

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

RESOLUCIÓN N° 52/2018.

Santiago, treinta de abril de dos mil dieciocho.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.

ROL: NC N° 438-17

**CONSULTANTES: Dirección General de Aeronáutica Civil
("DGAC" o "Consultante").**

OBJETO: Que este Tribunal se pronuncie acerca de si las bases de licitación pública para el otorgamiento en concesión referente a la ampliación, explotación, operación y mantenimiento de la red de suministro de combustible ubicada en el Aeródromo Carriel Sur, de la comuna de Talcahuano, se ajustan a la normativa sobre libre competencia.

CONTENIDO:

I) PARTE EXPOSITIVA

- A. INTERVINIENTES Y APORTANTES
- B. HECHO, ACTO O CONVENCION QUE DA ORIGEN A ESTA CONSULTA
- C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE, LOS APORTANTES E INTERVINIENTES
- D. AUDIENCIA PÚBLICA
- E. MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER

II) PARTE CONSIDERATIVA

- F. OBJETO DE LA CONSULTA
- G. EL MERCADO RELEVANTE
- H. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS DE LAS BASES DE LICITACIÓN

III) PARTE RESOLUTIVA

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I) PARTE EXPOSITIVA

A. INTERVINIENTES Y APORTANTES DE ANTECEDENTES

1. Entidades que han aportado antecedentes dentro del plazo establecido en el artículo 31 numeral 1) del D.L. N°211:

- a) Empresa Nacional de Energía Enx S.A. (“Enx”);
- b) Esmax Distribución Limitada (“Esmax”);
- c) Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”); y
- d) Empresa Nacional del Petróleo (“Enap”);

2. Entidades aportantes de antecedentes:

- a) Coordinador de Concesiones de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas (“MOP”); y
- b) Air BP Copec S.A. (“Air BP Copec”)

B. HECHO, ACTO O CONVENCION QUE DA ORIGEN A ESTA CONSULTA

1. Según consta a fojas 39, el 1º de agosto de 2017, de conformidad con la recomendación contenida en la Resolución N°6/2005, de este Tribunal, la DGAC formuló una consulta solicitando que este Tribunal se pronunciara acerca de si las bases de licitación pública para el otorgamiento en concesión de la ampliación, explotación, operación y mantenimiento de la red de suministro de combustible ubicada en el Aeródromo Carriel Sur (“Aeródromo”), de la comuna de Talcahuano, en adelante “Bases de Licitación” o “Bases”, se ajustan a la normativa sobre libre competencia.

2. Las Bases de Licitación establecen, en síntesis, lo siguiente:

2.1. Indican que la adjudicataria deberá prestar el servicio de abastecimiento de combustible y lubricante de aviación en la superficie y en las instalaciones entregadas en concesión. En particular, las Bases disponen que el concesionario deberá proveer, a lo menos, kerosene de aviación JET A-1 (“JET A-1”) y combustible AV-GAS 100 LL para aeronaves menores (“AVGAS”), en adelante, conjuntamente, los “Combustibles de Aviación”.

2.2. Precisan que las obras de la concesión consisten en (i) la ampliación de la red hidrante del Aeródromo para almacenar y transportar JET A-1 para los puestos de estacionamiento N°6 y N°7, ubicados en la plataforma Papa y la habilitación de un pit en cada puesto de estacionamiento; y (ii) la implementación de un sistema de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

abastecimiento de combustible AVGAS para la aviación menor en la nueva plataforma de aviación general (Quebec). Respecto del AVGAS, los proponentes deberán especificar en su oferta técnica el sistema a utilizar, pudiendo ser *cabinet*, camiones *refueller* u otro.

2.3. El plazo de la concesión es de 240 meses, prorrogable por la DGAC por 24 meses adicionales por causas debidamente justificadas.

2.4. En relación con las ofertas económicas, las Bases disponen que éstas deberán indicar un monto por concepto del Derecho Aeronáutico Mensual (“DAM”) a pagar a la DGAC, el que no podrá ser inferior a \$1.100.000. Al respecto, es relevante indicar que: (i) los proponentes pueden establecer una fecha de inicio de pago del DAM distinta al inicio de la concesión, pero que no podrá exceder los 240 meses; (ii) el criterio de adjudicación se basa en un factor de licitación que equivale al valor presente de los DAM ofrecidos, con una tasa de descuento del 6% anual; y (iii) se adjudica la concesión al proponente que presente el mayor factor de licitación.

3. Según consta a fojas 40, el 8 de agosto de 2017, este Tribunal dio inicio al procedimiento establecido en el artículo 31 del D.L. N° 211. En concreto, admitió a tramitación la consulta de autos y ordenó oficiar a la FNE; a la actual concesionaria del Aeródromo, Sociedad Concesionaria Aeropuerto Carriel Sur S.A.; a las empresas de distribución mayorista de combustible líquido Enex, Compañía de Petróleos de Chile, Copec S.A., y Esmax; a las líneas aéreas que, de acuerdo a la DGAC, operan regularmente en el Aeródromo, a saber, LATAM Airlines Group S.A. y Sky Airline S.A.; al Ministerio de Obras Públicas; y a ENAP, a fin de que éstos, así como quienes tuvieran interés legítimo, aportasen antecedentes dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde la publicación de la resolución pertinente en el Diario Oficial. La publicación se efectuó el 23 de agosto de 2017, según consta a fojas 89.

C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES E INTERVINIENTES

4. A fojas 100, Enex aportó antecedentes:

4.1. En relación con las bases administrativas, plantea múltiples inquietudes relativas a falta de información sobre las Bases (V.gr., calendario de actividades, servicios básicos habilitados). Asimismo, cuestiona la discrecionalidad de la DGAC para cambiar la ubicación del concesionario, así como para aumentar o disminuir la superficie asociada a la concesión, a costo de éste.

4.2. Enseguida, en lo relativo a las bases técnicas, indica que no darían cuenta de los criterios económicos o técnicos que definieron la necesidad de ampliar la red

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hidrante, descartando el abastecimiento de aeronaves mediante camiones *refueller*. Del mismo modo, releva que se debe considerar que los volúmenes actuales de suministro de Combustibles de Aviación han disminuido significativamente en el período 2013 a 2017.

