

En lo principal, recurso de reclamación; y, en el otrosí, se tenga presente.

Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Nicole Nehme Zalaquett y Gonzalo Villazón Salfate, abogados en representación de San Antonio Terminal Internacional S.A. (“STI” o la “Compañía”), en la causa Rol NC N°464-20, caratulada “Consulta de Ferrocarril del Pacífico S.A. sobre Terminal Intermodal Barrancas”, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal”) respetuosamente decimos:

Encontrándonos dentro de plazo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 31, en relación con los artículos 18 N°2 y 27, todos del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, sobre Defensa de la Libre Competencia (“DL 211”), y demás normas legales aplicables, interponemos un fundado recurso de reclamación (“Recurso” o “Reclamación”) en contra de la Resolución N°68/2021 de este H. Tribunal, dictada con fecha 31 de diciembre de 2021 (“Resolución N°68”, o simplemente la “Resolución”), que fuera notificada mediante correo electrónico a STI con fecha 3 de enero de 2022, según consta a folio 298.

La Resolución se pronunció sobre la consulta que consta a folio 10 (“Consulta”), presentada por Ferrocarril del Pacífico S.A. (“Fepasa”), la que tuvo por objeto determinar los resguardos, medidas y condiciones de libre competencia que debería cumplir el proyecto Terminal Intermodal Barrancas (“Proyecto TIB” o “TIB”), promovido por la Empresa de los Ferrocarriles del Estado (“EFE”), a emplazarse, bajo la forma en que propone EFE, en terrenos que se anexarán a la zona de concesión del frente de atraque Costanera-Espigón del Puerto de San Antonio, y a ser administrado por el concesionario de ese frente de atraque, Puerto Central S.A. (“PCE”), este último, competidor de STI (quien es concesionario del otro frente de atraque, de ese mismo puerto, denominado Molo Sur).

En efecto, STI es la empresa que, desde el año 1999, ha tenido la concesión del Frente de Atraque Molo Sur del puerto de San Antonio¹, en particular, de sus sitios 1, 2 y 3. Adicionalmente, al interior de este puerto se encuentran también: **(i)** el terminal de PCE, quien tiene a su cargo la concesión del Frente de Atraque Costanera-Espigón –contigua a los terrenos de la actual Estación Barrancas, que es donde estará ubicado el TIB–; **(ii)** el terminal de Puerto Panul S.A.; y, **(iii)** el terminal Sitio 9, operado bajo un sistema multioperador,

¹ Las bases de licitación en virtud de las cuales se adjudicó la concesión a STI fueron revisadas por la H. Comisión Preventiva Central, dando origen al Dictamen N°1045 de fecha 21 de agosto de 1998.

especializado en la transferencia de graneles líquidos y administrado por la Empresa Portuaria de San Antonio S.A. (“EPSA”).

En la imagen siguiente se especifica la ubicación de cada terminal.

Imagen N°1

Distribución de terminales en el Puerto de San Antonio



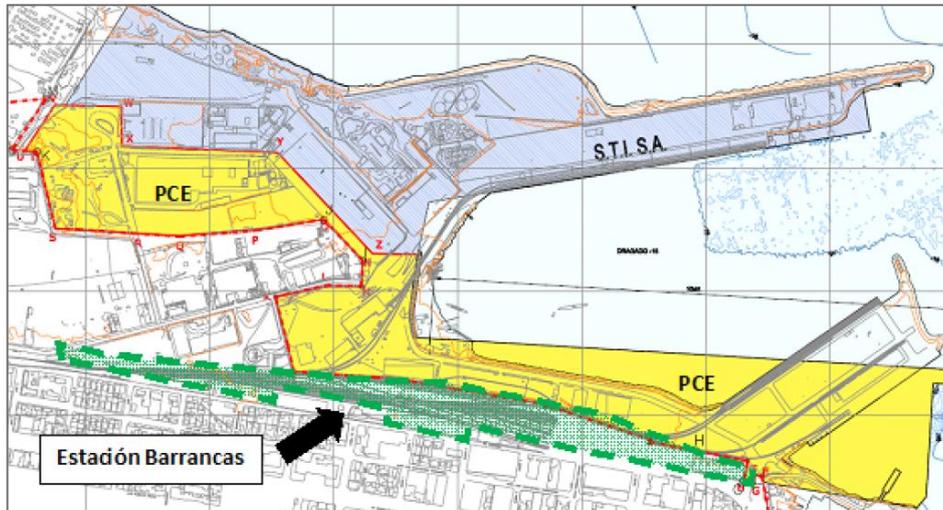
Fuente: EPSA

En ese contexto, para STI resulta simplemente fundamental el funcionamiento del futuro TIB que está siendo impulsado por EFE –y que fue objeto de la Consulta–. La finalidad del Proyecto TIB es, en palabras de EFE, es desarrollar y modernizar el patio de maniobras ferroviario de la Estación Barrancas ubicada en el Puerto de San Antonio, incluyendo las diversas áreas que la componen, de manera de impulsar y potenciar el modo de transporte ferroviario en dicho puerto, y en particular el movimiento de contenedores por vía férrea desde y hacia los frentes de atraque.

La Estación Barrancas tiene una superficie total aproximada de cinco hectáreas y colinda con los terrenos de la concesión portuaria de PCE por el poniente y con la calle Angamos por el oriente. La siguiente imagen muestra, en el área achurada en color verde, la ubicación de la actual Estación:

Imagen N°2

Ubicación de la Estación Barrancas



Fuente: Fepasa. Consulta de folio 10; p. 12.

Para mayor claridad de la exposición de este Recurso y una mejor inteligencia de la Resolución –en particular en lo que se refiere a la calidad de instalación esencial del TIB (§III.1 *infra*)– distinguimos dentro de la Estación Barrancas dos sectores relevantes: **(i)** el sector del patio de maniobras, de 2,6 hectáreas, donde se emplazará el TIB y al frente de la concesión de PCE; y, **(ii)** el sector *ex tornamesa*, de 0,5 hectáreas, utilizado actualmente por el porteador Fepasa para la transferencia de contenedores². El patio de maniobras es, por su configuración y finalidad, el área principal de la estación, toda vez que en él se encuentran las distintas vías férreas a las que tienen acceso los porteadores en virtud de los contratos de acceso que han celebrado con EFE, específicamente Transap, por lo cual en esta área se realizan las operaciones inherentes al transporte ferroviario, como son los movimientos de trenes, transferencia de carga contenedorizada, monitoreo de la operación y transferencia, y la entrada y salida al puerto de San Antonio por medio del tren. La siguiente imagen muestra en color verde, el patio de maniobras, y en color celeste, la *ex tornamesa*:

² De menor relevancia para estos efectos, pues están destinados a cargas distintas de los contenedores, son el sector conocido como “EFE Norte”, área ubicada al oriente de la estación y las líneas férreas, que es utilizada por Fepasa para la transferencia de carga especializada de ánodos de cobre; y una bodega, actualmente arrendada por Cementos Bicentenario S.A., quien utiliza esta área de la estación para el almacenamiento de productos que se importan y que se emplean en la producción de cemento.

Imagen N°3

Patio de maniobras y sector ex tornamesa en la Estación Barrancas



Fuente: Elaboración propia

Volviendo a lo que fue el objeto de la Consulta, en síntesis, el TIB consiste en un proyecto de mejoramiento y desarrollo de un terminal intermodal dedicado exclusivamente a la transferencia de carga contenedorizada que se movilizará por vía ferroviaria en el Puerto de San Antonio. Se trata de un proyecto de EFE, pues está fundamentalmente emplazado en la Estación Barrancas, que corresponde a terrenos de su propiedad, incluyendo la parilla ferroviaria.

Según describió la propia EFE en el proceso³, el TIB en su opción integrada supone que los terrenos del patio de maniobras de la Estación Barrancas se incorporen a los de la concesión de frente de atraque Costanera-Espigón, cuyo titular actualmente es PCE. Para materializar lo anterior, EFE entregará a EPSA esa parte de los terrenos de la Estación Barrancas y, posteriormente, EPSA ampliaría el área de dicha concesión de PCE. Dado que el TIB estará emplazado en la concesión Costanera-Espigón de PCE, EFE concluye que forzosamente correspondería a su titular efectuar su operación, lo que es un error jurídico, según se explicará. Para la ejecución del proyecto, además de las obras de habilitación y mejora de infraestructura ferroviaria, se eliminaría un muro perimetral que separa los terrenos de la Estación Barrancas con la concesión de PCE. En cuanto a la administración del TIB, EFE ha señalado que –sin perjuicio de que a ella le competiría la gestión del tráfico ferroviario propiamente tal– corresponderían a PCE las actividades de transferencia, acopio y gestión de los contenedores movilizados.

De acuerdo con proyecciones de EFE, el TIB permitiría aumentar la capacidad máxima de transferencia de la Estación Barrancas de los actuales 50.000 TEUs al año, a 350.000 TEUs al año⁴.

³ EFE. Aporte de antecedentes de folio 108; pp.16-19.

⁴ EFE. Aporte de antecedentes de folio 108; pp.11.

Así, a través del TIB se haría, en el futuro, lo sustancial de la transferencia de contenedores movilizados por vía férrea desde y hacia el Puerto de San Antonio. Esto transforma a dicho proyecto en una infraestructura esencial para el movimiento de carga desde y hacia los terminales portuarios de esta zona. Lo anterior, explica por qué dicha infraestructura tendrá una relevancia estratégica tanto para el desarrollo del negocio de STI como para el Puerto de San Antonio en su conjunto, particularmente tomando en consideración las perspectivas de crecimiento del volumen de carga que deberá ser transferido a través de este puerto en los próximos años. En efecto, dado que la ciudad de San Antonio es una altamente congestionada, se estima que cualquier porcentaje de crecimiento de demanda ya no podrá ser eficientemente absorbido por el modo rodoviario (camiones), siendo entonces el modo ferroviario la opción más adecuada.

