

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

INFORME N° 11/ 2014.

SANTIAGO, veinte de marzo de dos mil catorce.

PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO

ROL NC N° 416-13

SOLICITANTE: EMPRESA PORTUARIA ANTOFAGASTA.

OBJETO: RESPECTO DE LAS CONDICIONES PARA LA LICITACIÓN PÚBLICA DEL FRENTE DE ATRAQUE N° 1 DEL PUERTO DE ANTOFAGASTA.

CONTENIDO

I) PARTE EXPOSITIVA

- 1. INTERVINIENTES**
- 2. OBJETO DE LA SOLICITUD, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA SOLICITANTE**
- 3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES**

II) PARTE CONSIDERATIVA

- 4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME**
- 5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME**
- 6. MERCADO RELEVANTE**

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

- 7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE**
- 8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN**
- 9. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS**
- 10. RESGUARDOS ESTRUCTURALES**

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

I) PARTE EXPOSITIVA

1. INTERVINIENTES

1.1. Solicitante:

- Empresa Portuaria Antofagasta (en adelante, “EPAN” o la “Solicitante”).

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 número 1) del Decreto Ley N° 211, y dentro del plazo establecido en la resolución de fojas 175, aportaron antecedentes y expresaron su opinión, en relación con la solicitud de Informe de autos (en adelante también la “Solicitud”) las siguientes entidades y personas:

- Empresa Portuaria Arica (“EPAR”)
- Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”)
- Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G. (“Camport”)
- Corporación Nacional del Cobre de Chile (“Codelco”)
- Complejo Portuario Mejillones (“CPM”)
- Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. (“SAAM”)
- Inversiones Portuarias Norte Grande S.A.
- Sistema de Empresas SEP (“SEP”)
- Fiscalía Nacional Económica (“FNE”)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

2.1. A fojas 132, con fecha 23 de agosto de 2013, Empresa Portuaria Antofagasta solicitó a este Tribunal que, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal (en lo sucesivo, indistintamente la “Ley”), determine los términos y condiciones de competencia bajo los cuales se debe llevar a efecto la licitación pública de la concesión portuaria del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta.

2.2. La Solicitante indica que el puerto de Antofagasta (en lo sucesivo también “el Puerto”) es un puerto estatal de uso público, de propiedad del Estado de Chile a través de EPAN, que tiene dos frentes de atraque: (i) el Frente de Atraque N° 1, también denominado “Malecón”, multioperado y administrado por EPAN, compuesto por 3 sitios: el sitio 1, de 200 metros de largo y 9,1 metros de calado autorizado, y los sitios 2 y 3, de 200 metros de largo cada uno y 7,9 metros de calado autorizado; y, (ii) el Frente de Atraque N° 2, monooperado y concesionado en el año 2003 a la empresa Antofagasta Terminal Internacional S.A. (“ATI”), compuesto por dos pequeños sitios para atender embarcaciones menores, y dos sitios operativos -cuyas esloras permitidas son de 220 y 285 metros- con calados que van de los 9,70 a 11,6 metros. Además, se proyecta la construcción de un Frente de Atraque N° 3, compuesto por el sitio N° 8, de una extensión de 220 metros de largo y 14 metros de calado autorizado, para el manejo de cargas graneleras mediante la instalación de *dolphins* y cintas transportadoras.

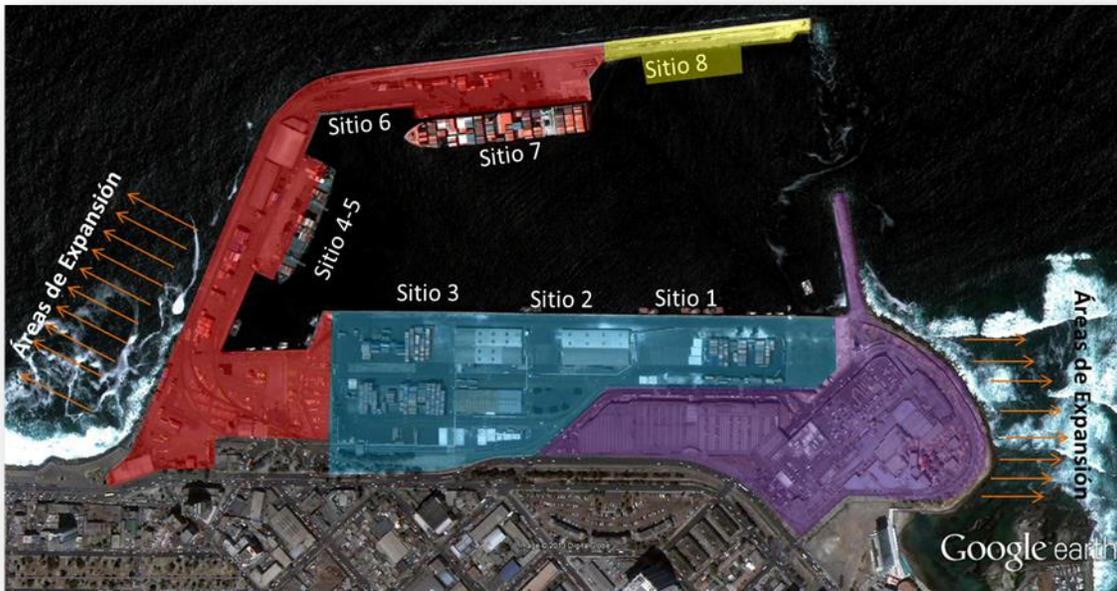
La superficie del recinto portuario, considerando sus dos frentes de atraque actuales es de aproximadamente 64 hectáreas en total, de las cuales 30 hectáreas son zonas marítimas y 34 hectáreas son áreas terrestres. El Puerto cuenta con dos almacenes de carga nacional de 5.000 metros cuadrados cada uno, un almacén de carga en tránsito para Bolivia (3.000 metros cuadrados), un almacén para el embarque de concentrado de minerales (3.000 metros cuadrados), y un almacén para la descarga de concentrado de cobre (1.900 metros cuadrados). Las áreas para almacenamiento descubierto alcanzan 71.000 metros cuadrados en total.

Adicionalmente, EPAN dispone de un área, ubicada 33 kilómetros al noroeste en el sector de Portezuelo, para el manejo de minerales a granel bolivianos (plomo y zinc), que corresponde a un recinto de 4 hectáreas, con posibilidades de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

expansión a 15 hectáreas. Portezuelo cuenta con acceso por ferrocarril desde Bolivia y con conexión hacia el Puerto por vía terrestre y ferroviaria.

En su solicitud, EPAN acompaña el siguiente plano del puerto de Antofagasta:



La Solicitante señala que la demanda del puerto de Antofagasta proviene de la actividad del sector minero regional. En el año 2012, este Puerto transfirió un total de 2,6 millones de toneladas y la transferencia de carga ha mostrado una tendencia creciente debido a la expansión del referido sector minero. Agrega que el puerto de Antofagasta se encuentra habilitado para la transferencia de productos en tránsito desde o hacia Bolivia.

En lo que respecta al Frente de Atraque N° 1, señala que durante el año 2012, éste transfirió apenas 60 mil toneladas, lo que representó un 2,3% del total de carga movilizada ese año por el Puerto, y un 0,05% del total de carga transferida en el mercado relevante de puertos de uso público de la Región de Antofagasta. EPAN afirma que el Frente N° 1: (i) se encuentra en una situación precaria ante una eventual actividad sísmica, lo que sería riesgoso para todo el país; (ii) carece del equipamiento adecuado para la transferencia de cualquier tipo de carga; y, (iii) los tres sitios que lo componen son insuficientes para la atención de naves tipo *panamax*, cuya demanda es cada vez mayor. Así, el Frente N° 1 está obsoleto debido a su falta de infraestructura y equipamiento, y ejerce escasa presión competitiva sobre los demás terminales del mercado relevante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por su parte, el Frente de Atraque N° 2 cuenta con una renovada infraestructura que le permite atender naves tipo *panamax* y *postpanamax* en el sitio 7. Este frente se utiliza para la transferencia de contenedores, graneles y carga fraccionada de minerales. En el año 2012, el Frente N° 2 transfirió 2,54 millones de toneladas, lo que representó un 97,7% del total de carga transferida por el puerto de Antofagasta durante ese año, y un 18,6% del total del mercado relevante de los puertos de uso público de la Región de Antofagasta. EPAN señala que el Frente N° 2 está operando a un 68% de su capacidad efectiva (que con una tasa de ocupación del 50% es de 2,5 millones de toneladas), por lo que estaría congestionado, amenazando seriamente con restringir su eficiencia operacional y capacidad de oferta.

2.3. EPAN precisa entonces, que el puerto de Antofagasta requiere de urgentes inversiones ante: (i) el riesgo de un evento sísmico catastrófico para las exportaciones de cobre de Chile desde la Región de Antofagasta -las que representan más de un tercio del valor total de las exportaciones del país-; (ii) el enorme crecimiento de las exportaciones provenientes de los nuevos proyectos mineros, que duplicarán la necesidad de servicios portuarios en los próximos años; y, (iii) la congestión que ya presenta el terminal concesionado (“Frente N° 2”).

Para graficar la necesidad de la licitación, EPAN supone dos escenarios: el primero, con ambos frentes del puerto de Antofagasta operando, a una tasa de ocupación del 40%, en que las horas de espera al año son 847; y, el segundo, en que sólo opera el Frente N° 2 -por la salida del mercado del Frente N° 1 por falta de inversiones-, a una tasa de ocupación de 80%, en que las horas de espera al año son 4.402.

Concluye, por lo anterior, que es urgente licitar la concesión portuaria del Frente N° 1 con la mayor celeridad posible, dado el significativo crecimiento de demanda proyectada, la antigüedad, el estado de deterioro y la obsolescencia del Frente N° 1, y el inminente alcance de un umbral de congestión del Frente N° 2 debido al auge minero.

Explica que la concesión pretendida se encuentra en las situaciones descritas en la Ley en virtud de las cuales las empresas portuarias estatales deben requerir un informe de este Tribunal sobre las condiciones de competencia que deben regir la respectiva licitación, toda vez que no existe en la Región de Antofagasta un frente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de atraque estatal multioperado capaz de atender la nave de diseño del Frente de Atraque N° 1.

2.4. En cuanto al mercado relevante, EPAN lo define como el de “*los servicios básicos portuarios en frentes de uso público que puedan atender la nave de diseño del frente a licitar para la carga de granel, fraccionada y contenedores en la Región de Antofagasta*”. Explica que la nave de diseño actual del Frente de Atraque N° 1 es de 230 metros de eslora y 8,7 metros de calado, y que después de los primeros 5 años de concesión, se espera que la nave de diseño aumente a 350 metros de eslora y 15 metros de calado.

2.5. En cuanto a la demanda, la Solicitante indica que la actividad minera más relevante de la Región de Antofagasta es la producción de cobre, y explica que el mismo se exporta de tres maneras diferentes: los cátodos de cobre se exportan como carga fraccionada (esto es, como paquetes que se pueden contar individualmente) o en contenedores (usualmente con una capacidad de 25 toneladas), y los concentrados de cobre, en cambio, se exportan siempre como carga a granel.

Señala que la Región de Antofagasta tendrá un alza muy significativa en la producción de cobre concentrado, lo que producirá un aumento de la demanda por transferencia de carga a granel. Si en 2013 se estimó una transferencia de 780 mil toneladas, hacia el 2024 este nivel se cuadruplicará, alcanzando más de 3,4 millones de toneladas. Proyecta que la carga fraccionada presentará una tendencia decreciente, y la carga en contenedores experimentará un leve ascenso entre 2013 y 2027, y una leve baja en 2028, para estabilizarse hacia 2033. No obstante, precisa que, por el reemplazo de la carga de cátodos por concentrados, se espera que la demanda por transferencia de contenedores, como proporción de la carga transferida, decaiga ostensiblemente en el tiempo. Por esta razón - explica- su análisis considera la disciplina competitiva de los puertos privados de uso público existentes y la posibilidad de entrada de nuevos terminales graneleros.

2.6. En relación a la oferta, EPAN señala que la Región de Antofagasta cuenta con un total de 13 terminales portuarios: dos son públicos de uso público (puerto de Antofagasta y Puerto Angamos), tres son privados de uso público (Terminal de Graneles Norte S.A. (“TGN”), Puerto de Mejillones y Puerto Electroandina Tocopilla), y los otros ocho son privados de uso privado (Puerto Coloso, SIT Tocopilla, Michilla, GNL Mejillones, Enaex Mejillones, Interacid Mejillones, Oxiquim Mejillones, y Terminales Líquidos Antofagasta). Afirma que los puertos que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

compiten entre sí por la transferencia de carga son los puertos de uso público (estatales y privados), y hace presente que la competencia del puerto de Electroandina se considera potencial.

En la oferta de servicios graneleros, el Frente N° 1 se suma a Mejillones, TGN, Electroandina y al Frente N° 2, careciendo, sin embargo, de fuerza competitiva en la provisión de esos servicios. Mejillones, por su especialización, lidera el segmento de transferencia de carga a granel, aunque todo indica que enfrentará competencia de Antofagasta, cuando se construya el terminal de graneles contemplado en la concesión del Frente N° 2. Así, el puerto de Antofagasta registra una menor participación en el segmento de transferencia de carga a granel, siendo superado por Puerto Mejillones y TGN. Además existen numerosos terminales de uso privado que movilizan graneles en la Región.

En lo que respecta a las naves, EPAN concluye que el mercado relevante cuenta con mayor oferta para naves de menor calado y eslora, pues éstas pueden ser atendidas en todos los frentes. Sin embargo, para las naves tipo *panamax* hay menos alternativas, ya que el Frente N° 1 carece de capacidad para competir en este segmento. Respecto de las naves *postpanamax* el único con capacidad actual es Puerto Angamos, aunque se espera que el Frente N° 2 pueda competir a la brevedad, pues se encuentra realizando inversiones para su adecuación a naves de gran tamaño. Asimismo, la licitación del Frente N° 1 aumentará la capacidad para atender ese tipo de naves, incrementando con ello, a su vez, la tensión competitiva entre los distintos actores.

2.7. En lo relativo a barreras de entrada, señala que no se advierten condiciones adversas para el ingreso de operadores, dadas las buenas condiciones geográficas, la conectividad y la creciente actividad minera. Además, debe considerarse la competencia potencial de puertos de uso privado. Por estas razones, la eventual licitación del Frente N° 1 no debiera considerarse la única oportunidad para la entrada de nuevos competidores al mercado relevante en el futuro.

2.8. Con respecto a la modalidad de licitación, EPAN plantea dos modelos de concesión excluyentes, de modo que el mercado defina el modelo que se adjudicará en definitiva. En el Modelo de Concesión Amplia, EPAN propone licitar una concesión de 8 hectáreas, cuya área incluye el delantal y las áreas de respaldo, por un período de 20 años y con inversiones obligatorias que permitan atender una nave de 350 metros de largo y 15 metros de calado a contar del 5º

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

año de concesión. El plazo de la concesión podrá extenderse por otros 10 años si se realizan las inversiones adicionales opcionales que contemplan las Bases de Licitación. EPAN prefiere este modelo, que adelanta la oferta de mayor capacidad de transferencia.

2.9. En el Modelo de Concesión Restringida, EPAN propone licitar una concesión de 3,5 hectáreas cuya área incluye el delantal y una fracción de las áreas de respaldo, por un período de 10 años, con obras obligatorias destinadas principalmente al reforzamiento antisísmico del Frente N° 1. Antes de cumplirse el plazo de 10 años, el concesionario tendrá dos opciones, siendo necesario el ejercicio de la primera condición para el ejercicio de la segunda: (i) opción de extender el plazo de la concesión en 20 años adicionales, y sólo en este caso (ii) opción de ampliar el área de la concesión al total de 8 hectáreas o a la parte inferior que el concesionario defina y comunique a EPAN. Estas opciones estarán sujetas al cumplimiento de las inversiones adicionales opcionales descritas en las Bases de Licitación.

2.10. En lo que respecta a las condiciones y modalidad del Servicio, EPAN propone un esquema monooperador. Señala que el concesionario estará sujeto a las obligaciones legales, reglamentarias, contractuales y regulatorias específicas que prohíben a los operadores de puertos estatales de uso público discriminar entre sus usuarios o clientes (en tarifas o calidad), existiendo severas sanciones en tal caso, sin perjuicio de las medidas o sanciones que podría aplicar este Tribunal y de las indemnizaciones a que pudiere haber lugar.

Con el objeto de evitar la discriminación entre usuarios y garantizar un nivel de servicio adecuado, propone establecer los siguientes resguardos: (a) el concesionario deberá prestar sus servicios dando cumplimiento a los estándares de calidad y umbrales de ocupación definidos en las Bases de Licitación y el Contrato de Concesión, particularmente los tiempos de ocupación máxima por nave ("TOM"), tiempos de ocupación máxima anuales ("TOMA") y tiempos máximos de espera por nave. El Contrato de Concesión establecerá sanciones eficaces para prevenir el incumplimiento de los estándares de calidad de servicios o de los estándares de ocupación que se definan; (b) el concesionario deberá establecer en el Manual de Servicios, normas de asignación y de reserva de capacidad o normas de prioridad de atención de naves, en conformidad con los criterios que EPAN ha fijado en su Reglamento de Uso de los Frentes de Atraque ("RUFA"); (c) el concesionario deberá facilitar a cualquier interesado el acceso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

libre y expedito a toda la información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios; (d) el concesionario y sus accionistas deberán proporcionar al directorio de la empresa portuaria licitante cualquier información legal o económica que ésta requiera, con el objeto de supervisar el cumplimiento de la ley, de las Bases de Licitación, del Contrato de Concesión y de las condiciones que se establezcan en el Informe que este Tribunal emita; (e) los estatutos de la sociedad concesionaria deberán incluir la obligación de los accionistas de proporcionar a EPAN información acerca de sus empresas relacionadas, en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores. El concesionario o sus accionistas no podrán excusarse de proporcionar a la empresa portuaria licitante la información que ésta les solicite a pretexto de tratarse de información privilegiada, reservada o confidencial; y, (f) la sociedad concesionaria deberá cumplir con todas las obligaciones establecidas en el artículo 50 bis de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, cualquiera que sea su patrimonio, en la medida que tenga accionistas independientes del controlador.

Para evitar el riesgo de que el adjudicatario de la licitación retrase las inversiones necesarias para agregar capacidad de oferta, EPAN propone establecer en las Bases de Licitación la obligación de informar cada dos años a la FNE del estado de cumplimiento del cronograma de inversiones comprometido. El incumplimiento del cronograma de inversiones constituirá infracción grave del contrato respectivo, en cuyo caso la empresa portuaria estatal estará facultada para poner término al Contrato de Concesión.

EPAN propone que el criterio de adjudicación sea el mínimo índice tarifario que resulte de las tarifas ofertadas por los servicios básicos, ponderados por importancia relativa de los tipos de carga que se espera sean transferidos por el Puerto.

Adicionalmente, contempla el establecimiento de un índice tarifario máximo para cada uno de los modelos de licitación descritos, que EPAN mantendrá bajo reserva. Indica que la licitación no se adjudicará por sobre ese índice.

Además, EPAN plantea la participación de dos tipos de oferentes: los titulares y los entrantes, esto es, permitir a todos los interesados la presentación simultánea de ofertas para ambos modelos de licitación, en dos días consecutivos; el primer día se presentarán los titulares y el segundo día los entrantes. El entrante que presente la mejor oferta económica (“Mejor Entrante”) tendrá derecho para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conocer e igualar la mejor oferta de los titulares (“Mejor Titular”). Si el Mejor Entrante iguala la oferta del Mejor Titular, el Mejor Entrante se adjudicará la concesión. Si se han presentado ofertas para ambos modelos de concesión, preferirá la oferta por el Modelo de Concesión Amplia (siempre que sea válida e incluya un índice tarifario menor al de reserva), pues este modelo permite adelantar la incorporación de importante infraestructura de oferta portuaria, lo que intensificará la competencia en un plazo más breve. Si por cualquier razón el Mejor Entrante no iguala la oferta del Mejor Titular, se concederá este derecho al entrante que haya formulado la segunda mejor oferta y así sucesivamente hasta el último entrante. Si no se presentan entrantes o ninguno de ellos iguala la oferta del Mejor Titular, la concesión será adjudicada al Mejor Titular.

