precio Duty Free}}{\text{Precio Duty Free}}$. Por lo anterior, si la diferencia porcentual es un número positivo, entonces el producto es más barato en el Duty Free.

⁷⁰ Cabe destacar que, en el caso hipotético en que efectivamente los precios del Duty Free fuesen menores en general, se observaría que el histograma estaría considerablemente cargado en el rango de los números positivos (barras de color azul).

⁷¹ Utilizando un "test t" para medias de dos muestras emparejadas, se obtiene un "valor t" de -0,77, lo cual no es estadísticamente significativo para rechazar la hipótesis nula de equivalencia en medias, a un 95% de confianza.

88. En conclusión, no se observa que los productos en la tienda Duty Free del Aeropuerto AMB sean significativamente más baratos, a pesar de ser productos libres de impuestos.

III. CONSIDERACIONES DE COMPETENCIA

A. Consideraciones jurisprudenciales sobre los criterios de competencia que deben primar en las licitaciones públicas

89. Antes de entrar de lleno en el análisis de libre competencia de las Bases de Licitación, corresponde hacer referencia a algunas consideraciones generales establecidas por la jurisprudencia del H. TDLC y la Excm. Corte Suprema relativas a las licitaciones públicas.

90. En primer lugar, cabe relevar que este H. TDLC ha sido consistente en sostener que la revisión de libre competencia de las Bases de Licitación en el marco de un procedimiento no contencioso de consulta no puede alcanzar a aquellos aspectos específicamente regulados por una ley especial o por normativas que sean propias del ejercicio de facultades regladas de los órganos de la administración, sino que debe comprender sólo aquellos aspectos del diseño de las bases de licitación pública que queden bajo la discrecionalidad del órgano respectivo. Así las cosas, de ser el caso, el órgano estará obligado a elaborar las bases de licitación en concordancia con la normativa sectorial vigente –incluso si ello pudiere eventualmente generar afectaciones a la competencia–, estando vedado para el H. TDLC pronunciarse al respecto en ejercicio de las facultades del artículo 18 N° 2 del DL N° 211⁷².

91. En el caso bajo análisis, en particular, esta FNE observó que ninguno de los aspectos de las Bases de Licitación del Decreto N°36 que son cuestionados por la Consultante están definidos *ex ante* en la norma legal sectorial, por lo que esta FNE se referirá a cada una de dichas materias desde una mirada de libre competencia en la sección B siguiente.

92. En segundo lugar, es posible identificar una serie de criterios generales en relación con el diseño de bases de licitación pública que se desprenden de la jurisprudencia reciente del Tribunal, que son de utilidad a la hora de definir o identificar si éstas

⁷² Excm. CS. Sentencia Rol N°1855-2009, de fecha 15 de junio de 2009. En el mismo sentido, véase H.TDLC. Sentencia N°177/2021.

tienen la aptitud para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos.

93. En efecto, según ha definido el H. Tribunal, a fin de determinar si las Bases de Licitación se ajustan a la normativa de libre competencia contenida en el DL 211, se debe verificar si las mismas mantienen *mínimas condiciones de rivalidad*⁷³, precisando que se debe impedir cualquier mecanismo o actuación en el proceso y diseño de bases por parte de la autoridad que: (i) manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) limiten injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases; y, (iii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación⁷⁴⁻⁷⁵.

94. Para cumplir dichos objetivos, tanto la FNE⁷⁶ como el H. TDLC han entregado recomendaciones generales al respecto, referentes, por ejemplo, a no favorecer instancias que generen o promuevan el contacto entre los interesados⁷⁷; propender a que las Bases de Licitación no asignen mayor puntaje o premien con alguna preferencia a quien quiera o pueda gastar más; justificar todo pago al órgano de la administración del Estado respectivo, cuyos montos deberán estar determinados previamente en las bases y ser conocidos por los oferentes⁷⁸; promover ofertas que fijen estándares técnicos y de experiencia como requisito para participar en la licitación, sin asignación de puntaje de cara a la evaluación⁷⁹; instar por inversiones que –de ser requeridas– sean justificadas en términos de su necesidad, monto, fecha de entrega y estándares de calidad⁸⁰, sólo por mencionar algunas materias.

95. En la sección siguiente, se abordarán las reglas establecidas en las Bases de Licitación que fueron cuestionadas por Nuevo Pudahuel en su Consulta –siguiendo

⁷³ H.TDLC. Sentencia N°138/2014, considerando 17°.

⁷⁴ H.TDLC. Sentencia N°177/2021, considerando 6° y Sentencia N°138/2014, considerando 17°. En el mismo sentido, véase Resolución N°63/2021, considerando 2° y Resolución N°66/2021, considerando 2°.

⁷⁵ De un modo similar, la Guía para la Elaboración de Bases de Licitación Pública de Terminales Terrestres Interurbanos (“**Guía de Terminales**”) de esta Fiscalía sugiere que las licitaciones públicas –en general– deben propiciar una intensa competencia para adjudicarse la licitación, con el objetivo de que los efectos positivos de la competencia se traspasen a los usuarios y consumidores en la fase posterior. FNE. Guía de Terminales, p.2.

⁷⁶ FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos, de fecha 16 de noviembre de 2022.

⁷⁷ H.TDLC. Resolución N°66/2021, considerandos 93°-95° y Resolución N°63/2021, condición Tercera.

⁷⁸ H.TDLC. Resolución N°66/2021, considerandos 85°-88° y Condición Segunda.

⁷⁹ H.TDLC. Resolución N°63/2021, considerando 73° y Condición Tercera.

⁸⁰ Ibid.

el orden de los riesgos de competencia esgrimidos en cada caso—, así como otros identificados por esta Fiscalía, a la luz de los criterios generales de la jurisprudencia antedichos y de los antecedentes recabados durante el curso de su investigación.

B. Análisis de competencia de las Bases de Licitación contenidas en el Decreto N°36

i. Criterios de evaluación técnica

96. Como fue descrito en las subsecciones I.B.ii y I.B.iii, los antecedentes técnicos del licitante son evaluados de acuerdo a dos componentes: experiencia e indicadores. La experiencia se mide a través de cuatro variables: el número de contratos en tiendas Duty Free, los años de experiencia en el rubro, la facturación anual neta y la superficie total explotada en el rubro. Para los indicadores, en cambio, se considera un aeropuerto a elección del licitante y se revisan las ventas por m², el promedio de ventas y la penetración de mercado.
97. De esta forma, el ítem técnico de la licitación, que pondera un 20% del puntaje final, se divide en 7 criterios: número de contratos (10 puntos), años de experiencia (10 puntos), facturación anual neta (10 puntos), superficie total explotada (10 puntos), ventas por m² (20 puntos), promedio de ventas (20 puntos) y penetración de mercado (20 puntos).
98. En la Consulta, NPU critica tres aspectos de la evaluación técnica contenida en las BALI⁸¹: la constitución de sus componentes, la falta de otros criterios y, finalmente, el porcentaje que representa este ítem en el puntaje final.
99. Respecto al componente experiencia, Nuevo Pudahuel argumenta que tales variables no generan competencia, dado que todos los principales operadores internacionales de Duty Free cumplen con los criterios mencionados en el párrafo 19 y siguientes, de forma tal que en este componente obtendrían la mayor puntuación posible y no existiría competencia.
100. En cambio, respecto del componente indicadores, la Concesionaria de AMB indica que todos sus factores se refieren a la explotación de otros Duty Free por parte de los oferentes, pero ninguno permite evaluar cuál es la mejor oferta técnica para el Duty Free de AMB.

⁸¹ Consulta, pp.27-32.