En efecto, durante el proceso de Consulta, prácticamente todos los intervinientes destacaron las virtudes del modo ferroviario en comparación con las externalidades negativas que el modo rodoviario implica, y que tienen virtualmente colapsadas las vías de acceso del Puerto de San Antonio y sus rutas desde y hacia los principales centros de origen y destino de la carga⁵. En este sentido, el modo ferroviario es el único que permitiría agregar valor a la cadena logística en vista de la insuficiencia del transporte terrestre. Esto es consistente, además, con las proyecciones de los intervinientes y entidades técnicas que esperan llevar el crecimiento del transporte ferroviario de contenedores desde el magro 5% actual⁶, a un 30% de la carga contenedorizada del Puerto de San Antonio⁷.

Por lo tanto, la capacidad competitiva del Puerto de San Antonio, en un escenario de proyección creciente del volumen de carga transferida, se verá gravemente afectada o disminuida si sólo cuenta con un modo ferroviario subutilizado producto de distorsiones a la competencia, o si sólo cuenta con un TIB al que no pueden acceder todos los usuarios del puerto en igualdad de condiciones. De ahí la relevancia de que se establezcan resguardos eficaces respecto del diseño, administración y operación TIB, para que, por esa vía, se permita incentivar el transporte ferroviario de carga en el puerto de San Antonio en su conjunto y en su máximo potencial.

⁵ Como lo señaló, por ejemplo, la FNE: “respecto al transporte de carga por el modo ferroviario, éste tiene la ventaja de generar menores externalidades negativas –en especial en lo que respecta a aspectos medioambientales y de congestión– además de ser un medio de transporte más seguro. Estas dos características fueron reveladas durante la investigación como los principales atributos de este modo de transporte a la hora de preferirlo por sobre el modo rodoviario” (FNE, aporte de antecedentes de folio 131; ¶25).

⁶ FNE. Aporte de antecedentes de folio 131; ¶58.

⁷ El MTT actualizó en 2019 su “Plan Nacional de Accesibilidad Vial Portuaria” –instrumento que reporta el estado de avance del Plan Nacional de Desarrollo Portuario de 2013– señalando que el proyecto de mejoramiento del denominado “Corredor Ferroportuario Santiago-San Antonio”, en fase de estudio de ingeniería, es una iniciativa “cuyo objetivo es transportar el 30% de la demanda de contenedores transferida por el Puerto de San Antonio”. Véase MTT (2019). “Plan Nacional de Accesibilidad Terrestre a Puertos”; p.60. Disponible en: <<https://go.fn.cl/22uj2>> [Fecha última consulta: 14 de enero de 2022]. Por su parte, la Comunidad Logística de San Antonio, que congrega a los principales actores de la cadena logística del puerto del mismo nombre, destacó públicamente en 2017 el desarrollo de una “Agenda de Trabajo entre Puerto San Antonio y Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE) busca aumentar la capacidad de transferencia de carga de mercancías por tren a un 30% del total”. Véase Comunidad Logística de San Antonio (2017). “Memoria Anual”; p.12. Disponible en: <<https://bit.ly/2Gvet6d>> [Fecha última consulta: 14 de enero de 2022].

Por todo lo indicado, contar con un acceso efectivo al modo ferroviario, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, es de vital importancia para el futuro desarrollo y crecimiento del frente de atraque Molo Sur, en particular, y del Puerto de San Antonio en general. Para STI, ello sólo será factible si cuenta con garantías de que sus clientes y usuarios accederán en igualdad de condiciones (en comparación con los clientes y usuarios de los demás terminales del puerto y, en especial, de PCE) y sin trabas al ferrocarril. Y lo será también en la medida de que existan garantías de que STI no quedará en una situación desmejorada a la de su competidor como consecuencia del desarrollo del TIB.

En ese contexto, STI aportó antecedentes en el proceso de Consulta y participó de la audiencia pública de estilo, explicando por qué sería de la mayor gravedad para la libre competencia que la gestión del TIB se termine entregando a su competidor PCE. Básicamente, porque ello daría lugar al control de una instalación esencial a uno de los agentes del mercado, PCE, quien tendría todos los incentivos, como lo ha fallado hasta la fecha una y otra vez el H. Tribunal para casos similares, para explotar abusivamente esa instalación en desmedro de los usuarios de tal facilidad esencial, ejerciendo conductas monopólicas, pero también para desarrollar conductas exclusorias en perjuicio de STI que terminarían afectando artificialmente su posición competitiva.

En simple, porque en el contexto de la existencia del TIB, para STI, acceder al TIB se vuelve una condición esencial para operar competitivamente en el frente de atraque Molo Sur del que es concesionaria en el Puerto de San Antonio, una parte relevante de sus costos quedarían a merced ni más ni menos que de su propio competidor, PCE, además de poder acceder ese competidor, gracias a su posición como posible gestor del TIB, a información sensible de los clientes de STI, lo que el derecho de la libre competencia proscribe compartir entre competidores. Por estas razones entre muchas otras, STI solicitó fundadamente que quien estuviera a cargo del TIB fuera un tercero independiente a PCE, seleccionado por un mecanismo de licitación basado en la menor tarifa que se ofreciera cobrar a los clientes, y que no estuviera afecto a los incentivos perversos de PCE. Además, requirió el establecimiento de una serie de medidas conductuales destinadas a precaver que el gestor del TIB desarrollara conductas exclusorias en perjuicio de STI y de otros agentes económicos que se desempeñan en el Puerto de San Antonio, precisamente, en atención al carácter de instalación esencial que el TIB evidentemente tendrá.

Nada nuevo estaba pidiendo STI. A esa misma solución había arribado el H. Tribunal, para casos de infraestructura comparable, en decisiones tan relevantes como las Resoluciones N°52/2018, N°63/2021, y N°66/2021, en las que impuso la exigencia de una gestión independiente de dichas infraestructuras, restringiendo las hipótesis de integración vertical, precisamente por sus riesgos exclusorios.

Inexplicablemente, sin embargo, la Resolución N°68 declaró que el Proyecto TIB, en los términos propuesto por EFE, debía únicamente cumplir con las insuficientes condiciones que a continuación se resumen, desatendiendo su propia jurisprudencia reciente que

consistentemente ordenaba, para casos como los de TIB, la desintegración vertical con los demás usuarios relevantes –incluidos desde luego los concesionarios portuarios– y la administración del activo por parte de un tercero enteramente independiente:

- (i) La aplicación del Informe N°6/2009 del H. Tribunal (“Informe 6”), que se pronunció sobre las bases de licitación del frente de atraque Costanera-Espigón e impuso resguardos estructurales y conductuales a la provisión de los servicios por PCE; todos ellos por lo demás insuficientes para precaver los abusos que PCE pudiera hacer de su gestión del TIB;
- (ii) PCE debe poner término a su participación en el *joint venture* con Transap S.A. (“Transap”) y Agencias Universales S.A. (“Agunsa”) en el *joint venture* denominado Corredor Ferroviario Express (“CFX”); lo que no resulta ser nada nuevo porque las mismas Transap y PCE habían informado durante el proceso de consulta que la participación de PCE en el CFX se estaba extinguiendo o dejaría de ser necesaria⁸, además de que resulta una pálida medida cuasi estructural en comparación con aquella que debiera haber adoptado el H. Tribunal, en respeto a sus propios precedentes, de exigir que la gestión del TIB estuviera en manos de una entidad independiente a los operadores portuarios o ferroviarios de la zona;
- (iii) El nuevo servicio portuario asociado al TIB (“Servicio de Transferencia TIB”) se deberá considerar como servicio portuario básico y, para la determinación de su tarifa máxima, PCE deberá aplicar la tarifa definida en su contrato de concesión. El concesionario del frente de atraque Costanera-Espigón –PCE– que será el operador del Proyecto TIB, no podrá aplicar tarifas superiores a aquellas tarifas máximas establecidas en el contrato de concesión de PCE, en el índice tarifario máximo (“IMax”). Para estos efectos, las tarifas que regirán el Servicio de Transferencia TIB no podrán superar aquellas ya contempladas en la fórmula del IMax que determinó la adjudicación de la concesión a PCE; medida que nos parece acertada para precaver abusos explotativos de parte de PCE, pero que se torna en insuficiente dada la ausencia de medidas estructurales de prevención de riesgos de libre competencia en la Resolución;
- (iv) Se prohíbe establecer premios o descuentos por fidelidad, tramos o metas de transferencia intermodal o de otro tipo que generen incentivos a la exclusividad en los servicios que provea el operador del Proyecto TIB; restricción que nos parece adecuada, aunque insuficiente dada la ausencia de medidas estructurales de prevención de riesgos de libre competencia en la Resolución;
- (v) No se podrán ofrecer de forma atada o empaquetada servicios básicos asociados a dicho Proyecto TIB junto con servicios especiales de cualquier tipo; restricción que nos parece adecuada, aunque insuficiente dada la ausencia de medidas estructurales de prevención de riesgos de libre competencia en la Resolución;
- (vi) Se deberá constituir una servidumbre de paso sobre la concesión de PCE para que cualquier usuario del TIB pueda mover carga desde o hacia los terminales;

⁸ Transap, escrito de aporte de antecedentes, de folio 118, p.32; y PCE, presentación de folio 184, p.17.

condición extremadamente vaga y ambigua, pues la servidumbre de que se trata resulta tan esencial para STI, como grave su ausencia de regulación, la que puede dar lugar a graves abusos, incrementos de costos y entorpecimientos del traslado de la carga y descarga que le corresponde, todo lo cual se ve fuertemente facilitado por el hecho de que esta ambigua condición no fija la localización de la servidumbre, ni su horario, ni sus condiciones de funcionamiento, entre otros factores esenciales; y,

- (vii) Se deberán adecuar todos los instrumentos que afecten el Proyecto TIB a fin de que sean consistentes con las condiciones descritas; condición que nos parece adecuada, aunque insuficiente dada la ausencia de medidas estructurales de prevención de riesgos de libre competencia en la Resolución.