2.11. En lo que respecta a las restricciones a la integración horizontal aplicables a la licitación, EPAN señala que el Dictamen N° 1.209, emitido por la Comisión Preventiva Central en el año 2002 (en adelante el “Dictamen N° 1.209”), hizo aplicables las restricciones del Dictamen N° 1.045 emitido por el mismo organismo en el año 1999 (en adelante el “Dictamen N° 1.045”), esto es, una integración horizontal máxima de 15% y una integración vertical máxima de 40%. Explica que, por aplicación del señalado Dictamen, enfrentan restricciones para participar en la licitación el actual concesionario del Frente N° 2, ATI, *“cuyos propietarios están relacionados con los Grupos SAAM (Luksic) y Agunsa (Urenda); y los operadores del Puerto Angamos y Mejillones, Ultramar (Grupo Von Appen) y Belfi. Eventualmente podría verse afectada la compañía de generación eléctrica E-CL, por ser propietaria de puerto de Tocopilla, competidor potencial del puerto de Antofagasta”*. De este modo, -indica- al menos tres de los principales grupos con presencia en los puertos de uso público del país se encontrarían imposibilitados de adjudicarse la licitación. En consecuencia, y a efectos de asegurar una licitación que permita realizar las inversiones que requiere el Frente N° 1, con la mayor rapidez posible, y con objeto de aumentar la competencia en la licitación, EPAN solicita el alzamiento puro y simple de las restricciones a la integración horizontal.

Para justificar el alzamiento de la restricción horizontal, EPAN argumenta, en síntesis, sobre la base de: (i) las proyecciones de crecimiento de la demanda en la Región de Antofagasta; (ii) la urgencia de efectuar inversiones en infraestructura y equipamiento; (iii) las posibilidades de ingreso de nuevos actores y de expansión de los existentes; (iv) el poder de negociación de los usuarios de los servicios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

portuarios en la Región de Antofagasta; (v) la falta de interesados en licitaciones de puertos similares; y, (vi) el riesgo de falta de competencia en la licitación.

Con respecto a lo tercero (iii) señala que, dado que el tipo de carga que se espera que más crezca es la carga a granel, nuevos operadores podrán desafiar al concesionario mediante la instalación de puertos graneleros, cuyo costo es sustancialmente inferior al de los terminales especializados en contenedores. O bien, puertos originalmente de uso privado podrían, con una inversión razonable aprovechar sus instalaciones para ofrecer servicios portuarios a terceros. A su juicio, esta presión competitiva y potencial entrada limitará fuertemente cualquier posibilidad de abuso en caso que algún titular se adjudique el Frente N° 1. Agrega que EPAN está habilitando nuevas instalaciones en el puerto de Antofagasta, lo que permitirá, por una parte, agregar oferta al mercado relevante y, por la otra, asegurar la disponibilidad futura de frentes de atraque de uso público.

En relación con el poder negociador de los usuarios de los servicios portuarios relevantes (iv), EPAN sostiene que éstos son mayoritariamente grandes compañías mineras y energéticas dotadas de un alto poder negociador frente a las empresas y operadores portuarios, situación que les ha permitido obtener tarifas convenientes a través de contratos de mediano y largo plazo.

En cuanto a la falta de interesados en las licitaciones de puertos similares (v), EPAN indica que en las últimas licitaciones ha habido sustancialmente menos interesados o derechamente no ha habido. El escaso interés en las últimas licitaciones da cuenta de un marcado cambio en las condiciones de mercado que hace indispensable la revisión de las reglas de integración horizontal impuestas por el Dictamen N° 1.209, ya que la falta de interés podría repetirse en la nueva licitación planificada para Antofagasta.

2.12. En subsidio del alzamiento puro y simple de las restricciones a la integración horizontal EPAN solicita que se autorice un mecanismo análogo al aprobado por el Informe N° 8, adaptándolo en lo necesario a la decisión de licitar dos modelos, con lo que el proceso de licitación sería, en este caso, de “4 grupos”, y no de “2 grupos”, como en Valparaíso.

Señala que, en caso que este Tribunal determine no alzar la restricción horizontal, podrían generarse dos situaciones adversas para la competencia en el mercado relevante. La primera, que no se presenten entrantes a la licitación del Frente N° 1, lo que a su juicio es probable, pues en otras licitaciones portuarias no se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

presentaron oferentes suficientes o derechamente no se presentó ninguno, y además el puerto de Antofagasta presenta ciertas desventajas en relación con sus dos principales competidores, Puerto Angamos y Puerto de Mejillones, que podrían reducir el interés de nuevos inversionistas. La segunda, que una eventual baja participación de oferentes en la licitación genere condiciones menos atractivas para los usuarios, es decir, una menor tensión competitiva *ex ante*, lo que podría conllevar condiciones menos convenientes para los usuarios del Puerto en el mercado *ex post*.

En cambio, en caso que este Tribunal acceda a la solicitud de alzar condicionalmente la restricción horizontal siguiendo un esquema análogo al del Informe N° 8, existirían bajos riesgos desde el punto de vista de la libre competencia *ex ante*, ya que el esquema de licitación propuesto no produce el eventual efecto inhibitorio temido, eliminando las eventuales asimetrías entre licitantes; y también desde el punto de vista de la competencia *ex post*, ya que: (i) si el adjudicado es uno de los titulares, será resultado de que las condiciones de su oferta en la licitación fueron tan favorables para los usuarios finales que no pudieron ser igualadas por un entrante; (ii) existen beneficios adicionales de integración horizontal si se adjudica a un titular, ya que la contigüidad entre los frentes de atraque del puerto de Antofagasta y la cercanía de las bahías de Antofagasta y Mejillones permite el aprovechamiento de economías de escala y eficiencias propias de la integración horizontal. Además, hay otras eficiencias asociadas, como las economías que pueden alcanzarse en materia logística, las que podrían ser traspasadas a los usuarios vía menores tarifas, atendido el criterio de adjudicación de la licitación, o bien, mediante mejoras en la calidad del servicio o reducción en los tiempos de espera de las naves.

Con todo, -afirma- el principal beneficio asociado al alzamiento condicionado de las restricciones a la integración horizontal consiste en garantizar la participación del mayor número de interesados posibles en la licitación. De este modo, aumentan de forma relevante las posibilidades de éxito de la licitación, y por lo tanto de la materialización de los incrementos de capacidad necesarios para atender la creciente demanda, manteniendo la competencia con tarifas más bajas que las que resultarían de mantenerse la restricción horizontal.

2.13. Con respecto a la integración vertical, y con el objeto de permitir la mayor participación posible en la licitación, el directorio de EPAN propone, asimismo, que no se establezca restricción alguna a dicha integración. Atendidas las condiciones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de servicio y demás resguardos establecidos, estima que los riesgos de la integración vertical son muy menores y se encuentran razonablemente mitigados tanto por la regulación como por la competencia en el mercado relevante. En subsidio, solicita que se permita a los usuarios relevantes tener una participación de hasta un 60% en la sociedad concesionaria, como se dispuso en el Informe N° 9.

3. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES

3.1. Empresa Portuaria Arica

A fojas 217, aportó antecedentes EPAR, señalando, en síntesis, que el mercado relevante geográfico debiera abarcar toda la Macrozona Norte, incluyendo también Arica e Iquique, puesto que han servido como puerta de entrada y salida de carga nacional y boliviana, y tienen en común la ausencia de aguas abrigadas naturales. Dichos puertos sirven a cargas multipropósito y no son de propiedad privada.

Señala que no debe alzarse pura y simplemente la restricción a la integración horizontal, debido a la relación que existe entre los controladores de diversas empresas en los puertos estatales concesionados de estas regiones (con el alzamiento se favorecería su integración y la gestación de una posición monopólica).

Asimismo, indica que la supresión de la restricción a la integración vertical amenaza las condiciones de competencia en el mercado, porque *“al integrar en una misma propiedad la cadena logística, impedirá del todo la posibilidad de sustituibilidad entre puertos, fenómeno que puede impactar las tarifas, inversión y la calidad de los servicios”*.

Por último, sostiene que es necesario considerar en las Bases de Licitación los costos asociados a la habilitación del agente aduanero boliviano (ASP-B), intermediario económico para las cargas bolivianas que existe en los puertos de Arica y Antofagasta, pues de otro modo se estaría proporcionando a Antofagasta una ventaja injusta sobre Arica para el transporte de la carga de dicho país.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.2. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones

A fojas 227 aportó antecedentes el MTT, quien señala que actualmente el Frente de Atraque N° 1 de Antofagasta no tiene las condiciones para competir con otros puertos de la región, por lo que comparte la posición de EPAN de alzar la restricción horizontal, con el objeto de aumentar la competencia *ex ante*. Afirma que la mejor infraestructura genera por sí sola mayor presión competitiva en el mercado y permite mayor oferta para el desarrollo del comercio exterior.

También comparte las apreciaciones de EPAN sobre el sistema de dos sobres, en subsidio del alzamiento simple a la restricción horizontal, y en cuanto a la eliminación de las restricciones a la integración vertical.

3.3. Cámara Marítima y Portuaria de Chile A.G.

A fojas 243, aportó antecedentes Camport, señalando que no son necesarias las restricciones a la integración vertical u horizontal de los puertos concesionados, porque las características de las tarifas y los servicios exigidos a los concesionarios los obligan a ser competitivos.

Coincide con EPAN en cuanto a los beneficios del esquema monooperador, e indica que los puertos importantes y de alta productividad del mundo operan bajo dicho esquema, sin ninguna restricción, con estándares normativos y tecnológicos que impiden la discriminación o el cobro de tarifas abusivas.

Señala que una eventual expansión hacia caleta La Chimba sería ilegal, ya que no existe una ley que permita ampliar la competencia de las empresas portuarias a nuevos recintos.

3.4. Corporación Nacional del Cobre de Chile

A fojas 251 aportó antecedentes Codelco, señalando que es un cliente relevante del mercado portuario de la Región de Antofagasta, al transportar anualmente más de 100.000 toneladas de concentrado de cobre a través del puerto de Antofagasta.

Codelco solicita que se mantengan las restricciones a la integración horizontal y vertical establecidas en el Dictamen N° 1.209, extendiendo estas últimas al transporte terrestre “aguas arriba”, y solicita además las siguientes medidas de mitigación: (i) que las condiciones de capacidad y acceso sean públicas, transparentes y no discriminatorias; (ii) que se prohíba el *interlocking*; (iii) que se informe a la FNE y a EPAN en caso de operaciones con partes relacionadas; y,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iv) que el Comité de Directores deba analizar las situaciones de discriminación, informando a EPAN y a la FNE.

En su presentación señala también que en 2018 vence el contrato de servicios portuarios que tiene en Puerto Angamos, por lo que deberá licitar dichos servicios, resultando esencial para ella que dicha licitación se realice de la forma más competitiva posible.

Respecto de la condición de integración horizontal, señala que, de alzarse, todas las salidas de cobre por la Región de Antofagasta podrían quedar en manos de dos grupos empresariales: SAAM (concesionario de ATI) y Ultramar (concesionario de Puerto Angamos y Puerto de Mejillones). Asimismo, en el caso que haya un tsunami en Mejillones, podría correrse el riesgo de que toda la carga sea transportada por un solo grupo empresarial (SAAM).

Respecto de la condición de integración vertical, señala que los principales casos de competencia en puertos revisados en Europa han sido por dificultad de acceso y discriminaciones en el servicio portuario, específicamente cuando la prestadora del servicio es monopolista tanto en los mercados “aguas arriba” (transporte terrestre hacia y desde el puerto) como “aguas abajo” (transporte marítimo hacia y desde el puerto). Esta situación se produciría en este caso, pues un mismo grupo empresarial controla el transporte terrestre ferroviario desde las faenas mineras hasta los puertos y también es actor relevante en el sector portuario.

Por último, señala que los estudios nacionales e internacionales muestran que el análisis debe realizarse a nivel integral de la cadena logística, en que el puerto es sólo un eslabón entre productor y consumidor. Por esto es necesario analizar el rol del ferrocarril Antofagasta-Bolivia (“FCAB”), que transporta casi la totalidad de la carga de dicho país que se exporta por la Región de Antofagasta y que es de propiedad del Grupo Antofagasta PIC (que sería del grupo Luksic, mismo grupo que participa del mercado naviero a través de SAAM y que controla la concesión del Frente de Atraque N° 2 a través de ATI).

3.5. Complejo Portuario Mejillones

A fojas 270, aportó antecedentes CPM, quien, al igual que Codelco, solicita que se mantengan las restricciones a la integración horizontal y vertical establecidas en el Dictamen N° 1.209, extendiendo estas últimas al transporte terrestre “aguas arriba”, más las medidas de mitigación ya señaladas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Complejo Portuario Mejillones considera que el mercado geográfico relevante corresponde a toda la Macrozona Norte, tal como señaló en la causa rol NC N° 415-13 seguida ante este Tribunal. Lo anterior porque, pese a existir una distancia terrestre relevante entre los puertos, existe evidencia que demostraría cierto grado de sustitución entre ellos, como han reconocido EPI y Terminal Puerto Arica (“TPA”), entre otras.

Esta interviniente acompaña a su presentación el informe denominado “Mercados Portuarios de la Segunda Región: integración vertical y efectos sobre la competencia”, elaborado por el señor Jorge Quiroz C.

3.6. Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A.

A fojas 311, aportó antecedentes SAAM, quien concuerda con la apreciación de EPAN sobre la precaria situación del Frente de Atraque N° 1 y la necesidad de renovarlo.

Asimismo, concuerda con EPAN en cuanto a la definición de mercado relevante, pero señala que los puertos privados de uso público de la región podrían tener incentivos a participar para inhibir la posibilidad de nuevos entrantes o el aumento de capacidad de los actuales operadores. SAAM indica que el costo de instalación de un terminal es menor en Antofagasta que en la zona central.

Señala que se pronostica el incremento de la carga a granel, y todos los terminales del mercado relevante están habilitados para transportar dicha carga, por lo que sus concesionarios tienen incentivos a participar en la licitación.

Luego, afirma que el 67% de los 13,9 millones de toneladas transportadas en la región son atendidas en puertos operados o de propiedad de un mismo grupo (Puerto de Mejillones, Puerto de Angamos y Terminal Graneles Norte) grupo que, de adjudicarse la licitación, quedaría prácticamente como monopolista.

SAAM solicita elevar los porcentajes establecidos de restricción a la integración horizontal, para intentar tener al menos dos actores relevantes en la región.

Finalmente, coincide con Camport sobre la ilegalidad de ampliar el puerto al sector de caleta La Chimba.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.7. Inversiones Portuarias Norte Grande S.A.

A fojas 339, aportó antecedentes Inversiones Portuarias Norte Grande S.A., indicando que tiene un 20% del capital social de Puerto Angamos.

Esta interviniente está en desacuerdo con la realización de una licitación por el Frente de Atraque N° 1, porque a su juicio esto sería contradictorio con la política portuaria de Antofagasta contenida en el Decreto Supremo N° 53 de 1998, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que establece que EPAN debe *“proyectar, promover y focalizar el desarrollo portuario de la II Región en la Bahía de Mejillones y en particular en el complejo portuario instalado en la misma, no así en el puerto de Antofagasta”*. A su juicio, esta licitación vulneraría la confianza depositada por los inversionistas privados en el marco normativo en que realizaron sus inversiones. Insta por que se promueva el desarrollo del Complejo Portuario de Mejillones.

Inversiones Portuarias Norte Grande S.A. no está de acuerdo con el alzamiento puro y simple de las restricciones, señalando que tal alzamiento sería de excepción, y difiere de lo que se ha establecido para otros puertos nacionales, concentrando más un mercado ya concentrado, en el que actualmente operan sólo dos actores.

En cuanto a la petición subsidiaria de EPAN, señala que la situación no es análoga a Valparaíso, porque en la V Región existían ya tres actores, por lo que no se puede realizar una licitación en dos etapas como se propuso en el Informe N° 8.

A su juicio, la eliminación de la restricción a la integración vertical permitiría mayor discriminación en un ambiente donde los clientes de puerto Angamos ya son discriminados al momento de usar el ferrocarril.

En subsidio, solicita que se establezcan resguardos que mitiguen los efectos de una eventual licitación sin restricciones.

3.8. Sistema de Empresas SEP

A fojas 363 aportó antecedentes el SEP, indicando que concuerda con las apreciaciones de EPAN respecto de las actuales deficiencias del Frente de Atraque N° 1 y la necesidad de concesionarlo con prontitud.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Afirma que el modelo de licitación propuesto promueve tanto la competencia dentro del puerto, como asegurar que ésta sea adjudicada en un contexto competitivo en que existen instrumentos contractuales y legales que mitigan los riesgos asociados a la monooperación.

Luego, indica que a la competencia entre los puertos privados de uso público se suma la competencia potencial por parte de los diversos puertos privados de uso privado que hoy existen, y que podrían abrir sus operaciones a público.

El SEP coincide con EPAN en definir el mercado relevante geográfico como la Región de Antofagasta.

Luego, señala que existe y durante la concesión existirá un alto grado de reglamentación de los procesos y servicios que garantizan la competencia *ex ante* y *ex post* en el sector. Por esto, se inclina a no restringir la participación de terceros mediante restricciones a la integración vertical u horizontal.

3.9. Fiscalía Nacional Económica

A fojas 379, aportó antecedentes la FNE, quien indica que el puerto de Antofagasta se encuentra sujeto a lo establecido por el Dictamen N° 1.209 que estableció reglas para la integración horizontal (15%) y vertical (40%).

La FNE define el mercado relevante del producto como el de *“los servicios portuarios básicos en frentes de atraque de puertos de uso público que puedan atender a una nave del tipo panamax al momento de la licitación, y que tengan la posibilidad de expansión en el mediano plazo para la recepción de la nave de diseño, considerando cada tipo de carga que podrá movilizar el puerto de Antofagasta, lo cual involucra carga en contenedores, fraccionada y graneles”*.

La FNE explica por qué ha definido el mercado relevante de esa forma, señalando que es pertinente considerar el tamaño de las naves que mueven la mayoría de la carga en el Puerto y en la región, y que en este caso son principalmente naves del tipo *panamax* las que movilizan la carga transferida.

En cuanto a la dimensión geográfica del mercado relevante, luego de analizar la potencial sustitución entre puertos para carga nacional por un lado, y para carga boliviana por otro, señala que éste debe comprender sólo la Región de Antofagasta, porque: (i) la distancia entre Antofagasta y Tocopilla es de 186 kilómetros, y entre Antofagasta y Mejillones es de 63 kilómetros, esto es, una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distancia mucho menor que la que existe entre Antofagasta e Iquique o Arica; (ii) considerando un costo de transporte por kilómetro-tonelada de entre US\$0,037 y US\$0,043 cualquier puerto alternativo al de Antofagasta que implique recorrer una distancia adicional mayor a 243 o 282 kilómetros, deberá cobrar tarifas negativas para igualar el costo portuario de ATI; (iii) la carga movilizada por los puertos de la región de Antofagasta corresponde principalmente a minerales o a insumos relacionados con la minería, y es difícil sustituir los servicios de esos puertos por lo que se encuentran ubicados en Iquique o Arica; (iv) la carga boliviana no es tan relevante en Antofagasta (en que fluctúa entre un 10% y un 13%) como lo es en Arica (73%), por lo que no se puede considerar la sustitución de un puerto por otro para la misma; y, (v) las propias empresas navieras han señalado ante la FNE que consideran como sustitutos los puertos de Antofagasta y Mejillones.

En este mercado relevante participan Angamos, Mejillones, ATI, Electroandina y TGN, repartiéndose la carga en contenedores entre Angamos y ATI y la granelera entre los otros tres puertos, principalmente.

En cuanto a la pertinencia de modificar el Dictamen N° 1.209 señala que la necesidad de licitar no es urgente, porque actualmente el puerto de Antofagasta tendría una holgura de un 50% de capacidad hasta el año 2017. Por esta razón no sería necesario levantar las restricciones horizontales o verticales.

Luego, afirma que los montos de inversión involucrados son más bien bajos, por lo que habría de esperarse un gran número de interesados en la licitación, e indica que el riesgo de que ésta no se concrete exitosamente está más asociado a un mal diseño que a una potencial falta de oferentes.