101. Además, NPU indica que los componentes mencionados en los párrafos anteriores apuntan a la experiencia o al tamaño de los oferentes, cuando debería asignarse puntuación por otros aspectos cuantitativos o cualitativos, tales como la inversión y el uso de superficies, el diseño de ambientes, la calidad del personal, el rango de servicios, el servicio al cliente, la política de precios, entre otros.
102. Finalmente, Nuevo Pudahuel también es crítico del porcentaje que representan los antecedentes técnicos en el puntaje final del proceso de licitación, indicando que a nivel mundial la mayoría de las licitaciones asignan entre el 40% y el 60% a la evaluación técnica, porcentaje mayor al 20% asignado por las BALI.
103. Para solucionar este supuesto riesgo, Nuevo Pudahuel propone la incorporación de diversos criterios de evaluación técnica en el Decreto N° 36, como las políticas de precios, el diseño de espacios, la variedad de productos, el marketing, entre otros.
104. En torno a los elementos de la evaluación técnica, la opinión de esta Fiscalía es que el principio general que debe primar es que este tipo de parámetros no deben constituir barreras injustificadas a la participación de oferentes en el proceso licitatorio ni reducir la intensidad competitiva en ella.
105. En efecto, sobre este punto tanto el H.TDLC⁸² como la FNE⁸³ han sostenido que por regla general las bases de licitación deben definir los estándares técnicos y de experiencia requeridos y exigirlos como un requisito para participar (como una primera etapa), sin asignarle puntaje en la evaluación de las ofertas. Además, en caso de que se requiera acreditar experiencia, se recomienda que su forma de cálculo y su forma de acreditación deben estar establecidos expresamente en las bases, procurando que no genere exclusión de potenciales oferentes capacitados, no reduzca injustificadamente el número de posibles oferentes ni genere un desequilibrio injustificado entre las distintas ofertas⁸⁴.
106. De acuerdo con la jurisprudencia del H. Tribunal, la experiencia a exigir debe ser aquella considerada como relevante y no necesariamente en el rubro en específico

⁸² H. TDLC. Resolución N°66/2021, considerandos 89° a 92° y Condición Tercera; H. TDLC. Resolución N°63/2021, Considerando 73° y Condición Tercera.

⁸³ FNE. Guía de Terminales, p.5.

⁸⁴ H.TDLC. Resolución N°66/2021, considerandos 89° a 92° y Condición Tercera; y Resolución N°63/2021, considerandos 59° y 60° y Condición Tercera. En el mismo sentido, FNE. Guía de Terminales, p.9.

de los servicios que se concesionan⁸⁵, en particular si no se requiere un “*know how*” sofisticado. En tal caso, se recomienda reducir las restricciones en los criterios asociados al factor experiencia⁸⁶, idealmente sólo a aquellas que realmente sean necesarias para verificar la capacidad del adjudicatario de cumplir con el proyecto licitado.

107. En caso de mantenerse el formato actual de evaluación de las ofertas, los participantes que no tengan experiencia específica de la industria de Duty Free pero sí cuenten con capacidades en mercados equivalentes (como podrían ser multitiendas de *retail*, que manejan las mismas líneas de productos) tendrían que compensar su menor puntaje en la evaluación de antecedentes técnicos con una oferta económica más atractiva que, tal como están las bases actualmente, corresponde a aumentar el pago variable.
108. De acuerdo con la evaluación de las ofertas detallada en la Tabla N° 3, para mantener el mismo puntaje final, el puntaje de la oferta económica debe aumentar en 0,25 por cada punto menos en evaluación técnica⁸⁷.
109. Sin embargo, los subcomponentes de los antecedentes técnicos no poseen una asignación de puntajes lineal en su evaluación. Tanto el puntaje por indicadores como el de experiencia son evaluados en tramos escalonados de puntaje.
110. Por lo anterior, para entender de mejor forma la compensación que tiene que haber en la oferta económica debido a la penalización del puntaje por la falta de experiencia en el rubro, se realiza un ejercicio económico de equivalencia de puntajes.
111. Este ejercicio consiste en calcular a cuánto tiene que ascender la oferta económica - porcentaje variable ofertado- de un potencial entrante en la industria, que no tiene experiencia en Duty Free, con respecto a dos situaciones: (i) un oferente que tenga

⁸⁵ H. TDLC. Sentencia N°77/2008, considerando 55°. También véase: FNE. Aporte de Antecedentes en causa Rol NC-482-2020, en Solicitud de dictación de Instrucciones de Carácter General sobre contratos de obra pública licitados por municipios, folio 58, párrafo 243; y FNE. “Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos”, página 9.

⁸⁶ H. TDLC. Resolución N°66/2021, Considerando 89°; H. TDLC. Resolución N° 63/2021, considerando 59°.

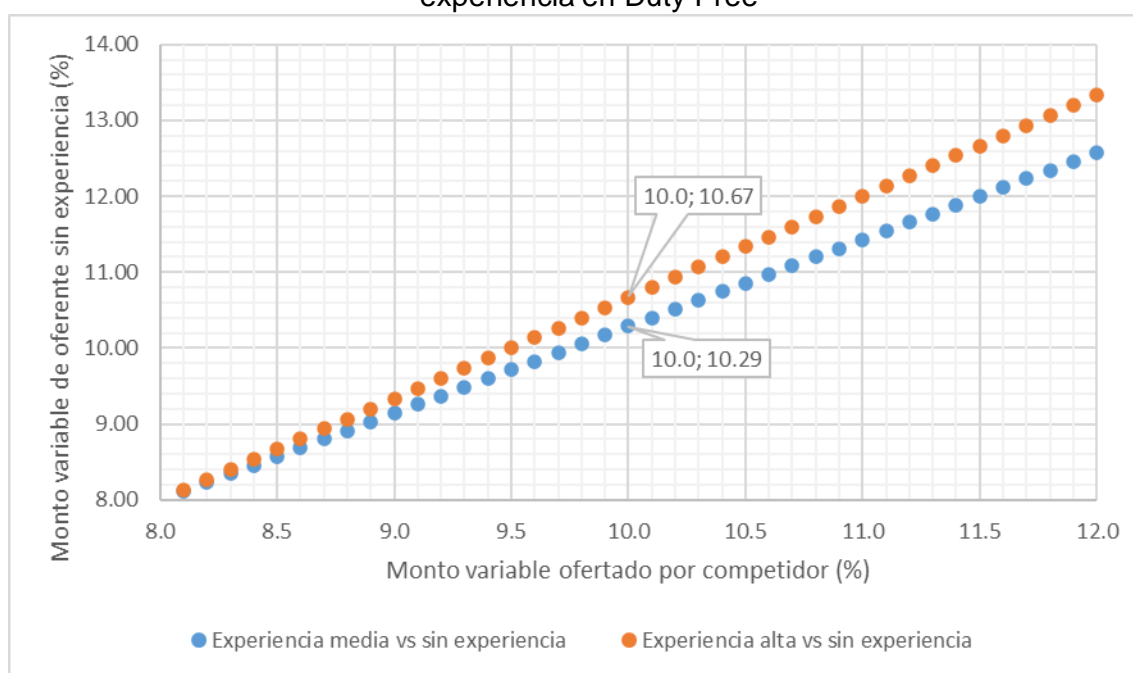
⁸⁷ La fórmula para evaluar la oferta de un participante es: $Puntaje = Puntaje\ oferta\ económica * 0,8 + Puntaje\ oferta\ técnica * 0,2$. El cálculo de la curva de equivalencia de puntajes es: $\Delta Puntaje = 0 = \Delta Puntaje\ oferta\ económica * 0,8 + \Delta Puntaje\ oferta\ técnica * 0,2 \leftrightarrow$

$\frac{\Delta Puntaje\ oferta\ económica}{\Delta Puntaje\ oferta\ técnica} = -\frac{1}{4}$. En base a la ecuación anterior, si se disminuye en un punto el puntaje de la evaluación técnica, entonces el puntaje de la oferta económica debe aumentar en: $\frac{\Delta Puntaje\ oferta\ económica}{-1} = -\frac{1}{4} \leftrightarrow \Delta Puntaje\ oferta\ económica = 0,25$.

una experiencia “media”, es decir, que obtenga 50 puntos en la evaluación técnica; y (ii) un oferente que tenga una experiencia “alta”, es decir, que obtenga el máximo de 100 puntos en la evaluación técnica.