Así, según se explicará en este Recurso, la Resolución N°68 incurrió en graves errores de hecho, de derecho y económicos en relación con aspectos esenciales del diseño, operación y administración propuestos para el futuro TIB, que motivan la interposición de la presente Reclamación, con el objeto de que la Excm. Corte Suprema enmiende la Resolución y, con ello, ajuste el Proyecto TIB al DL 211.

En efecto, una adecuada valoración de los antecedentes aportados en el expediente y una correcta interpretación y aplicación de la regulación vigente permiten concluir que el Proyecto TIB, en la forma propuesta por EFE, es contrario al DL 211. Por lo mismo, los resguardos –fundamentalmente de tipo conductual– que la Resolución impuso resultan del todo insuficientes para remover y mitigar eficazmente los graves riesgos para la libre competencia que de dicho proyecto, y del control que éste otorga de una instalación esencial a uno de los concesionarios competidores del Puerto de San Antonio, se derivan en la cadena logístico-portuaria del mismo puerto.

Como tendrá la ocasión de examinarlo la Excm. Corte, son variados y fundados los argumentos jurídicos, técnicos y económicos que justifican dejar sin efecto las condiciones impuestas en la parte resolutive de la Resolución N°68 y, en su lugar, efectuar las declaraciones y adoptar las medidas que se solicitan en el petitorio de este Recurso. En lo fundamental, es imperioso que el TIB sea administrado por un operador neutral e independiente de los concesionarios portuarios del Puerto de San Antonio, y además desintegrado de PCE, en atención a que el otorgamiento de la gestión de esa infraestructura a PCE entregará sin dudas a éste la habilidad y los incentivos para incurrir en conductas anticompetitivas en perjuicio no sólo de STI, sino que de todos los usuarios de la cadena logística del Puerto de San Antonio.

Lo que se viene diciendo se explica con más detalle a continuación.

I.

Antecedentes de la Resolución N°68

La Resolución N°68 tuvo por objeto fijar los resguardos, medidas y condiciones de libre competencia que debería cumplir el Proyecto TIB, a raíz de la Consulta formulada por Fepasa con fecha 10 de mayo de 2020.

Según se indicó por Fepasa en su Consulta, el TIB pretende ser construido siguiendo un diseño integrado a los terrenos de la concesión de frente de atraque Costanera-Espigón que está bajo el control del concesionario y competidor PCE. Para ello, según la información aportada por la misma PCE al expediente, EFE cedería los terrenos de la Estación Barrancas a EPSA, quien a su vez se los entregaría a PCE incluso a título gratuito⁹.

EFE descartó en cambio, lamentablemente, otras alternativas o diseños segregados, más eficientes, y que implicaban emplazar el proyecto únicamente en los terrenos de la Estación Barrancas, de propiedad de EFE, sin anexar dichos terrenos a la concesión de PCE y por lo tanto sin beneficiar a uno de los concesionarios portuarios sobre el otro. Según consta en el expediente, en 2018 EFE encargó la elaboración de un estudio de ingeniería (“Estudio 2018”), en el que se analizaron cuatro alternativas para el diseño del Proyecto TIB. Dos alternativas serían integradas, es decir, el patio de maniobras de la Estación Barrancas se uniría a terrenos de PCE, y otras dos alternativas serían no integradas o segregadas, por lo que el patio de maniobras se ubicaría exclusivamente en terrenos de EFE. El Estudio 2018 se pronunció a favor de la alternativa de opción integrada, donde se elimine un muro perimetral de separación de los terrenos de EFE y de PCE y se utilicen terrenos de la concesión de esta última. De esta forma, terrenos que hoy son independientes y externos al recinto portuario, pasarían a ser parte exclusiva y privativa de la concesión de uno de los frentes de atraque del puerto de San Antonio. Esta “opción integrada” es el diseño que se sometió a Consulta al H. Tribunal, precisamente por los graves riesgos de libre competencia que presenta.

En el expediente, aportaron antecedentes la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), EFE, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”), EPSA, STI, PCE, Transap y D&C Servicios Logísticos S.A. (“D&C”), entre otros.

A folio 121, STI aportó antecedentes, presentación mediante la cual manifestó su opinión sobre la Consulta y el Proyecto TIB, alegó con seriedad y fundamentó la existencia de riesgos para la competencia en los mercados relevantes afectados, y solicitó medidas idóneas y eficaces para mitigarlos, especialmente el que el TIB fuera gestionado por una entidad neutra e independiente, no dotada de incentivos perversos, y no por su competidor, PCE. Rogamos considerar las argumentaciones expresadas por STI a folio 121 como parte de este Recurso

⁹ Véase PCE, aporte de antecedentes de folio 126; pp. 20: “*EFE se comprometía a las siguientes obligaciones: a) Entregar un área de la Estación Intermodal para ser anexada al Frente de Atraque por medio de un contrato de comodato entre EFE y PCE, u otro medio a ser definido*”.

para todos los efectos legales a que haya lugar, las que no repetiremos acá en honor al principio de economía procesal.

Tras la audiencia pública, y previo a evacuar su decisión sobre el objeto de la Consulta, el H. Tribunal ordenó a EFE, de oficio, acompañar la última versión del informe –de febrero de 2021– preparado por la consultora Steer Davies & Gleave Chile Limitada (“Informe Steer”), acerca de la operación proyectada por EFE del TIB, e indicar el modelo operacional y tarifario pensado para el Proyecto TIB. En respuesta a esa solicitud, a folio 264, EFE acompañó el Informe Steer, reafirmando que el Proyecto TIB es básicamente una operación del TIB integrada a los terrenos de la concesión de PCE, y en que ésta tiene la administración del TIB.

Asimismo, y luego de la vista de la causa, esto es, cuando ya se encontraba concluido el aporte de antecedentes para todos los demás partícipes del proceso, EFE presentó a folio 284 un borrador del contrato que suscribiría con EPSA para el desarrollo y operación del Proyecto TIB, de abril de 2021 (“Borrador de Contrato TIB”); borrador al que los demás intervinientes sólo tuvieron acceso en su versión pública, tarjada en varias de sus partes relevantes (como sus niveles de servicio y las obligaciones de las partes antes y durante la operación del TIB). Si bien el Borrador de Contrato TIB estaba en fase de negociación cuando se presentó al H. Tribunal después de la vista de la causa, lo cierto es que, como lo señaló el mismo H. Tribunal, correspondió al “*antecedente más actualizado del Proyecto TIB, objeto de esta Consulta, [y] contiene las condiciones que supone la implementación del modelo integrado propuesto por EFE, por lo que las medidas que se imponen en la sección H [de la Resolución N°68] se centrarán en este documento*”¹⁰.

Esto es, todas las condiciones de la Resolución N°68 que relatamos previamente, fueron construidas sobre la base de un borrador de contrato ampliamente tarjado, presentado después de la vista de la causa, cuyas mismas partes indicaron que podía modificarse con posterioridad, y respecto de cuyas modificaciones el H. Tribunal no ordenó supervisión alguna, ni de su parte ni de parte de la FNE. Más incertidumbre jurídica para los intervinientes del proceso es difícil imaginar.

Entre otras materias relevantes para lo que sigue de esta reclamación, conforme con la Resolución¹¹ –pues, insistimos, los intervinientes, incluida STI, no tuvieron acceso completo a su contenido–, se destacó, en base al Borrador de Contrato TIB que: **(i)** las actividades de transferencia y acopio de contenedores movilizados en el modo ferroviario que se realizarían en el Proyecto TIB formarían parte del Servicio de Transferencia TIB¹²; **(ii)** el porteo de tales contenedores desde los terminales portuarios al TIB formaría parte de los servicios básicos regulados en el contrato de concesión; y, **(iii)** el encargado de prestar el Servicio de Transferencia TIB será PCE.

¹⁰ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶11.

¹¹ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶16.

¹² La actividad de transferencia de la carga consiste en la transferencia de Box entre la zona de *stacking* o acopio del TIB y los modos ferroviario y rodoviario, y viceversa, a través de grúas Rubber Tyred Gantry o RTG. Por su parte, la actividad de acopio de la carga consiste en el acopio de cargas movilizadas en tren por un tiempo determinado en la zona de *stacking* del TIB. Véase Borrador de Contrato TIB, cláusula Tercera, número Tres, sección 2.

Lo cierto es que, como se explicó detalladamente por STI durante este proceso, además de sus graves problemas de libre competencia, el modelo integrado propuesto por EFE –con la anuencia de EPSA y, desde luego, PCE– no es jurídicamente procedente, pues, entre otros, altera el marco regulatorio vigente aplicable a la concesión de este último. La sección siguiente desarrolla este esencial punto.

II.

El diseño y proceso de licitación del frente de atraque Costanera-Espigón no contemplaba la posibilidad de desarrollar un proyecto de terminal intermodal en la Estación Barrancas como el TIB

Un primer error sustantivo de la Resolución estriba en concluir que, presuntamente, el proceso de licitación para la concesión portuaria del frente de atraque Costanera-Espigón –que es aquel operado actualmente por PCE– habría contemplado la posibilidad de ampliar los terrenos de dicha concesión para desarrollar un proyecto como el TIB en la Estación Barrancas. Se trata de un punto gravitante, toda vez que la opción integrada propuesta por EFE descansa precisamente en el argumento de que, a partir de la incorporación de los terrenos de EFE donde se emplazará el TIB al área de concesión del frente de atraque Costanera-Espigón, su concesionario PCE estaría legalmente autorizado –por haber haberse supuestamente previsto así en las respectivas bases de licitación– para desarrollar la administración del TIB.

Esta errónea interpretación fue defendida por los promotores de la opción integrada, a saber, EFE y especialmente –como había de esperarse– por su principal beneficiario, PCE.