4.3. En lo concerniente a las bases económicas, critica que el único criterio de adjudicación sea el económico, prescindiendo de factores técnicos o de servicio y que dicho criterio corresponda al mayor valor presente del DAM. Finaliza señalando que faltaría incorporar un mecanismo que permita el acceso equitativo de otros distribuidores de Combustibles de Aviación a la red hidrante y la tarifa a cobrar por dicho acceso. De lo contrario, advierte, se erigiría una barrera a la entrada para los suministradores de dichos combustibles.

5. Según consta a fojas 104, Esmax aportó antecedentes señalando que las Bases deberían aclarar las condiciones de seguridad en el Aeródromo y, para efectos de evaluar la inversión, proporcionar el alcance y detalles del proyecto de ingeniería de la ampliación de la red hidrante, así como de la nueva plataforma de aviación general. Añade que las Bases deberían establecer la forma y plazos en que las inversiones pueden ser amortizadas o recuperadas.

5.1. En lo que se refiere al plazo de la concesión, advierte que, dado que se extiende por 20 años, implicaría el reemplazo de los estanques de la red hidrante, que ya tienen 17 años de antigüedad, lo que supone una inversión adicional que no estaría contemplada. Ello sería relevante, a su juicio, porque los volúmenes de venta de combustible en el Aeródromo se han reducido en los últimos años, tal como expone ENEX.

5.2. Asimismo, cuestiona las facultades de la Consultante para cambiar de ubicación al concesionario o modificar la superficie ocupada, soportando este último el costo asociado. Del mismo modo, critica la facultad de la DGAC para poner término a la concesión en forma anticipada y unilateral, sin expresión de causa; y recomienda que se indique el monto de indemnización al concesionario en este caso.

6. Según consta a fojas 110, la Fiscalía aportó antecedentes:

6.1. En términos generales, plantea que hay aspectos de las Bases que generan riesgos para la libre competencia y que ellas no cumplirían con los criterios establecidos por este Tribunal para fomentar la libre competencia en este mercado.

6.2. Luego, expone las características de la industria y el mercado relevante. A este respecto, examina la sustituibilidad de ambos tipos de Combustibles de Aviación desde la perspectiva de la demanda, señalando que el JET A-1 es un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

combustible diseñado para aviones con turbinas tipo propulsión o jet, mientras que el AVGAS se utilizaría en aviones con motor de pistón. En razón de lo anterior, concluye que no serían sustitutos entre sí y que, por tanto, pertenecerían a mercados relevantes distintos. Desde la perspectiva de la oferta, la FNE aduce que los Combustibles de Aviación deben transportarse y almacenarse en forma separada y, por tal motivo, cada aeropuerto cuenta con infraestructura independiente para proveer cada combustible al cliente final. Afirma que el JET A-1 se suministra a los clientes a través de una red hidrante presurizada, mientras que el AVGAS se provee a los clientes finales a través de camiones *refueller* o un símil a surtidor de gasolina conocido como *cabinet*, que se conecta al estanque que almacena AVGAS a través de una cañería.

6.3. En lo concerniente al mercado relevante en su dimensión geográfica, aduce que, atendido que el JET A-1 se usa principalmente por aeronaves comerciales con mayor capacidad de autonomía de vuelo, se podría sustituir la carga de este tipo de combustible entre determinados aeropuertos del país. Al efecto, señala que, para aeronaves que utilizan JET A-1, el aeropuerto de Santiago (“Aeropuerto SCL”) sería sustituto de otros aeropuertos emplazados entre las III y IX regiones del país. En contraste, argumenta que dicha sustituibilidad geográfica no existiría para el AVGAS, por cuanto el nivel de autonomía de vuelo y capacidad de carga de aeronaves con motores de pistón es menor y, por consiguiente, en este caso el mercado relevante geográfico sería cada aeropuerto.

6.4. A continuación, señala que las Bases suponen la licitación conjunta de la infraestructura –que constituiría un mercado aguas arriba- y el suministro de Combustibles de Aviación –que representaría el mercado aguas abajo- y que la DGAC no presenta antecedentes que justifiquen esta integración vertical o que permitan descartar la posibilidad de licitarlos separadamente, porque ambas modalidades presentarían riesgos y eficiencias distintas desde la perspectiva de la libre competencia. Luego, arguye que la licitación separada de la operación de la infraestructura y el suministro de los Combustibles de Aviación podría asegurar que todos los actores del mercado tengan acceso a la infraestructura, evitando que se erija como una barrera a la entrada y fomentando la competencia aguas abajo.

6.5. Asimismo, la FNE plantea la posibilidad de realizar una licitación para cada tipo de Combustible de Aviación toda vez que éstos pertenecen a mercados relevantes del producto disímiles, poseen sistemas de suministro distintos y abastecen consumidores finales diferentes.

6.6. Por otra parte, la FNE cuestiona el criterio económico de adjudicación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contemplado en las Bases consistente en el mayor pago por el interesado a la DGAC. En particular, argumenta que dicho criterio de adjudicación no sería eficiente porque permitiría extracción de rentas de los usuarios (aerolíneas), aludiendo a la Resolución N° 13/2006. Por tales razones, la Fiscalía indica que las Bases debieran contemplar como criterio económico de adjudicación, un valor fijo por arriendo del terreno pagadero a la DGAC y la menor tarifa cobrada a usuarios de las instalaciones aeroportuarias de almacenamiento y transporte de los Combustibles de Aviación.

6.7. Asimismo, considera problemático que las Bases de Licitación no contemplen el acceso de terceros a la infraestructura de transporte y almacenamiento de los Combustibles de Aviación. Expresa que el problema radica en que (i) este Tribunal calificó la red hidrante para la provisión de JET A-1 como una instalación o facilidad esencial y, por consiguiente, ésta podría erigirse como una barrera a la entrada infranqueable; y (ii) las Bases licitan conjuntamente la ampliación, explotación y operación de dicha instalación y el suministro de combustibles, sin asegurar acceso a dicha red por parte de terceros.

6.8. Así, argumenta que las Bases debieran establecer condiciones de acceso a la red por parte de terceros suministradores de combustibles a fin de evitar riesgos de aumento de precios a los consumidores finales, especialmente tomando en consideración los criterios de adjudicación económicos de la licitación que promueven el pago del mayor monto posible a la DGAC.