112. En ese sentido, para que el oferente sin experiencia específica en la gestión de Duty Free pueda ser tan competitivo en la licitación como un oferente que sí tiene experiencia en la industria, tiene que ofrecer un monto variable mayor. A modo de ejemplo, si un competidor con experiencia ofrece en la licitación un monto variable de 10%, entonces el oferente sin experiencia tiene que ofertar: (i) un monto variable de un 10,29% si el competidor tiene una experiencia media; y (ii) un 10,67% si el competidor tiene una experiencia alta.
113. Esta situación se muestra en el Gráfico N° 4, destacando el ejemplo particular del párrafo para facilitar la comprensión⁸⁸.

Gráfico N° 4: Comparación monto variable ofertado por participante sin experiencia en Duty Free



Fuente: Elaboración propia.

114. Si bien la oferta económica del participante sin experiencia tiene que ser mayor que la del competidor con experiencia, la diferencia entre las dos ofertas va creciendo en la medida que la oferta del competidor con experiencia aumenta.

⁸⁸ Para simplificar el ejercicio, se asume que la oferta económica del participante sin experiencia es la oferta máxima.

115. Estos resultados ilustran que, bajo el esquema de puntuación actual, el participante que no tiene experiencia específica en la industria de Duty Free tiene que hacer una oferta mayor que sus competidores, a pesar de que pueda ser igualmente eficiente en la venta de productos y contar con una vasta experiencia en otras industrias análogas, tales como retail o supermercados.
116. Lo anterior es sin perjuicio de que la evaluación de los subítems considerados en la evaluación de “indicadores” presentan problemas de comparabilidad entre distintos oferentes, pues cada aeropuerto que podrá ser seleccionado por los oferentes tiene distintos perfiles de viajeros, diferentes superficies asignadas a Duty Free y cada país tiene distintos niveles arancelarios, lo que incidirá en que estos indicadores no sean parámetros que puedan representar correctamente la eficiencia de cada operador de Duty Free.
117. En conclusión, este Servicio recomienda que la evaluación de los antecedentes técnicos solicitados, sobre experiencia y los indicadores, considere un segmento más amplio de posibles oferentes que solo aquellos que ya participan en otros aeropuertos, para que esta condición no se traduzca en una penalización a los participantes que no tengan experiencia previa en esta industria, pero sí en otras que sean análogas.

ii. Modelo económico

118. Las BALI contemplan, en su modelo económico, dos tipos de pago que deberá realizar el futuro concesionario a los licitantes con motivo del derecho de concesión y explotación: un monto fijo mensual pagadero a todo evento equivalente a dos millones de dólares de los Estados Unidos de América y, de manera adicional, los oferentes deberán proponer un monto variable calculado como porcentaje de las ventas que, como mínimo, debe ser un 8%.
119. De lo anterior se desprende que, como el monto de dos millones de dólares es fijo y pagadero a todo evento, solo existe competencia respecto de la oferta económica en torno al ítem del monto variable, y que quien ofrezca el porcentaje más alto de las ventas como pago al Estado en el proceso de licitación será el que obtenga el mejor puntaje en la oferta económica.
120. Lo anterior es de suma relevancia, dado que la oferta económica equivale al 80% del puntaje final obtenido en el proceso y los 100 puntos (el máximo a obtener) se entregarán solo a la oferta más alta. Al resto de las ofertas se les asignarán los puntajes de manera proporcional, mediante regla de tres simples con dos decimales.

121. Consultada la DGAC al respecto⁸⁹, la autoridad señaló que durante la etapa del diseño de las bases de licitación se evaluaron diferentes alternativas y combinaciones en conjunto con la Dipres, siendo la principal razón de elección del modelo antedicho “mantener como mínimo el aporte que actualmente la DGAC recibe por el contrato vigente del Duty Free (compartición del 40,02%), ya que dichos ingresos forman parte de los ingresos comerciales de la actual concesión de AMB, y por ende no abrir una controversia con dicho concesionario”⁹⁰.
122. Según las proyecciones para la nueva licitación, se indicó que el promedio mensual de la compartición con el fisco se estima en un mínimo de [23], lo que sería un [24]% mayor que el promedio histórico de pagos del Duty Free. Por su parte, en caso de que la oferta ganadora fuera por una compartición mayor en base a las ventas mensuales, por ejemplo, de un 12%, el promedio mensual de la compartición ascendería a [25], es decir, [26]% más que el promedio histórico; y si fuera de un 15%, los ingresos alcanzarían los [27], un [28]% mayor al promedio histórico⁹¹.
123. Nuevo Pudahuel, por su parte, argumenta en la Consulta que el pago de un monto fijo a todo evento desincentiva la participación de oferentes, ya que se trata de un riesgo muy elevado a asumir junto a la concesión. Agrega NPU, respecto a este ítem, que resultará en un riesgo para el bienestar de los consumidores, dado que se trasladará a ellos a través de un aumento de los precios y una reducción de la variedad disponible, atendido que el concesionario tratará de ofertar solo los productos de mayor margen de rentabilidad⁹².
124. Adicionalmente, Nuevo Pudahuel indica que el porcentaje variable único para todas las categorías de productos no permite capturar los distintos márgenes de rentabilidad de ellas, lo que repercutiría negativamente en oferta de productos de baja rentabilidad. Esto, junto a que las BALI solo obligarían a la venta de determinadas categorías de productos, no garantizaría de manera suficiente la variedad en la oferta a los consumidores⁹³.

⁸⁹ Declaración de la DGAC, de fecha 29 de enero de 2024

⁹⁰ Respuesta de la DGAC al Oficio ORD. N°191, de fecha 7 de febrero de 2024, Numeral 2 – Comunicaciones con M.Hda.

⁹¹ Véase documento titulado “Minuta - Condiciones Económicas BALI Duty Free Aeropuerto AMB - Dipres 31.05.2023” acompañado en la respuesta de la DGAC al Oficio ORD. N°191, de fecha 7 de febrero de 2024, Numeral 2 – Comunicaciones con M.Hda.

⁹² Consulta, pp.16-21.

⁹³ De todas formas, NPU argumenta que una cláusula que obligara a comercializar todas las variedades de productos no sería suficiente para subsanar este problema, dado que el Concesionario de Duty Free podría incluir estos bienes de forma temporal o en escasa proporción.