En el proceso y en la audiencia pública, STI entregó antecedentes de hecho, y variados y sólidos argumentos para demostrar que **(i)** las bases de licitación, el proceso licitatorio para la concesión de frente de atraque Costanera-Espigón y el contrato de concesión de PCE no contemplaron la posibilidad de una anexión de terrenos ferroviarios aledaños con el fin de desarrollar una estación intermodal como el TIB; **(ii)** la opción integrada para el Proyecto TIB supone entregar a PCE, a título gratuito, un nuevo negocio de servicios portuarios –que sería el Servicio de Transferencia TIB– configurándose en los hechos una *dación regulatoria* con negativos efectos en la eficiencia asignativa y el interés público; y, **(iii)** este mecanismo de asignación directa, sin licitación previa, implica una serie de contravenciones al diseño regulatorio y los fines de la Ley N°19.542 (“Ley de Puertos”), respecto del cual está llamado a intervenir preventivamente el H. Tribunal. Sin embargo, en esta parte la Resolución sólo se refirió al primer punto, y de manera insuficiente, haciendo eco de algunos de los argumentos de los promotores de la opción integrada y, en lo que es más grave, sin pronunciarse sobre los gravitantes puntos levantados por STI, que alertaban acerca de la elusión en que se estaba incurriendo de la normativa aplicable para llevar adelante el Proyecto TIB.

Resulta preocupante que la Resolución valide el proceder de EFE y que guarde silencio respecto de lo que implica la incorporación, sin licitación (y por tanto en desmedro de los otros proponentes de ese proceso por adjudicarse la concesión del frente de atraque), de activos tan relevantes –en los que se emplazará una estación intermodal, nada menos– en beneficio de uno solo de los concesionarios portuarios para que, como consecuencia de ello, éste pueda prestar allí nuevos servicios portuarios en condición monopólica.

Lo anterior es de suma importancia ya que, haciendo suyos los argumentos de EFE y PCE, el H. Tribunal en definitiva no se refirió a la fundada necesidad de que la asignación de la administración y operación del TIB sea efectuada a un operador independiente y neutral por medio de una licitación pública, tal como STI, Fepasa y otros intervinientes solicitaron en autos.

La Resolución abordó sólo la posibilidad de que EPSA ampliase el área de concesión de PCE, aunque sin especificar si tal ampliación resulta admisible a la luz de la regulación portuaria, cuando aquella tiene por finalidad desarrollar un proyecto de envergadura como el TIB integrado.

La Resolución efectuó un análisis literal y exegético del marco regulatorio de la concesión de PCE, en particular de algunas normas de la Ley de Puertos y su reglamento, y otras cláusulas del contrato de concesión de PCE que fueron citadas por EPSA en el expediente¹³.

Respecto de las disposiciones de la Ley de Puertos y su reglamento, el H. Tribunal observó que, si bien no hay menciones expresas al área de concesión ni a modificaciones de ésta¹⁴, los elementos que deben ser identificados en el contrato de concesión, entre ellos la superficie del bien concesionado, sería *“un contenido mínimo, el que podría ser ampliado por la empresa portuaria, respetando el marco regulatorio vigente”*¹⁵.

Enseguida, la Resolución hace referencia a algunos antecedentes del proceso de licitación del frente de atraque Costanera-Espigón llevado a cabo en 2011, en particular, a algunas de las afirmaciones hechas por EPSA a los oferentes en distintas rondas de preguntas y respuestas¹⁶ y, como elemento determinante, a juicio del H. Tribunal, a una carta de EFE a EPSA que fuera incorporada por esta última al *data room* durante el referido proceso licitatorio (*“Carta EFE-EPSA”*)¹⁷. De una lectura que, respetuosamente, consideramos superficial de estos

¹³ Escrito de aporte de antecedentes de EPSA de folio 98; pp. 3-6. En la misma línea argumental, el escrito de aporte de antecedentes de EFE, de folio 108; p. 28, y el escrito de aporte de antecedentes de PCE, de folio 126; ¶163-164.

¹⁴ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶¶41-43.

¹⁵ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶43.

¹⁶ El texto refundido de las bases de licitación del frente de atraque Costanera-Espigón fue acompañado por la propia STI al expediente mediante presentación de folio 203.

¹⁷ La Carta EFE-EPSA, acompañada a folio 179 del expediente, fue suscrita por el entonces gerente general de EFE, don Franco Faccilongo Forno, y dirigida al entonces gerente general de EPSA, don Álvaro Espinosa Almarza, de fecha 22 de febrero de 2011, en la que la primera informó a la segunda de un acuerdo de su directorio que autorizaría, sin fecha cierta, el arriendo de parte de la parrilla ferroviaria de la Estación Barrancas a EPSA, bajo determinadas condiciones que se proponían comenzar a negociar.

antecedentes, la Resolución concluye que “(...) *antes de ser licitado el frente de atraque Costanera-Espigón, era un hecho conocido por los interesados la posibilidad de incorporar posteriormente al área de concesión los terrenos de EFE*”¹⁸.

Sin embargo, una revisión e interpretación adecuadas de todos los antecedentes, desde una perspectiva teleológica y no meramente literal, permiten arribar a la conclusión contraria; esto es, que la incorporación de nuevos terrenos para el desarrollo de un terminal intermodal a favor del concesionario PCE y que fuera éste el prestador de los servicios de transferencia de la carga relativos a dicho terminal, no fue algo que formase parte del diseño licitatorio de la concesión del frente de atraque Costanera-Espigón, y por ende, los participantes de esa licitación no estaban en condiciones de efectuar, en ese momento, una adecuada evaluación ni ajustar sus ofertas para un proyecto como el TIB.

Cabe, en este contexto, seguir la cronología del proceso de licitación del frente de atraque Costanera-Espigón. Haciéndolo, podrá verse que, en su origen, las bases no previeron anexión alguna de terrenos de la Estación Barrancas para un fin como el desarrollo del TIB, y que posteriormente, lo que fue informado por EPSA a los oferentes de la licitación fue una mera eventualidad sobre el arriendo de una “parrilla ferroviaria” aledaña, en estado de muy inicial negociación con un tercero ajeno a la licitación, como es EFE. Lo anterior no se corresponde en lo absoluto con el Proyecto TIB integrado que se está promoviendo en la actualidad, cuando PCE ya no es solamente un oferente, sino el concesionario adjudicatario que se verá económicamente beneficiado con la prestación de servicios de transferencia de carga de contenedores provenientes del modo ferroviario, y del acceso –en términos exclusivos– a los terrenos que componen esta instalación.

Como es sabido, por ser una exigencia regulatoria, EPSA en 2008 sometió a examen del H. Tribunal el borrador de bases de licitación del frente de atraque Costanera-Espigón; dicho proceso culminó con la dictación del Informe 6. Sin embargo, ni dichas bases preliminares ni el Informe 6 incluyeron referencia alguna a materias ferroviarias y menos se refirieron a lo que podría asemejarse a un TIB. Dicho de otra manera, si la posible incorporación de los terrenos de la Estación Barrancas a la concesión era parte de la licitación, es inentendible que ello no haya sido debidamente informado al H. Tribunal durante el procedimiento que culminó en el Informe 6.

Los hechos dan cuenta, por el contrario, que esta eventual incorporación no estaba en el diseño original de la licitación. Por consiguiente, al determinar las condiciones a las que debía sujetarse EPSA para la concesión del frente de atraque Costanera-Espigón, el Informe 6 del H. Tribunal naturalmente no consideró servicios ni infraestructuras que se refirieran al porteo y transferencia de carga ferroviaria al momento de definir los servicios básicos que estarían sujetos a tarifa máxima en dicha licitación; esto es, precisamente aquellos servicios sin

¹⁸ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶48.

provisión alternativa¹⁹; o de establecer medidas o resguardos estructurales frente a una eventual integración vertical entre esta infraestructura esencial y un concesionario del Puerto de San Antonio.

Todo esto se torna más relevante en un contexto en que, cuando el ferrocarril se vincula a un proyecto portuario, éste pasa a ser un aspecto esencial del análisis del H. Tribunal, como lo muestra el Informe N°18/2021 (“Informe 18”) y la posición de la FNE a este respecto en ese expediente, que precisamente criticaba de EPSA por la falta de definición del proyecto del ferrocarril para el llamado Puerto de Gran Escala (“PGE”), que tan sustancial era para aquilatar a cabalidad esa licitación²⁰. En concreto, en el Informe 18, y para un caso enteramente homologable al que aquí nos ocupa, el H. Tribunal estableció una prohibición absoluta a la integración vertical entre el concesionario del PGE y el concesionario (usuario relevante) a cargo de la administración del ferrocarril, con lo que, de haberse analizado en su momento, la posible integración de los terrenos del TIB a la concesión de PCE también habría sido éste un aspecto esencial en el análisis del H. Tribunal.

Nada de eso sucedió. Precisamente porque el Proyecto TIB no fue parte de las bases de licitación del frente de atraque Costanera Espigón, para los agentes económicos del Puerto de San Antonio, la voluntad de su asignación por EPSA (en base al proyecto de EFE) sin más a PCE, sin previa licitación, y sin prevención suficiente de los riesgos de competencia asociados, ha sido una noticia grave e impactante, además de discriminatoria a la luz de lo que se observa en precedentes como el Informe 18.

Volviendo al Informe 6, una vez dictado éste, en los años 2010 y 2011 se llevó a cabo el proceso de licitación del frente Costanera-Espigón. A ese respecto, la Resolución se refiere, esencialmente, a lo señalado en dos respuestas de EPSA a preguntas de los oferentes de la licitación, y las relaciona con el contenido de la Carta EFE-EPSA²¹: en ambas respuestas EPSA señala que, a febrero de 2011, se encontraba *en negociaciones* con EFE sobre un sector adyacente a la superficie de la concesión –una *parrilla ferroviaria*– que *podría* ser incorporado al área de concesión. La información de dichas negociaciones que se habría entregado a los oferentes estaría contenida básicamente en la Carta EFE-EPSA. Ni EFE, ni EPSA ni PCE lograron acreditar que existiera otro antecedente distinto de esta carta en los documentos de la licitación que se refiriera a esta materia.