6.9. Finalmente, la Fiscalía hace presente que, atendido que las Bases permiten la adjudicación a un conjunto de interesados que son competidores entre sí en el mercado aguas abajo de suministro de Combustibles de Aviación, dicho consorcio de empresas podría estar sujeta al escrutinio de la FNE, de conformidad con las normas del D.L. N° 211 relativas a operaciones de concentración o de participaciones minoritarias. Si se materializa ese supuesto, argumenta, el proceso licitatorio debiera contemplar los plazos suficientes para dar cumplimiento a los requisitos legales y someter la participación conjunta al escrutinio de la Fiscalía.

7. Según consta a fojas 142, ENAP aportó antecedentes, formulando observaciones respecto de los riesgos anti-competitivos que, a su juicio, generarían las Bases.

7.1. En primer lugar, cuestiona el factor de adjudicación de la licitación, señalando que es riesgoso que se base exclusivamente en el monto que estén dispuestos a pagar los proponentes a la DGAC, sin considerar los precios que la concesionaria cobrará por la provisión de Combustibles de Aviación al explotar y operar, a su vez,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la red hidrante.

7.2. Más aun, señala que dichos riesgos se exacerbarían por cuanto el adjudicatario obtendría el monopolio de la explotación y operación de dicha red que reviste el carácter de facilidad o instalación esencial. En concreto, plantea que el diseño de la licitación incentiva a que los potenciales proponentes compitan por el valor del DAM –ofertando altos valores- y después cobren precios altos en el servicio de abastecimiento de Combustibles de Aviación.

7.3. De esta forma, argumenta, el diseño de la licitación podría redundar en un aumento del precio del suministro de Combustibles de Aviación, que representa un insumo relevante en la estructura de costos de las aerolíneas. Añade que es esperable que el aumento en el costo del combustible sea traspasado aguas abajo a los pasajeros.

7.4. En el mismo orden de ideas, arguye que ello perjudicaría especialmente a las aerolíneas pequeñas que no pueden abastecerse de combustible en el Aeropuerto SCL, donde existe acceso abierto de suministradores de combustibles a la red y, por tanto, a su juicio, precios más bajos.

7.5. En segundo lugar, ENAP cuestiona el plazo de la concesión, señalando que es excesivo e injustificado. En específico, aduce que no existen inversiones ni exposición a riesgos que justifiquen dicha extensión y que es preocupante, toda vez que el concesionario gozará de un monopolio en la provisión de Combustibles de Aviación en el Aeródromo.

7.6. En tercer lugar, señala que las Bases comprenderían incentivos subrepticios para renovar la concesión porque los actuales estanques de la planta de combustible fueron instalados en el año 2000 y la normativa de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles dispone que los estanques enterrados de combustibles líquidos deben ser reemplazados a más tardar transcurridos 30 años desde su instalación. En ese contexto, aduce, el titular de la concesión deberá remover los estanques antes del vencimiento de la concesión, lo que generaría incentivos para que dicho titular renegocie la concesión para extenderla aun más, en desmedro de potenciales oferentes que quieran participar de esta concesión en el futuro.

7.7. En cuarto lugar, señala que las Bases contienen barreras a la entrada que artificialmente limitarían la participación de potenciales interesados, pues establecen que la concesionaria deberá asegurar un mínimo de stock que permita entregar el servicio de abastecimiento de combustible por dos días, sin especificar lo que ello significa. De esta manera, indica, las concesionarias incumbentes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contarían con una ventaja competitiva respecto de potenciales proponentes que podrían ser más eficientes que los primeros.

7.8. En quinto lugar, señala que las Bases otorgarían una excesiva discrecionalidad a la DGAC, lo que redundaría en incertidumbre y, por consiguiente, en un desincentivo a la participación de potenciales interesados en el proceso de licitación. Esta discrecionalidad se vería reflejada, en opinión de ENAP, en que las Bases le confieren a la DGAC las siguientes facultades: (i) rechazar fundadamente todas aquellas ofertas que no le den suficientes garantías o que no se estimen convenientes para sus intereses, sin precisar qué se entiende por dichas expresiones ni establecer indemnización alguna para los proponentes; (ii) poner término anticipado a la concesión estableciendo que el valor de la indemnización se calcularía en este caso en base al último DAM facturado al concesionario, y (iii) modificar la ubicación del concesionario y conservar, aumentar o disminuir la superficie ocupada, estableciendo que el costo de reubicación será de cuenta del concesionario.

7.9. Concluye que es necesario reestructurar el modelo de concesión propuesto en las Bases. En concreto, señala que un modelo competitivo de licitación debiera considerar, como criterio de adjudicación, los precios que la concesionaria cobrará por proveer los Combustibles de Aviación al explotar y operar la red del Aeródromo. En su defecto, puntualiza, la concesión debiera tener por objeto únicamente la operación y mantenimiento de la red hidrante del Aeródromo, permitiendo que diferentes agentes puedan suministrar combustible, replicando así el modelo del Aeropuerto SCL.

8. A fojas 154, el MOP señala que atendido que los servicios de ampliación, explotación, operación y mantenimiento de la red de suministro de combustible ubicada en el Aeródromo no forman parte de los servicios aeronáuticos contemplados en el contrato de concesión de obra pública suscrito con la DGAC, dichos servicios son de plena competencia y responsabilidad de la Consultante y, por tanto, no tiene antecedentes que aportar.

9. A fojas 169, Air BP Copec aportó antecedentes, señalando que las Bases debieran aclarar los términos de seguridad en el Aeródromo y proporcionar el alcance y detalles del proyecto de ingeniería. Asimismo, indica que el plazo de la concesión debiera coincidir con la vida útil de los estanques actuales que tienen 17 años de antigüedad.

9.1. Asimismo, cuestiona algunas de las atribuciones de la DGAC en los términos del numeral 5.2. precedente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9.2. Por último, indica que los plazos contemplados en las Bases debieran considerar que el tiempo de fabricación de los camiones *refueller* es de aproximadamente 10 meses.

D. AUDIENCIA PÚBLICA

10. A fojas 165 consta la citación a audiencia pública para el día 28 de noviembre de 2017, a las 10:00 horas, cuya publicación en el Diario Oficial se efectuó el 3 de noviembre de 2017, según consta a fojas 166. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de la Consultante y de la FNE.

E. MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER

11. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31, numeral 5º, del D.L. N° 211, este Tribunal realizó los siguientes requerimientos de información:

11.1. A fojas 155, el 26 de septiembre de 2017, se ordenó oficiar a la DGAC a fin de que acompañara todos los estudios y proyecciones relativas al consumo de combustible en el Aeródromo que se encontraran en su poder. DGAC cumplió lo ordenado acompañando, a fojas 164, un informe de proyecciones de ventas de combustibles en el Aeródromo.

11.2. A fojas 188, el 26 de diciembre de 2017, se ordenó oficiar a las siguientes entidades a fin de que acompañaran la información que se indica a continuación:

a) A las empresas de distribución de combustible líquido, Enx, ENAP, Air BP Copec y Esmax, se les solicitó información relativa al suministro de JET A-1 para aeronaves. En particular, se les ordenó proporcionar información sobre el precio semanal cobrado a las aerolíneas, los costos asociados a dicho suministro, los volúmenes vendidos y el margen obtenido, a nivel desagregado para cada aeródromo o aeropuerto donde proveen dicho servicio, desde 2008 a la fecha; y

b) A las aerolíneas usuarias del Aeródromo, LATAM Airlines Group S.A. ("LATAM"), Sky Airline S.A. ("SKY") y Jet SMART Airlines SpA ("Jet Smart"), se les ordenó proporcionar información relativa a las variables que toman en consideración para definir la carga de combustible JET A-1 para sus aeronaves, tanto respecto del aeródromo o aeropuerto donde se realiza, como también la cantidad comprada; y los distintos costos asociados a la recarga de JET A-1 en cada uno de los aeropuertos y aeródromos emplazados en el territorio nacional.

11.3. Las entidades a las cuales se les requirió información dieron cumplimiento a lo ordenado: (i) Air BP Copec, a fojas 207, 236, 244 y 253; (ii) ENAP a fojas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

218; (iii) ESMAX, a fojas 215; (iv) ENEX, a fojas 205 y 250; (v) LATAM, a fojas 234; (vi) SKY, a fojas 220; y (vii) Jet Smart, a fojas 202.

II) PARTE CONSIDERATIVA

F. OBJETO DE LA CONSULTA

12. El 1º de agosto de 2017, en cumplimiento de la recomendación de este Tribunal contenida en la Resolución N°6 de 2005, la DGAC formuló una consulta relativa a las Bases cuyo objeto a licitar es la concesión de la ampliación, explotación, operación y mantenimiento de la red de suministro de combustible del Aeródromo Carriel Sur, de la comuna de Talcahuano.

13. Corresponde a este Tribunal pronunciarse acerca de si las Bases consultadas se ajustan a la normativa de libre competencia. Para estos efectos, en primer término, se determinará el mercado relevante de autos, tomando en cuenta que los distintos aportantes o intervinientes no tienen una postura unívoca al respecto y que la Fiscalía modificó la suya respecto a la última consulta análoga a ésta (Resolución N° 13 de 2006). Luego, se analizarán las cláusulas específicas de las Bases a fin de determinar si pueden impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

14. Las Bases licitan tanto la ampliación y explotación de la infraestructura o red para el almacenamiento y transporte de los Combustibles de Aviación, como el suministro de dichos combustibles a las naves que utilizan la plataforma del Aeródromo. Dado que la operación de la infraestructura constituye un servicio distinto y complementario al abastecimiento de los Combustibles de Aviación, ambos se prestan por entidades distintas en algunos aeropuertos (V.gr., Aeropuerto SCL). Dado lo anterior, existen dos mercados conexos: un mercado consistente en el servicio de operación de la red para almacenar y transportar el combustible (*aguas arriba*) y un mercado de suministro de Combustibles de Aviación (*aguas abajo*).

G. EL MERCADO RELEVANTE

15. Con respecto al mercado relevante del producto, es correcto lo señalado por la FNE en su aporte de antecedentes a fojas 110. De acuerdo con la información reunida en autos, los dos principales productos a ser suministrados a través de la infraestructura regulada por la licitación –JET-A1 y AVGAS– no son sustitutos entre sí, por cuanto sirven de combustible para aeronaves de distinto tipo. Por tanto, el JET A-1 y el AVGAS forman parte de distintos mercados relevantes, cada uno con

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la estructura vertical indicada en el párrafo precedente.

16. En cuanto al mercado geográfico, la Resolución N°6 de 2005, en su considerando 1º, señaló que “[D]ado que los costos de aprovisionar combustible a una nave en un aeropuerto diferente al de su origen o destino son significativos, se puede concluir que el mercado geográfico se circunscribe a cada aeropuerto”. Esta definición es consistente con aquellas utilizadas por la Comisión Europea a propósito del control de operaciones de concentración cuando ha examinado el mercado relevante de combustibles de aviación (V.gr., Caso IV/M.1383, Exxon/Mobil, 1999, párrafos 806 y siguientes; Caso COMP/M.3110, OMV/ BP, 2003, párrafos 25 y siguientes; Caso M.7965, *world fuel services corporation/certain aviation fuels assets belonging to EXXON*, 2016, párrafo 29).

17. En su aporte de antecedentes de fojas 110, la FNE manifestó que el mercado geográfico, en el caso del combustible JET A-1, sería más amplio, señalando a fojas 113 que “[E]l aeropuerto de Santiago constituye un sustituto geográfico de los aeropuertos ubicados entre las regiones Tercera y Novena (...)”, sustentando su postura en que habitualmente las aerolíneas decidirían abastecerse de combustible suficiente en el Aeropuerto SCL para realizar vuelos “ida y vuelta” y así aprovechar los menores precios que éste ofrecería.

18. Sin embargo, la definición del mercado relevante geográfico propuesta por la FNE se basa en el supuesto que una proporción significativa de las aeronaves que utilizan el Aeródromo tienen como origen o destino el Aeropuerto SCL y que cada una de esas aeronaves tiene la factibilidad técnica para volar con el combustible necesario para realizar dos tramos de un vuelo dentro del mercado relevante, cuestiones sobre las cuales no existen antecedentes en autos.

19. Asimismo, la definición propuesta por la FNE es inconsistente con la calificación de instalación esencial que ese mismo organismo otorga a la red hidrante objeto de la licitación y en que basa su solicitud de acceso abierto a la misma, pues tal calificación demandaría que el mercado relevante quedase delimitado al Aeródromo, como se analizará en los párrafos 35 y siguientes.