125. Dado lo anterior, NPU propone que el modelo económico contenga una contraprestación alternativa, consistente en que el Concesionario de Duty Free pague el monto más alto entre: (i) un pago mínimo garantizado, variable y determinado en base al flujo mensual de pasajeros internacionales, o (ii) un pago variable, basado en las ventas, pero diferenciado según la rentabilidad de las categorías de productos. De esta forma, argumenta Nuevo Pudahuel, las BALI deberían permitir que los oferentes propongan distintos porcentajes a entregar al Estado por categoría de productos, dada la distinta rentabilidad de ellas⁹⁴.
126. Este modelo, según NPU, generaría incentivos para: (i) vender más, dado que el monto mínimo garantizado basado en tráfico de pasajeros sería una obligación que el Concesionario buscará evitar; y (ii) recibir más ofertas en la licitación, dado que se generaría una distribución del riesgo más adecuada entre el Concesionario del Duty Free y los otros actores involucrados ante eventos exógenos que reduzcan el flujo de pasajeros en el Aeropuerto.
127. Al respecto, lo primero que se debe tener en consideración es que la finalidad de la revisión por el H. Tribunal del modelo económico propuesto en bases de licitación es, primordialmente, evitar reglas que limiten injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases.
128. Consultadas algunas de las potenciales interesadas en el proceso de licitación –que actualmente mantienen participación en la industria del *duty free* a nivel global– todas ellas mencionaron que si bien el pago fijo mensual a todo evento era alto en comparación a otras licitaciones del mismo tipo en las que habían participado, refirieron que el modelo de la licitación en su conjunto, en términos de pago a beneficio fiscal, sería similar a otros aeropuertos internacionales del mundo según sus proyecciones de ventas, y que les resultaba atractivo económicamente si se mantenían otras condiciones, como el plazo de duración de la concesión⁹⁵.
129. Con todo, esta Fiscalía es de la opinión de que el cobro de un monto fijo a todo evento tiene la aptitud de aumentar de forma importante los costos para el adjudicatario, generando las condiciones para una eventual afectación del bienestar de los consumidores por la vía de un aumento en los precios, reduciendo el beneficio esperado de comprar productos exentos de ciertos impuestos respecto de la alternativa de comprarlos en el comercio local.

⁹⁴ Consulta, pp.25-26.

⁹⁵ Véase: (i) Declaración de **[29]**, de fecha 1° de febrero de 2024; (ii) Declaración de **[30]**, de fecha 31 de enero de 2024; y (iii) Declaración de **[31]**, de fecha 15 de febrero de 2024.

130. En efecto, en vista de que bajo el diseño de la licitación no existirá –en principio– competencia *ex post* durante la vigencia de la concesión, el Concesionario de Duty Free tendría los incentivos y la capacidad de traspasar estos costos, en medida importante, a los consumidores, sobre todo frente al riesgo de disminuciones inesperadas en la cantidad de pasajeros internacionales –y por ende, en las ventas– incluso frente a eventos de caso fortuito o fuerza mayor que impliquen el cierre total o parcial del Aeropuerto AMB, como ocurrió durante la pandemia por Covid-19.
131. El H. Tribunal ha señalado, en reiteradas decisiones⁹⁶, que si se consideran pagos fijos en licitaciones de concesiones, especialmente cuando se adjudica un bien que puede conferir una posición dominante en uno o más mercados, su valor debe estar justificado tanto en los costos de la licitación como en el valor económico de los activos entregados en concesión.
132. En este caso, la justificación declarada por la DGAC corresponde, como se citó en el párrafo 107, a asegurar que se mantenga –como mínimo– el nivel de ingresos que actualmente obtiene del concesionario de Duty Free, para “*no abrir una controversia*” con NPU.
133. Si bien esa justificación pudo tener sentido en el contexto de las múltiples controversias y litigios que han existido entre NPU y las entidades públicas a cargo de la concesión del Aeropuerto AMB, observamos que NPU ha planteado, tanto a la DGAC –en las comunicaciones respecto de su opinión sobre las condiciones de la licitación de Duty Free⁹⁷– como en la consulta que ha formulado en este proceso, su disposición a una estructura económica de esta concesión que internaliza el riesgo de obtener menores ingresos fijos en pos de una mayor competencia en la licitación.
134. Entonces, en opinión de esta Fiscalía, no resulta posible sostener la justificación invocada por la DGAC para mantener un pago fijo a todo evento, por el monto establecido en las bases, tanto porque ha perdido su respaldo fáctico como porque no podría compensar los efectos en la intensidad competitiva que podría lograrse en la licitación si se utilizara otra estructura económica con menores costos fijos.
135. En lo que respecta al segundo componente del modelo económico, esto es, el porcentaje variable con un mínimo de 8%, la Consultante ha cuestionado que no se diferencia el porcentaje de compartición de ingresos según categoría de productos,

⁹⁶ H.TDLC. Resolución N°66/2021, considerandos 103°-110°; Resolución N°63/2021, considerandos 43°-46°; Resolución N°46/2015, considerando 126°. En el mismo sentido, H.TDLC. Informe N°18/2020, considerandos 108°-109°.

⁹⁷ Respuesta de la DGAC al Oficio ORD. N°191, de fecha 7 de febrero de 2024, Numeral 1 – Comunicaciones con NPU.

lo que a su juicio afectaría la variedad de bienes en venta bajo Duty Free, pues el concesionario no tendría incentivos para ofrecer productos de menor margen.

136. En opinión de esta Fiscalía este componente del modelo económico de la licitación descansa sobre la base de las ventas del Concesionario de Duty Free, quien tendría los incentivos suficientes para mantener un *mix* de productos variado y atractivo de cara a los clientes finales, que le permita incrementar sus ventas. Si bien es efectivo que el porcentaje variable con que se adjudique la licitación puede ser superior al margen que usualmente podría obtener el operador de Duty Free en ciertos productos –como, por ejemplo, en la línea de electrónica⁹⁸– eso puede ser compensado por los mayores márgenes en otros productos o ser usados como “gancho” para atraer consumidores e incentivar compras de otros productos.
137. A este respecto, los actores de la industria que aportaron antecedentes durante la Investigación mencionaron de manera consistente que la definición de la oferta de productos de un *duty free* está guiada por criterios comerciales y de *marketing* que se definen cuidadosamente en cada aeropuerto internacional según sus características y tipos de pasajeros. Lo anterior, por cuanto se trata de una variable de alta repercusión en los resultados financieros de los concesionarios, sobre todo en una industria como la del *duty free*, en la que priman las compras impulsivas y en la que el factor “experiencia del cliente” juega un rol clave⁹⁹, por lo que no se advierte que un modelo de ofertas económicas con un polinomio de porcentajes distintos para cada línea de productos pueda tener una incidencia significativa en la intensidad competitiva de la licitación.

iii. Incentivos de inversión

138. El apartado 2.4.4. de las BALI definen las inversiones y reinversiones que el Concesionario de Duty Free tendrá que realizar. En este sentido, se prescribe que el Concesionario deberá realizar una inversión inicial de US\$2.000 por metro cuadrado de tienda y luego, cada cuatro años de explotación, y al menos por dos veces en el periodo de la concesión, una reinversión de al menos US\$200 por metro cuadrado de tienda.
139. Los riesgos recién mencionados a propósito de la evaluación de antecedentes técnicos se ven, en opinión de NPU, acrecentados por la falta de mecanismos que

⁹⁸ Declaración de [32], de fecha 1° de febrero de 2024.

⁹⁹ Declaración de [33], de fecha 1° de febrero de 2024. En el mismo sentido, véase Declaración de [34], de fecha 31 de enero de 2024.

incentiven mayor inversión y reinversión en las tiendas de Duty Free. En atención a esto, Nuevo Pudahuel propone incorporar, como criterio de evaluación, el mayor monto de inversión y reinversión propuesto por los oferentes¹⁰⁰.