La FNE considera adecuado mantener la restricción horizontal. Indica que, en caso de que ésta se alzase, existirían sólo dos actores en el mercado que competirían directamente por la carga movilizada en contenedores, incorporándose un tercero (puerto de Tocopilla), aunque éste último ejercería una presión competitiva más reducida, al tratarse de graneles. Además, al alzarse las restricciones horizontales, existiría la posibilidad de que un solo controlador concentrase la mayor capacidad de transferencia, pudiendo generarse condiciones en las que pudiera abusar de su posición de dominio, especialmente en caso de que el actual Frente N° 2 alcance su capacidad máxima de transferencia, ya que en ese caso se monopolizaría la demanda residual.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En cualquier caso, estima necesario establecer la prohibición en cuanto a que no puedan participar de manera conjunta los operadores actualmente sujetos a la regla de restricción horizontal en la sociedad concesionaria del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta.

Respecto de la integración vertical, señala que existe la posibilidad del concesionario de discriminar en calidad de servicio, por lo que estima necesario mantener la condición y ampliarla a cualquier eslabón de la cadena logística de transporte, con la posibilidad de incluir al transporte terrestre. La FNE agrega que estima necesario que este Tribunal pondere lo establecido en el Dictamen N° 1.045 en lo que respecta a la determinación de los usuarios relevantes, incorporando la cadena logística en toda su amplitud.

La FNE recomienda además que se prohíba el *interlocking*, y finalmente señala que estima riesgoso que la presentación de las ofertas de titulares y entrantes se efectúe en días distintos, y que estima conveniente que la presentación se haga en forma simultánea.

II) PARTE CONSIDERATIVA

4. PROCEDENCIA LEGAL DEL INFORME

La solicitud de EPAN tiene por objeto que este Tribunal emita los informes que exigen los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, respecto de los términos y condiciones bajo los cuales debe realizarse la licitación del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta, compuesto por los sitios números 1, 2 y 3, con una longitud total de 600 metros y un calado de entre 7,9 a 9,1 metros (en adelante la "Licitación"), todo ello conforme lo establecen las normas antes citadas en relación con los artículos 18 N° 5 y 31 del D.L. N° 211.

La Licitación comprende los siguientes dos modelos de concesión, bajo un sistema monooperador:

- (i) Modelo de Concesión Amplia, por el cual se licita una concesión de ocho hectáreas, que incluyen el delantal y las áreas de respaldo -de acuerdo con lo descrito en el Anexo II del Borrador de Bases de Licitación-, por un plazo de veinte años y con inversiones obligatorias (descritas en el Anexo VIII de las Bases como obras obligatorias y de mantención) que permitan atender

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una nave de 350 metros de largo y 15 metros de calado a contar del quinto año de concesión. Este plazo de concesión podrá extenderse por otros diez años si se realizan las inversiones adicionales opcionales que contemplan las Bases.

- (ii) Modelo de Concesión Restringida, por el cual se licita una concesión de tres coma cinco hectáreas y una fracción de las áreas de respaldo -según se detalla también en el Anexo II del Borrador de Bases de Licitación-, por un plazo de diez años y con inversiones obligatorias (especificadas en el Anexo VIII de las Bases) destinadas principalmente al reforzamiento antisísmico del Frente de Atraque N° 1. Antes de cumplirse los diez años, el concesionario tendrá dos opciones, para lo cual el ejercicio de la primera opción es condición para el ejercicio de la segunda: a) opción de extender el plazo de la concesión en veinte años adicionales, y sólo en ese caso b) opción de ampliar el área de la concesión al total de ocho hectáreas o a la parte inferior que el concesionario defina y comunique a EPAN. Estas opciones estarán sujetas al cumplimiento de las inversiones adicionales opcionales descritas en las Bases de Licitación.

De acuerdo con el Borrador de Bases de Licitación acompañado en este expediente, EPAN priorizará la adjudicación del Modelo de Concesión Amplia, de modo que el Modelo de Concesión Restringida sólo podrá efectuarse en el caso que la primera resulte fallida.

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

Asimismo, el artículo 23 de la Ley N° 19.542 exige a las empresas portuarias estatales (en este caso EPAN) un Informe de este Tribunal para implementar un esquema monooperador en los frentes de atraque que administran u operan, cuando en los puertos o terminales estatales de la misma región no exista otro

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

frente de atraque operado bajo un esquema multioperador, aparte del frente a licitar, capaz de atender la nave de diseño correspondiente al frente objeto de la licitación.

Cabe tener presente que esta Ley establece en su artículo 7, inciso 2º, que las concesiones portuarias deben otorgarse mediante licitación pública.

Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 19.542, la concesión portuaria del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta, compuesto por los sitios 1, 2 y 3, debe otorgarse mediante un proceso de licitación pública, en el que podrán participar quienes cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, en el Decreto N° 104, de 24 de abril de 1998, de la Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones, que establece normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el artículo 7 de la Ley N° 19.542 (en adelante, el “Reglamento de Licitaciones Portuarias” o simplemente el “Reglamento”) y en las correspondientes Bases de Licitación.

Atendido que no existe en la Región de Tarapacá otro frente de atraque estatal mono o multioperado capaz de atender la nave de diseño objeto de la concesión portuaria, procede que este Tribunal emita el Informe correspondiente por concurrir en la especie tanto los supuestos del artículo 14 como los del artículo 23, ambos de la Ley N° 19.542.

5. OBJETO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL INFORME

En las secciones 6 y 7 de este Informe se identificará y caracterizará el mercado en el que participará el concesionario del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta a que se refiere la Licitación. Luego, en las secciones 8 y 9 se abordarán los mecanismos de resguardo de la competencia, tanto en la Licitación como en el mercado en el que participará el adjudicatario de la misma. Por último, la sección 10 se referirá a la conveniencia de imponer restricciones a la integración horizontal o vertical del concesionario.

6. MERCADO RELEVANTE

El Frente de Atraque N° 1 que será licitado por EPAN se encuentra dentro del puerto de Antofagasta el que, por disposición de la Ley N° 19.542 (artículo 3º), es un puerto público porque es de propiedad estatal y de uso público, ya que presta servicios indistintamente a cualquier usuario que lo requiera y porque la prestación de dichos servicios constituye una actividad independiente y no accesoria a la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

industria principal de su propietario. Este tipo de puertos -públicos de uso público- deben prestar, en forma no discriminatoria, servicios ininterrumpidos y sometidos a determinadas exigencias, tales como velocidades de transferencias, tiempos de espera, publicidad de tarifas, entre otras.

Al formar parte de un puerto público de uso público, sólo deberán considerarse dentro del mercado relevante aquellos frentes de atraque que permitan la atención de terceros. Así, tal como se ha estimado en anteriores informes de este Tribunal sobre licitaciones portuarias, deberán incorporarse dentro del mercado relevante no sólo los frentes de atraque ubicados en puertos públicos de uso público, sino también aquellos frentes localizados en puertos privados de uso público que se encuentren dentro del mercado geográfico determinado más adelante y que presten los servicios portuarios que deberá ofrecer el futuro concesionario del frente de atraque licitado.

Como este Tribunal ha señalado, los frentes de atraque ubicados en puertos de uso privado no constituyen una alternativa o sustituto de los terminales públicos, toda vez que sólo prestan servicios a los usuarios que determinan, los que usualmente corresponden a empresas con las que están verticalmente integrados. Por lo tanto, los frentes de atraque de los puertos privados de uso privado que se encuentren en el mercado geográfico que se determinará más adelante, no serán considerados sustitutos o alternativas del frente de atraque objeto de la presente Licitación.

Para poder determinar los frentes de atraque ubicados en puertos públicos o privados de uso público que deberán considerarse como eventuales competidores del concesionario, es necesario determinar, en primer lugar, los servicios que prestará bajo su concesión y, seguidamente, el alcance geográfico de dicho frente de atraque y su eventual sustitución por otros de la región o de zonas aledañas, todo lo cual se analiza a continuación.

6.1 Mercado del producto

El mercado del producto dice relación con los servicios que podrán ser provistos por el adjudicatario de la Licitación. Al respecto, se debe tener en cuenta que los frentes de atraque constituyen infraestructuras destinadas a prestar servicios portuarios que, desde el punto de vista de la libre competencia, pueden ser de dos tipos: (i) servicios básicos; y, (ii) servicios opcionales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

No ha existido mayor controversia en estos autos respecto de la definición del mercado relevante del producto, puesto que los intervinientes -siguiendo el criterio de anteriores informes de este Tribunal- han señalado que estaría constituido solamente por los servicios básicos ofrecidos en aquellos puertos que tienen la capacidad suficiente para atender a la nave de diseño del terminal concesionado, entendiéndose por servicios básicos todos aquellos que, por las particulares condiciones de las áreas e infraestructuras objeto de concesión, no tengan la posibilidad de una provisión alternativa en dicho frente de atraque por parte de empresas distintas e independientes del concesionario.

En cambio, los servicios opcionales, esto es, aquellos que podrán continuar prestando empresas distintas e independientes del concesionario y para cuya provisión no es necesaria la infraestructura que se entrega en concesión por medio de la Licitación, no forman parte del mercado relevante del producto que será analizado en este Informe.

6.2 Capacidad de la infraestructura

Otro elemento que se debe considerar al momento de definir el mercado relevante es la nave de diseño que podrá atender el adjudicatario de la Licitación, lo que depende de la longitud y profundidad de los sitios que conforman actualmente el Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta y su aptitud de expansión, como también -y fundamentalmente- de las inversiones que el concesionario realizará.

Actualmente el Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta tiene capacidad para atender a naves de hasta 9 metros de calado, siendo esta medida la principal limitante para la atención de naves de tipo *postpanamax*, que requieren una profundidad de al menos 12 metros para recalcar.

Dependiendo de la concesión que se adjudique, sin embargo, la capacidad del frente concesionado podría expandirse para atender a naves de mayor eslora y calado que las que actualmente pueden recalcar en éste. Así, las obras consideradas dentro de las Bases de Licitación en el Modelo de Concesión Amplia expandirían la capacidad de este frente de atraque para la atención de naves de tipo *postpanamax* de hasta 15 metros de calado y 350 metros de eslora, entregándose también una superficie de 8 hectáreas como área de respaldo para las operaciones del concesionario.

Por otra parte, en caso de adjudicarse el Modelo de Concesión Restringida, sólo se realizarían los refuerzos antisísmicos necesarios para el óptimo funcionamiento

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del frente de atraque, sin que sea necesario realizar inversiones para aumentar el tamaño de la nave que puede recibir el mismo, entregándose, en este caso, sólo 3,5 hectáreas en concesión.

La diferencia existente entre estos dos modelos de concesión, en cuanto a las obras requeridas, las áreas de respaldo entregadas en concesión y las dimensiones de la nave que podrá ser atendida, podrían significar que este Tribunal deba considerar un mercado relevante del producto distinto para cada grupo de ofertas, uno para el Modelo de Concesión Amplia y otro para el Modelo de Concesión Restringido.

Sin embargo, es posible observar de las características de dichos modelos de concesión que ambos están enfocados en la atención en el corto plazo de naves de tipo *panamax* o menores, ampliándose en el mediano o largo plazo, a naves de tipo *postpanamax*. Así, por ejemplo, el Modelo de Concesión Amplia contempla la atención de naves de tipo *panamax* durante los primeros 5 años del contrato, debiendo tener el puerto capacidad para atender naves de tipo *postpanamax* desde el sexto año, mientras que el Modelo de Concesión Restringida considera solamente la atención de naves de tipo *panamax* en sus diez años de duración, pero que mediante el ejercicio de la Opción de Ampliación podrá atender a naves de capacidad superior.

Asimismo, la FNE consideró en su informe acompañado a fojas 379 que las dimensiones de las naves que han recalado en los puertos de la Región de Antofagasta son inferiores a una nave de tipo *panamax*, alcanzando los 279 metros de eslora como máximo. De éstas, las naves de mayor tamaño estarían especializadas en el transporte de contenedores, mientras que las naves graneleras presentan menores dimensiones en cuanto a eslora y calado, según detalla la FNE. Así, considera que dentro del mercado relevante no deben incluirse sólo los puertos que tengan capacidad de atender a una nave de tipo *postpanamax*, que es la nave de diseño de la Licitación, sino todos aquellos puertos que puedan servir a naves de tipo *panamax* y que puedan expandirse en el futuro próximo para competir con el frente de atraque licitado por la atención de naves de capacidad superior.

Por lo tanto, en términos de capacidad de la infraestructura licitada este Tribunal considerará como posibles sustitutos del frente de atraque objeto de la Licitación todos aquellos puertos que puedan atender actualmente a una nave del tipo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

panamax, y que tengan la posibilidad de expandirse en el mediano plazo para atender naves de tipo *postpanamax*.

De este modo, el mercado relevante del producto quedará definido como el de los servicios portuarios básicos prestados en puertos de uso público, ya sean públicos o privados, que atiendan a naves de tipo *panamax* y puedan expandirse en un plazo razonable para la atención de naves de tipo *postpanamax*.

Lo anterior, sin perjuicio de que, por la especialización requerida para la atención de cada uno de los tipos de carga, para el análisis de las condiciones de competencia en el mercado relevante se segmentará el mercado relevante de acuerdo con cada uno de los tipos de carga que el concesionario transferirá, esto es carga fraccionada, en contenedores, graneles sólidos y graneles líquidos.

En efecto, y tal como ha argumentado este Tribunal en informes anteriores, desde el punto de vista de la demanda no existe sustitución entre los servicios portuarios provistos a usuarios que transportan carga general y carga a granel y, dentro de la carga general, existe un limitado grado de sustitución entre la carga en contenedores y la carga fraccionada (ver informes N° 5/2009 y N° 6/2009).

Adicionalmente, cabe tener presente que la tendencia mundial a la especialización de las naves y de los puertos para la atención de los distintos tipos de cargas hace razonable suponer que dentro de la carga a granel existe un muy bajo grado de sustitución entre los servicios portuarios provistos a las empresas que transportan carga sólida y líquida a granel. Aun más, tanto dentro de los servicios portuarios provistos para carga sólida a granel como para carga líquida a granel, existe especialización de las infraestructuras requeridas para su transferencia y almacenamiento de acuerdo con el producto específico o subtipo de carga a granel de que se trate.

6.3 Mercado geográfico

En cuanto a la definición del mercado relevante geográfico, algunos intervinientes en este proceso han señalado que éste debiera comprender toda la Macro Zona Norte, mientras que la mayoría de los aportantes de antecedentes, incluida la solicitante y la FNE, han argumentado que el área de influencia del frente de ataque concesionado comprende sólo la Región de Antofagasta.

En efecto, la Empresa Portuaria Arica, de manera consistente con lo que expuso en la causa rol NC 415-13, describió el mercado relevante geográfico como el de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

toda la Macro Zona Norte, que comprende las regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta. Esto porque, según su análisis, todas estas regiones han servido como puerta de entrada y salida para carga nacional y boliviana y tienen en común la ausencia de aguas abrigadas naturales. Concordando con esta definición, tal como lo hizo en la causa antes citada referente al puerto de Iquique, el Complejo Portuario Mejillones señaló en autos que existe evidencia que demostraría cierto grado de sustitución entre los puertos de estas tres regiones, como lo habrían reconocido las empresas portuarias de Iquique y Arica en sus presentaciones en la causa antes citada.

Por otra parte EPAN en su Solicitud definió el mercado relevante geográfico como el de la Región de Antofagasta, considerando que la distancia que separa al puerto cuyo frente de atraque se licitará de los puertos de las regiones de Arica y Parinacota y de Iquique, imposibilitaría la sustitución para quienes eligen transportar su carga a través del puerto de Antofagasta. En este mismo sentido se han pronunciado tanto el MTT como el SEP, SAAM y la FNE, señalando esta última que las propias empresas navieras le han informado que los puertos de Antofagasta y Mejillones funcionarían como sustitutos. Asimismo, y de acuerdo con estimaciones de costos de transporte, la FNE considera que tanto los puertos de Mejillones como Tocopilla podrían competir mediante el cobro de menores tarifas por los usuarios del puerto de Antofagasta, por lo que deberían considerarse todos éstos como parte del mercado relevante geográfico.

Si bien la Ley N° 19.542 contempla la obligación de las empresas portuarias estatales de solicitar un Informe previo a este Tribunal cuando se cumplen ciertas condiciones a nivel regional sobre la oferta de servicios portuarios, ello no significa, en modo alguno, que la sustitución se de necesariamente a nivel regional, por lo que es necesario realizar un análisis completo al respecto para determinar el área de influencia geográfica del frente de atraque concesionado y la eventual posibilidad para los usuarios ubicados dentro de esa área, de sustituir los servicios que dicho frente presta o prestará por aquellos ofrecidos por otros puertos o frentes de atraque.

En esta materia, y al igual que en informes portuarios anteriores, es necesario establecer el denominado "*hinterland*", esto es, el área de influencia geográfica que tiene el puerto de Antofagasta. Por consiguiente, lo esencial en este punto será revisar las distancias que existen entre los puertos y los respectivos centros de consumo, más que las distancias que existan entre los distintos puertos. En

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

este sentido, es útil la información acompañada por la FNE sobre el origen o destino de las cargas nacionales transportadas por los puertos de Arica, Iquique y Antofagasta que se muestra en el siguiente cuadro.

Cuadro N° 1:
Participación porcentual por origen/destino del total de carga nacional movilizada por los puertos estatales de la Macro Zona Norte

Región de origen/destino	Puerto de salida/entrada		
	Arica	Iquique	Antofagasta
Arica y Parinacota	[95-100]%	[0-5]%	[0-5]%
Tarapacá	[0-5]%	[95-100]%	[0-5]%
Antofagasta	[0-5]%	[0-5]%	[95-100]%
Otras	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Total	100%	100%	100%

Fuente: Elaboración del TDLC en base a información acompañada por la FNE en la causa rol NC 415-13, a fojas 911, Tabla N° 2.

De la información contenida en este cuadro se deduce que existe una significativa correlación entre la región en que se origina o que es el destino de la carga y la elección del puerto por el que ésta se transporta, existiendo escasa o nula sustitución entre los servicios portuarios ofrecidos por los puertos de estas tres regiones. Esta información justifica suficientemente la definición del *hinterland* del puerto de Antofagasta como la Región de Antofagasta, que será, en definitiva, la definición de mercado geográfico relevante que adoptará este Tribunal.

6.4 Definición del mercado relevante

De acuerdo con lo señalado en los apartados anteriores, el mercado relevante para los efectos de este Informe corresponde al de provisión de servicios portuarios básicos ofrecidos en los puertos de uso público de la Región de Antofagasta, que actualmente atiendan a una nave de tipo *panamax* y que potencialmente tengan la capacidad de atender a una nave de tipo *postpanamax*. para cada uno de los tipos de carga, esto es, carga fraccionada, en contenedores y a granel.

Por consiguiente, los puertos y frentes de atraque que forman parte del mercado relevante así definido son aquellos mostrados en el siguiente cuadro, en el que también se detallan sus características y el tipo de carga en que se han especializado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 2:
Características actuales de los frentes de atraque del puerto de Antofagasta

Puerto o Frente de Atraque	Tipo de carga	Eslora máxima	Calado máximo	Posibilidad de expandirse a <i>postpanamax</i>
EPAN	Contenedores, carga a granel y carga fraccionada	200 m	9,1 m	Sí
ATI	Contenedores, carga a granel y carga fraccionada	285 m	11,6 m	Sí
Puerto Angamos	Contenedores, y carga fraccionada	300 m	12,8 m	Sí
Puerto Mejillones	Carga a granel	230 m	14,5 m	Sí
Electroandina	Carga a granel	250 m	14,4 m	Sí
Terminal Graneles del Norte	Carga a granel	250 m	14,4 m	Sí

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por EPAN a fojas 132 y por la FNE a fojas 379.

Como puede observarse en este cuadro, los frentes de atraque del puerto de Antofagasta atienden actualmente los distintos tipos de carga, mientras que los otros puertos de la región se han especializado en algunos de ellos, particularmente en carga a granel, cuyos productos específicos se señalan en el Cuadro N° 7. En cuanto a la posibilidad de atender a naves de tipo *panamax*, es posible observar que si bien no todos los puertos podrían atender a esta clase de naves, por restricciones de calado o eslora máxima, todos presentan algún grado de sustitución, aunque no perfecta, al frente de atraque licitado, dado que pueden atender a naves de menores dimensiones. Asimismo, los puertos de la región que se han especializado en transferencia de carga general tienen la posibilidad de expandirse en el futuro para competir con el frente de atraque licitado en la atención de naves de tipo *postpanamax*, mientras que aquellos que se han especializado en carga a granel tienen capacidad suficiente para competir en este segmento del mercado con el concesionario.

7. CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE

Habiéndose determinado el mercado relevante en el que incide la licitación portuaria consultada por EPAN, este Tribunal evaluará a continuación las condiciones de competencia en cada uno de los segmentos de carga que atiende actualmente y atenderá el futuro concesionario del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta, con el fin de realizar un análisis prospectivo de sus posibilidades de ejercer poder de mercado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Como lo ha señalado previamente este Tribunal, el solo estudio de los niveles de concentración en un mercado no es suficiente para llegar a conclusiones sobre esta materia, por lo que también se analizarán las condiciones de competencia actual, las condiciones de entrada de nuevos competidores y la factibilidad de competencia potencial en este mercado.

7.1 Oferta en cada uno de los segmentos del mercado relevante

7.1.1 Total de carga transferida

El siguiente cuadro muestra un panorama general de la estructura del mercado en la Región de Antofagasta, en que se observa la importancia relativa de cada uno de los puertos o frentes de atraque de uso público de la zona sobre el total de toneladas transferidas.

Cuadro N° 3:
Evolución de las participaciones de mercado sobre el total de la carga transferida por los puertos de uso público del mercado relevante, medida en toneladas, entre los años 2010 y 2012

Puerto o frente de atraque	2010	2011	2012
EPAN	0,4%	0,6%	0,4%
ATI	21,8%	21,6%	16,9%
Puerto Angamos	14,1%	14,3%	18,3%
Puerto Mejillones	30,6%	33,9%	32,1%
Electroandina	33,4%	23,1%	25,0%
Terminal Graneles del Norte	0,0%	7,2%	7,7%
Total (t)	12.262.208	14.157.749	15.050.213

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por EPAN en la causa rol NC 415-13, a fojas 1082, e información aportada por la FNE a fojas 379.

Del mismo modo, el siguiente cuadro muestra la evolución de la importancia relativa de cada tipo de carga transferida por los puertos de uso público en la región, observándose la relevancia de la carga a granel dentro del total transferido la que, según lo señalado por EPAN en su solicitud de Informe, no debiera sino incrementarse en el futuro próximo.

Cuadro N° 4:
Evolución de la importancia relativa de cada tipo de carga transportada por los puertos de uso público del mercado relevante, medida en toneladas transferidas, entre los años 2010 y 2012

Tipo de carga	2010	2011	2013
Contenedores	21,6%	19,0%	19,4%
Fraccionada	10,3%	10,2%	11,7%

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Carga a granel	68,1%	70,8%	68,9%
Total (t)	12.262.208	14.157.749	15.050.213

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por EPAN en la causa rol NC 415-13, a fojas 1082, e información aportada por la FNE a fojas 379.

7.1.2 Carga en contenedores

Respecto de la carga en contenedores, el siguiente cuadro muestra la evolución de las participaciones de aquellos puertos de la región de Antofagasta que realizan transferencia de este tipo de carga dentro del total de carga en contenedores transferida entre los años 2010 y 2012.

Cuadro N° 5:
Evolución de las participaciones de mercado de los puertos de uso público de la Región de Antofagasta y del nivel de concentración en el transporte portuario de carga en contenedores, medidas en toneladas transferidas, entre los años 2010 y 2012

Puerto o frente de atraque	2010	2011	2012
EPAN	0,2%	0,0%	0,0%
ATI	58,0%	46,8%	46,2%
Puerto Angamos	42,0%	53,0%	51,6%
Puerto Mejillones	0,0%	0,1%	2,2%
HHI	5.125	5.005	4.802
Total (t)	2.647.364	2.689.777	2.921.096

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por EPAN en la causa rol NC 415-13, a fojas 1082, e información aportada por la FNE a fojas 379.

Este cuadro muestra que el transporte de contenedores se realiza prácticamente sólo por ATI en Antofagasta y por Puerto Angamos en la bahía de Mejillones. De este modo, la actual licitación del Frente de Atraque N° 1 a un tercero podría ayudar a romper el duopolio que actualmente existe en este tipo de carga. Asimismo, su concesión a una empresa relacionada con cualquiera de los dos incumbentes relevantes podría tener como consecuencia la adquisición de un significativo poder de mercado para una de éstas.

7.1.3 Carga fraccionada

En cuanto a la transferencia de carga fraccionada, el siguiente cuadro muestra la evolución de las participaciones de los puertos de la región de Antofagasta, medidas en toneladas, entre los años 2010 y 2012.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 6:

Evolución de las participaciones de mercado de los puertos de uso público de la región de Antofagasta y del nivel de concentración en el transporte portuario de carga fraccionada, medidas en toneladas transferidas, entre los años 2010 y 2012

Puerto o frente de atraque	2010	2011	2012
EPAN	2,0%	1,9%	0,7%
ATI	40,5%	50,8%	29,4%
Puerto Angamos	44,8%	39,4%	44,4%
Puerto Mejillones	4,0%	1,3%	4,4%
Electroandina	10,8%	8,5%	21,9%
HHI	3.781	4.211	3.329
Total (t)	1.260.734	1.441.533	1.763.085

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por EPAN en la causa rol NC 415-13, a fojas 1082, e información aportada por la FNE a fojas 379.

Este cuadro muestra que si bien la concentración no es tan pronunciada como en el caso de la carga en contenedores, hasta el año 2011 los mismos dos puertos que transportaban casi la totalidad de la carga en contenedores en la región transportaban prácticamente toda la carga fraccionada transferida (salvo aproximadamente un 10%). Sin embargo, en 2012 se observa la irrupción de Electroandina como una alternativa para el transporte de este tipo de carga, alcanzando un 22% aproximado de participación, lo que ha ayudado a la desconcentración del mercado. Cabe recordar que Electroandina es un puerto operado por su propietario, que no está relacionado con ATI ni con Puerto Angamos, por lo que podría disciplinar al duopolio que se observaba anteriormente en la transferencia de carga fraccionada. El ingreso de un nuevo concesionario independiente en el Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta podría ayudar a mejorar aún más los niveles actuales de concentración.

7.1.4 Carga a granel

En lo que respecta a la carga a granel, y tal como se señaló, es posible distinguir carga sólida y líquida a granel y, a su vez, dependiendo del producto específico de que se trate, es posible que se requiera infraestructura y equipamiento diferente para manipularlo.

El siguiente cuadro, muestra los puertos públicos de uso público que transfieren carga a granel en la Región de Antofagasta al año 2012.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 7:
Principales productos transferidos por los puertos que realizan transferencia de carga a granel en la Región de Antofagasta en 2012.

Puerto	Especialización	Toneladas movilizadas 2012 (miles)	Productos relevantes
Puerto Mejillones	Graneles sólidos y líquidos	5.198	Carbón, ácido sulfúrico, concentrados, y Clinker
Puerto Antofagasta	Multipropósito (carga general-graneles-contenedores)	2.598	Cobre, contenedores, y concentrados minerales
Electroandina Tocopilla	Graneles sólidos y líquidos, carga general	2.050	Carbón, combustibles, soda cáustica
Terminal Graneles Norte(TGN)	Graneles sólidos	1.090	Carbón

Fuente: Solicitud de EPAN a fojas 229.

Como puede observarse en este cuadro, los diversos operadores portuarios que prestan servicios a la carga a granel se han especializado en uno o más productos específicos o subtipos de esta carga que pueden tener características muy distintas a las de los otros tipos de carga, por lo que no todos ellos compiten entre sí.

Sin perjuicio de lo anterior, y considerando que no se ha allegado a estos autos información desagregada respecto de cada tipo de carga a granel, el siguiente cuadro muestra la evolución en los últimos años de las participaciones de mercado de todos los puertos de uso público de la región de Antofagasta que transfieren algún tipo de carga a granel entre 2010 y 2012.

Cuadro N° 8:
Evolución de las participaciones de mercado de los puertos de uso público de la región de Antofagasta y del nivel de concentración en el transporte portuario de carga a granel, medidas en toneladas transferidas, entre los años 2010 y 2012

Puerto o frente de atraque	2010	2011	2012
EPAN	0,3%	0,5%	0,5%
ATI	7,5%	10,6%	6,5%
Puerto Angamos	0,7%	0,4%	4,5%
Puerto Mejillones	44,3%	47,6%	45,2%
Electroandina	47,5%	31,4%	32,6%
Terminal Graneles del Norte	0,0%	10,1%	11,2%
HHI	4.274	3.464	3.291
Total (t)	8.354.110	10.026.439	10.366.032

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información aportada por EPAN en la causa rol NC 415-13, a fojas 1082, e información aportada por la FNE a fojas 379.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A partir del cuadro anterior, se desprende que la carga a granel representa el segmento del mercado en que existe más competencia, al menos potencial, ya que, por una parte, todos los puertos de uso público del mercado relevante pueden transferir este tipo de carga y, por otra parte, corresponde al principal tipo de carga transferido en esta región (como se vio en el Cuadro N° 4, con cerca del 70% del total) y el que tiene mayores proyecciones de crecimiento, según la información entregada por EPAN en su solicitud de Informe.

Lo anterior no implica que sea un mercado menos concentrado, puesto que hay dos empresas, Electroandina y Puerto Mejillones, que acumulaban históricamente cerca del 90% del total de este tipo de carga, bajando a aproximadamente un 80% tras la entrada en funcionamiento de TGN. Sin embargo, TGN y Puerto Mejillones son operados por el mismo grupo empresarial, por lo que en la práctica sólo existen dos operadores que se disputan la clientela que moviliza carga a granel, siempre que cuenten con la infraestructura y el equipamiento capaces de movilizar los mismos tipos de carga, aspecto sobre el cual no existe información en autos.

Ahora bien, diferenciando entre carga sólida y líquida a granel, de la información contenida en la solicitud de EPAN y de aquella obtenida de los sitios web de los operadores portuarios se desprende que sólo los puertos de Mejillones y Electroandina atenderían carga líquida a granel, siendo ésta significativa en el primero (acumulando cerca de un 40% del total de la carga a granel que transfiere, según información acompañada por Puerto Mejillones en la causa Rol NC 415-13 de este Tribunal) y de menor importancia en el puerto de Tocopilla. De este modo, el frente de atraque licitado se podría constituir en un competidor relevante para el Puerto de Mejillones en la transferencia de carga líquida a granel en puertos de uso público, en caso de realizar dicho servicio básico, aunque el estudio de demanda de carga acompañado por EPAN no contempla la transferencia de este tipo de carga a través del puerto de Antofagasta.

7.2 Condiciones de ingreso

A diferencia de anteriores informes de este Tribunal en materia portuaria y de modo similar a lo señalado en el Informe N° 9/2013, no se observa en el caso de Antofagasta que exista una barrera al ingreso de nuevos competidores por la inexistencia de bahías abrigadas con condiciones óptimas para la construcción de un puerto. Esto ha sido señalado tanto por la Empresa Portuaria Antofagasta en su solicitud y como en el informe acompañado por Complejo Portuario Mejillones a fojas 829, en que destaca que “[...] *las cualidades geográficas de la bahía de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mejillones permiten que, además de los nueve puertos ya instalados, puedan instalarse cuatro a cinco puertos adicionales”.

Sin embargo, incluso en un caso como el de autos, en que es posible encontrar bahías abrigadas aptas para la instalación de eventuales puertos competidores, pueden existir otros factores que retrasen la entrada de nuevos operadores portuarios, como son los plazos involucrados en la solicitud de una concesión marítima, los estudios de impacto ambiental necesarios, la construcción misma del puerto o la sobreinversión en frentes de atraque con capacidad ociosa, lo que podría favorecer el eventual ejercicio de poder de mercado por parte de una empresa dominante, lo que también debe ser analizado por este Tribunal.

Como ha sido señalado en informes anteriores, el proceso completo para construir un nuevo puerto, desde su concepción hasta la recepción y puesta en marcha del mismo -incluyendo los estudios y permisos necesarios y la obtención de la concesión marítima-, puede llevar entre cuatro y diez años, dependiendo de la magnitud de la inversión y de la infraestructura que se necesite construir, lo que podría permitir a una empresa con poder de mercado, incluso ante la presencia de competencia potencial y sabiendo que existen proyectos portuarios alternativos, ejercer dicho poder de mercado por un plazo no despreciable, afectando de esta manera la eficiencia económica.

7.3 Otras características de las condiciones de competencia en este mercado

Una materia que ha sido objeto de diversos planteamientos a lo largo de esta causa ha sido la integración vertical de algunos puertos con el transporte terrestre de la carga hacia los mismos. En particular, la integración vertical que ha sido objeto de dichas observaciones es la que existe entre el ferrocarril, controlado por FCAB, y el Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, controlado por ATI, ambos parte del mismo grupo empresarial.

En este sentido, Codelco y Complejo Portuario Mejillones han señalado que el mercado portuario debe analizarse como una cadena logística integral que incluye el transporte terrestre y marítimo desde y hacia los puntos de origen y destino de las cargas.

Además, afirma Codelco que “[...] *si bien el transporte de las materias primas necesarias para desarrollar las actividades mineras, así como los minerales extraídos de las minas, se puede efectuar tanto por medio de trenes como de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

camiones, existen razones medioambientales, limitaciones urbanas y diferencias de costos que hacen que el uso de transporte ferroviario sea más ventajoso y en algunos casos obligatorio”, lo que explicaría las estimaciones efectuadas en el informe elaborado para la Subsecretaría de Transporte¹, según las cuales el 90% del cobre y el 32% de la carga total transportada por el puerto de Antofagasta durante el año 2009 habría llegado a dicho terminal a través del FCAB.

De este modo, dada la importancia que representa el ferrocarril para el transporte de cobre regional, Codelco observa un riesgo en la integración vertical en dicha cadena logística integral, que se manifestaría en eventuales conductas discriminatorias o arbitrarias que impliquen favorecer la carga de las propias faenas mineras de los controladores del FCAB a través del puerto concesionado o del terminal operado por ATI. Tales conductas podrían ser la negativa para contratar, tarifas sujetas a la utilización del frente de atraque concesionado o el de ATI, venta de servicios empaquetados o ventas atadas, entre otras.

Así, dado que el FCAB es el único con acceso a todos los puertos de uso público de la región de Antofagasta y que transporta casi la totalidad del mineral extraído de las minas ubicadas en dicha región, sería necesario, según Codelco y Complejo Portuario Mejillones, restringir una posible integración vertical entre el concesionario del puerto licitado y este ferrocarril, sobre todo considerando la actual integración que existe en el Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta, operado por ATI.

Asimismo, en el informe acompañado por Complejo Portuario Mejillones a fojas 829 se señala que esta situación, en que el actor dominante en el transporte de carga desde y hacia el puerto de Antofagasta está integrado verticalmente con un frente de atraque del puerto -o eventualmente todo el puerto, de adjudicarse la licitación consultada- y con una empresa naviera, podría crear incentivos para que FCAB favorezca el envío de carga hacia sus unidades relacionadas “aguas abajo”, en desmedro de sus competidores en los segmentos portuario y naviero. El mismo informe realiza una estimación de cuánto podría estar dispuesto a sacrificar el controlador de FCAB de la tarifa cobrada en caso que se prefieran sus empresas relacionadas, aproximando dicho descuento potencial a US\$3,79 por tonelada.

Respecto de estas apprehensiones relativas a la integración vertical con el ferrocarril, EPAN señaló, en su escrito de fojas 783, que “[...] *la integración vertical*

¹ Informe “Análisis de la Competitividad entre el Transporte Caminero y Ferroviario respecto del Acceso a Puertos”, disponible en el sitio web de la Subsecretaría de Transporte.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no incide en forma relevante en la competencia portuaria, pues la carga que ingresa en ferrocarril al puerto de Antofagasta representa una parte minoritaria de la carga total transferida". Así, afirma que el ferrocarril es empleado por las grandes empresas mineras, mientras que las empresas pequeñas y medianas de este rubro utilizarían el camión para transportar su carga, dado el menor volumen que producen. Por último, asegura que la carga transportada por ferrocarril representaría menos de un tercio de la carga total transferida por el puerto de Antofagasta.

De acuerdo con la información que rola a fojas 897, aproximadamente un 45% de la carga transportada hacia el Puerto Angamos fue llevada a dicho puerto por ferrocarril, mientras que del total de cobre transferido por el mismo el 67% llegó por esa vía, correspondiendo el 33% restante a camiones. Del mismo modo, para el puerto de Antofagasta cerca de un 31% de la carga total que transfirió en el año 2012 fue transportada por ferrocarril. Estos datos, sin embargo, pueden subestimar la importancia del ferrocarril, que podría ser utilizado como medio troncal de transporte, mientras que en los extremos se ocupan camiones para llevar y dejar carga desde y hacia el tren, lo que no se puede observar en los datos acompañados por los operadores portuarios.

Considerando estos datos y la información contenida en el informe antes citado que fue elaborado para la Subsecretaría de Transportes el año 2011, este Tribunal estima que el transporte por ferrocarril consiste en un medio de transporte con características especiales que favorecen su preferencia para el traslado de carga desde y hacia los puertos, especialmente para las cargas mineras, que son la principal fuente de actividad económica en el mercado relevante geográfico antes definido. Tales características permitirían al FCAB comportarse, en la práctica, como una empresa monopólica en el transporte de carga en ferrocarril desde y hacia puertos, que difícilmente puede ser disciplinada por el transporte en camiones.

Sin embargo, para el análisis prospectivo que debe hacer este Tribunal con ocasión de este Informe, lo relevante no es el eventual poder de mercado que pueda tener FCAB sino si su integración vertical con el operador de un frente de ataque crea o aumenta los incentivos de dicho operador para discriminar.

Sobre este particular, este Tribunal estima necesario aclarar en qué caso la teoría económica señala sin ambigüedades que la integración vertical incentiva a la exclusión de competidores en algún eslabón de la cadena de valor. Cuando existe

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

un monopolio cuyas tarifas están restringidas -ya sea por regulación tarifaria expost o por competencia por la cancha exante- éste intentará usar su posición dominante para excluir a competidores en otro segmento de la cadena de valor que no esté regulado, para lograr una posición de dominio en tal segmento y lograr las rentas monopólicas que no pudo alcanzar en virtud de dichas restricciones. Por el contrario, si el segmento monopólico de la cadena de valor no está regulado, en la mayoría de los casos no habrá incentivos para que la empresa controladora del tal monopolio excluya a actores que le compiten en otros segmentos del mercado, puesto que toda la renta monopólica que se puede capturar en esa cadena de valor la conseguirá en el segmento en que es monopolista, sin necesidad de extender su poder monopólico a otros segmentos.

Si bien el desarrollo expuesto, conocido como “*one monopoly profit*” (o una sola renta monopólica), puede presentar excepciones, no se han planteado en este proceso características del mercado que indiquen que tales singularidades estén presentes.

Así, este Tribunal no ve diferencias entre la situación en Antofagasta y el caso de otros puertos, que al poder asimilarse en mayor o menor grado a monopolios regulados -por la competencia *exante* que representa la licitación por menores tarifas- tienen incentivos a excluir a su competencia en otros segmentos del mercado. Por lo tanto, el hecho de que un actor en el mercado portuario opere un servicio de transporte ferroviario cuyas tarifas no están reguladas no debiera agregar incentivos a excluir competidores en comparación a la situación de otros puertos.

En todo caso, si el servicio de transporte ferroviario no tuviese características monopólicas en el segmento del transporte terrestre, se presentaría en este segmento de la cadena de valor una oportunidad de expandir el poder monopólico del puerto excluyendo a competidores en dicho segmento a través de obstáculos en la calidad del servicio portuario o negativa de servicio. Es por tales razones que este Tribunal consistentemente ha limitado la integración vertical del puerto con sus usuarios relevantes. Dentro de estos usuarios relevantes se incluye -entre otros- tanto a las navieras como a los proveedores de servicio terrestre, entre los que se encuentra FCAB.

8. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN

8.1 Introducción

Tal como ha señalado este Tribunal con anterioridad, cuando se trata de asignar por medio de una licitación derechos exclusivos para la explotación de infraestructuras escasas, es preciso resguardar dos ámbitos de competencia: (i) las condiciones de competencia en la Licitación, o competencia *ex ante*; y, (ii) las condiciones de competencia en la provisión de los servicios portuarios a los usuarios, o competencia *ex post*.