20. En el mismo orden de ideas, atendido que al momento de la audiencia pública, cuyo certificado rola a fojas 187, no existían antecedentes suficientes para establecer si los distintos aeropuertos eran sustitutos eficaces en cuanto al abastecimiento de combustible JET A-1, este Tribunal, a fojas 188 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 numeral 5 del D.L. N° 211, solicitó información adicional que fue acompañada por Jetsmart, Enx, Enap, Air BP Copec S.A., Esmax, Sky Airlines y Latam, a fojas 202, 205, 207, 215, 218, 220, 234, 236, 242,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

250 y 253.

21. Dando cumplimiento a dicha solicitud de información, las aerolíneas Jetsmart, Sky y Latam señalan que su decisión acerca del lugar dónde abastecer a sus aeronaves de combustible depende de diversos factores. En específico, sostienen que optan por cargar una mayor cantidad de combustible en el aeropuerto de origen cuando existe un diferencial de precio suficiente, esto es, que compense el mayor costo de realizar el primer tramo del vuelo con exceso de peso y que ello estaría sujeto también a consideraciones técnicas como, por ejemplo, que exista capacidad en el avión y límites en el peso de aterrizaje de las aeronaves. La aerolínea Sky precisa, en su presentación de fojas 220, que si el diferencial de precio entre el aeropuerto de origen y destino es mayor a un 3%, intenta volar sus aeronaves con suficiente combustible para el vuelo de ida y regreso, lo que denomina *operación tanker*. En otras palabras, si la diferencia de precios de suministro de combustible es menor a dicho porcentaje, generalmente se abastecerá tanto en el aeropuerto de origen como en el de destino. Añade que el diferencial de precios antes referido corresponde al costo adicional de volar con exceso de peso debido a la mayor cantidad de combustible que se carga en el aeropuerto de origen, y que este puede oscilar entre un 3% y un 5%, dependiendo de la distancia del vuelo pertinente.

22. La información aportada por las aerolíneas antes indicadas no permite confirmar o desestimar lo señalado por la FNE en lo relativo al mercado relevante geográfico. En efecto, por un lado, existirían restricciones adicionales al precio que limitan la sustitución en la carga de combustible de aeronaves entre distintos aeropuertos, como por ejemplo, el peso máximo de despegue o aterrizaje. Por otro, existiría un grado de sustitución entre aeropuertos en atención al diferencial de precio del suministro de combustible que pueda existir entre los aeropuertos de origen y destino.

23. Adicionalmente, la existencia de algún grado de sustitución no permite, en este caso, colegir que los aeropuertos entre la Tercera y Novena Región del país sean sustitutos eficaces en la provisión de combustible JET A-1, pues, de acuerdo a la información acompañada a fojas 220, diferencias moderadas de precios pueden determinar importantes diferencias de margen. En concreto, según información que obra en el expediente, un 5% adicional en el precio de venta del combustible podría incluso triplicar el margen de comercialización en el mercado aguas abajo. En ese contexto, un vendedor local único sería capaz de aumentar el precio en forma sostenida y rentable, al poder compensar el potencial desvío parcial de la demanda de combustible aeronáutico hacia otros aeropuertos nacionales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

24. Aunque no existen suficientes datos para determinar con precisión el nivel de sustitución entre los distintos aeropuertos para la provisión de JET A-1, es posible analizar directamente las condiciones de competencia de dos puntos de venta cuya pertenencia a un mismo mercado relevante está en discusión -como ocurre en el presente caso con el Aeropuerto SCL y el Aeródromo-, con la información acompañada por los distribuidores de combustibles a fojas 205, 207, 215, 218, 236, 250 y 253. Con todo, se previene que dicha información es incompleta, dado que sólo una empresa entregó información desagregada por cliente y también sólo una empresa entregó información acerca de los costos en cada punto de venta.

25. Sin perjuicio de las limitaciones de los datos utilizados en el análisis, la información acompañada al proceso sugiere que las condiciones de competencia en cada punto de venta son muy distintas entre sí. Al comparar la dispersión de precios entre el Aeropuerto SCL y el Aeródromo se observa que, desde 2008, el diferencial de precios entre las cinco aerolíneas con mayor demanda de combustible JET A-1 y el resto de ellas, es de un 0,7% en el Aeropuerto SCL y de un 4,5% en el Aeródromo. Del mismo modo, la desviación estándar de los precios de venta en el aeropuerto de la capital es de \$6.956 por litro, mientras que alcanza los \$22.939 en el Aeródromo. Finalmente, el precio promedio del combustible JET A-1 en el Aeródromo es mayor que en el aeropuerto de Santiago, mientras que los costos asociados al suministro de este combustible serían levemente inferiores en el primero. En consecuencia, este diferencial de margen no es producto de una mayor eficiencia o una ventaja de costos, sino probablemente la consecuencia de contar con usuarios que, por diversas razones, no pueden sustituir fácilmente su aprovisionamiento y de la existencia de suministradores que pueden cobrar un mayor precio sin enfrentar competencia desde distribuidores localizados en otros aeropuertos o aeródromos del país.

26. En suma, los antecedentes descritos en las consideraciones anteriores son suficientes para establecer que el mercado geográfico para el combustible JET A-1 se circunscribe al Aeródromo.

27. En lo que respecta al AVGAS, dada la naturaleza local de la demanda, la menor autonomía de vuelo de las aeronaves que utilizan este combustible y la distancia que existe entre los distintos aeropuertos y aeródromos a nivel nacional, el mercado geográfico también se limita al Aeródromo.

H. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS DE LAS BASES DE LICITACIÓN

28. Una vez establecidos los mercados relevantes que son afectados por las Bases objeto de esta consulta, corresponde examinar y pronunciarse sobre las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cláusulas particulares de dichas Bases.