140. A este respecto, la jurisprudencia en materia de licitaciones públicas sugiere que las bases sólo deben exigir inversiones justificadas, tanto en su necesidad, monto, fecha de entrega y estándares de calidad¹⁰¹.
141. En este caso, esta FNE estima que los incentivos del adjudicatario de la concesión están alineados con incrementar la rentabilidad de sus ventas, invirtiendo tanto en infraestructura como en marketing para ello, incluso por sobre los mínimos establecidos en las BALI. Sin embargo, como las BALI no establecen criterios de asignación de los montos de inversión y reinversión, estos podrían dirigirse a reforzar sólo aquellas líneas de productos más rentables y no necesariamente a los más demandados por los viajeros.
142. No obstante, estos factores no tienen incidencia en las condiciones de competencia en la licitación ni sus montos serían particularmente más onerosos que los exigidos en otras licitaciones a nivel internacional¹⁰², por lo que no se estima necesario recomendar modificaciones en esta materia.

iv. Consideraciones sobre la explotación de la superficie asignada al *duty free*

143. En principio, el Concesionario de Duty Free está obligado a explotar el 100% de las superficies otorgadas para tiendas. Sin embargo, de acuerdo a la cláusula 1.9.3., N°2) de las BALI, en el caso de las tiendas ubicadas en el procesador central, el Concesionario puede explotar las superficies que considere necesarias, no pudiendo ser aquellas menores al 65% de las superficies otorgadas para cada una de las tiendas.
144. En este caso, las BALI contemplan que las superficies no explotadas podrán ser devueltas, lo que debe ser autorizado por DGAC y Aduanas. En tal caso, ambos servicios dictarán una resolución conjunta que disminuya la superficie inicialmente

¹⁰⁰ Consulta, pp. 30-32.

¹⁰¹ H.TDLC. Resolución N°63/2021, considerando 73° y Condición Tercera. En el mismo sentido, FNE. Guía de Terminales, p.6.

¹⁰² Véase: (i) Declaración de [35], de fecha 1° de febrero de 2024; (ii) Declaración de [36], de fecha 31 de enero de 2024; y (iii) Declaración de [37], de fecha 15 de febrero de 2024.

otorgada y, tras eso, la DGAC podrá disponer libremente de esta nueva superficie, incluso entregándola en concesión.

145. Según Nuevo Pudahuel, la experiencia de los consumidores en las tiendas de Duty Free se relaciona con la existencia de un nivel adecuado de áreas y su diseño. De esta forma, permitir un uso limitado de las superficies afectaría el bienestar del consumidor¹⁰³.
146. Argumenta además NPU que, dado que el supuesto que hace procedente el acto administrativo que permite disminuir y devolver las superficies es que el Concesionario de Duty Free estime necesaria la reducción, la devolución opera bajo una lógica de discrecionalidad por parte de la DGAC¹⁰⁴.
147. También en relación con el acto que autoriza la devolución, Nuevo Pudahuel argumenta que las BALI no establecen ninguna exigencia respecto de la calidad o la condición de las mismas.
148. Finalmente, Nuevo Pudahuel indica que esta facultad es contraria a la eficiencia asignativa, dado que 1586 de los 5504 metros cuadrados construidos para ser utilizados como Duty Free podrían no ser explotados. Dado todo lo anterior, Nuevo Pudahuel propone eliminar la facultad del concesionario de hacer uso parcial de las superficies¹⁰⁵.
149. Esta Fiscalía es de la opinión de que la posibilidad de no explotar un porcentaje de las superficies otorgadas para las tiendas ubicadas en el procesador central debe ser interpretada en atención a que las compras realizadas en el Duty Free no son necesariamente presenciales, sino que también pueden ser efectuadas de manera remota, con retiro en tienda¹⁰⁶, disminuyendo así la necesidad de disponer de una mayor superficie para exhibición de productos.
150. En este sentido, tal alternativa puede ser un factor que otorgue flexibilidad al Concesionario de Duty Free, en tanto reduce sus costos por inversión y reinversión obligatorias y le permite adaptarse a cambios en los flujos de pasajeros, sin que necesariamente afecte la experiencia del cliente ni a la eficiencia asignativa.

¹⁰³ Consulta, p.33.

¹⁰⁴ Ibid., pp.36-37.

¹⁰⁵ Ibid., pp.38-39.

¹⁰⁶ Declaración de la DGAC, de fecha 29 de enero de 2024

151. Sin embargo, esta FNE estima que esta alternativa debe contener ciertos resguardos, de forma tal que la competencia y el bienestar del consumidor no se vean afectados ni sujetos a la discrecionalidad de las entidades licitantes. Para que esto no ocurra, los espacios asignados a Duty Free no deben quedar desocupados, sino que al servicio de los consumidores vía otras tiendas de Duty Free, en tanto esa sea su destinación en el Plan Maestro del Aeropuerto.
152. Dado lo anterior, el primero de estos resguardos es que la devolución de las superficies no explotadas debe ser obligatoria y no meramente facultativa. Las BALI indican actualmente que tales espacios “podrán” ser devueltos¹⁰⁷. Sin embargo, la posibilidad de que una superficie no explotada no sea efectivamente devuelta atenta contra la eficiencia asignativa y el bienestar de los consumidores.
153. De manera similar, las BALI deberían considerar cierta modularidad en el ejercicio de esta devolución, de manera tal que los espacios devueltos sean útiles para su reasignación y, así, lograr que exista competencia efectiva *en la cancha*. Dicho de otra manera, si el Concesionario de Duty Free hace uso de esta alternativa, los Servicios involucrados solo deberían aprobar la devolución en la medida que los espacios sean suficientes y apropiados para la licitación a un segundo operador.
154. A la par de lo anterior, dado que la devolución implicaría la introducción de competencia en la cancha, el Concesionario de Duty Free tendría el incentivo a ocupar de forma ineficiente y/o artificial todo el espacio en las tiendas para evitar la introducción de un segundo operador. Por ende, esta Fiscalía estima que tal incentivo debería ser contrarrestado con una reducción proporcional del pago fijo que se establezca en las BALI.
155. Finalmente, en orden a reducir la discrecionalidad en el ejercicio de esta devolución de áreas concesionadas, se recomienda establecer un plazo determinado para su reasignación a un segundo operador de Duty Free.

v. Plazo de la concesión

156. De acuerdo a la cláusula 1.8.7. de las BALI, el plazo de la concesión del Duty Free es de 12 años, contados desde el día en que se suscriba y protocolice la Resolución conjunta entre la DGAC y Aduanas que otorga tal concesión.

¹⁰⁷ BALI, cláusula 1.9.3., numeral 2.

157. Según Nuevo Pudahuel, el plazo establecido por el Decreto N° 36 es superior a la práctica internacional, en la que usualmente el plazo se extiende por cinco a siete años¹⁰⁸.
158. Añade NPU que, en atención a que la licitación establece un monto fijo pagado a todo evento, la mayor extensión del plazo de concesión no logra una distribución del riesgo apropiada en caso de que, ante alguna circunstancia sobreviniente, disminuya el tránsito de pasajeros¹⁰⁹.
159. En la misma línea, NPU indica que un plazo de 12 años anula la competencia por un período injustificadamente largo, con lo que se pierden oportunidades de adecuar las condiciones de explotación del Duty Free de AMB o de incorporar las tendencias innovativas del mercado. Dado lo anterior, Nuevo Pudahuel propone establecer un plazo de extensión de cinco o siete años para la concesión en las BALI¹¹⁰.
160. Como ha establecido la jurisprudencia del H. TDLC, el plazo de una concesión debe ser suficiente para contribuir a incrementar el número de interesados dispuestos a realizar inversiones y permitir rentabilizar las inversiones hechas por el concesionario, pero no puede ser más extenso que lo necesario para ello, de forma tal de disminuir los riesgos de un potencial daño a la competencia derivado de una asignación inadecuada¹¹¹.
161. Consultada la DGAC sobre la razonabilidad del plazo establecido en las Bases de Licitación, dicha autoridad refirió que el plazo fue definido en conjunto con la Dipres primordialmente con el objeto de hacer coincidir el fin de la concesión del Duty Free con el término de la concesión vigente del Aeropuerto Arturo Merino Benítez (AMB) con NPU –esto es, el año 2035– y así disminuir las eventuales controversias que pudieren generarse entre ambos actores¹¹².
162. Además, señaló que lo anterior habría sido sugerido por la propia NPU dentro de las comunicaciones sostenidas con la autoridad desde el año 2016 en adelante a

¹⁰⁸ Consulta, p.40.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Ibid., p.41.