¹⁹ Para que fuesen considerados servicios básicos, EPSA debía evaluar al momento de licitar la concesión si existía o no la posibilidad de una provisión alternativa de tales servicios por empresas distintas e independientes del concesionario, en atención a las particulares condiciones de las áreas y la infraestructura objeto de la concesión.

²⁰ De hecho, tan claro es que si hubiera sido parte de la concesión se tendría que haber conocido por el H. Tribunal en el marco de dicho procedimiento, que la FNE señaló en ese proceso que: “Al respecto, este Servicio considera relevante que materias fundamentales referidas al transporte por ferrocarril se definan en un periodo anterior al proceso de licitación, tales como el modelo de negocios que el mismo tendrá sobre el financiamiento y operación de las vías ferroviarias y material rodante. (...) FNE. Escrito téngase presente, en Rol NC N°444-18, ¶¶2628; fojas 1104-1105.

²¹ La Resolución cita otras dos respuestas de EPSA a los oferentes que no son relevantes ni pertinentes para estos efectos: la primera de ellas se refiere a la posibilidad de incorporar “áreas adicionales de terreno y agua” a la concesión “[p]ara optimizar la longitud del muelle e incrementar el área de almacenaje” del frente de atraque, es decir, no relacionadas con los terrenos ferroviarios de EFE; la segunda, se refiere a los ajustes en el canon pagadero por el concesionario a EPSA en el evento que ésta incorpore nuevos terrenos al área de concesión, es decir, solamente se refiere a lo que el mismo H. Tribunal denominó en la Resolución (Parte Considerativa; ¶48) como la regulación del “efecto pecuniario” que dicho evento tendría.

La Resolución pareciera entender y concluir que la referencia a la *parrilla ferroviaria*, por sus 1,96 hectáreas como indica la Carta EFE-EPESA²², se corresponde con el proyecto de anexión de las 2,6 hectáreas de la Estación Barrancas para el mejoramiento y explotación de un terminal intermodal como el TIB. La Carta EFE-EPESA, sin embargo, sólo da cuenta de una negociación con EFE y la mera posibilidad de que ésta entregue a EPESA en arrendamiento al futuro concesionario, de manera opcional, una *parrilla ferroviaria* aledaña al área de la concesión. En efecto, en ninguna parte de la misiva se alude a algún proyecto de mejoramiento sustancial de la Estación Barrancas (u otro análogo al TIB), ni menos a detalles tan relevantes como quién se hará cargo de su administración. Más bien, esta carta únicamente refleja una propuesta de EFE para un eventual arriendo de la *parrilla ferroviaria*, que desde luego no constituye más que una posibilidad incierta. Es más, no se explicitan otros fines para los cuales se estaría eventualmente entregando tal *parrilla ferroviaria* al futuro adjudicatario. A su respecto, la Carta EFE-EPESA sólo señala que el concesionario portuario deberá efectuar meramente obras de construcción de vías férreas no reembolsables²³.

Del contenido escueto y genérico de la carta, no se desprenden los derechos y obligaciones que el futuro concesionario –en la calidad que sea– supuestamente asumiría respecto del área que se evaluaba anexar a la concesión. No existe en ella referencia alguna a si los servicios que podría prestar en relación con la instalación ferroviaria que se quiere anexar serían *servicios básicos* o *servicios opcionales* y, menos aun, algo tan esencial como una definición clara del régimen tarifario y de acceso que futuros usuarios tendrían a la instalación.

Si efectivamente es la Carta EFE-EPESA el antecedente determinante para entender que las bases de licitación del frente Costanera Espigón entregarían a su adjudicatario la administración del Proyecto TIB, de su sola lectura se observa que los oferentes que participaron del proceso de licitación del Frente de Atraque Costanera-Espigón tuvieron acceso a información sumamente limitada y, en caso alguno, concluyente, sobre lo que sería un eventual arriendo de la *parrilla ferroviaria*, mas no un proyecto de la envergadura del TIB, que entrega un rol *pivotal* y monopolístico al concesionario del frente de atraque Costanera-Espigón en lo que se refiere al transporte de contenedores por ferrocarril en el Puerto de San Antonio.

Adicionalmente, y no por ello menos relevante, pretender que las respuestas planteadas en el curso del proceso licitatorio habrían modificado las bases de licitación y serían suficientes para que los oferentes ajustaran sus propuestas (“*la licitación contenía una opción de ampliación del área de concesión, lo que, desde luego, debió ser parte de la evaluación de cada participante y de su disposición a ofertar*”²⁴), es inadmisible desde un punto de vista de derecho público. En efecto, y precisamente por el peligro que ello supone para la tutela de la igualdad de los oferentes, es

²² Como señalaba la Carta EFE-EPESA: “2. El área sujeta a arriendo tiene una superficie aproximada de 1,96 hectáreas”.

²³ Reza la Carta EFE-EPESA: “4. El oferente que se adjudique el Terminal Costanera Espigón, deberá construir a su costo, y sin derecho a reembolso las vías férreas que proponga EFE de común acuerdo con sus porteadores y el adjudicatario” y “5. Sin perjuicio de lo anterior, el diseño definitivo de dichas vías, tratándose de obras mínimas, el futuro concesionario podrá convenirlas directamente con EFE, quien lo hará de común acuerdo con sus porteadores.”

²⁴ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶48.

que la jurisprudencia consistente de la Contraloría General de la República (“CGR”) ha resuelto que las respuestas entregadas en el contexto de las rondas de preguntas y respuestas de una licitación, no pueden modificar las bases²⁵. Además, se trató de respuestas informativas de un hecho de un tercero, un acto de EFE que no pasaba de ser una lejana *mera expectativa*, absolutamente insuficiente para que los oferentes pudieran anticipar que devendría en lo que hoy se propone para el TIB.

En realidad, todas las negociaciones de 2011 a que hace referencia EFE y EPSA se limitan al arriendo de una *parrilla ferroviaria*, mas no a un terminal intermodal, mucho menos a uno de la envergadura del TIB. Lo más cercano a lo que es el actual TIB podría ser el proyecto de mejoramiento de la Estación Barrancas, el que, en todo caso, sólo se conoció dos años después del inicio de la concesión de PCE –en 2013– como parte del Plan Nacional de Desarrollo Portuario²⁶, cuestión que confirma que no pudo ser parte de la licitación del año 2011. Es más, no fue sino hasta 2015 –cuatro años después de la licitación de la concesión del frente de atraque Costanera-Espigón–, cuando EPSA y EFE suscribieron un convenio de colaboración que “*contempla la creación de una estación intermodal en el sector de Barrancas que servirá como centro de transferencia entre camiones y trenes*”²⁷.

Por lo mismo, las disposiciones del contrato de concesión de PCE, que datan de 2011, a lo sumo permiten concluir que se podrían anexar bienes, pero en caso alguna concluir que éstas habilitaban a la asignación directa y sin competencia de infraestructura ferroviaria estratégica para el Puerto de San Antonio, a fin de que PCE pudiera administrarla y recibir por ellos ingentes ingresos. El Proyecto TIB no es una mera ampliación de la concesión; por el contrario, a partir de la anexión se entregará a PCE un negocio entero, por el cual cobrará en condición monopólica por la transferencia y acopio de la carga destinada al o proveniente del TIB, y que le permitirá además incurrir en conductas anticompetitivas en perjuicio de STI aprovechando que será *la llave de paso* para el transporte de contenedores en ferrocarril desde y hacia el terminal de STI.

No cualquier ampliación del área de la concesión puede considerarse apta para que, discrecionalmente, la empresa portuaria de que se trate –aun con acuerdo del concesionario– asigne una nueva infraestructura con posterioridad a la adjudicación del respectivo frente de atraque y a la entrada en vigor del contrato de concesión. De lo contrario, en cualquier momento se podría alterar *ex post* el diseño de las bases de licitación y entregar al concesionario portuario nuevas instalaciones –de la naturaleza, extensión y finalidad que

²⁵ Dictamen N°7.643, de 2019, en el mismo sentido dictamen N°12.951 de 1997: “[L]as aclaraciones emitidas por el licitante no pueden modificar de manera alguna las bases respectivas, ni primar sobre ellas, puesto que el objeto del periodo de preguntas y respuestas es precisar el sentido de sus disposiciones, y no alterar o sustituir su contenido”.

²⁶ Este plan contempló el proyecto denominado “Optimización del patio Barrancas (PAF62)”, que comprendería “(...) la adecuación del patio ferroviario con el fin de prever áreas para operaciones y transferencias. El diseño debe considerar espacios para las operaciones de transferencia y podría contemplarla supresión de algunas de las vías de la parrilla si con eso se mejora la funcionalidad. Se contempla también el diseño de puertas y vías de acceso para los vehículos tanto desde PCE como desde STI”. Véase MTT (2013). Plan Nacional de Desarrollo Portuario; p.150. Disponible en: <<https://bit.ly/3jNYZJH>> [Fecha última consulta: 14 de enero de 2022].

²⁷ Véase EPSA (2015). “Memoria Anual”; p.9. Disponible en: <<https://go.fn.cl/wor2>> [Fecha última consulta: 14 de enero de 2022].

sean—, bastando simplemente que tales instalaciones sean aledañas al área de la concesión, independientemente de si dicen relación con el giro único de la explotación del frente de atraque, o si altera su equilibrio económico, o si perturba la prestación de servicios portuarios de otro concesionario o de usuarios relevantes del mismo frente (o de otro frente de atraque rival), o si afecta el desarrollo armónico del puerto en general.

Al no haber formado el TIB parte del diseño de licitación, lo que pretende EFE, en este caso en coordinación con EPSA es, en suma, efectuar una renegociación *ex post* que altera la licitación del año 2011 y la entrega de un negocio nuevo a PCE fuera de la tensión competitiva del proceso licitatorio, violándose con ello (i) la igualdad de los licitantes que es un principio jurídico básico que les obliga; y (ii) reglas básicas de *competencia por la cancha*. La doctrina económica deja en claro el efecto negativo de permitir *renegociaciones sustantivas como ésa, hechas fuera de base y sin el influjo de la competencia y sus efectos en dar lugar a conductas oportunistas, que distorsionan los equilibrios de mercado a que se llegó en la presentación de las ofertas, al cancelar los efectos de la competencia y afectar la transparencia de los procesos*²⁸.