29. En lo que se refiere al diseño de bases de licitación públicas por parte de organismos de administración del Estado, cabe reiterar que la finalidad del escrutinio que efectúa este Tribunal, en términos generales, es velar porque las condiciones de competencia *ex ante* incentiven o emulen el comportamiento competitivo *ex post* (Sentencia N°34/2005 y N°138/2014). En especial, tal como se ha indicado en otras ocasiones, el Tribunal debe asegurar que se mantengan condiciones mínimas de rivalidad en el diseño de bases de licitación, esto es, evitar que las actuaciones de los organismos de la administración del Estado (i) manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia después de la licitación; y (iii) limiten injustificadamente la competencia mediante condiciones contenidas en las bases de licitación (Sentencia N°138/2014, considerando 17°). Bajo esas consideraciones, se examinan a continuación las cláusulas específicas de las Bases que podrían devenir en conductas anti-competitivas y vulnerar la normativa de libre competencia.

30. En primer lugar, desde la perspectiva vertical, la concesión que regulan las Bases comprende tanto la operación de la infraestructura, como la distribución de los Combustibles de Aviación en el Aeródromo, de modo que el concesionario estará integrado verticalmente para ofrecer los servicios aguas arriba y aguas abajo. La cuestión es determinar si este mecanismo es cuestionable desde el punto de vista de la libre competencia.

31. Aunque en términos generales la integración vertical puede generar tanto eficiencias como riesgos para la libre competencia, en el presente caso estos últimos son mitigados de manera suficiente con las medidas que se propondrán más adelante en esta resolución, razón por la cual no es necesario alterar el objeto de la licitación en la forma propuesta por la FNE.

32. Enseguida, una segunda cuestión está relacionada con el producto a licitar. La FNE propone que las licitaciones se realicen en forma separada para cada tipo de combustible, dado que ambos pertenecen a mercados relevantes distintos (fojas 115).

33. Si bien se ha establecido que se trata de dos mercados del producto diferentes (párrafo 15), el informe que rola a fojas 157 revela una clara tendencia a la baja en la venta de Combustibles de Aviación en el Aeródromo. Adicionalmente, en la audiencia pública cuyo certificado rola a fojas 187, la DGAC expresó que la demanda por AVGAS sólo representa un 4% de la venta mensual de combustibles

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de aviación en el Aeródromo. Por último, no es posible descartar que existan ventajas de costo en administrar en forma conjunta los servicios asociados a los dos tipos de Combustible de Aviación -tal como advierte la misma Fiscalía-, así como su magnitud. En consecuencia, existen razones atendibles para que la DGAC haya optado por licitar ambos productos conjuntamente, sin que ello vulnere en principio, la normativa protectora de la libre competencia.

34. En tercer término, en lo concerniente al combustible JET A-1, las Bases de Licitación indican que la infraestructura contempla una red hidrante presurizada para su abastecimiento. Al respecto, la Resolución N°6/2005 de este Tribunal dispone que, atendido que la DGAC dictó un acto administrativo que prescindió de otros mecanismos para abastecer y transportar JET A-1, se les confiere a las redes hidrantes un carácter de instalación esencial en cuanto único medio apto para participar en el mercado aguas abajo de suministro de combustible (considerando 2°). El Tribunal refrendó posteriormente dicha conclusión en la Resolución N°13/2006 (considerando 3°). El mismo carácter ha sido otorgado a la red hidrante relevante en este proceso por la Fiscalía y ENAP, a fojas 118 y 146, respectivamente. Corresponde examinar si dicha calificación de instalación esencial debe mantenerse respecto de la infraestructura a que se refieren las Bases de Licitación.

35. Tal como se señala en las Sentencias N°129 de 2013 y N°151 de 2016, de este Tribunal, la definición de un activo como instalación esencial supone la concurrencia de los siguientes elementos: (i) que los servicios de acceso a las instalaciones sean suministrados por una única firma presente en el mercado aguas arriba; (ii) que la instalación no sea replicable a un costo y dentro de un plazo razonable; y (iii) que el acceso a la instalación sea indispensable para participar en el mercado aguas abajo.

36. Ahora bien, en forma previa a analizar el cumplimiento de lo anterior, se puede constatar que existen requisitos regulatorios que hacen poco probable la entrada de un competidor distinto del adjudicatario de la licitación de autos al mercado aguas arriba y, por tanto, se erigen como barreras a la entrada regulatorias infranqueables al mercado de referencia, a saber: (i) que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° letras e) e i) de la Ley N°16.752 y al artículo 11 de la Ley N°18.916, un agente económico requiere una concesión de la DGAC para construir y operar una red de almacenamiento y transporte de combustible así como para el suministro de éste en aeropuertos y aeródromos públicos; y (ii) que el Oficio DGAC N° 2.725 de 2002 sobre el abastecimiento de Combustibles de Aviación, dispone que por motivos de seguridad en la provisión de combustible a aeronaves, el único

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medio apto para participar en el mercado del abastecimiento de JET A-1 son las redes hidrantes.

37. De acuerdo a lo hasta ahora señalado, cada una de las tres condiciones necesarias para calificar una instalación como esencial, se cumplirían al analizar la red hidrante utilizada para distribuir combustible JET A-1 en el Aeródromo. En primer término, las Bases establecen la integración vertical del concesionario, quien deberá operar la infraestructura de almacenamiento y transporte, así como suministrar los Combustibles de Aviación como único actor. Ello, en conjunto con el mercado geográfico definido en el párrafo 26 permiten dar por cumplido el primer requisito formulado anteriormente. En segundo término, y dado que el regulador definió que la provisión sea a través de redes hidrantes, es posible concluir que no es eficiente contar con más de una red, cumpliendo con ello el segundo requisito recién mencionado. Por último, tal como se desprende de la regulación citada en el párrafo anterior, sólo quienes tengan acceso a la red hidrante podrán participar en el mercado de suministro de JET A-1 en el Aeródromo, por lo que el acceso a la instalación será indispensable para participar del mercado aguas abajo. Dado lo anterior, se calificará como instalación esencial la red hidrante objeto de la licitación consultada.

38. En el caso particular del AVGAS, las Bases establecen que debe suministrarse a través de mecanismos alternativos como *cabinet* o camiones *refueller*, según se desprende de la cláusula 2.3.3.1 de las Bases y de lo señalado por la FNE (fojas 115). Aun cuando no es claro que se cumpla la condición de costos que generalmente se asocia a las instalaciones esenciales, la licitación supone un monopolio integrado verticalmente y la regulación impide replicar en el Aeródromo la infraestructura necesaria para participar en el mercado del suministro de AVGAS. En razón de lo anterior, las instalaciones necesarias para el almacenamiento y distribución de dicho combustible serán consideradas también como esenciales.