¹¹¹ H. TDLC. Resolución N°46/2015, considerando 125°. En la misma línea, véase FNE. Guía de Terminales, p.6.

¹¹² Véase declaración de la DGAC, de fecha 29 de enero de 2024 y Respuesta de la DGAC al Oficio ORD. N°191, de fecha 7 de febrero de 2024, Numeral 2 – Comunicaciones con M.Hda.

propósito de la elaboración de las bases de licitación, elemento que consta en los antecedentes de la Investigación aportados a esta FNE¹¹³.

163. Finalmente, la DGAC indicó que según su conocimiento el promedio de duración de este tipo de licitaciones era de 10 años de explotación de la concesión en América Latina –sin considerar los tiempos de habilitación de las tiendas–, cuestión que estaría directamente relacionada con los tiempos de recuperación de las inversiones por metro cuadrado del operador en las tiendas y bodegas¹¹⁴. Por estas razones, la autoridad estima que el plazo establecido precisamente tendría el efecto contrario al referido por la Consultante, incentivando la participación de oferentes en la licitación.
164. Por su parte, las declaraciones de diversos actores de la industria consultados por esta FNE fueron consistentes con lo mencionado por la DGAC, toda vez que indicaron que en materia de concesiones para *duty free* –en específico– si bien los plazos varían caso a caso, éstos no suelen ser inferiores a 10 años en promedio para explotación comercial¹¹⁵ –algunos incluso con posibilidad de renovación–, elemento que estaría relacionado al retorno de las inversiones y, en América Latina en particular, a las variabilidad de las economías locales y su efecto en el número de pasajeros internacionales¹¹⁶. Adicionalmente, todos ellos señalaron expresamente que, pese a estar interesados en participar en la licitación, no estarían dispuestos a ofertar en caso de que el plazo de concesión disminuyera, en atención al alto riesgo de no poder rentabilizar el negocio en un plazo menor¹¹⁷.
165. En último término, según los antecedentes recabados por esta Fiscalía, los plazos por los que se asignan las concesiones de tiendas Duty Free en los distintos aeropuertos del mundo efectivamente son bastante variados¹¹⁸. Sin embargo, sólo un escaso número de ellos se encuentran entre los 5 y los 7 años mencionados por Nuevo Pudahuel.

¹¹³ Respuesta de la DGAC al Oficio ORD. N°191, de fecha 7 de febrero de 2024, Numeral 1 – Comunicaciones con NPU.

¹¹⁴ Declaración de la DGAC, de fecha 29 de enero de 2024.

¹¹⁵ Véase: (i) Declaración de [38], de fecha 1° de febrero de 2024; (ii) Declaración de [39], de fecha 31 de enero de 2024; y (iii) Declaración de [40], de fecha 15 de febrero de 2024.

¹¹⁶ Declaración de [41], de fecha 1° de febrero de 2024.

¹¹⁷ Véase: (i) Declaración de [42], de fecha 1° de febrero de 2024; (ii) Declaración de [43], de fecha 31 de enero de 2024; y (iii) Declaración de [44], de fecha 15 de febrero de 2024.

¹¹⁸ Véase plataforma “*The Moodie Davitt Report*”, que contiene información general sobre el sector minorista de viajes a escala mundial y sobre las licitaciones de *duty free* asignadas en diferentes aeropuertos del mundo. Disponible en: <https://moodiedavittreport.com/?s=duty+free+tender> [última visita: 21/03/2024].

166. Así las cosas, en opinión de esta FNE, el plazo de 12 años previsto en las Bases de Licitación parece suficientemente justificado y coherente con la necesidad de –por un lado– fomentar la participación en la licitación, potenciando la competencia *ex ante* y –por otro–, no extender la ausencia de competencia *ex post* por un tiempo injustificadamente largo.
167. Sin embargo, cabe hacer presente que, si el objeto del plazo fijado en la concesión busca propiciar el término conjunto de la concesión de las tiendas Duty Free y la concesión del Aeropuerto AMB para así evitar controversias entre ambos actores, sería más adecuado que las Bases de Licitación establecieran una fecha cierta de límite –y no un plazo general de 12 años–, en concordancia con el plazo fijado para el término la concesión del Aeropuerto Arturo Merino Benítez.

vi. Sorteo como mecanismo final de asignación

168. Según la cláusula 1.7.4 de las BALI, en caso de existir empate entre dos o más ofertas, existen tres criterios de desempate que se aplican en el siguiente orden: primero, la mejor oferta económica; segundo, el mayor puntaje en el criterio “indicadores”; y tercero, un sorteo.
169. De acuerdo con la Consulta efectuada por Nuevo Pudahuel, el sorteo como mecanismo de asignación es arbitrario e irracional, por lo que sería necesario incorporar un mecanismo último de asignación de acuerdo con la eficiencia asignativa¹¹⁹.
170. Una cuestión relevante en este punto es el orden en el que se han establecido las alternativas para dirimir el proceso: (i) mejor oferta económica; (ii) mejor puntaje en el criterio “indicadores”; y (iii) sorteo.
171. Una segunda cuestión es que, tanto en la evaluación de los antecedentes técnicos como a la oferta económica, los puntajes asignados son definidos con hasta dos decimales.
172. Dado lo anterior, esta Fiscalía considera que la probabilidad de que dos ofertas sean idénticas al punto de que sea necesario recurrir al concurso como alternativa para dirimir el proceso es baja. Por ende, que la metodología residual para determinar al ganador del proceso sea el concurso, no es, en opinión de esta Fiscalía, un elemento que afecte la competencia.

¹¹⁹ Consulta, p. 43.

vii. Relación entre concesionario aeroportuario y operador del Duty Free

173. Las BALI no prohíben que una empresa relacionada al explotador aeroportuario, esto es, NPU, participe de la licitación o se adjudique esta. Por el contrario, ellas contemplan esta posibilidad¹²⁰, solo exigiendo a todo licitante que incluya en los antecedentes administrativos una declaración jurada en la que señale si existe algún tipo de relación con NPU¹²¹ y el tipo de relación¹²², de acuerdo al artículo 100 de la Ley N°18.045.
174. Como se indicó previamente, NPU es un consorcio formado por Aéroports de Paris o “ADP” (45%), Vinci Airports (40%) y Astaldi Concessionni (15%). En este caso, con base en antecedentes públicos¹²³, se pudo observar que la Consultante participa, por medio de su accionista ADP, en el negocio del Duty Free. Lo anterior, a través de la compañía Extime Duty Free Paris, un *joint venture* que mantiene con el grupo Lagardere en porcentajes equivalentes (50% y 50%), cuestión que además fue corroborada por la propia compañía en su declaración ante esta Fiscalía¹²⁴.
175. Diversos interesados en la licitación indicaron durante la Investigación que no era habitual en las licitaciones de este tipo que se permitiera la integración vertical —al contrario, refirieron que muchas veces se solicitan declaraciones juradas relativas a la ausencia de dicha integración¹²⁵—. Asimismo, algunos de ellos dieron cuenta de los riesgos que conllevaría esta relación vertical, mencionando por ejemplo: (i) el posible acceso que obtendría ADP a información estratégica y confidencial del mismo proceso licitatorio, y que le otorgaría ventajas frente a otros competidores en él; (ii) las ventajas de costos que podría obtener en caso de adjudicarse la licitación, respecto de los servicios y tiempos de habilitación que el concesionario debe solicitar a NPU, permitiéndole ser más agresiva en la oferta económica; (iii) e incluso posibles conductas de sabotaje durante el curso de la concesión que dificulten o impidan el ejercicio comercial o el cumplimiento de las obligaciones del adjudicatario, para forzar su reasignación anticipada¹²⁶.