Pero aun más, esta renegociación que se pretende está tan claramente fuera del objeto de la licitación original que, como se indicó *supra*, no fue parte de lo evaluado por el H. Tribunal en el Informe 6, lo que a mayor abundamiento deja en evidencia que, lejos de ser un ajuste menor, se trata de una modificación radical de la concesión de PCE y de la entrega de un *regalo regulatorio ex post*.

La eventual incorporación de una instalación tan relevante como es la Estación Barrancas a la concesión del Frente de Atraque Costanera-Espigón en beneficio exclusivo de un solo concesionario del puerto de San Antonio como es PCE, conllevaría necesariamente una alteración sustancial del objeto de la concesión de PCE y de su contrato con EPSA, circunstancias no previstas o consideradas ni por las Bases de Licitación ni por el Informe 6 de este H. Tribunal.

Finalmente, la Resolución no se pronunció respecto del hecho que el Proyecto TIB, en la forma en que ha sido promovido por EFE, no se ajustó a lo dispuesto en el mismo Informe 6 que, precaviendo que no se hicieran ajustes a la concesión de PCE de un modo tal que

²⁸ Engel, Eduardo, Galetovic, Alexander, Fischer, Ronald y Hermosilla, Manuel. Renegociación de Concesiones en Chile, Revista Estudios Públicos N°113, 2009; pp.153-154: “Las renegociaciones de contratos no son intrínsecamente malas. Es imposible anticipar todas las contingencias que pueden acaecer durante la vida de un contrato de largo plazo como son los de concesión, por lo que es conveniente que exista cierto grado de flexibilidad. Sin embargo, la capacidad ilimitada para renegociar contratos anula las ventajas del proceso competitivo mediante el cual se adjudican las concesiones. En efecto, el proceso competitivo —sin la esperanza de renegociar el contrato— asegura que la empresa que gana un contrato de concesión obtendrá una rentabilidad normal, dado el riesgo del proyecto. (...) Las renegociaciones de los contratos de concesión alteran el proceso competitivo y, de ser anticipadas, distorsionan las posturas en la licitación, por lo que ya no es posible asegurar que se minimicen los costos. (...) Hay varias medidas que deberían reducir este riesgo, devolviéndole al proceso competitivo de adjudicación de concesiones su efectividad. Una es que en caso de modificaciones importantes al contrato original, debería ser posible llamar a una licitación por las obras adicionales, lo que reduciría o eliminaría el incentivo a renegociar, porque su rentabilidad sería la del mercado” (énfasis añadido). En el mismo sentido: Bitrán, Eduardo, Nieto-Parra, Sebastián y Robledo Juan Sebastián. Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Perú. OECD Development Centre Working Papers, N°317, 2013; p.8.

alterara la certeza jurídica de los distintos agentes del mercado, previó un *mecanismo de adecuación* en virtud del cual exigió que “la modificación de aspectos establecidos por las bases de la licitación o el contrato de concesión” se hiciera sólo una vez transcurridos 10 años del contrato de concesión –esto es, desde agosto de 2021–, y sólo “una vez que este H. 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”²⁹.

Las decisiones del H. Tribunal en materia portuaria han sido consistentes y sistemáticas en dar cuenta de que no es aceptable la unilateralidad o la discrecionalidad en los cambios *ex post* de aspectos relevantes de la licitación o del contrato de concesión. Es por ello que se imponen *mecanismos de adecuación* en los contratos de concesión portuaria, como precisamente ocurrió con ocasión de la dictación del Informe 6. Pues bien, esa consulta no se pretendió hacer por los incumbentes del Proyecto TIB al H. Tribunal, el que no habría conocido de la materia de no haber sido por la iniciativa de Fepasa.

En suma, parte importante del razonamiento del H. Tribunal en la Resolución recurrida parte de la muy errónea base de que las bases de licitación del frente de atraque Costanera Espigón habrían supuestamente incluido la localización del Proyecto TIB en el área de concesión de PCE y la administración por su parte del Proyecto TIB. Nada de eso ocurrió, como se acreditó a lo largo de este proceso de consulta y se ha resumido precedentemente. Por ello, entregarle ahora a PCE esos activos y su gestión, sin licitación previa, y sin seguir las reglas del Informe 6 es un *regalo regulatorio* a favor de PCE ilegal, contrario a normas elementales de derecho público y contradictorio con el mismo Informe 6 que dictó el H. Tribunal en relación a los sucesivos actos jurídicos que se desarrollaran en relación a dicho frente de atraque.

Peor aun, como está concebido y ha sido validado por la Resolución, el Proyecto TIB supondrá anexar directamente el TIB a la concesión de PCE, a título gratuito y sin licitación, todo ello a favor de dicho concesionario, para que éste opere y administre el TIB y obtenga las correspondientes rentas adicionales a aquellas de su concesión.

Estamos derechamente ante lo que se denomina un *regalo o dación regulatoria* (actos de la autoridad que aumentan el valor de la propiedad o intereses de los privados³⁰), nada menos que de 2,6 hectáreas –en una zona de escasísimo espacio disponible– para desarrollar un

²⁹ H. Tribunal. Informe 6; p.102: “[E]ste Tribunal estima que EPESA deberá establecer un mecanismo de adecuación del contrato de concesión que prevenga la probable ocurrencia, en ese horizonte temporal, 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 la 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”.

³⁰ Bell, Abraham y Parchomovsky, Gideon (2001). Givings. The Yale Law Journal, Vol. 111, N°3; p.551: “En una dación regulatoria, el Estado usa su poder regulatorio para aumentar el valor de ciertas propiedades privadas” [Traducción libre de: “In a regulatory giving, the state uses its regulatory power to enhance the value of certain private properties”].

terminal intermodal en el que PCE preste exclusivamente sus servicios –básicamente, regalarle un negocio– mejorando su situación competitiva por un acto de autoridad, e interfiriendo con ello indebidamente en las dinámicas competitivas de los mercados involucrados. La inversión más relevante en infraestructura y equipamiento la efectuaría el Estado, para luego entregar a PCE el derecho a explotar nuevos servicios³¹. Como se ha dicho, no es sólo la entrega de los activos la que se efectuaría a favor de PCE, sino que EFE efectuaría inversiones adicionales de mejoramiento de la infraestructura ferroviaria para que PCE pueda desarrollar en exclusividad el negocio de transferencia de carga, siendo PCE básicamente el responsable y beneficiario de prestar el servicio, la provisión y mantención de los equipos de movimiento de carga y sistemas de información³².

Las daciones regulatorias entregadas sin dimensionar adecuadamente sus efectos o externalidades, pueden dar lugar a graves distorsiones en la eficiencia asignativa y llegar, incluso, a decisiones de inversión sub-óptima por el asignatario, como es precisamente el caso³³. Los criterios que permiten determinar si ha ocurrido una dación regulatoria, de aquellas que resultan más complejas en cuanto a sus efectos de políticas públicas, se evidencian en el caso de PCE: **(i)** existe una dación regulatoria si, mirado a la inversa, el beneficio podría ser caracterizado como una expropiación regulatoria³⁴. Esto se da indubitadamente con la anexión del TIB a la concesión de PCE: si, a la inversa, una parte de la concesión de PCE se destinara a otros fines por decisión estatal, y se viera privada de una parte del terreno concesionado, disminuyendo su área, PCE alegaría sin duda alguna una expropiación, una afectación que sus otros competidores no experimentan y pediría una indemnización por ello; lo opuesto, como es el caso, es una dación regulatoria, cuya contrapartida es un beneficio injustificado a favor de un privado –PCE–. **(ii)** Conforme al segundo criterio, estamos frente a una dación regulatoria si el beneficiario no es un grupo difuso, sino un particular perfectamente identificable. Es indiscutible; en este caso, el beneficiario será PCE³⁵.

Lo más riesgoso de validar este proceder, es que se pretende otorgar sin mediar proceso licitatorio alguno, esto es, *sin competencia por la cancha*. Competencia por la cancha que tan

³¹ Como lo resume el Informe Steer, será responsabilidad de EFE “[d]isponer del área de EFE en el Patio Barrancas (2 Ha) para anexarla y destinarla exclusivamente al TIB y a la atención del modo ferroviario”, “[f]inanciar y construir toda la infraestructura necesaria (pavimentos, cercos perimetrales, desvíos, control de tráfico, luminarias, otros) para la habilitación de la Estación Intermodal. El diseño y la ingeniería conceptual y de detalle correspondiente a dicha infraestructura debe ser compatible con las obras que PCE realizó en el nuevo Frente de Atraque y áreas de respaldo asociadas” y “[m]aterializar mejoras que impliquen un aumento de capacidad de la red ferroviaria desde San Antonio hacia Santiago, cuando la demanda justifique las inversiones” (Informe Steer; pp.86-87).

³² Véase, Informe Steer; pp. 85-86.

³³ “Las daciones indebidas pueden causar una mala asignación masiva de recursos, imponer un enorme costo al público y crear oportunidades e incentivos para la incorrección política” [Traducción libre de: “Overlooking givings may cause a massive misallocation of resources, impose an enormous cost on the public, and create opportunities and incentives for political mischief]. Bell, Abraham y Parchomovsky, Gideon (2001). *Ibid.*; p. 564.

³⁴ “En primer lugar, los responsables políticos deben determinar si el acto gubernamental que otorga un beneficio (y que potencialmente constituye una dación) podría caracterizarse como una expropiación si fuera a la inversa” [Traducción libre de: “First, policymakers must determine whether the government act that bestows a benefit (and potentially constitutes a giving) could be characterized as a taking were it reversed”]. *Ibid.*; p.555.