39. Atendido que la infraestructura de abastecimiento y transporte de los Combustibles de Aviación puede ser calificada como una instalación esencial, y en línea a lo señalado en la Resolución N°13 de 2006, las Bases debieran contemplar una obligación en virtud de la cual el adjudicatario dé acceso a dicha infraestructura a terceros, en condiciones objetivas, públicas, transparentes y no discriminatorias, para que distribuidores de combustibles distintos al adjudicatario de la concesión, puedan acceder a la infraestructura necesaria para competir eficazmente en los mercados de distribución de combustible JET A-1 y AVGAS en el Aeródromo.

40. En cuarto lugar, para ajustarse a la normativa sobre libre competencia, las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitaciones públicas que otorgan un monopolio (como es el caso de las Bases) deben generar un nivel de competencia *ex ante* o '*por el mercado*' con miras a emular los resultados de un mercado competitivo *ex post*. Sobre el particular, la Sentencia N°121 de 2012 declara que existe competencia *ex post* o '*en la cancha*' cuando se adjudica la licitación a aquel proponente que ofrece menores tarifas o mayor calidad: "(...) [S]ólo tratándose de subastas en las que se asignan derechos exclusivos al postulante que ofrezca las menores tarifas o mejor calidad al usuario final, es posible afirmar en general que la competencia '*por la cancha*' produciría resultados asimilables a los que genera la competencia '*en la cancha*', en el sentido de que la subasta logre emular el equilibrio de un mercado competitivo" (considerando 31°).

41. Por su parte, en toda licitación el mecanismo de asignación es el elemento de mayor importancia. En el caso particular de las Bases, según disponen las cláusulas 1.12 y 3, la oferta comprende un mes de inicio de pago a la DGAC y un monto fijo mensual a pagar (DAM) a partir de esa fecha, elementos con los cuales se calcula el "Factor de Licitación", definido como el valor presente de los pagos comprometidos hasta el fin de la concesión, descontados con una tasa anual del 6%. Adicionalmente, la cláusula 3.4. de las Bases señala que la concesión se adjudica a quien presente la oferta que determine el mayor Factor de Licitación.

42. La mayor parte de los aportantes o intervinientes expresaron discrepancias respecto del mecanismo de evaluación de las ofertas. En efecto, la FNE aduce que las Bases podrían generar resultados ineficientes y ser extractivas de renta, Enex critica que las Bases no tomen en cuenta factores técnicos o de servicio, Esmax señala que es arbitrario adjudicar la licitación sólo por capacidad o agresividad económica y no ponderar las competencias técnicas de los proponentes, mientras que ENAP señala que es riesgoso que la adjudicación considere sólo el pago a la DGAC y no considere los precios que se cobrarán posteriormente al explotar y operar la concesión.

43. De lo expuesto precedentemente, y en coherencia con lo dispuesto por la Resolución N°13 de 2006, se puede concluir que el criterio de evaluación económica de las ofertas establecido en las Bases es contrario a la libre competencia, por cuanto genera el riesgo de que se cobren precios altos a los usuarios finales de los Combustibles de Aviación, los que se pueden traspasar aguas abajo. Ello se concluye directamente de (i) la calificación de instalación esencial de las redes hidrantes, que supone la existencia de un monopolio no desafiante y demandantes aguas abajo sin sustitutos cercanos, (ii) la libertad de precios aguas abajo posterior a la licitación y (iii) la extensión de la condición de monopolista desde la operación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la infraestructura a los mercados de distribución de combustible a través del bloqueo al acceso de terceros interesados en participar de estos últimos.

44. Por consiguiente, sería necesario que las Bases fueran reformuladas en cuanto a su criterio de evaluación de las ofertas, en términos similares a los propuestos en la Resolución N°13 de 2006. En concreto, el mecanismo de asignación debiese estar basado en el menor cobro a efectuar a terceros que accedan a la infraestructura objeto de la licitación, vale decir, la menor tarifa a cobrar a los usuarios intermedios de la red hidrante o suministradores de Combustibles de Aviación, sin perjuicio de que puedan considerarse también criterios técnicos que la Consultante considere relevantes y que se pueda establecer en las Bases un pago fijo mensual del concesionario a la DGAC, siempre que éste responda a criterios razonables, tal como se estableció en la consideración novena de la Resolución N°13 de 2006.

45. En quinto lugar, la cláusula 1.5.1. de las Bases señala que “[D]urante el período de estudio y evaluación de las propuestas la DGAC podrá efectuar consultas a uno o más proponentes, reunidos o separados, para aclarar puntos específicos de las respectivas ofertas”. Por consiguiente, la DGAC podría crear instancias para que agentes económicos que compiten en el marco de la licitación se puedan coordinar entre sí antes de la adjudicación, incurriendo en prácticas anti-competitivas. Del mismo modo, la cláusula 1.5.3. de las Bases, sobre las visitas al bien inmueble, señala que los proponentes deberán efectuar visitas a las superficies que se ofrecen en concesión dentro del período y horario allí establecido.

46. A fin de evitar encuentros entre los proponentes de la licitación que pueden facilitar la colusión entre ellos, las Bases debieran disponer que la DGAC formule consultas a los proponentes sólo en forma individual y, en cuanto a las visitas del inmueble, que indique días y horarios alternativos específicos para cada proponente, de manera que no coincidan con la visita que efectúen los demás.

47. En sexto lugar, la cláusula 2.3.2 de las Bases disponen que “[L]a concesionaria deberá asegurar un mínimo de stock que permita entregar el servicio de abastecimiento de combustible por al menos 2 días”. Esto hace que exista una asimetría de información a este respecto en beneficio del concesionario incumbente, pues las Bases no contemplan la entrega de información sobre ventas diarias.

48. Por lo anterior, sería necesario que las Bases exijan una cantidad cierta de stock de respaldo o que, en forma previa, se les entregue a los potenciales oferentes el historial de ventas diarias del actual concesionario, para que puedan evaluar los volúmenes de combustible involucrados en la exigencia que se les hace en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mencionada cláusula.