¹²⁰ BALI, cláusula 1.5.1.

¹²¹ BALI, cláusula 1.6.5.3.

¹²² BALI, cláusula 1.5.1.

¹²³ Véase Memoria Anual 2022 de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. y “*Annexe aux Comptes Annuels*” del Grupo ADP, de fecha 31 de diciembre de 2022.

¹²⁴ Declaración de NPU, de fecha 1° de febrero de 2024.

¹²⁵ Declaración de [45], de fecha 31 de enero de 2024 y declaración de [46], de fecha 1° de febrero de 2024. En el mismo sentido, véase declaración de la DGAC, de fecha 29 de enero de 2024.

¹²⁶ Declaración de [47], de fecha 1° de febrero de 2024 y declaración de [48], de fecha 15 de febrero de 2024.

176. Esta Fiscalía considera que estos riesgos son plausibles y de difícil detección, por lo que se recomienda establecer en las BALI medidas que permitan reducir o eliminar su ocurrencia.

viii. Comunicaciones entre los potenciales oferentes

177. Esta Fiscalía ha podido observar, en el proceso licitatorio, que las identidades de los interesados se han hecho públicas por parte de los organismos encargados del proceso. En este sentido, tanto el Primer Grupo de Respuestas como el Segundo Grupo de Respuestas incluyeron, en su página final, un listado de distribución que incluye al SNA y la DGAC, pero también a las personas que efectuaron preguntas durante el proceso. Este listado de distribución menciona tanto el nombre como el correo electrónico de estos potenciales interesados.

178. Al respecto, sin perjuicio del principio de transparencia en la actuación de los órganos públicos—en este caso, de la DGAC—, esta Fiscalía es de la opinión que la revelación anticipada de quienes son los potenciales interesados en la licitación, antes de la presentación de las ofertas, tendría efectos nocivos para la competencia en el proceso, tal como ha señalado también el H. Tribunal.

179. En efecto, en una industria con pocos actores a nivel mundial, y que participan periódicamente en distintas licitaciones, el conocimiento previo de quienes podrían participar en esta licitación podría desincentivar ofertas de entrantes o empresas con menos experiencia—especialmente si la experiencia es un factor que otorga puntaje adicional en la evaluación, como se explicó previamente— o porque podría facilitar una colusión o coordinación ilícita entre los potenciales oferentes de la licitación.

180. Lo anterior se aleja de los criterios orientadores levantados por la jurisprudencia del H. TDLC mencionados *supra*, en particular, de aquellas recomendaciones relativas a evitar requisitos o instancias en las bases de licitación que generen o promuevan el contacto entre los interesados en participar del proceso¹²⁷.

181. En este punto, se recomienda al H. Tribunal establecer expresamente que las entidades licitantes no podrán revelar la identidad de los participantes en el proceso hasta después de la recepción de ofertas económicas.

¹²⁷ En una materia asimilable se ha pronunciado el H. TDLC en casos anteriores en materia de terminales terrestres. Véase H. TDLC. Resolución N°66/2021, considerandos 93° a 95° y Resolución N°63/2021, Condición Tercera. En el mismo sentido, FNE. Guía de Terminales, p.3.

IV. CONCLUSIONES

182. El análisis efectuado en este aporte de antecedentes se circunscribe al objeto definido por el H. Tribunal al iniciar este procedimiento. En particular, en cuanto a determinar si las Bases de Licitación contenidas en el Decreto N°36 respecto del Duty Free del Aeropuerto AMB infringen o no las disposiciones del DL 211.
183. En ese sentido, analizados los antecedentes recabados en el contexto de la Investigación Rol N°2753-24 FNE, esta Fiscalía estima que la mayoría de las disposiciones de las Bases de Licitación que fueron cuestionadas por la Consultante no tienen la capacidad de generar distorsiones competitivas en el proceso de selección del concesionario, toda vez que cumplen con los estándares y buenas prácticas sugeridos por la jurisprudencia del H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema en la materia para promover la competencia y evitar ilícitos anticompetitivos en procesos de licitaciones públicas.
184. Con todo, existen algunos elementos de las actuales Bases de Licitación que en opinión de esta Fiscalía restringirían injustificadamente la competencia en la licitación, o *ex post* durante la vigencia de la concesión, y que, por lo mismo, este Servicio recomienda evaluar su modificación y/o eliminación.
185. En primer lugar, en lo que respecta a los criterios de evaluación técnica –y, en particular, a los factores de experiencia contemplados en las actuales BALI–, esta Fiscalía concluyó a través de un ejercicio económico de equivalencia de puntajes que se podría estar penalizando a los participantes que no tengan experiencia previa en la industria del Duty Free, pero sí en otras que sean análogas, como retail o supermercados, sobre todo en una industria en la que el *know how* requerido para participar en el rubro no sería sofisticado. Por esta razón, se recomienda modificar las Bases de Licitación en esta materia, así como también el criterio de “evaluación de indicadores” que presenta problemas de comparabilidad entre los distintos potenciales oferentes.
186. En segundo término, se estima relevante ajustar el modelo económico propuesto en las BALI en el sentido de optar por una estructura económica con menores costos fijos para el concesionario del Duty Free, de modo tal de incentivar una mayor competencia en la licitación, al reducir el riesgo de tener que soportar ese costo ante eventos disruptivos del tráfico de pasajeros durante la concesión, y además evitar que ello pueda ser traspasado al consumidor final por la vía de mayores precios.

187. Luego, en cuanto a la posibilidad prevista en las BALI de no explotar un porcentaje de las superficies otorgadas para las tiendas ubicadas en el procesador central, esta Fiscalía sugiere incorporar ciertos resguardos para evitar que el bienestar del consumidor se vea afectado o sujeto a la discrecionalidad de las entidades licitantes, tales como: (i) explicitar que la devolución de las superficies no explotadas debe ser obligatoria –y no meramente facultativa– en el evento que el concesionario gatille esta opción; (ii) asegurar que la devolución de superficie se realice de manera tal que dichos espacios sean suficientes y apropiados para la licitación a un segundo operador; (iii) considerar un mecanismo para reducir, proporcionalmente a la superficie efectivamente asignada, el pago fijo que se establezca en las BALI para el concesionario inicial del Duty Free; y, (iv) establecer un plazo determinado para su reasignación a un segundo operador de Duty Free, de darse esta hipótesis.
188. Por su parte, en lo que respecta a la duración de la concesión, esta FNE concluyó que ésta parece suficientemente justificada y es coherente con la necesidad de potenciar la competencia *ex ante* por la licitación. No obstante lo anterior, de estimarse apropiado establecer un término de la concesión de Duty Free en paralelo con el término de la concesión del operador aeroportuario de cara a la presente licitación pública, se sugiere establecer directamente esa condición o una fecha cierta y determinada, y no un plazo general de 12 años que puede o no coincidir con el término de la concesión de NPU.
189. En cuanto a la posibilidad de que el oferente de la licitación bajo análisis esté relacionado al concesionario aeroportuario del Aeropuerto AMB –hipótesis contemplada expresamente en las actuales BALI–, esta Fiscalía recomienda establecer medidas que eliminen o reduzcan efectivamente los riesgos de competencia que pudieren generarse con ocasión de esta figura y que fueron esgrimidos por diversos actores consultados (v.gr. acceso a información estratégica del proceso licitatorio, ventajas en términos de costos y/o posibles conductas de sabotaje).
190. Finalmente, sobre los resguardos generales en procesos de licitación pública para evitar que se genere o promueva el contacto entre los interesados en participar del proceso, esta Fiscalía recomienda establecer expresamente que las entidades licitantes no podrán revelar, por ninguna vía, la identidad o información de contacto de los participantes en el proceso hasta después de la recepción de ofertas económicas.