Esta sección abordará las condiciones de competencia en la Licitación o competencia *ex ante*, ya que la Licitación asignará a una única empresa el derecho exclusivo y excluyente de operar el frente de atraque objeto de la misma. Por esta razón, resulta imprescindible que el mecanismo de asignación de la concesión sea lo más competitivo posible, ya que ello asegurará la participación de distintos oferentes y la asignación óptima del recurso escaso. En este sentido, es preciso que la Licitación promueva condiciones de provisión de los servicios portuarios básicos lo más cercanas posible a las que prevalecerían en un mercado competitivo en términos de precio, cantidad y calidad.

Cabe señalar que el concesionario del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta no será el único oferente en cada uno de los segmentos del mercado relevante definido en este Informe. No obstante, el actual nivel de concentración observado en cada uno de estos segmentos no asegura que exista una competencia *ex post* de magnitud suficiente como para alcanzar un resultado competitivo. Por este motivo, en la sección siguiente este Tribunal analizará las condiciones que permitan resguardar la competencia en la cancha.

Por otra parte, ya sea que se adjudique el Modelo de Concesión Amplia, o bien el Modelo de Concesión Restringida con sus ampliaciones opcionales al décimo año, el nuevo concesionario será capaz de atender, en cinco o diez años, respectivamente, una nave de tipo *postanamax* de gran tamaño, compitiendo principalmente por su atención con los servicios provistos por el frente operado por ATI y con Puerto Angamos, que se especializan en la atención de naves portacontenedores.

Para lograr el objetivo propuesto, esto es, maximizar la competencia en la Licitación, a continuación se analizará el marco regulatorio aplicable a la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

asignación en concesión de frentes de atraque estatales, las propuestas de EPAN y, finalmente, los resguardos adicionales que este Tribunal estima necesario incorporar para maximizar la competencia en la licitación o competencia *por el puerto*.

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

El marco regulatorio aplicable a la asignación en concesión de frentes de atraque estatales se encuentra en la Ley y en el respectivo Reglamento de Licitaciones Portuarias.

Los principales resguardos legales y reglamentarios para la competencia en la Licitación serán analizados por materias, en el siguiente orden: (i) subsidiariedad y mecanismo de asignación de frentes de atraque estatales; (ii) modalidad de licitación y criterios de evaluación; (iii) criterios de adjudicación; (iv) canon anual; (v) otros pagos del concesionario a EPAN; y (vi) contenidos mínimos, plazos, garantías y sanciones.

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

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

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

A su vez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley, la concesión portuaria es la única forma de entregar a los privados el uso de frentes de atraque

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estatales. En este sentido, el artículo 7º de la Ley establece que las concesiones portuarias se otorgarán mediante licitación pública, en las condiciones que establece el Reglamento.

(ii) Modalidad de licitación y criterios de evaluación

De acuerdo con el artículo 5º del Reglamento corresponde al Directorio de EPAN determinar las distintas modalidades del proceso de licitación -como puede ser una licitación en sobre cerrado, a mano alzada, de primer o segundo precio, etc.- y si éste contemplará una o más etapas, señalando los aspectos mínimos que debería abordar una primera etapa.

Considerando que existen dos modelos de concesión alternativos en las Bases de Licitación, ésta se llevará a cabo mediante un esquema con dos grupos de ofertas, diferenciados por las obras obligatorias que deberán realizarse, el área entregada en concesión y la duración de la misma. De este modo, se entrega una preferencia absoluta a las ofertas realizadas en el Modelo de Concesión Amplia por sobre las del Modelo de Concesión Restringida, abriéndose estas últimas si y sólo si la licitación por el primer grupo se declarase desierta.

De acuerdo con lo señalado en el punto B.1. de las Bases de Licitación acompañadas por EPAN en su Solicitud, los modelos de concesión son excluyentes, pero esto no significa que los oferentes no puedan presentar ofertas por ambos. Así, señala que “[l]os oferentes podrán presentar Ofertas para uno cualquiera de los Modelos de Concesión o para ambos simultáneamente”. Esto permitiría una mayor competencia en la Licitación de ambos modelos de concesión, por lo que, en opinión de este Tribunal es necesario que se mantenga en las Bases definitivas de la Licitación.

En relación con los criterios de evaluación de las Ofertas de Antecedentes Generales, y siguiendo el criterio establecido por este Tribunal en informes anteriores, el Borrador de Bases de Licitación presentado indica en el punto 1.7.1., letra g) que: “[e]l Oferente deberá presentar un Plan Referencial de Desarrollo (PRD) factible y coherente con el modelo de Concesión por el que se presente la Oferta. Este Plan deberá contener principalmente una descripción detallada de las obras que el Licitante proyecta construir en el marco de la Concesión y toda la información que específicamente se requiere en el Anexo I (Oferta Antecedentes Generales). Si el Oferente presenta Ofertas para ambos modelos de Concesión,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cada Oferta deberá ir acompañada de su respectivo Plan Referencial de Desarrollo en los términos establecidos en esta letra g)".

Al respecto, este Tribunal considera recomendable que EPAN defina un mecanismo de licitación que busque maximizar los incentivos para que los participantes compitan entre sí en función de un menor índice tarifario ofertado a los usuarios de servicios básicos, para lo cual es esencial que se establezcan con claridad y objetividad los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las cuales una oferta puede ser desestimada y los motivos por los cuales la Licitación o cualquiera de sus etapas puede ser declarada desierta.

En efecto, a juicio de este Tribunal, la sola obligación de que la Comisión Evaluadora exprese las razones lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en virtud de las cuales podrá rechazar una oferta no es suficiente para eliminar totalmente el riesgo de un comportamiento arbitrario por parte de la licitante, lo que puede generar incertidumbre entre los potenciales interesados en la licitación y desincentivarlos a participar en la misma. Por consiguiente, este Tribunal estima que EPAN deberá atenerse a criterios objetivos de evaluación previamente establecidos y conocidos por los postulantes.

Asimismo, el punto 1.7.8.1.1. del borrador de las Bases señala que "[s]erán excluidas de la Licitación las Ofertas entregadas por Oferentes que tengan un Miembro participando en más de un Oferente". Esto ayudaría a evitar cualquier tipo de coordinación entre los oferentes de la licitación, por lo que este Tribunal considera que es una medida necesaria para el desarrollo competitivo de la misma.

Por último, en la sección 1.9. de las Bases se señala que la Licitación será adjudicada al oferente que proponga las tarifas que den como resultado el menor Índice Ofertado, siempre que no supere el I_{max} que corresponda al Modelo de Concesión por el que se presente la Oferta. Asimismo, en la sección 1.7.8.2.1. se aclara que si todas las ofertas exceden el I_{max} que corresponda al modelo de concesión por el que se está ofertando, se entenderá fallida la Licitación. Este Tribunal concuerda con el uso de un Índice Tarifario Máximo de Reserva (en este caso denominado I_{max}) que sea secreto y conocido sólo al momento de abrirse las ofertas económicas, pues esto incentiva la oferta de mejores condiciones cuando existen pocos oferentes. Del mismo modo, aprueba que se utilicen I_{max} distintos para cada modelo de concesión, por las características esencialmente diversas que ambos modelos contemplan, siempre y cuando quede

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

meridianamente claro que cualquier oferta superior al I_{max} respectivo es automáticamente inválida, sin posibilidad de modificarla o ajustarla y que, en el caso que la mejor oferta válida por el Modelo de Concesión Restringido sea superior al I_{max} de dicho Modelo, la Licitación se declarará, como un todo, irremediablemente desierta.

En suma, los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las que una oferta pueda ser desestimada y aquellas por las que la Licitación o cualquiera de sus etapas puedan ser declaradas desiertas deberán ser objetivos, estar establecidos con claridad en las Bases y ser conocidos por los postulantes, a excepción del I_{max}, debiendo precisarse, por lo tanto, los hechos que permitirán a la Comisión Evaluadora considerar incoherente o no factible un Plan Referencial de Desarrollo presentado.

(iii) Criterios de adjudicación

El artículo 9º del Reglamento enuncia los posibles criterios de adjudicación de la concesión que EPAN puede emplear, siendo decisión de dicha empresa usar uno o varios de ellos, u otro criterio de asignación.

Este Tribunal, tal como lo ha señalado en sus anteriores informes en esta materia, considera que desde el punto de vista de la libre competencia no es indiferente cuál sea el criterio de asignación que se utilice, resultando imprescindible que el factor determinante de la adjudicación sea el menor índice tarifario de los servicios básicos ofrecidos a los usuarios, esto es, el menor promedio ponderado de las tarifas por los servicios sujetos a valores máximos (Índice Ofertado). Según determine EPAN, las tarifas de cada servicio con las cuales resulte adjudicada la Licitación constituirán la tarifa máxima aplicable al correspondiente servicio básico, o bien podrán utilizarse para construir Índices Tarifarios máximos reajustables por tipo de carga.

En su Solicitud, y de acuerdo con las Bases de Licitación, EPAN propone adjudicar la concesión al postulante que ofrezca el menor Índice Ofertado, cuyas ponderaciones son idénticas tanto para el Modelo de Concesión Amplia como para el de Concesión Restringida.

Así, las Bases proponen que el Índice de Adjudicación sea calculado ponderando: (i) la tarifa por transferencia de contenedores (TTC); (ii) la tarifa por transferencia de carga fraccionada (TTF); (iii) la tarifa por transferencia de carga a granel (TTG);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iv) la tarifa a la carga por uso del muelle (TMC); y (v) la tarifa a la nave por uso del muelle (TMN). En consecuencia, el Índice de Adjudicación propuesto por EPAN, se calcula conforme a la siguiente fórmula:

$$IO = \alpha * TTF + \beta * TTG + 0,07 * \delta * TTC + TMC + TMN * \gamma$$

siendo

$$\gamma = \left(\frac{\sum_{i=1}^N esl_i * t_i}{AT} \right)$$

Sin embargo, como ya fue planteado en la sección 7.2. de este Informe, la transferencia de carga a granel puede ser muy heterogénea y requerir de infraestructura específica para los diversos subtipos de cargas a granel transferidos, por lo que se ordenará desagregar el término “ β ” de la fórmula anterior y la TTG en la medida que existan subtipos de carga a granel que por sus características de costos o infraestructura requerida para su carga o descarga, sean lo suficientemente distintas para ser consideradas por separado, todo ello según lo determine EPAN. De este modo, los oferentes deberán realizar una oferta de tarifa de transferencia de carga para cada uno de los subtipos de carga a granel considerados por la Empresa Portuaria en las Bases de Licitación. Por lo tanto, la Licitación deberá adjudicarse al postulante que ofrezca el menor índice de tarifas por los servicios básicos (Índice Ofertado), en los términos indicados precedentemente.

Respecto de los ponderadores de cada una de las tarifas de los servicios básicos en el Índice Ofertado, el Borrador de Bases de Licitación acompañado por EPAN no contempla los valores de ponderación, los que deberán quedar claramente establecidos en las Bases definitivas, incluyendo la desagregación de los ponderadores para la transferencia de los subtipos de carga a granel definidos por EPAN y el ponderador inicial de la Tarifa de Muellaje a la Nave, que debe calcularse, tal como se propone en el Borrador de Bases de Licitación, multiplicando la sumatoria de las esloras de las naves atendidas en el año calendario anterior por el tiempo de ocupación total de éstas; y todo ello dividido por el Tonelaje Anual transferido en el mismo período. Lo anterior, con el fin de disminuir la incertidumbre de los oferentes respecto de cómo se ponderarán las tarifas ofertadas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por otra parte, debido a que la transferencia de carga general y los diversos subtipos de carga a granel presentan características esencialmente distintas, que pueden hacer variar su importancia relativa en el total transferido por el frente de ataque licitado, este Tribunal ordenará a EPAN, en el caso que esta última decida utilizar Índices Tarifarios máximos, distinguir entre la carga general y la carga a granel -y, dentro de esta última, sus diversos subtipos, si así fuere el caso-, en los que deberán considerarse -ponderando por su importancia relativa dentro de éstos- todos los servicios básicos necesarios para la transferencia de la carga respectiva.

De este modo, a partir de las tarifas ofertadas deberá crearse un Índice Tarifario para Carga General (ICGe) como se ejemplifica a continuación:

$$ICGe = \alpha' * TTF + 0,07 * \delta' * TTC + TMC + TMN * \gamma'$$

siendo

$$\gamma' = \left(\frac{\sum_{j=1}^N esl_j * t_j}{AT'} \right)$$

En esta fórmula los parámetros α' y δ' corresponden a la importancia relativa de la carga fraccionada y en contenedores, respectivamente, dentro del total de carga general transferida; mientras que el término γ' representa al ponderador de la tarifa de muellaje a la nave, que se calcula a partir de las esloras, tiempos de ocupación y tonelaje anual de las naves que transfieren carga general.

Asimismo, a partir de las tarifas ofertadas deberá establecer, tal como se ha dicho, Índices Tarifarios para cada subtipo de carga a granel (ICGr), como se ejemplifica a continuación:

$$ICGr_i = TTG_i + TMC + TMN * \gamma''$$

siendo

$$\gamma'' = \left(\frac{\sum_{k=1}^N esl_k * t_k}{AT''} \right)$$

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Donde TTG_i es la tarifa por transferencia del i -ésimo subtipo de carga a granel determinado por la Empresa Portuaria en sus Bases de Licitación y el término γ'' representa al ponderador de la tarifa de muellaje a la nave, que se calcula a partir de las esloras, tiempos de ocupación y tonelaje anual de las naves que transfieren dicho subtipo de carga a granel.

Los ponderadores de las tarifas incluidas en estos índices tarifarios máximos deberán actualizarse cada cinco años, de acuerdo a la importancia relativa de cada tipo de carga en los cinco años precedentes, con excepción de los parámetros γ' y γ'' , que se actualizarán anualmente de acuerdo con los datos del año inmediatamente anterior.

Además, para incluir la variación de los costos de provisión de los servicios portuarios, todos estos índices tarifarios máximos deberán reajustarse anualmente por un indicador objetivo que cumpla dicha finalidad, como puede ser el USPPPI u otro que EPAN estime conveniente.

Por otra parte, EPAN deberá establecer en las Bases definitivas los criterios para incluir nuevos servicios básicos que, en el futuro, pueda prestar el frente concesionado o excluir servicios básicos que, eventualmente, dejen de prestarse, así como los criterios que se utilizarán para establecer las tarifas máximas por dichos nuevos servicios básicos.

Respecto de un eventual empate en los Índices Tarifarios Ofertados por dos o más oferentes, el Borrador de Bases indica que los oferentes que hubieren empatado deberán presentar una "Oferta de Desempate", indicando nuevos valores para las tarifas TTC, TTF, TTA, TMC y TMN, los que no podrán ser superiores a los valores que produjeron el empate, lo que parece una restricción pertinente para lograr ofertas competitivas en esta nueva etapa.

Asimismo, y por los motivos expresados en el acápite precedente (modalidad de licitación y criterios de evaluación), las razones por las que una oferta pueda ser desestimada y aquellas por las que la Licitación o cualquiera de sus etapas puedan ser declaradas desiertas, deben ser objetivos, estar establecidos con claridad en las Bases y ser conocidos por los postulantes, por lo que EPAN deberá modificar el punto 1.9 del Borrador de Bases en el sentido antes indicado, dado que la atribución contenida en dicho punto puede causar excesiva incertidumbre entre los oferentes y desincentivar la participación en la licitación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iv) Canon anual

El inciso tercero del artículo 7º de la Ley señala que, para el establecimiento del monto mínimo de la renta o canon de la concesión portuaria, servirá de referencia el valor económico del activo objeto de la misma. Lo mismo se señala en el inciso primero del artículo 6º del Reglamento.

Además, de acuerdo con el artículo 6º del Reglamento, tratándose de la primera licitación del Frente de Atraque N° 1 del puerto de Antofagasta, EPAN no puede cobrar por concepto de renta o canon un monto inferior al “*pago anual equivalente mínimo*” (PAMi), cuya determinación debe efectuarse asimilando el valor económico de los activos objeto de la concesión a los valores libro vigentes para los mismos, a menos que EPAN estime que su valor económico difiere significativamente de aquél. En este último caso, EPAN debe fundamentar el valor económico de los activos en un estudio técnico.

Al respecto, en la Sección B.2. del Borrador de Bases se indica que el canon anual que regirá para todos los años de la concesión se calculará como la ponderación del valor de reposición de los activos dados en concesión (definidos en el Anexo II) por el máximo entre la Tasa de Cálculo y un 3%.

Al respecto, cabe señalar que lo relevante desde el punto de vista de la libre competencia es que el canon anual no sólo tenga un valor mínimo, sino también que el monto del canon anual diga relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión. Por esta razón, el monto del canon anual debe contribuir a facilitar que las ganancias en eficiencia del concesionario se puedan traducir en mejores condiciones de precio, cantidad y calidad para todos los usuarios, y no en un eventual traspaso de rentas monopólicas desde el concesionario a la empresa portuaria. Como en este caso se está considerando el valor de reposición de los activos y no el valor económico de los mismos, a juicio de este Tribunal se estaría cumpliendo con el objetivo del Canon Anual Fijo, que debe considerarse como una especie de arriendo anual de los activos entregados en concesión.

Por otra parte, las Bases de Licitación contemplan un Canon Variable que corresponde a US\$ 1, reajustado anualmente por la variación del índice USPP, por cada tonelada transferida en el año anterior. Al respecto, este Tribunal considera que el Canon Variable debe ser suficiente para cubrir los costos de administración del contrato y monitoreo del cumplimiento de las condiciones del mismo por parte

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de EPAN, pero lo más bajo posible para incentivar la presentación de menores tarifas a público en las ofertas de los participantes, por lo que, en ausencia de mayor información, no tiene reparos al monto estipulado en estas Bases.

Por último, existe un Canon Adicional que funciona de modo similar al Canon Anual Fijo, pero que se activa sólo cuando el concesionario realice la opción de construir las obras adicionales (accediendo a nuevos bienes en concesión), sea cual fuere el Modelo de Concesión adjudicado. En este sentido, este Tribunal estima que los montos contemplados en dicho Canon Adicional deberán sujetarse a los mismos criterios contemplados en el Canon Anual Fijo, considerando el valor de reposición de los activos que se adicionan al contrato a través de la ampliación del mismo.

(v) Otros pagos del concesionario a EPAN

El Borrador de Bases de Licitación presentado por EPAN considera un pago por una sola vez (*Up Front*) que el concesionario pagará a EPAN, el cual se denomina Pago Inicial Estipulado, y que está destinado a cubrir los costos de la licitación. Este pago será diferente, según las Bases, dependiendo de si se adjudica la concesión bajo el Modelo de Concesión Amplia o el Modelo de Concesión Restringida.

Al respecto, este Tribunal considera que, desde el punto de vista de la libre competencia, es necesario que los pagos que el concesionario deba efectuar a EPAN estén razonablemente asociados a costos, tales como aquellos que produzca la Licitación o los necesarios para financiar la operación eficiente de la Solicitante, por lo que no se observa una razón para que el Pago Inicial Estipulado dependa de qué modelo de concesión se está adjudicando, pues los costos asociados a cualquiera de estas concesiones son los mismos. Por lo tanto, este Tribunal ordenará que se unifique el Pago Inicial Estipulado para ambos modelos de concesión en un monto que se asocie a los costos incurridos por la Empresa Portuaria Antofagasta para la realización de la licitación y la compensación que corresponda efectuar a los trabajadores portuarios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(vi) Contenidos mínimos, plazos, garantías y sanciones

El artículo 50 de la Ley y las consideraciones del Reglamento regulan los procedimientos y condiciones mínimas de la Licitación, con el objeto de propiciar la libre competencia y otorgar garantías de equidad a los concesionarios de los puertos estatales.

Cabe señalar que el Reglamento exige, en su artículo 3º, la elaboración de una Memoria Explicativa por parte de EPAN y señala las materias mínimas que debe contener, y que el artículo 4º establece los contenidos mínimos de las Bases de Licitación que EPAN debe elaborar en concordancia con su Memoria Explicativa.

Al respecto, este Tribunal estima indispensable que se encuentren predefinidos con claridad y precisión por EPAN, tanto la capacidad de la infraestructura como los estándares de calidad de servicio que deberán comprometer los postulantes, tal como se observa en el Borrador de Bases de Licitación.

Lo anterior a fin de que la competencia por tarifas que ha propuesto este Tribunal se produzca entre servicios de calidad y características de infraestructura equivalentes, y con ello los postulantes estén en mejores condiciones de evaluar los costos y riesgos de la provisión de los servicios. Ello incrementará la información disponible y su simetría entre los postulantes, favoreciendo con ello mejores condiciones de competencia en la licitación.