³⁵ “En segundo lugar, los responsables políticos deben determinar hasta qué punto los receptores de la dación constituyen un grupo fácilmente identificable y hasta qué punto las donaciones están disponibles para el público en general” [Traducción libre de: “Second, policymakers must determine the extent to which the recipients of the giving constitute a readily identifiable group and the degree to which the giving is available to the public at large”]. *Ibid.*; p.555.

esencial es en la industria portuaria, como se ha reflejado en sus numerosos informes sobre licitaciones de frente de atraque, en aplicación de los artículos 14 y 23 de la Ley de Puertos que así la establecen para el caso de las llamadas concesiones *monooperadoras*³⁶.

III.

El Proyecto TIB asignará directamente y de manera gratuita a PCE la administración de una instalación esencial, en circunstancias que debe adjudicarse mediante un mecanismo de licitación previa a un operador independiente y neutral, bajo el criterio de menor tarifa ofrecida

Independientemente de lo señalado *supra*, la conclusión del H. Tribunal en cuanto a que EPSA tendría la facultad de ampliar la concesión, haciendo con ello viable el proyecto de EFE, es en todo caso insuficiente para resolver los problemas de libre competencia asociados al modelo integrado del Proyecto TIB (entiéndase “integrado” como un eufemismo para indicar que el Proyecto TIB se entrega sin más, gratuitamente, y sin previa licitación, al concesionario del Puerto de San Antonio, PCE).

Según lo expuesto *supra* (§II), ha quedado claro que este proyecto no fue parte del diseño ni del proceso licitatorio del frente de atraque Costanera-Espigón. Luego, en cuanto a su licitud y conformidad con la libre competencia, el Proyecto TIB, como ha sido propuesto, afecta los fines mismos de una regulación que busca, precisamente, promover la libre competencia ex ante en la asignación de infraestructura portuaria.

El TIB es un terminal intermodal que debió haber sido calificado, según se justifica *infra*, como instalación esencial –o al menos como una instalación del tipo *cuello de botella*–, en el que su operador tendrá un verdadero carácter de actor *pivotal*.

³⁶ Ley de Puertos, artículo 14, inciso 2º: “Tratándose de frentes de atraque, la participación de terceros sólo se efectuará a través de concesiones portuarias. Para que proceda otorgarlas, en los puertos o terminales estatales de la Región deberá existir otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la concesión portuaria; de lo contrario, el directorio deberá contar con un informe de la Comisión Preventiva Central, establecida en el decreto ley Nº 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo Nº 511, de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. En este caso, las concesiones deberán realizarse en los términos que establezca el citado informe”.

Ley de Puertos, artículo 23, inciso 2: “No obstante lo señalado en el inciso anterior, el directorio de la empresa [portuaria] podrá, mediante licitación pública, implementar un esquema monooperador en dichos frentes de atraque, concesionados de conformidad a lo dispuesto en esta ley. Para ello, en los puertos o terminales estatales de la región deberá existir otro frente de atraque capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de la licitación, operado bajo un esquema multioperador; de lo contrario, el directorio deberá contar con un informe de la Comisión Preventiva Central, establecida en el decreto ley Nº 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por decreto supremo Nº 511, de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. En este último caso, la licitación deberá realizarse conforme a los términos señalados en el respectivo informe”.

III.1. El Proyecto TIB es una instalación esencial, que se debe regular por lo tanto de acuerdo a las reglas de libre competencia aplicables a ese tipo de instalaciones, que exigen su desintegración vertical, su acceso abierto y su gestión por un ente neutro e independiente

Contrariamente a lo señalado en la Resolución, el TIB sí es una instalación esencial. Es más, es un ejemplo de libro de lo que es una instalación esencial, lo que el H. Tribunal, usando una mirada inexplicablemente estática, no propia de un adecuado análisis de mercados en lógica de libre competencia, erróneamente descartó.

En efecto, la Resolución se pronunció sobre la procedencia de calificar al TIB como una instalación o facilidad esencial. A partir de lo que, respetuosamente, consideramos una apreciación errada de los antecedentes que obran en el expediente, la Resolución estimó que el Proyecto TIB no constituiría una instalación esencial.

Por lo pronto, el H. Tribunal ha señalado de manera consistente, y la Resolución no es la excepción³⁷, que para que una infraestructura tenga la calidad de esencial se deben cumplir tres requisitos: **(i)** el acceso a la instalación debe ser suministrado por una única firma presente en el mercado *aguas arriba*; **(ii)** la instalación no debe ser replicable a costo y plazo razonables; y, **(iii)** la infraestructura debe ser indispensable para participar en el mercado *aguas abajo*.

Respecto de los dos primeros requisitos, no existió mayor controversia en este proceso, y esto lo pudo constatar el H. Tribunal en la Resolución. En breve, respecto de la primera exigencia, en el diseño del Proyecto TIB será PCE el único actor que podría prestar los servicios asociados a la infraestructura; y, respecto del segunda, se aportaron antecedentes suficientes que dan cuenta de la imposibilidad de replicar una infraestructura como la del Proyecto TIB en sectores aledaños al Puerto de San Antonio –respecto de lo cual existe consenso entre los intervinientes– debido a la ausencia de terrenos disponibles del tamaño de éste y con la cercanía suficiente al puerto³⁸.

Como lo indica la Resolución, respecto del tercer elemento es donde existieron las mayores diferencias entre los distintos intervinientes, por lo que estimó pertinente el H. Tribunal analizar si el sector denominado *ex tornamesa* de la Estación Barrancas, donde opera actualmente el operador ferroviario Fepasa, serviría para prestar el servicio *aguas abajo* de transferencia de contenedores desde el modo ferroviario. Lo anterior, pues a juicio de la Resolución, la existencia de este sector sería la razón por la cual la infraestructura asociada al TIB no sería eventualmente indispensable para participar en el mercado en que incide dicho terminal intermodal (transferencia de contenedores desde y hacia el Puerto de San Antonio por vía férrea).

³⁷ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶82.

³⁸ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶87.

Precisamente, que Fepasa utilice actualmente el sector de la *ex tornamesa* y no el patio de maniobras de la Estación Barrancas, donde opera su competidor Transap, habría llevado al H. Tribunal a concluir que el tercer requisito de una instalación esencial no concurriría respecto del TIB; es decir, de acuerdo a la Resolución, el TIB no sería indispensable para prestar servicios de transferencia de carga contenedorizada en tren, pues, supuestamente, existirían otras modalidades o instalaciones alternativas, básicamente la *ex tornamesa*, aun cuando se reconoce que este sector tiene una *posición menos ventajosa* que la que tendrá el TIB³⁹.

Primero, la Resolución, no obstante, ha realizado un análisis estático, y no dinámico, de las condiciones de operación y competencia del modo ferroviario en el Puerto de San Antonio. La Resolución sólo consideró la estructura de mercado, según los porcentajes de participación y niveles de transferencia que tienen actualmente los operadores ferroviarios Fepasa y Transap. La Resolución se centra en la forma en que en la actualidad está operando Fepasa, infiriendo que “actualmente” el sector *ex tornamesa* sería competitivo en relación con el patio de maniobras de la Estación Barrancas. En suma, la Resolución observó la competencia en la transferencia de contenedores desde y hacia el Puerto de San Antonio como *foto* y no como *película* lo que, lamentablemente, constituye un craso error.

La procedencia de un análisis dinámico, como *película*, se explica, porque precisamente de lo que se trata, al instalar el Proyecto TIB, es de mejorar entre esta fecha y su implementación efectiva, de manera sustancial, la competitividad del modo ferroviario, incrementando de manera relevante los niveles de carga contenedorizada transferida por tren a través del TIB. Es precisamente en lógica de sus propios objetivos declarados que se debe analizar la competitividad de la transferencia de contenedores desde y hacia el Puerto de San Antonio y entonces decidir si el Terminal TIB será o no una *instalación esencial*.

Más que establecido quedó en el expediente, y replicado por varios intervinientes y en la misma Resolución, que:

“59. En relación con la participación de las empresas de transporte ferroviario en este mercado (año 2018-2020), ella es inferior al 5%, mientras que el modo rodoviario concentraría más del 95% del transporte (FNE, folio 131, p. 24; minuta de alegato de EFE, p. 2). Más relevante, **una vez implementado el Proyecto TIB, considerando que plantea movilizar hasta 350.000 TEUs/año y la información sobre la movilización de la carga en contenedores del año 2019, la participación máxima a la que podría acceder el modo ferroviario ascendería al 22% del total de contenedores movilizadas** en San Antonio (FNE, folio 131, p.43).

En el contexto del relevantísimo aumento del transporte de carga por ferrocarril que se espera en el mediano y largo plazo realizar por su intermedio, el Terminal TIB, o Estación Barrancas, corresponde indudablemente a una instalación irreplicable y sin alternativas viables comparables para los otros competidores.

³⁹ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶¶91-92.

Visto en perspectiva de la proyección de la capacidad de transferencia, se colige que la ex tornamesa no es una opción realista en términos competitivos con el TIB, pues este sector es muy pequeño en comparación con el futuro TIB y ya se encuentra saturado con la capacidad de transporte actual, por lo que aumentar los movimientos de carga realizados en ese sector sería sumamente ineficiente, como de hecho, ya se aprecia y fue latamente argumentado por la propia Consultante en su presentación de folio 193: la ex tornamesa es un área mucho más pequeña que el patio de maniobras de la Estación Barrancas, donde opera Transap y se emplazará el TIB.

Lo equivocado de la Resolución llega al extremo de que la misma indica de que, a pesar de que la *ex tornamesa* no representa más que el 19% del total del área que representará el TIB, “*no existen antecedentes que den cuenta de la correlación entre dichas áreas y de la capacidad de almacenamiento en cada sector*”⁴⁰, como si no se pudiera razonablemente inferir que los problemas de saturación ya existentes y probados en el expediente, que afectan a la *ex tornamesa*, están directamente relacionados con el tamaño del lugar donde se acopian los contenedores de Fepasa. Es más, Fepasa entregó antecedentes que permiten concluir que, ya en la actualidad, con los bajos niveles de transferencia de volumen de contenedores a través del modo ferroviario, el sector de la *ex tornamesa* está presentando dificultades operacionales en la recepción, acopio y transferencia de contenedores⁴¹.