49. Un problema adicional es que la información contenida en las Bases aparentemente agrupa las ventas de JET A-1 y AVGAS. Ello supone un riesgo a la libre competencia porque los concesionarios actuales cuentan con información relevante con que los otros potenciales oferentes no podrán contar. A modo de ejemplo, Enx en su presentación de fojas 100 señala que la cláusula 2.3.3.2 de las Bases, que regula la implementación de la plataforma de aviación general, los obliga a desarrollar una actividad respecto de la cual no pueden estimar su inversión y rentabilidad.

50. Dado lo anterior, sería necesario que la información que se entregue a los potenciales oferentes esté desagregada entre los distintos productos objeto de la licitación.

51. En séptimo lugar, además del mecanismo de adjudicación, diversos intervinientes cuestionaron algunos de los plazos establecidos en las Bases. Específicamente, ENAP, Air BP Copec y Esmx (a fojas 142, 104 y 169, respectivamente) resaltan que el período de la concesión no es coincidente con la vida útil de los estanques actualmente construidos, de modo que éstos deberán ser reemplazados durante la vigencia de la concesión que se está licitando. Esmx agrega que tal inversión no es considerada en las Bases, Air BP Copec señala que el plazo debiese coincidir con la vida útil de los actuales estanques y Enap aduce que los plazos actuales incentivan futuras renegociaciones y extensiones del plazo de concesión.

52. A este respecto, el hecho de que la vida útil de los activos sea menor al plazo de la concesión, necesariamente llevará a una renegociación de las condiciones de las nuevas inversiones entre la DGAC y quien resulte adjudicatario de la presente licitación, y no en el marco de una nueva licitación. Dado que no se establecerá el mecanismo de esta renegociación en las Bases, pues resulta prácticamente imposible determinar los términos en que ella se realizará en el futuro, es razonable suponer que todos los proponentes de esta licitación ofertarán precios más elevados por el acceso a la infraestructura concesionada. Tratándose de una red hidrante otorgada monopólicamente para acceder a los clientes finales en el Aeródromo, cualquiera sea el tipo de competencia en el mercado de aguas abajo, existe un riesgo fundado de que se eleven los precios de los combustibles. De esta manera, los consumidores serían perjudicados en el mercado aguas abajo, generando con ello una pérdida de eficiencia en la asignación de recursos (toda vez que la demanda por combustibles en el Aeródromo tiene algún grado de elasticidad), afectándose

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

así la libre competencia.

53. En consecuencia, las Bases deben velar porque el plazo de concesión coincida con el plazo de reposición de la infraestructura, de manera que en una futura licitación se concesione tanto la operación como las inversiones de las obras concesionadas.

54. Finalmente, tal como argumentan ENAP a fojas 142, Enex a fojas 100 y ESMAX a fojas 104, las Bases contienen especificaciones que entregan un grado excesivo de discrecionalidad a la DGAC. En particular, las Bases establecen que:

- a) *“La DGAC por intermedio de la Jefatura del aeródromo Carriel Sur se reserva el derecho de cambiar la ubicación del concesionario y conservar, aumentar o disminuir la superficie ocupada. El costo de reubicación será por cuenta del concesionario.”* (numeral 15 de la cláusula 1.9.8);
- b) *“Al término de la concesión o en caso que éste quedare sin efecto por cualquier causa, las construcciones, instalaciones o mejoras que se introdujeran quedarán a beneficio fiscal, sin indemnización alguna por parte del Fisco”* (numeral 18) de la cláusula 1.9.8);
- c) *“Además, la DGAC se reserva el derecho de poner término anticipado de la concesión, estableciéndose que el valor de la indemnización será en base al último Derecho Aeronáutico Mensual facturado al concesionario”.* (último párrafo de la sección B del numeral 1.11.1).

55. Efectivamente, la facultad señalada en la letra a) precedente, al asignar un nivel de discrecionalidad excesivo a la Consultante, redundará en ofertas económicas menos competitivas por parte de los participantes de la Licitación. En forma similar, lo señalado en las letras b) y c) anteriores, al ser consideradas en su conjunto, asignan similar discrecionalidad y agregan un importante riesgo al adjudicatario de la licitación, lo cual también significará muy probablemente ofertas menos agresivas por parte de los oferentes.

56. Atendidas las razones antes expuestas y por motivos análogos a los señalados en el párrafo 52, tales cláusulas debieran ser corregidas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

III) PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18° y 31° del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Rechazar las “Bases de licitación pública para el otorgamiento en concesión de la ampliación, explotación, operación y mantenimiento de la red de suministro de combustible del Aeródromo Carriel Sur (SCIE)”, de la comuna de Talcahuano, por no ajustarse a la normativa sobre libre competencia.

Se previene que los **Ministros señores Saavedra y Tapia**, si bien comparten la decisión de mayoría, consideran innecesaria la calificación de ciertos insumos como “instalaciones esenciales” para efectos de establecer obligaciones de compartirlos o de obtener acceso a ellos. Por una parte, desde el punto de vista de la libre competencia, tal calificación no se basa en una conducta anticompetitiva de un agente económico, que es lo que propiamente constituye el objeto de reproche en esta sede. De hecho, si se presentara tal conducta, el derecho podría lidiar con ella por la vía de la negativa de pactar u otra doctrina afín. Por otra parte, desde el punto de vista regulatorio, la calificación es innecesaria como fundamento para otorgar acceso a un bien, por cuanto el regulador puede hacerlo potestativamente atendiendo a una diversidad de razones, entre las que se encuentra, principal, pero no exclusivamente, el hecho que el bien, de hecho o de derecho, permite tener algún grado de control sobre un mercado. Ello no obsta, por cierto, a que su decisión pueda ser sujeta eventualmente a un escrutinio desde la perspectiva de la libre competencia.

En el presente caso resulta innecesario calificar a la red hidrante de instalación o insumo esencial, siendo suficiente que la DGAC establezca la obligación de acceso al objeto licitado en las mismas bases, considerando los requisitos regulatorios que la constriñen, indicados en el párrafo 26º, y el estatus de monopolista que adquirirá el adjudicatario.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese personalmente o por cédula a la Consultante y a los intervinientes.
Archívese, en su oportunidad.

Pronunciada por los Ministros Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Presidente (S), Sr. Javier Tapia Canales, Sr. Jaime Arancibia Mattar y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez. No firma el señor Ministro Eduardo Saavedra Parra, no obstante haber concurrido a la audiencia pública y al acuerdo de la causa, por encontrarse en comisión de servicio.