El Borrador de Bases de Licitación cumple con describir de manera suficiente en su Anexo VIII las obras obligatorias y opcionales que comprende cada Modelo de Concesión, por lo que no debería existir incertidumbre al respecto para los potenciales oferentes.

Por su parte, el Anexo III especifica las Velocidades de Transferencia Mínimas por Nave y Promedio que deberá cumplir el concesionario, sin distinguir entre el Modelo de Concesión Amplia o Restringida, por lo que este Tribunal asume que tales características mínimas han de cumplirse en todo caso. Sin embargo, pese a que tanto los diversos tipos de carga a granel como los contenedores pueden presentar características especiales para la transferencia, no se distinguen Velocidades de Transferencia Mínimas por tipo de carga, lo que deberá agregarse en la versión final de las Bases de Licitación, de ser necesario, con el fin de asegurar una calidad de servicio mínima para cada tipo de carga transferida.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, las Bases hacen referencia a una fórmula para el cálculo del Tiempo de Ocupación Máximo del Frente de Atraca, la que no se explicita en el Borrador de Bases de Licitación acompañado o en sus anexos, pero que deberá estar debidamente estipulada en la versión definitiva de las mismas y que, al igual que en el caso de las Velocidades de Transferencia Mínimas, deberá considerar las características de cada tipo de nave, estableciendo diversos Tiempos de Ocupación Máximos, de ser necesario.

Finalmente, las Bases especifican que el Tiempo de Espera Máximo de cada nave para atracar en el puerto no deberá superar las seis horas, sin contar aquellos períodos atribuibles a la nave o a fuerza mayor o caso fortuito.

Por otra parte, el establecimiento de plazos mínimos para la presentación de las propuestas a que se refiere el artículo 7º del mismo cuerpo reglamentario, favorecen la competencia en la Licitación ya que aseguran a los postulantes información que es esencial para participar.

A este respecto, el Borrador de Bases establece en el punto 1.7.5.1. que las ofertas se presentarán en un día y a una hora por definir; que las Ofertas Antecedentes Generales se abrirán el día hábil siguiente, revisándose el cumplimiento de dichos antecedentes; que las Ofertas Económicas se abrirán en una fecha posterior; y, que la adjudicación se decidirá dentro de los veinte días hábiles siguientes a la apertura de las Ofertas Económicas o la fecha en que se resuelva un eventual empate.

No obstante lo expuesto, en las Bases que este Tribunal ha tenido a la vista no se especifica la fecha del llamado a Licitación; el período de venta de las Bases; el período para formular consultas; el período de *due diligence*, ni tampoco se indica el período de posibles visitas a terreno, si es que fuera necesario, todo lo cual es deseable que sea incorporado en las Bases definitivas.

Adicionalmente, la existencia de requisitos generales para participar y el deber de publicar el llamado a licitación en diarios de circulación nacional (artículos 7º y 8º del Reglamento), contribuyen a incrementar el número de interesados.

Respecto de la existencia de requisitos generales para participar en el concurso, las Bases de Licitación establecen exigencias copulativas en materias de experiencia y de patrimonio. En cuanto a la experiencia, se señala que el Oferente “[...] *deberá dejar constancia en una declaración jurada que deberá acompañar a*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

su propuesta en cuanto a que dispone y/o dispondrá al tiempo de celebrarse el Contrato de Concesión del personal ejecutivo y técnico, idóneo y necesario para el íntegro y adecuado cumplimiento del Contrato de Concesión”, dejando el cumplimiento del requisito de experiencia en términos relativamente amplios. En lo que se refiere al patrimonio, las Bases establecen que el Oferente deberá acreditar un patrimonio mínimo no inferior a US\$ 30.000.000 (treinta millones de dólares) en el caso de ofertar en el Modelo de Concesión Amplia y no inferior a US\$ 15.000.000 (quince millones de dólares) en caso de realizar una oferta por el Modelo de Concesión Restringida. En caso que el Oferente esté conformado por varios integrantes, cada uno deberá acreditar un patrimonio no inferior al producto entre el patrimonio mínimo antes estipulado y su participación accionaria en la sociedad concesionaria prometida.

Tal como ha sostenido este Tribunal en otras oportunidades, las exigencias en materia de experiencia y de patrimonio no deben ser desmedidas pues, de serlo, podrían constituir un desincentivo a la entrada de nuevos participantes o interesados en la concesión. Sin perjuicio de lo anterior, parece razonable la exigencia de un nivel mínimo de experiencia y patrimonio, con el fin de evitar ofertas que puedan generar problemas con posterioridad. Teniendo en consideración lo expuesto, este Tribunal no formulará reparo alguno a las exigencias establecidas en las Bases en relación con la experiencia mínima ni respecto de la exigencia de un patrimonio mínimo.

En relación con el plazo de vigencia del Contrato de Concesión, la propuesta de EPAN contempla otorgar la concesión por un plazo de 20 años, extensible en 10 años más, en el caso del Modelo de Concesión Amplia, y de 10 años, ampliable por 20 más, en el caso de adjudicarse el Modelo de Concesión Restringida. Al respecto este Tribunal no presenta reparos, pues parecen plazos adecuados para asegurar la recuperación de las inversiones por parte del concesionario sin otorgar la concesión por un tiempo excesivamente largo que cree incentivos contrarios a la competencia o a la realización de inversiones por parte del mismo.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En este caso, se señala en el Borrador de Bases que el monto de la Garantía de Seriedad de la Oferta ascenderá a US\$ 2.000.000 (dos millones de dólares) en caso de presentarse una oferta por el Modelo de Concesión Amplia y a US\$ 1.000.000 en caso de presentarse por el Modelo de Concesión Restringida. A su vez, el Borrador de Bases establece que la Garantía de Fiel Cumplimiento será equivalente al monto anual del Canon Anual Fijo y del Canon Adicional, en caso de ser pertinente. Adicionalmente, las Bases establecen una Garantía de Inversiones Obligatorias, que tiene por objeto asegurar la ejecución de las Inversiones Obligatorias, que asciende a US\$3.640.000 (tres millones seiscientos cuarenta mil dólares) o a US\$1.840.000 (un millón ochocientos cuarenta mil dólares), dependiendo de si se adjudicó el Modelo de Concesión Amplia o Restringida, respectivamente.

Al respecto, y desde el punto de vista de la libre competencia, este Tribunal considera deseable que las garantías no sean excesivas, esto es, que no disuadan innecesariamente la participación de los interesados, por lo que su monto no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una.

De acuerdo con el artículo 4º del Reglamento, las Bases de Licitación deben contemplar el régimen de sanciones y multas aplicables a los incumplimientos del concesionario.

Al respecto, cabe señalar que en la sección 23 del Borrador de Bases se describe, bajo qué circunstancias EPAN podrá poner término anticipado a la concesión portuaria. Ello se producirá por mutuo acuerdo de las partes o bien cuando el concesionario incumpla gravemente sus obligaciones. Se entiende que existe incumplimiento grave cuando el concesionario: (i) no construya, habilite y ponga en servicio, a plena satisfacción de la Empresa, dentro del plazo indicado en la sección 4.4.1 (Inversiones Obligatorias) las Obras de Reforzamiento Antisísmico; (ii) no construya, habilite y ponga en servicio, a plena satisfacción de la Empresa, dentro del plazo indicado en la sección 4.4.1 (Inversiones Obligatorias) las demás Obras Obligatorias; (iii) cobre reiteradamente Tarifas superiores a las registradas por el mismo; (iv) no pague de 2 cuotas consecutivas del Canon Anual Fijo, del Canon Anual Adicional o del Canon Variable; (v) incumpla el Tiempo de Ocupación Máximo Anual en 3 mediciones trimestrales consecutivas, a que hace referencia la sección 8.1.5.2 (Tiempo de Ocupación Máximo Anual); (vi) incumpla las condiciones que el TDLC establezca en el Informe que emita con motivo de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consulta de EPAN en relación con estas Bases; (vii) no renueve oportunamente las garantías; y (viii) no designe y reemplace, cuando corresponda, los respectivos integrantes de la Comisión Conciliadora.

Por otra parte, tal como lo establece el artículo 4 del Reglamento, las Bases incorporan multas u otras sanciones distintas al término anticipado del Contrato de Concesión (véase sección 18 de las Bases de Licitación). Tal como lo señalara este Tribunal en anteriores informes relativos a licitaciones portuarias, sanciones muy elevadas pueden desincentivar la participación en la Licitación y la competencia *ex ante* y, por otra parte, la falta de credibilidad en la aplicación de la sanción (de término anticipado del contrato) puede dar lugar a comportamientos anticompetitivos por parte del concesionario. Por todo lo anterior, las multas que se establezcan en las Bases de Licitación deberán tener una magnitud suficiente para disuadir conductas contrarias a la libre competencia, y contemplar algún tipo de gradualidad en su monto, castigando más severamente el incumplimiento reiterado por parte del concesionario.

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

9.1. Introducción

Tal como ha establecido este Tribunal en anteriores informes, la competencia en la licitación que asigna el frente de atraque no es la única relevante para el buen funcionamiento del mercado de servicios portuarios, sino que también se debe resguardar la competencia en la provisión de dichos servicios, esto es, la competencia *ex post*.

De esta manera, en esta Sección se abordarán las condiciones de competencia en la provisión de los servicios portuarios y, de ser necesario, se impondrán algunas medidas para evitar eventuales abusos por parte del concesionario, cuyo marco regulatorio se expone a continuación.

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

Como se ha señalado, la administración y operación del frente de atraque licitado por parte del concesionario está regulada por la Ley N° 19.542, su Reglamento y por el Reglamento de Uso de Frentes de Atraque (RUFA) de EPAN (aprobado por Resolución Exenta N° 863 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fecha 3 de julio de 2002), que establecen obligaciones para los proveedores de servicios portuarios en frentes estatales, proporcionando ciertos resguardos al ejercicio de poder de mercado.

Este conjunto de normas constituyen el marco regulatorio aplicable a la prestación de servicios portuarios que es obligatorio para el concesionario por mandato legal, el que se analizará sistemáticamente agrupándolo en las siguientes materias, con el objeto de evaluar si es necesario incorporar obligaciones adicionales para resguardar la competencia en la provisión de dichos servicios: (i) acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios portuarios; (ii) mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros; (iii) obligaciones en relación a las tarifas; (iv) normas de calidad; (v) reglas de asignación de capacidad; (vi) deberes de transparencia e información; y, (vii) comité de directores para el control de la discriminación.

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

Como se ha expresado, el puerto de Antofagasta, dentro del cual se encuentra el frente de atraque a licitar, es un puerto público de uso público, por lo que el futuro concesionario deberá prestar servicios en forma continua, permanente y no discriminatoria. Estas obligaciones del concesionario están establecidas en el artículo 14º inciso final de la Ley, en el artículo 19º letra d) del Reglamento y en los criterios establecidos en el Dictamen N° 1.045.

Por otra parte, el RUFA de EPAN establece en sus artículos 16 y siguientes que cada concesionario deberá contar con un Manual de Servicios, el que será de conocimiento público y establecerá las normas y procedimientos conforme a las cuales los particulares, concesionarios y usuarios podrán acceder a los servicios que se presten en los frentes de atraque.

Las normas y procedimientos que se establezcan en el Manual se orientan a otorgar un trato no discriminatorio a los usuarios de los frentes, un uso eficiente de la infraestructura y un desarrollo armónico y sustentable en el largo plazo de la actividad portuaria.

Adicionalmente, el RUFA de EPAN establece en su artículo 20 que el Reglamento y los Manuales de Servicios de los concesionarios que exploten la infraestructura de un frente de atraque, establecerán normas y procedimientos destinados a una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

atención eficiente y no discriminatoria de las naves, y a un desarrollo armónico y sustentable de la actividad portuaria.

Tal como lo ha determinado este Tribunal en informes anteriores, se establecerá que las condiciones para la prestación de los servicios por parte del concesionario deberán estar contenidas en documentos públicos (como puede ser el mencionado Manual de Servicios) que deberán estar a disposición de los interesados, tanto en las oficinas que el concesionario de este puerto mantenga en Antofagasta, como en los medios que utilice en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro).

(ii) Mecanismo contractual de solución de conflictos con terceros

El RUFA de EPAN establece en sus artículos 56 y siguientes que los usuarios de los frentes de atraque podrán someter al conocimiento o resolución del gerente general de dicha empresa portuaria, las controversias que se susciten con los concesionarios respecto de la prestación de los servicios contratados con éstos. EPAN podrá sancionar a aquellos concesionarios que infrinjan las normas o procedimientos establecidos en el respectivo Reglamento o en los Manuales de Servicio, lo que deberá establecer en las Bases de Licitación.

Sin perjuicio de lo señalado y al igual como lo ha resuelto en informes anteriores, este Tribunal considera que la posibilidad de que EPAN actúe de oficio ante situaciones de discriminación puede contribuir a la eficacia y eficiencia de la fiscalización de conductas contrarias a la libre competencia. Así, las Bases de Licitación o el Contrato de Concesión deberán facultar a dicha empresa pública para actuar de oficio ante las situaciones de discriminación que observare, sin perjuicio del derecho del concesionario de acudir al árbitro, o al experto independiente, según la naturaleza de la cuestión en disputa, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse por la aplicación de sanciones por parte de EPAN, tal como se establece en las Bases de Licitación.

(iii) Obligaciones en relación a las tarifas

Según lo dispuesto en el artículo 14 inciso final de la Ley, el concesionario deberá establecer tarifas públicas y no discriminatorias, las que no podrán ser superiores a las tarifas máximas acordadas en el Contrato de Concesión. Las tarifas de cada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicio se constituirán en la tarifa máxima aplicable al correspondiente servicio básico, o bien se emplearán para construir los índices tarifarios máximos aplicables a cada uno. Por consiguiente, el concesionario no podrá cobrar, por los servicios definidos como básicos, tarifas o índices máximos de tarifas que superen aquellos a los que se obligó en el proceso de licitación, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de tarifas que EPAN determine.

Como se ha señalado, EPAN podrá establecer, a partir de las tarifas de adjudicación, tarifas máximas para cada servicio, o bien, índices tarifarios máximos que puedan incluir más de un servicio, como se estipula actualmente en el Borrador de Bases de Licitación acompañado. En cualquier caso, la elección de tarifas máximas o índices máximos deberá estar claramente establecida en las Bases de Licitación. Asimismo, en caso que EPAN opte por establecer índices tarifarios máximos deberá hacerlo en concordancia con lo establecido en la sección 8.iii de este Informe, creando un índice tarifario para carga general y uno o más para la carga a granel, según lo determine la empresa portuaria.

Por su parte, el art. 28 del RUFA de EPAN señala que el Reglamento y los Manuales de los Servicios deberán incluir al menos ciertos elementos, entre los cuales se incluyen la identificación de los servicios, la forma, contenido y oportunidad en que pueden ser solicitados, las tarifas aplicables, entre otros.

En este mismo orden de consideraciones, las Bases de Licitación señalan que las tarifas con las cuales resulte adjudicada la Licitación serán las tarifas máximas que el concesionario podrá cobrar por los servicios básicos que preste, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de tarifas que EPAN determine. Asimismo, todas las tarifas que el concesionario cobre por sus servicios, sean básicos o especiales, deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias. A su vez, se indica en las Bases que cualquier acuerdo particular entre el concesionario y un determinado usuario, que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas, deberá ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas de manera que todos los que se encuentren en una misma situación puedan acceder a ellas.

Como se señaló, las tarifas que fije el concesionario serán públicas y deberá entregarlas a la empresa portuaria para su registro, el que, a su vez, será público y podrá ser consultado por todos los interesados en el sitio web de EPAN. Las tarifas que el concesionario determine deberán ser registradas ante EPAN con al menos 30 días de anticipación a su entrada en vigencia, teniendo un plazo mínimo de duración de 60 días. En cuanto al momento de la entrada en vigencia de las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tarifas, será determinado por el concesionario pero no podrá ser antes de treinta días corridos desde el referido registro ni antes de treinta días corridos contados desde la fecha de publicación del aviso de su modificación.

(iv) Normas de calidad

Si bien es cierto que la Ley N° 19.542 no establece estándares mínimos de calidad aplicables a los concesionarios, en este caso, tanto en el RUFA de EPAN como en las Bases de Licitación se establecen normas de calidad. En efecto, los artículos 31 y siguientes del RUFA exigen que los Reglamentos y Manuales de Servicio del concesionario establezcan normas y procedimientos para una atención eficiente y no discriminatoria de las naves, señalando que las reglas de programación deben basarse en estrictos criterios técnicos y objetivos, e indicando una serie de elementos para asegurar la calidad del servicio. A su vez, el Borrador de Bases de Licitación acompañado contiene exigencias de estándares mínimos de calidad que debe cumplir el concesionario. En efecto, en la Sección 8.1.5. de dicho Borrador se contemplan obligaciones del concesionario relativas a los niveles de calidad de servicio, particularmente en lo que dice relación con los tiempos de ocupación máxima por nave -TOM-, tiempos de ocupación máxima anuales -TOMA- y tiempos máximos de espera por nave, cuyo cumplimiento deberá ser supervisado por EPAN. A partir de la determinación de estos tiempos de espera y ocupación, la empresa portuaria verificará el cumplimiento de las velocidades de transferencia mínimas y promedio que se indican en el Anexo III de las Bases.

Sin embargo, dada la naturaleza diversa de los tipos de carga que se espera transporte el frente de atraque licitado, este Tribunal ordenará a EPAN que, de ser necesario, establezca indicadores de calidad como TOM, TOMA y tiempo máximo de espera, por cada tipo de carga transferido, pudiendo diferir, por ejemplo, el TOM para una nave granelera del TOM utilizado para una nave de contenedores.

(v) Reglas de asignación de capacidad

El RUFA de EPAN no establece un orden específico para la asignación de la capacidad del puerto, sino que delega esta función en los respectivos reglamentos y manuales de servicios, cuando corresponda. Sin embargo, señala que la programación del atraque de las naves deberá hacerse sobre la base de reglas de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

prioridad técnicas y objetivas, orientadas a un uso técnico-económico eficiente de los sitios y a asegurar un trato no discriminatorio de los usuarios.

De este modo, se mencionan algunos criterios que deberán cumplir las reglas de prioridad, identificando los sitios a los cuales son aplicables, la forma y contenido de la solicitud de atraque, la antelación con que debe presentarse, y los procedimientos de programación, entre otros. Sin perjuicio de esto, en el RUFA de EPAN se establece que el Reglamento y el Manual del concesionario deberán contemplar, al menos, la asignación de prioridad por estricto orden de arribo de las naves al puerto.

Asimismo, el RUFA de EPAN señala que el Reglamento o el respectivo Manual deberán establecer las normas que el concesionario utilizará para asignar, al menos, las vías de circulación y las áreas del frente de atraque que se destinen a la realización de funciones de embarque y desembarque.

Este Tribunal estima que deberán establecerse clara y objetivamente en los respectivos Reglamentos o Manuales de Servicios las condiciones de prioridad y asignación de los espacios, uso de infraestructura y capacidad en el puerto, debiendo realizarse en términos objetivos y no discriminatorios. De igual forma, deberán establecerse multas por el mal uso o por la demora en la prestación de servicios a los diversos usuarios del puerto, las que también deberán responder a criterios claros y objetivos.

Tales criterios deberán extenderse también a la reserva de capacidad o de uso de infraestructura, debiendo establecerse claramente los plazos máximos de duración de dichas reservas y las multas que se aplicarán a quienes no hagan uso de éstas, siempre que dicha falta sea imputable a ellos.

(vi) Deberes de transparencia e información

El concesionario deberá constituirse como sociedad anónima de giro exclusivo y se registrará por las normas de las sociedades anónimas abiertas, según lo establece el número 1 del inciso tercero del artículo 14º de la Ley. Asimismo, el artículo 19º letra g) del Reglamento obliga al concesionario a realizar los controles, mediciones y estadísticas que las Bases de Licitación y el Contrato le exijan.

De acuerdo con lo establecido por este Tribunal en sus informes anteriores, EPAN deberá establecer la periodicidad con la que el concesionario deberá entregarle la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, tales como precios y cumplimiento de estándares de calidad. Asimismo, dicha información deberá ponerse a disposición de cualquier interesado, tanto en las oficinas que éste mantenga en el puerto de Antofagasta, como en los medios que utilice actualmente o en el futuro para informar sobre los servicios que preste (sitio web u otro).