POR TANTO, con el mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18° N°2, 31° y 39° del DL 211, así como las demás normas legales citadas y aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE

PIDO: Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes a la consulta de autos.

PRIMER OTROSÍ: Por este acto, acompaño bajo confidencialidad los siguientes archivos, que contienen información utilizada por esta Fiscalía y que constan en la Investigación Rol N°2753-24 FNE:

1. Archivo PDF denominado “05.0.459.1597 07022024 Remite antecedentes”. Correspondiente a carta de la DGAC mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°191.
2. Carpeta denominada “Anexos DGAC acompaña información_07.02.2024”. Correspondiente a documentos seleccionados de la respuesta de DGAC al Oficio Ord. N°191, de fecha 7 de febrero de 2024.
3. Archivo PDF denominado “Motta Internacional - División de Fiscalización de Chile”. Correspondiente a carta de GRUPO MOTTA INT. De fecha 6 de febrero de 2024, mediante la cual aporta antecedentes.
4. Archivo PDF denominado “Contestación de Oficio_FNE_20.02.2024_V4”. Correspondiente a carta de SNA mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°243.
5. Archivo Excel denominado “Memoria de cálculo FNE”, elaborado por esta Fiscalía.
6. Archivo PDF denominado “Anexo confidencial”, elaborado por esta Fiscalía.

En relación con dichas piezas, la Fiscalía Nacional Económica solicita al H. Tribunal mantener la confidencialidad decretada mediante Resolución FNE N° 159, de fecha 21 de marzo de 2024, la que se acompaña como documento público en el tercer otrosí de esta presentación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 letra a) del DL 211 y en el acuerdo decimosexto del Auto Acordado N°16/2017 del H. Tribunal.

Sírvase H. Tribunal: Tenerlos por acompañados bajo confidencialidad.

SEGUNDO OTROSÍ: A efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Auto Acordado N°16/2017 del H. Tribunal, solicito se tengan por acompañados los siguientes documentos como versiones públicas de aquellos acompañados en carácter de confidencial en el primer otrosí:

1. Archivo PDF denominado "05.0.459.1597 07022024 Remite antecedentes". Correspondiente a carta de la DGAC mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°191.
2. Carpeta denominada "Anexos DGAC acompaña información_07.02.2024". Correspondiente a documentos seleccionados de la respuesta de DGAC al Oficio Ord. N°191, de fecha 7 de febrero de 2024.
3. Archivo PDF denominado "Motta Internacional - División de Fiscalización de Chile". Correspondiente a carta de GRUPO MOTTA INT. De fecha 6 de febrero de 2024, mediante la cual aporta antecedentes.
4. Archivo PDF denominado "Contestación de Oficio_FNE_20.02.2024_V4". Correspondiente a carta de SNA mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°243.
5. Archivo Excel denominado "Memoria de cálculo FNE", elaborado por esta Fiscalía.
6. Archivo PDF denominado "Anexo confidencial", elaborado por esta Fiscalía.

Sírvase H. Tribunal: Tenerlos por acompañados.

TERCER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos de carácter público, que constan en la Investigación Rol N°2753-24 FNE:

1. Archivo PDF denominado "2753-24_Resolucion de inicio". Correspondiente a resolución de fecha 23 de enero de 2024, que instruye inicio de investigación Rol N°2753-24.
2. Archivo PDF denominado "ORD.191-24_DGAC". Correspondiente a oficio de fecha 01 de febrero de 2024, mediante el cual solicita antecedentes a Dirección General de Aeronáutica Civil.
3. Archivo PDF denominado "Correo DGAC acompaña antecedentes_02.02.2024". Correspondiente al correo electrónico de fecha 02 de febrero de 2024, mediante el cual la Dirección General de Aeronáutica Civil acompaña antecedentes.
4. Carpeta denominada "Anexos DGAC acompaña información_02.02.2024". Correspondiente a los documentos acompañados por la DGAC como adjuntos a su correo electrónico de fecha 02 de febrero de 2024.
5. Archivo PDF denominado "ORD_0238-24_SNA". Correspondiente a oficio de fecha 08 de febrero de 2024, mediante el cual solicita antecedentes a Servicio Nacional de Aduanas.
6. Archivo PDF denominado "ORD.243-24_Aldeasa-Dufry". Correspondiente a oficio de fecha 09 de febrero de 2024, mediante el cual solicita antecedentes a Aldeasa Chile Limitada/ Grupo Dufry.

7. Archivo PDF denominado "Universal Registration Document 2022". Correspondiente a Memoria del Grupo ADP para el año 2022.
8. Archivo PDF denominado "Decreto-36_27-ABR-2023". Correspondiente a Decreto N°36, de 2023, del Ministerio de Defensa Nacional.
9. Archivo PDF denominado "DTO-499_09-ENE-1995". Correspondiente a Decreto N°499, de 1995, del Ministerio de Defensa Nacional.
10. Archivo PDF denominado "LEY-19288_09-FEB-1994". Correspondiente a Ley N°19.288 que autoriza establecimiento y funcionamiento de almacenes de venta libre que señala.
11. Archivo PDF denominado "RES 2509". Correspondiente a Resolución Exenta N°2509, conjunta de la Dirección General de Aeronáutica Civil y Servicio Nacional de Aduanas, de 27 de diciembre de 2023, que aprueba primer grupo de respuestas.
12. Archivo PDF denominado "RES 2542". Correspondiente a Resolución Exenta N°2542, conjunta de la Dirección General de Aeronáutica Civil y Servicio Nacional de Aduanas, de 29 de diciembre de 2023, que aprueba segundo grupo de respuestas.
13. Archivo PDF denominado "Decreto-105_21-ABR_2015". Correspondiente a Decreto N°105, de 2015, del Ministerio de Obras Públicas, que adjudica contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez.
14. Archivo PDF denominado "LEY_19478_24-OCT-1996". Correspondiente a Ley N°19478 que modifica Ley N°19.420, sobre incentivos para el desarrollo económico de las provincias de Arica y Parinacota.
15. Archivo PDF denominado "DTO-690_13-ENE-1995". Correspondiente a Decreto N°690, de 1994, del Ministerio de Hacienda, que establece lista de mercancías que podrán adquirir los pasajeros que arriben al país en los almacenes de venta libre del aeropuerto Arturo Merino Benítez.
16. Archivo PDF denominado "Res_853_duty_free". Correspondiente a Resolución Exenta N°853, de 27 de febrero de 2018, del Servicio Nacional de Aduanas.
17. Archivo Word denominado "Antecedentes Normativos_DF". Correspondiente a minuta de antecedentes normativos del Duty Free elaborada por el Servicio Nacional de Aduanas y acompañada junto a Oficio Ordinario N°1278.
18. Archivo PDF denominado "1278-24 FISCALIA NACIONAL ECONOMICA". Correspondiente a Oficio Ordinario N°1278 del Servicio Nacional de Aduanas que responde a Oficio Ordinario N°238-24 de la Fiscalía Nacional Económica.
19. Archivo PDF denominado "Complementa Informe". Correspondiente a correo electrónico del Servicio Nacional de Aduanas que complementa información enviada en el Oficio Ordinario N°1278.

20. Archivo PDF denominado “Resolución de confidencialidad N° 159”. Correspondiente a resolución Exenta N°159 de 21 de marzo de 2024 que declara confidenciales piezas del Expediente Rol N°2753-24.

Sírvase H. Tribunal: Tenerlos por acompañados.