El Borrador de las Bases de Licitación acompañado, siguiendo también lo señalado en los informes anteriores de este Tribunal, establece, en la Sección 8.1.6., la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información respecto de sus empresas relacionadas en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18.045. Asimismo, en dicha sección se contempla la obligación del concesionario y de sus accionistas de proporcionar al Directorio de EPAN cualquier información -legal o económica- que éste le requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la Ley, de las Bases de Licitación, del Contrato de Concesión y de las condiciones establecidas en este Informe, información que el concesionario o sus accionistas no podrán negar a EPAN amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. De ser información que corresponda a una de estas categorías, EPAN deberá adoptar los resguardos correspondientes para asegurar que se mantenga en dicha calidad.

(vii) Control de no discriminación – Comité de Directores

El Borrador de Bases establece la obligación de la sociedad concesionaria de constituir el Comité de Directores a que se refiere el artículo 50 bis de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, cualquiera sea su patrimonio, pero en la medida que tenga accionistas independientes del controlador que permitan hacerlo. EPAN podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores que se constituya de conformidad con dicho artículo.

10. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

10.1. Introducción

En forma adicional a los resguardos señalados en las Secciones 8 y 9 anteriores, en esta Sección se analizará (i) la conveniencia o no de acceder a la propuesta de EPAN sobre el alzamiento -total o parcial- de las restricciones estructurales impuestas en el Dictamen N° 1.209 de la Comisión Preventiva, así como (ii) la pertinencia de establecer o no otras restricciones estructurales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Como se ha señalado, EPAN solicita, en lo principal, que se alcen las restricciones horizontal y vertical establecidas en el referido Dictamen N° 1.209, emitido con ocasión de la licitación del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Antofagasta. En dicha oportunidad, la Comisión Preventiva Central -siguiendo los criterios establecidos en el Dictamen N° 1.045- determinó que la sociedad que se adjudique la concesión de dicho frente no podría participar directa o indirectamente en más de un 15% en la sociedad concesionaria de otro frente de atraque de uso público en la misma región. Del mismo modo, también decidió que el conjunto de usuarios relevantes no podía poseer más de un 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% de las utilidades de la sociedad concesionaria.

En subsidio, EPAN solicita a este Tribunal que (i) se establezca un mecanismo análogo al aprobado por el Informe N° 8, adaptándolo en lo necesario a la decisión de licitar los dos modelos, y (ii) se autorice a los usuarios relevantes a participar hasta en un 60% de la propiedad concesionaria, como se hizo en el Informe N° 10.

La empresa portuaria peticionaria funda estas solicitudes, en primer lugar, en la necesidad de asegurar el mayor número posible de interesados para llevar a cabo esta licitación en términos exitosos en el menor plazo posible, debido a las supuestas urgencias que derivarían del riesgo cierto de un evento sísmico en la región, del significativo aumento de las inversiones en proyectos mineros, del estancamiento de los niveles de transferencia del puerto de Antofagasta y de la escasez de oferentes en recientes licitaciones públicas. Por otra parte, el alzamiento -total o parcial- de dichas restricciones también se justificaría, siempre según EPAN, por las favorables condiciones de acceso al mercado relevante y por el poder de negociación que tienen los principales demandantes de los servicios portuarios de esta región (grandes empresas mineras).

En este orden de ideas, este Tribunal deberá velar, con especial cuidado, para que prevalezcan en el mercado relevante determinado en estos autos, resguardos de efectividad y suficiencia tales que permitan mitigar o minimizar los riesgos de conductas contrarias a la libre competencia.

Para estos efectos, este Tribunal tendrá además en consideración que las restricciones estructurales, si bien tienen por objeto asegurar la existencia de oferentes de servicios portuarios independientes y que carezcan de incentivos para incurrir en conductas contrarias a la libre competencia, también podrían producir efectos adversos para la misma, por ejemplo, reduciendo el número de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

interesados en la Licitación y, por consiguiente, la intensidad de la competencia en ésta.

10.2. Integración Vertical

Respecto de la necesidad de establecer resguardos a la integración vertical, el parecer de EPAN es que, además de las razones de urgencia expuestas precedentemente, tal medida no sería necesaria o debería ser flexibilizada porque los riesgos de integración vertical serían muy menores y se encontrarían razonablemente mitigados ya que, por una parte, la normativa que regula los servicios portuarios establece tarifas máximas para los servicios básicos y la obligación de no discriminación y, por otro lado, existiría suficiente competencia en el mercado relevante.

La FNE, por su parte, señala que a pesar de existir la obligación de no discriminación y de estar reguladas las tarifas máximas, el concesionario sí puede discriminar en calidad de servicio con el fin de obtener rentas sobre normales en mercados relacionados. Por lo tanto, sugiere seguir las pautas del Dictamen N° 1.209, restringiendo la integración vertical a un máximo de 40% para el conjunto de usuarios relevantes. Además, recomienda que se incorpore expresamente dentro del concepto de usuarios relevantes a otros eslabones de la cadena logística, en especial, las empresas de transporte terrestre para el caso de ferrocarriles, en atención a la importancia estratégica de este sector en el mercado relevante de los servicios portuarios en la Región de Antofagasta.

Algunos intervinientes en este proceso, como Codelco y CPM, han expuesto que sería especialmente crítica la situación del transporte terrestre a través del ferrocarril de la empresa FCAB, del Grupo SAAM, pues sería la única que presta servicios ferroviarios en la segunda región con una red de 900 kilómetros aproximadamente y presentaría claras ventajas frente a otros medios de transporte, como los camiones, para trasladar los principales productos que son importados y exportados en los frentes de atraque de la región, esto es, los insumos para la actividad minera -productos químicos y combustibles que se transportan en cargas a granel- y productos derivados del cobre -cátodos y otros transportados por contenedores y carga a granel sólido-. Dichas ventajas derivarían, según se expone en el Informe acompañado a fojas 829, en la mayor capacidad de carga del tren, su seguridad para transportar cargas de alto riesgo, como los ácidos y la ausencia de horarios o de pesos máximos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Este Tribunal coincide con la opinión de la FNE en el sentido de que efectivamente las regulaciones contenidas tanto en la Ley N° 19.542, como en el Reglamento de Licitaciones, en el RUFA de EPAN y en las Bases de Licitación, puedan resultar insuficientes para resguardar la ocurrencia de conductas anticompetitivas por parte de la sociedad concesionaria que esté integrada en algún sector de la cadena de valor -principalmente con las empresas navieras- mediante por ejemplo actos de discriminación en calidad de servicio o sabotaje. Sin embargo, esta Judicatura no comparte las aprehensiones expuestas por Codelco y CPM en el sentido que una eventual integración vertical entre el futuro concesionario con la empresa de transporte ferroviario pueda aumentar los riesgos -ya existentes en este mercado- de conductas exclusorias por parte de la primera.

En efecto, tal como se expresó en la Sección 7 de este Informe sobre Condiciones de Ingreso, el dueño de la empresa monopólica “aguas arriba” en la cadena de valor (en este caso, la empresa ferroviaria), no debería tener mayores incentivos en incurrir en conductas discriminatorias o exclusorias pues, al no estar regulada podría capturar toda la renta monopólica en dicho segmento de la cadena productiva. En otras palabras, el futuro concesionario del puerto de Antofagasta, en el caso de estar integrado “aguas arriba” con la empresa ferroviaria, no debería tener incentivos adicionales a los de cualquier operador de frentes de atraque integrado verticalmente, para excluir a competidores.

Por lo anterior y, además, por las mismas razones señaladas en casos anteriores vistos por este Tribunal (Informe N° 6/2009, Informe N° 9/2012 e Informe N° 10/2013) y dadas las condiciones de competencia y de entrada al mercado relevante definido en estos autos, se establecerá como límite un 60% como porcentaje del capital que podrán poseer los usuarios relevantes, excluyéndose de la definición de usuarios relevantes -según se definen a continuación- a los agentes de muellaje, atendido que en el esquema monooperador el concesionario se desempeña como agente de muellaje, de manera que no existen razones para que éstos últimos vean limitada su participación en la propiedad de la concesión.

Asimismo y por las razones expresadas en el Informe N° 10/2013, este Tribunal considerará dentro del concepto de usuario relevante a las empresas navieras que, si bien pueden tener una baja o nula participación en el mercado relevante definido en este Informe, controlan una proporción significativa de la carga transportada a nivel nacional. Lo anterior porque tal como se señaló en el referido Informe N° 10, resulta esencial que el restante 40% del capital, derechos o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

utilidades de la sociedad concesionaria quede en manos de empresas cuyo único interés sea rentabilizar su inversión en el frente de atraque objeto de la Licitación, lo que podría no ocurrir en el caso de empresas navieras como las definidas, que podrían compartir intereses discriminatorios con los eventuales controladores del frente de atraque concesionado.

En cuanto a la solicitud de la FNE de incorporar expresamente dentro del concepto de usuario relevante a las empresas de transporte de carga terrestre, en especial, los ferrocarriles, este Tribunal lo estima innecesario atendida la definición amplia de usuario relevante, la que incluye a dichas empresas al mencionar dentro de aquellos a los fletadores, porteadores y los operadores de transporte multimodal.

De este modo, la restricción a la integración vertical para este caso quedará como sigue: *“El conjunto de usuarios relevantes no podrá poseer más de un 60% del capital, ni más del 60% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 60% de las utilidades de la sociedad concesionaria”*.

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Para los efectos de los porcentajes máximos referidos precedentemente, al porcentaje de propiedad, voto o utilidades que tengan directamente en la sociedad concesionaria sus accionistas, se agregará la participación total que posean en la propiedad, voto o utilidades de la concesionaria sus personas relacionadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores.

10.2.1. Reglas especiales para la restricción vertical

Tal como este Tribunal ha determinado en anteriores informes, deben regularse las siguientes materias cuando se impone una restricción vertical: (i) cálculo de porcentajes máximos; (ii) transferencia forzosa del exceso; y, (iii) vigencia.

(i) Cálculo de porcentajes máximos

Conforme a lo establecido por este Tribunal en informes anteriores, para efectos de la regla de restricción vertical fijada en este Informe, se tendrá por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros para dar por establecida tal relación.

Asimismo, el concesionario proporcionará a EPAN información, a lo menos semestralmente, respecto de sus controladores, accionistas y personas relacionadas que intervengan a cualquier título en cualquiera de los eslabones del transporte marítimo de carga en la Región de Antofagasta, precisando los volúmenes de carga que movilizan en cada eslabón en el que participan, en cada uno de los segmentos de carga general y en cada uno de los frentes de atraque de uso público de la región.

(ii) Transferencia forzosa del exceso

Los estatutos de la sociedad concesionaria deberán establecer que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que supere los umbrales de participación permitidos en la regla de integración vertical, deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación o desvincularse, de la manera que tales accionistas acuerden en los pactos que celebren, otorgándose en todo caso poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a esa enajenación, por medio de una bolsa de valores si, pasados 45 días desde que venció el plazo indicado este exceso no hubiere sido enajenado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

(iii) Vigencia de la restricción

Tal como en otros informes de este Tribunal, se establecerá que la regla de integración vertical tendrá vigencia durante todo el plazo de la concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años de celebrado el Contrato de Concesión, cualesquiera de las partes de ese contrato podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su modificación en un procedimiento no contencioso si las condiciones de competencia varían u otras condiciones lo ameritan, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la otra parte.

10.3. Integración Horizontal

En cuanto a una eventual limitación a la integración horizontal, EPAN solicita el alzamiento de la restricción horizontal impuesta por el Dictamen N° 1.209, o en subsidio se autorice, por parte de este Tribunal, un mecanismo análogo al aprobado por el Informe N° 8, adaptándolo en lo necesario a la decisión de licitar los dos modelos de concesión. Esta solicitud se fundamenta en las razones ya expresadas anteriormente, relativas a la urgencia de licitar el Frente de Atrache N° 1 con la mayor cantidad de interesados posibles y por los menores riesgos que, para la libre competencia, presentarían las condiciones en este mercado relevante, en el que existiría mayor competencia actual y potencial.

En relación con el mecanismo aprobado mediante el Informe N° 8, se debe tener presente que en dicha ocasión se autorizó a la Empresa Portuaria de Valparaíso a efectuar un proceso de licitación con dos “universos de propuestas”, de forma tal que las ofertas de los incumbentes (Grupo Dos) se presenten con antelación a las ofertas de nuevos entrantes (Grupo Uno). De esta manera, todas las ofertas competirían entre sí, resultando adjudicado aquel que -habiéndose presentado una oferta técnicamente admisible- oferte el menor índice de tarifas por los servicios básicos. No obstante, en caso que la mejor oferta corresponda a un incumbente,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

es decir, que participe del Grupo Dos, se debía proporcionar al mejor de los oferentes del Grupo Uno o nuevo entrante un plazo para manifestar si está dispuesto a igualar el menor índice de tarifas ofertado. Si lo igualaba, el nuevo entrante se adjudicaba la concesión. Si no lo igualaba o nada expresaba dentro del plazo establecido para ello, el incumbente que hubiere ofrecido el menor índice de tarifas se adjudicaba la concesión. En el evento de que la licitación se adjudicara a un incumbente conforme a la regla precedente, se exceptuaba a éste de cumplir con la restricción a la integración horizontal establecida en el Informe N° 5/2009 (Reglas 22.1 y 22.2) y en el Dictamen N° 1.045 (numerales 7.1 y 7.2); manteniéndose esta restricción vigente para todos los demás incumbentes, de modo que los mismos no podían acceder a la propiedad o control de la concesión del Frente de Atraque N° 2 del puerto de Valparaíso por vía distinta de la licitación materia de ese Informe ni el adjudicatario incumbente podía, en caso alguno, transferir todo o parte de la concesión o integrarse, directa o indirectamente con alguno de los otros operadores portuarios de la región sin autorización previa de este Tribunal, infringiéndose de lo contrario las condiciones establecidas en el Informe N° 5 y en el Dictamen N° 1.045.

Al respecto, la FNE menciona en su informe, que rola a fojas 379 y siguientes, que no comparte la apreciación de la Empresa Portuaria de Antofagasta sobre las razones esgrimidas por dicha empresa para levantar -total o parcialmente- la restricción impuesta en el Dictamen N° 1.209 porque, a su juicio, el puerto de Antofagasta poseería niveles de holgura adecuados que impedirían una congestión hasta por lo menos el año 2017 y los niveles de inversión requeridos no tienen la cuantía de otros proyectos en que no se han presentado interesados. Así, la FNE sostiene que una licitación bien diseñada no tiene por qué fracasar aunque se mantengan las restricciones horizontales. Señala, por último, que levantar la regla de restricción horizontal establecida en el referido Dictamen N° 1.209 elevaría el riesgo de que un solo operador concentre la mayor capacidad de transferencia en la región, con la consiguiente posibilidad de abusar de ese poder de mercado.

Por lo expuesto, la FNE solicita que se establezca una restricción horizontal absoluta, es decir, que las sociedades que participen en cualquier nivel en la propiedad u operación de puertos de uso público de la Región de Antofagasta, sus controladores y accionistas por sí o en su conjunto con sus empresas relacionadas, no puedan participar en la sociedad concesionaria que finalmente se adjudique el Frente de Atraque N° 1. En subsidio y para el caso que este Tribunal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

considere que la urgencia de esta licitación amerita levantar de algún modo esta restricción, la FNE propone que dicha participación se limite al 40%, prohibiendo que los operadores incumbentes, sus accionistas y controladores, puedan participar en conjunto, bajo ningún mecanismo, en la sociedad que se adjudique la concesión.

Este Tribunal coincide con la FNE en cuanto a que un elemento que incentiva la competencia en la cancha o competencia *expost* es la existencia de distintos actores relevantes que puedan ejercer presión competitiva en el mercado. Desde esta perspectiva sería conveniente que un agente económico distinto operara el frente de atraque a licitar.

No obstante lo expresado y como se señaló en la introducción de esta Sección, este Tribunal también debe considerar la mayor competencia por la cancha que se logra con el mayor número posible de participantes en la Licitación. No establecer una restricción a la integración horizontal o establecer una restricción limitada, permitiría la participación de todos los interesados, incrementando la competencia por la cancha, lo que podría disminuir las tarifas máximas ofertadas.

Al ponderar ambos elementos en relación con la situación competitiva en el mercado relevante de autos, es posible afirmar que la experiencia demuestra que la presencia de más competidores en el mercado *expost* lleva a una baja en las tarifas, incluso por debajo de las tarifas máximas que los concesionarios pueden cobrar. Así por ejemplo, tal como se expuso en el Informe N° 10, la ausencia de competidores en Iquique puede explicar que la Tarifa de Transferencia de Carga Fraccionada promedio cobrada por ITI sea igual a la tarifa libro para este tipo de carga, así como que la Tarifa por Transferencia de Automóviles se encuentre en promedio sólo un 4% por debajo de la máxima que puede cobrar. En mercados con más actores, se observa que la Tarifa por Muellaje a la Carga es menor que el precio lista, como observó este Tribunal en su Informe N° 8, en cuanto a que las tarifas cobradas por los puertos de la Región de Valparaíso eran más de 30% menores que las tarifas máximas que los concesionarios podían cobrar.

En el caso de las condiciones de competencia en la Región de Antofagasta hay varios elementos especiales que deben ser considerados y ponderados al momento de establecer o no una regla de restricción horizontal.

En primer lugar, como se ha expuesto en la sección correspondiente al mercado relevante y las condiciones de ingreso, en la II Región existen 5 puertos de uso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

público y, al menos, 6 frentes de atraque (el puerto de Antofagasta tiene dos). Sin embargo, como se ha señalado, cada uno de estos frentes de atraque está especializado en un tipo de carga en particular -contenedores en los casos del Frente de Atraque N° 2 y Puerto Angamos y graneles en los casos de Puerto Mejillones, Electroandina Tocopilla y Terminal Graneles Norte-, por lo que la mayor intensidad en la competencia sólo se daría entre aquellos puertos que transfieren preferentemente el mismo tipo de carga. Bajo esta perspectiva, de especial preocupación para este Tribunal es la concentración que se da en la carga a granel, en la que un solo actor -la empresa Ultraport controlada por el Grupo Von Appen, en conjunto con Belfi- habría movilizado aproximadamente 6,3 millones de toneladas, esto es, un 61% del total transportado en puertos de uso público de la región, durante el año 2012, quedando casi el total restante de la carga a granel en manos de Electroandina, la que movilizaría mayoritariamente carga de sus relacionadas. La situación es aún más delicada si se toma en consideración que el frente de atraque a licitar se dedicaría preferentemente a movilizar este tipo de carga.

Sin embargo, también se deben tener presente dos consideraciones que mitigan en parte los riesgos derivados de la concentración que existiría en el transporte en carga a granel en la II Región. La primera dice relación con las mayores ventajas que existirían del lado de la sustituibilidad de la oferta en este tipo de carga. Efectivamente y tal como lo señaló EPAN en su solicitud, sería menos costoso para un operador portuario hacer los ajustes necesarios en el frente de atraque para atender carga a granel si es que estuviera especializado en movilizar carga de contenedores que viceversa. De hecho, tal como se expuso precedentemente, y de acuerdo con las memorias de ATI disponibles en su sitio web, dicho operador portuario estaría realizando inversiones en el Frente de Atraque N° 2 para atender un mayor volumen de carga a granel. La segunda consideración que existe en este asunto se refiere a la calidad que tienen los usuarios o consumidores de los terminales de carga a granel en esta región, esto es, grandes empresas mineras que pueden tener un poder de negociación que sirva de contrapeso frente a eventuales abusos en que pudiesen incurrir los operadores de los frentes de atraque.

Por otra parte, si bien es cierto que las condiciones de ingreso en esta región no son del todo desfavorables por la existencia de bahías abrigadas, principalmente en la Bahía de Mejillones, que hacen posible una mayor competencia potencial, se debe tener en especial consideración que el tiempo y suficiencia de entrada son

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

factores muy relevantes en esta industria, tal como se expuso en la sección sobre condiciones de ingreso, por lo que es posible que un dominante pueda ejercer poder de mercado aun con la existencia de bahías abrigadas.

Las razones precedentemente expuestas permiten concluir que, a pesar de las condiciones particulares que presenta esta industria en la Región de Antofagasta, no es posible acceder a la solicitud de EPAN consistente en alzar totalmente la restricción horizontal impuesta por el Dictamen N° 1.209, pero sí es plausible autorizar un mecanismo de participación análogo al aprobado en el Informe N° 8, adaptándolo en lo necesario a la decisión de licitar los dos modelos de concesión, sobre todo si se toma en cuenta además la tasa de crecimiento de la demanda proyectada, fundada en el aumento esperado de la actividad minera en la región.

En efecto, de acuerdo con la información disponible en estos autos, existiría cierta necesidad de aumentar la capacidad de transferencia del puerto de Antofagasta ante la inminente congestión del Frente de Atraque N° 2, si se toma en cuenta que el total de la carga movilizada en dicho frente de atraque -que es el que preferentemente se ocupa en dicho puerto-, estaría llegando a cifras de ocupación cercanas a la capacidad máxima del mismo, del orden de un 60%, que es el porcentaje estimado como óptimo para la operación eficiente de un terminal portuario, pues por sobre este porcentaje podría comenzar a producirse congestión.

Por consiguiente y con el fin de favorecer una mayor competencia en la provisión de los servicios portuarios en el mercado relevante, este Tribunal estima que es necesario establecer una regla especial relativa a la integración horizontal que fomente o incentive la participación de terceros operadores y que, al mismo tiempo, asegure el éxito de la licitación debido, fundamentalmente, a los niveles de congestión que es posible observar se producirán en el corto plazo en el puerto de Antofagasta.

Para los efectos anteriores, se establecerá un resguardo a los riesgos de integración horizontal análogo al determinado en el Informe N° 8/2012, es decir, el denominado "*Proceso con Dos Universos de Propuestas*", adaptado a esta licitación y aplicable a los dos modelos de concesión que plantea la Solicitante. Es decir, en cada uno de esos modelos podrán participar los incumbentes de acuerdo con las reglas que se proponen.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

De este modo, este Tribunal considera que para que la participación del incumbente no constituya un desincentivo a la participación de nuevos entrantes, es preciso que se efectúe “*Un Proceso con Dos Universos de Propuestas*” conforme con el cual las ofertas de los incumbentes (Grupo Dos) se presenten con antelación a las ofertas de nuevos entrantes (Grupo Uno), tanto en el Modelo de Concesión Amplia como en el Modelo de Concesión Restringida (esto es, a lo que EPAN se refiere como “*cuatro grupos*”); (ii) todas las ofertas compitan entre sí en cada uno de los modelos de concesión propuestos, resultando adjudicado aquel que -habiendo presentado una oferta técnicamente admisible- oferte el menor índice de tarifas por los servicios básicos; y, (iii) en caso de que la mejor oferta en el respectivo Modelo de Concesión corresponda a un incumbente (Grupo Dos), se proporcione al mejor de los oferentes del Grupo Uno (nuevos entrantes) un término prudente para manifestar si está o no dispuesto a igualar el menor índice de tarifas ofertado por el incumbente. Si lo iguala, el nuevo entrante se adjudica la concesión. Si no lo iguala o nada expresa dentro del término preestablecido, el incumbente que hubiere ofrecido el menor índice de tarifas se adjudicará la concesión, alzándose para este último caso las restricciones que sean necesarias.

Como se señaló en el referido Informe N° 8/2012, este esquema compatibiliza diversos objetivos. Primero, asegura o promueve la participación del mayor número de interesados, al no disuadir a nuevos entrantes ya que, en definitiva, éstos son privilegiados por el derecho a igualar la mejor oferta (si fuere la de un incumbente), ni excluir *a priori* a estos últimos. Segundo, asegura que exista una mayor tensión competitiva en la licitación, ya que todas las ofertas son examinadas y compiten entre sí (sea que correspondan a entrantes o a incumbentes), sin que existan ofertas que, eventualmente, ni siquiera sean examinadas. De esta forma se permite, dentro de lo posible, que la Licitación se acerque a la valoración privada o, en este caso, a los verdaderos costos de provisión de servicios de los oferentes. Y, finalmente, en tercer lugar, la asimetría en los derechos que se confieren a cada uno de los distintos grupos de oferentes en el proceso licitatorio no es excesiva, sino proporcionada y consistente con los objetivos de interés general que la justifican, esto es, con asegurar la mayor competencia posible en la Licitación y, como consecuencia, con el objetivo de obtener las menores tarifas por la provisión de servicios portuarios en el mercado *expost*.

Por último y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, este Tribunal coincide con la FNE en los riesgos que irroga el *interlocking* entre las empresas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incumbentes que deseen participar en esta Licitación bajo este mecanismo con dos universos de propuestas, razón por la cual establecerá como condición de la misma la prohibición a dichos incumbentes, sus controladores y accionistas que tengan el derecho a nombrar en ellas al menos a un director, para participar de manera conjunta, bajo cualquier modalidad, en la sociedad que se adjudique finalmente la concesión.

III) CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

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

Evacuar el Informe solicitado a fojas 229 por la Empresa Portuaria de Antofagasta, fijando las siguientes condiciones a que deberá sujetarse la licitación del Frente de Atraque N° 1, las que deberán incorporarse a las respectivas Bases y al Contrato de Concesión:

I. Resguardos para la competencia en la licitación:

1) La Licitación deberá adjudicarse al postulante que ofrezca el menor índice de tarifas por los servicios básicos (Índice de Adjudicación), esto es, el menor promedio ponderado de las tarifas de cada uno de los servicios que son indispensables para el atraque de las naves, la movilización y el acopio de la carga, o para cuya provisión es necesaria la infraestructura entregada en concesión, de manera que el concesionario los preste o pueda prestar en condiciones de monopolio en el frente de atraque licitado;

2) EPAN deberá establecer una metodología o fórmula de ponderación de las tarifas de cada uno de los servicios que de acuerdo a la Sección 6 deben ser considerados básicos, según la importancia relativa de cada tipo de carga en los términos propuestos en el Borrador de Bases de Licitación, desagregando la transferencia de carga a granel entre aquel o aquellos subtipos de dicha carga

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cuyas características en cuanto a su transporte, acopio o transferencia hagan necesaria tal diferenciación;

3) En caso de empate, los postulantes que hubieren empatado deberán formular una "Oferta de Desempate" indicando nuevos valores para los servicios básicos, que en caso alguno podrán ser superiores a los valores que produjeron el empate. De persistir el empate, la adjudicación entre los oferentes empatados se decidirá por sorteo;

4) EPAN deberá contemplar un Índice Tarifario Máximo de Reserva (Imax) para el Modelo de Concesión Amplia y otro Imax para el Modelo de Concesión Restringida, en virtud del cual puedan ser rechazadas la o las ofertas que, dentro de cada grupo, excedan el respectivo Imax. En caso de que todas las ofertas se encuentren en esta situación, la Licitación será declarada desierta;

5) Los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes, las razones por las que una oferta pueda ser desestimada y aquellas por las que la Licitación o cualquiera de sus etapas puedan ser declaradas desiertas deberán ser objetivos, estar establecidos con claridad en las Bases y ser conocidos por los postulantes, a excepción del índice de adjudicación máximo de reserva, debiendo precisarse, por lo tanto, los hechos que permitirán a la Comisión Evaluadora considerar incoherente o no factible un Plan Referencial de Desarrollo presentado.

6) Por concepto de canon anual, EPAN podrá cobrar al concesionario el pago anual equivalente mínimo (PAMI) a que se refiere el artículo 6 del Reglamento de Licitaciones Portuarias, asimilando el valor económico de los activos objeto de concesión ya sea a los valores libro vigentes para los mismos, o al costo de reposición de las instalaciones existentes. En relación con el Canon Adicional descrito en el Borrador de Bases de Licitación, los montos considerados en este canon deberán sujetarse a los mismos criterios contemplados en el Canon Anual Fijo;

7) Los demás pagos que el concesionario deba efectuar a EPAN deberán estar razonablemente asociados a costos, tales como aquellos que produzca la Licitación o los necesarios para financiar la operación eficiente de la Solicitante. Así, EPAN deberá unificar el Pago Inicial Estipulado para ambos modelos de concesión en un monto que se asocie a los costos incurridos por ella para la realización de la licitación y la compensación de los trabajadores portuarios eventuales;

8) EPAN deberá especificar con claridad y precisión en las Bases de Licitación la capacidad de la infraestructura y los estándares de calidad de servicio que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

deberán comprometer los postulantes, tal como se observa en el Borrador de Bases de Licitación;

9) EPAN deberá especificar con claridad y precisión en las Bases de Licitación la fecha del llamado a Licitación; el período de venta de las Bases; el período para formular consultas; el período de *due diligence* y, si fuere necesario, el período de posibles visitas a terreno;

10) El monto de las garantías contempladas en las Bases de Licitación no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una;

II. Resguardos en la provisión de servicios portuarios:

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

12) El concesionario estará obligado, por las Bases y por el Contrato de Concesión, a observar las instrucciones que le imparta EPAN y que tengan por fin evitar o poner término a actos de discriminación. EPAN actuará de oficio o a petición de cualquier interesado que alegue actos de discriminación del concesionario. Nada obstará al derecho de los interesados a ejercer otras acciones y derechos que les confiera la ley, ni al derecho del concesionario de acudir al árbitro o al experto independiente, según la naturaleza de la cuestión en disputa, para dirimir las discrepancias que pudieren producirse en caso de estimar improcedente la aplicación de sanciones por parte de la empresa portuaria;

13) Las Bases de Licitación deberán contemplar que cada tarifa ofertada se constituya en una tarifa máxima reajutable, o bien la existencia de diversos Índices Tarifarios, uno para carga general y uno o más para la carga a granel en la forma que determine EPAN de acuerdo con los criterios expuestos en la sección 8 de este Informe. De este modo, en el caso de establecerse Índices Tarifarios Máximos, las tarifas cobradas por el Concesionario por los servicios básicos en el frente de atraque concesionado no deberán superar dicho índice, reajustado anualmente de acuerdo con la variación del USPPPI u otro indicador que represente verazmente la variación en los costos de proveer los servicios;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

14) Las tarifas que el concesionario determine, deberán ser registradas ante EPAN, con a lo menos 30 días de anticipación a su entrada en vigencia y, además, tendrán un plazo mínimo de vigencia de 60 días;

15) EPAN deberá establecer un mecanismo de adecuación del Contrato de Concesión que prevenga la probable ocurrencia de cambios relevantes en las condiciones de competencia en el mercado, sea del lado de la oferta o de la demanda, que no hayan podido ser previstos al momento de diseñar la Licitación y que hagan imprescindible efectuar adecuaciones al Contrato de Concesión, sea en la calificación de servicios como básicos u opcionales, en las tarifas o índices tarifarios máximos, o en otros aspectos establecidos por las Bases de Licitación o el Contrato de Concesión de acuerdo con la Sección 10 de este Informe.

En todo caso, la modificación de aspectos establecidos por las Bases de Licitación o el Contrato de Concesión de acuerdo con la Sección 10 de este Informe, sólo podrá efectuarse una vez que: (i) hubieren transcurrido a lo menos diez años de vigencia del Contrato de Concesión, y (ii) una vez que este Tribunal hubiere constatado la variación de las condiciones de competencia en el mercado, en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes involucradas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211. Cumplidos los requisitos anteriores, la modificación correspondiente se efectuará de común acuerdo o mediante el procedimiento de resolución de controversias que se establezca en el contrato.

16) Las tarifas que cobre el concesionario por sus servicios, sean básicos u opcionales, deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias; y cualquier acuerdo particular entre éste y un determinado usuario, que establezca precios o condiciones más favorables que las publicadas, debe ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas a fin de que todos los que se encuentren en la misma situación puedan acceder a ellas;

17) EPAN deberá establecer en las Bases de Licitación o en el Contrato de Concesión y sus anexos, los estándares de calidad y umbrales de ocupación con los que deberá cumplir el concesionario, particularmente con los tiempos de ocupación máxima por nave (TOM), tiempos de ocupación máxima anuales (TOMA) y tiempos máximos de espera por nave establecidos en las mismas, diferenciando estos últimos, en caso de ser necesario, por el o los tipos de carga que transfieran las naves;

18) El concesionario deberá establecer en el Manual de los Servicios normas de asignación y reserva de capacidad o normas de prioridad en la atención de naves que formarán parte de las condiciones generales de prestación de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicios portuarios, de conformidad con los criterios generales y requisitos mínimos que EPAN fije en su Reglamento de Uso de Frentes de Atraque, todo lo cual deberá asegurar un uso eficiente de la infraestructura portuaria. Tratándose de reservas, se deberán contemplar, además de requisitos de general aplicación para acceder a las mismas, los plazos máximos de su duración y las multas que deberán aplicarse a los usuarios que, por causa que les fuere imputable, incumplan con la fecha y hora de atraque comprometida. EPAN deberá informar a la FNE respecto de cualquier modificación que pretenda introducir a las normas de asignación de capacidad o prioridad en la atención de naves, a fin de que esta última pueda velar por su conformidad con las normas de defensa de la libre competencia en el ámbito de sus atribuciones;

19) EPAN deberá establecer la obligación al concesionario de otorgar a cualquier interesado el acceso libre y expedito a toda aquella información que resulte relevante para la contratación de los servicios portuarios, con la periodicidad que dicha empresa portuaria establezca -idealmente en línea-, quien determinará asimismo los medios técnicos para su acceso por todos los interesados.

Asimismo, EPAN deberá establecer que el concesionario y sus accionistas deberán proporcionar a su Directorio, cualquier información legal o económica que éste requiera con el objeto de supervisar el cumplimiento de la ley, de las Bases de Licitación, del Contrato de Concesión y de las condiciones establecidas en este Informe, así como la información necesaria para que la transferencia de la concesión se haga a quien cumpla con los requisitos para ser concesionario. Estas obligaciones deberán ser contractualmente extensivas a los accionistas de la empresa concesionaria, para los efectos de proveer a la debida observancia de las reglas sobre propiedad accionaria que se establezcan. Para ello, las Bases de Licitación deberán exigir que los estatutos de la sociedad concesionaria incluyan la obligación de los accionistas de proporcionar a la sociedad concesionaria información acerca de sus empresas relacionadas, en los términos definidos por el artículo 100 de la Ley N° 18045 sobre Mercado de Valores. El concesionario o sus accionistas no podrán excusarse de proporcionar a EPAN la información que ésta les solicite para verificar el cumplimiento de sus obligaciones, amparándose en que se trata de información privilegiada, reservada o confidencial. No obstante, en tales circunstancias, el concesionario deberá especificar a EPAN la información que se encuentre en la situación anterior, debiendo la empresa portuaria adoptar los resguardos correspondientes;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20) La sociedad concesionaria deberá cumplir con todas las obligaciones establecidas en el artículo 50 bis de la Ley N° 18046 sobre Sociedades Anónimas, cualquiera sea su patrimonio, pero en la medida que tenga accionistas independientes del controlador que permitan hacerlo. La Empresa Portuaria podrá requerir los informes que emita el Comité de Directores constituido en conformidad a ese artículo;

21) Las sanciones y multas aplicables por EPAN deben quedar claramente establecidas en las Bases de Licitación o en el Contrato de Concesión y deberán ser suficientes para disuadir eficazmente el incumplimiento de las obligaciones del concesionario que tienen por objeto resguardar la libre competencia;

III. Resguardos estructurales:

22) Integración Vertical:

22.1. Los usuarios relevantes de la cadena de transporte marítimo de carga general no podrán poseer, en conjunto, más de un 60% del capital, ni más del 60% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 60% de las utilidades de la sociedad concesionaria;

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y se informarán por la sociedad concesionaria a EPAN dentro de los 30 días siguientes;

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

22.4. A efectos de las reglas anteriores, se tendrá por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros para dar por establecida tal relación;

22.5. El concesionario proporcionará a EPAN información, a lo menos anualmente respecto de sus controladores, accionistas y personas relacionadas que intervengan a cualquier título en cualquiera de los eslabones del transporte marítimo de carga en la Región de Antofagasta, precisando los volúmenes de carga que movilizan en cada eslabón en el que participan, en cada uno de los segmentos de carga general y en cada uno de los frentes de atraque de uso público de la región;

22.6. Los estatutos de la sociedad concesionaria deberán establecer que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que supere los umbrales de participación permitidos en la regla de integración vertical, deberá enajenar dentro de seis meses ese exceso de participación o desvincularse, de la manera que tales accionistas acuerden en los pactos que celebren, otorgándose en todo caso poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a esa enajenación, por medio de una bolsa de valores, si pasados 45 días desde que venció el plazo indicado, este exceso no fuere enajenado;

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

22.8. La regla de integración vertical tendrá vigencia durante todo el plazo de la concesión. Sin embargo, transcurridos cinco años de celebrado el Contrato

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Concesión, cualquiera de las partes de ese contrato podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia su modificación en un procedimiento no contencioso si las condiciones de competencia varían u otras condiciones lo ameritan, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la otra parte.

23) Integración Horizontal:

Las sociedades que actualmente operen o gestionen un frente de atraque de uso público en la Región de Antofagasta sólo podrán participar en la presente Licitación en la medida que EPAN cumpla con las siguientes condiciones:

Condición 1: EPAN deberá efectuar “Un Proceso con Dos Universos de Propuestas” para cada uno de los Modelos de Concesión -Amplia y Restringida- conforme con el cual las ofertas de los incumbentes (Grupo Dos) se presenten con antelación a las ofertas de nuevos entrantes (Grupo Uno).

Se entenderá por “incumbentes” a las personas que, a la fecha de la licitación, participen directa o indirectamente, por sí o por intermedio de personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, en la sociedad concesionaria de algún frente de atraque de uso público de la Región de Antofagasta -sea público o privado- que provea servicios portuarios para carga general o a granel. Los demás se considerarán “nuevos entrantes”;

Condición 2: Todas las ofertas competirán entre sí, resultando adjudicado aquel que -habiendo presentado una oferta técnicamente admisible- oferte el menor índice de tarifas por los servicios básicos. No obstante, en caso de que la mejor oferta corresponda a un incumbente, es decir, que participe del Grupo Dos, se deberá proporcionar al mejor de los oferentes del Grupo Uno o nuevo entrante un término prudente para manifestar si está dispuesto a igualar el menor índice de tarifas. Si lo iguala, el nuevo entrante se adjudicará la concesión. Si no lo iguala o nada expresa dentro del término preestablecido, el incumbente que hubiere ofrecido el menor índice de tarifas se adjudicará la concesión. Todo lo anterior deberá realizarse primeramente para el Modelo de Concesión Amplia y, sólo si se declarase desierta la licitación por dicho Modelo, se efectuará para el Modelo de Concesión Restringida, en los mismos términos;

Condición 3: En el evento de que la licitación sea adjudicada a un incumbente conforme a la regla precedente, se exceptuará a éste de cumplir con la restricción a la integración horizontal establecida en el Dictamen N° 1.209 en el caso del actual concesionario del Frente de Atraque N° 2 o sus relacionadas;

Condición 4: En el evento de que la licitación sea adjudicada a un incumbente conforme a la reglas precedentes, los demás incumbentes no podrán acceder a la propiedad o control de la concesión del Frente de Atraque N° 1 del puerto de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Antofagasta por vía distinta de la licitación materia de este Informe ni el adjudicatario incumbente podrá, en caso alguno, transferir todo o parte de la concesión o integrarse, directa o indirectamente con alguno de los otros operadores portuarios de la región sin autorización previa de este Tribunal;

Condición 5: Además, también para el caso de que la licitación sea adjudicada a un incumbente conforme a las condiciones 3 y 4 precedentes, EPAN deberá informar cada dos años a la Fiscalía Nacional Económica respecto del cumplimiento del cronograma de inversiones comprometido por el adjudicatario, a efectos de que la misma pueda ejercer las acciones por infracción a las normas de defensa de la libre competencia que estime pertinentes. Lo anterior, sin perjuicio de la acción infraccional de quienes tengan interés legítimo.

Condición 6: Las sociedades concesionarias u operadoras de frentes de atraque de uso público en la Región de Antofagasta, sus controladores y accionistas que tengan el derecho a nombrar en ellas al menos a un director, no podrán participar conjuntamente, bajo ningún mecanismo, en la sociedad que se adjudique la licitación.

Notifíquese, transcríbase al señor Fiscal Nacional Económico y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 416-2013

Emitido por los Ministros Señores Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, y Sr. Enrique Vergara Vial. Autoriza la Srta. Carolina Horn Küpfer, Secretaria Abogada.