Pues bien, las propias proyecciones del TIB indican que el 30% de la carga desde y hacia el Puerto de San Antonio será movilizada por ferrocarril, o conservadoramente, ésta llegaría al 22%. Precisamente, en ese escenario proyectado, la ex tornamesa deja de ser una opción viable bajo cualquier respecto (en la práctica no podría capturar ninguna carga adicional a la actual), y, por ende, el TIB se hará indispensable para los movimientos de carga en el modo ferroviario, absorbiendo todo el *delta* de movilización de carga por ferrocarril que se produzca en adelante (es decir, toda la carga que se movilice por el TIB); concurriendo por ello plenamente el tercer requisito propio de las instalaciones esenciales, que se mencionaba *supra*.

Segundo, vinculado a lo anterior, es un hecho público y notorio que el contrato de acceso de Fepasa con EFE vence el próximo 31 de diciembre de 2024. En ese contexto, el uso de la ex tornamesa como sitio para el movimiento de contenedores es, a lo menos, incierto, pues dependerá de la renovación de ese contrato por esas partes y la capacidad en consecuencia que tenga Fepasa de seguir utilizando dicho sector.

Tercero, lo que la Resolución N°68 no considera, es que los concesionarios portuarios, STI y PCE incluidos, están sujetos a un régimen de funcionamiento de 363 días al año (la excepción es Navidad y año nuevo) y turnos de 24 horas al día los 7 días a la semana. En cambio, el transporte por camiones no funciona los días domingo ni, desde el estallido social de octubre de 2019, durante las noches. Esto implica que un 43% del tiempo de funcionamiento de los terminales portuarios simplemente no existe disponibilidad de transporte rodoviario, con lo

⁴⁰ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶90.

⁴¹ Véase: Fepasa, presentación de folio 193; pp.24-25.

cual el modo ferroviario pasa a ser simplemente fundamental. En ese contexto, el TIB, que permitirá incrementar sustancialmente la carga por ese medio de transporta pasa a ser, y con mayor razón, necesariamente una infraestructura esencial para el correcto y eficiente funcionamiento de la operación portuaria.

Cuarto, existirá una dependencia operativa de STI para con el TIB, que en caso de estar operado por PCE pasará a serlo de STI con su competidor. Como PCE no tiene estándares de alta continuidad operacional –el número de huelgas y paros de sus trabajadores es alto, al punto que en ocasiones Transap no ha podido funcionar producto de lo anterior⁴²–, todo el ferrocarril y la carga ferroviaria de STI dependerán de las huelgas de PCE para funcionar en el caso de un modelo integrado, lo que refuerza la condición de instalación esencial que tiene el TIB. Ello, en un contexto en que bajo el modelo integrado los trabajadores del TIB pasarían además a ser trabajadores portuarios para todos los efectos legales, con los derechos a huelga consiguientes.

Así, y corrigiendo el grave error cometido al efecto por la Resolución, el TIB a todas luces debe calificarse como una instalación esencial para el transporte ferroviario de contenedores desde y hacia los frentes de atraque de STI y PCE (o a lo menos de una infraestructura del tipo *cuello de botella*, esto es, por la cual se deberá pasar para toda la proyección de incremento de carga que EFE espera se desarrolle a través del modo ferroviario), debiendo enmendarse la Resolución en este punto.

De lo anterior se deriva además que esta instalación esencial debe regirse por las reglas que son propias a ese tipo de activos, según la jurisprudencia conteste del mismo H. Tribunal, a saber: (a) acceso abierto; (b) desintegración vertical tanto respecto de los operadores de ferrocarril como de los concesionarios de los frentes de atraque para evitar incentivos económicos perversos; y, (c) consecuentemente su gestión por un tercero independiente y neutro, según lo exige la sana doctrina en sede de libre competencia.

A modo ejemplar, la muy reciente Resolución N°63/2021, sobre el terminal interurbano de Viña del Mar, prohibió absolutamente la integración vertical entre el operador del terminal y los transportistas terrestres, fundándose precisamente en la calidad de instalación esencial de dicho terminal⁴³.

⁴² De público conocimiento han sido distintos episodios de huelgas y paralizaciones de terminales del Puerto de San Antonio y otros puertos del país, entre ellos algunos operados por relacionadas a PCE a través de su matriz DP World. Véase, a modo de ejemplo, las siguientes notas de prensa: <<https://go.fn.cl/3f0wf>>; <<http://go.fn.cl/ko9k5>>; y, <<http://go.fn.cl/bejc7>> [Fecha última consulta: 14 de enero de 2022].

⁴³ Resolución N°63/2021, Pare Considerativa; ¶32: “*el Terminal Interurbano presenta las características de una infraestructura necesaria o instalación esencial, lo que se tomará en consideración al momento de fijar los resguardos a la competencia en la provisión de los servicios de administración, operación y explotación que presta el concesionario de dicho recinto*”. Así, como resguardo estructural para las nuevas bases de licitación se ordenó “*prohibir que en la entidad concesionaria participen todas aquellas personas o empresas que sean relacionadas, directa o indirectamente, a otras que participen actual o potencialmente en el mercado aguas abajo de servicio de transporte interurbano de pasajeros desde y hacia la ciudad de Viña del Mar, según los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores*” (p. 59)

III.2. El espacio del Proyecto TIB es un insumo escaso que se debe asignar de acuerdo a las reglas de una licitación competitiva

El espacio del TIB es un insumo escaso y además esencial para el desarrollo de un conjunto de actividades económicas en los distintos eslabones del traslado de las cargas con fines portuarios, como ya se mostró.

Así de esencial es el TIB y así de *pivotal* es quien va a estar a su cargo. Pues bien, la asignación de insumos escasos, especialmente cuando dan lugar a la operación de una instalación esencial tiene reglas claras emanadas de la jurisprudencia del H. Tribunal: esto es, la generación de un mecanismo de licitación y al menor precio.

Así, cuando se han asignado bienes escasos, el análisis del H. Tribunal ha buscado asegurar la mantención de *mínimas condiciones de rivalidad*⁴⁴, lo que “*se debe traducir en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases*”⁴⁵.

Por lo anterior, el estándar para asignar el Proyecto TIB debiera al menos ser en lógica de libre competencia uno que permita que la asignación de la administración del TIB y la prestación de sus servicios se efectúe por medio de una licitación al menor índice tarifario ofrecido.

Estas exigencias valen para todas las concesiones portuarias según los diversos informes que se han dictado por el H. Tribunal en la materia (Informe N°3/2009 hasta el Informe 18) y vale también para terminales de transporte ubicados en zonas con escasez de terreno, como lo es el TIB, según queda en evidencia de la reciente Resolución N°63/2021 sobre el terminal de buses de Viña del Mar y en la Resolución N°66/2021 sobre el terminal intermodal de Pedro Aguirre Cerda. Lo mismo contemplan legislaciones sectoriales para otros insumos escasos como frecuencias aeronáuticas, espectro radioeléctrico o cuotas de pesca en escasez⁴⁶.

La concesión por licitación no es baladí; por el contrario, es esencial para la asignación eficiente de insumos escasos, y aquí se pretende saltar gravemente esta sana política de

⁴⁴ H. Tribunal, Sentencia N°138/2014, considerando 16°.

⁴⁵ Ibid., considerando 17°.

⁴⁶ Reglamento de licitaciones de frecuencias aeronáuticas, artículo 2: “La Junta de Aeronáutica Civil llamará a licitación pública para asignar la o las frecuencias disponibles, en base a ofertas en dinero mediante la publicación de un aviso en el Diario Oficial y en un diario de Santiago, señalando las características de las frecuencias, el tipo y monto de la garantía que se deba rendir para participar, y el lugar, fecha y hora de apertura de la licitación (...)”. Ley General de Telecomunicaciones, artículo 13: “El Ministerio, además, deberá llamar a concurso público para otorgar concesiones o permisos para servicios de telecomunicaciones en caso que exista una norma técnica, publicada en el Diario Oficial, que sólo permita otorgar un número limitado de concesiones o permisos a su respecto”. Ley General de Pesca y Acuicultura, artículo 27: “En los casos que una determinada pesquería sujeta a régimen de plena explotación y administrada con cuota global de captura, se encuentre en un nivel igual o superior al 90 por ciento de su rendimiento máximo sostenible, se iniciará un proceso de pública subasta de la tracción industrial de la cuota global (...)”.

asignación según las reglas del mercado, reemplazándola por una verdadera entrega discrecional, directa y con un destinatario predefinido, además a título gratuito.

Es, entonces, grave desde la perspectiva de la libre competencia y la regulación que, además de no licitarse, se pretenda asignar directamente la operación del TIB a un competidor relevante de los distintos eslabones en competencia en el mercado, como es PCE.

Por todo lo expuesto es que se espera que, por la vía de la presente reclamación, la Excma. Corte Suprema pueda apreciar adecuadamente todos los antecedentes que permitan enmendar lo dispuesto en la Resolución N°68, y, entre otras medidas que se indicarán *infra* en esta presentación, se ordene que **(i)** la asignación del TIB recaiga en un operador neutral e independiente de los actuales concesionarios del puerto de San Antonio y de sus empresas relacionadas; y, **(ii)** que dicha asignación se efectúe mediante una licitación pública, cuyo criterio primario de adjudicación debe ser el de menor tarifa a pagar por los servicios que el TIB podrá prestar a sus clientes, especialmente los que formarían parte del denominado Servicio de Transferencia TIB –transferencia y acopio de carga de contenedores provenientes o destinados al modo ferroviario–.

En lo que sigue, se analizan las graves consecuencias para la libre competencia derivadas del otorgamiento a PCE de la administración y operación del TIB bajo el modelo integrado, según fue lamentablemente validado por la Resolución.

IV.

Las condiciones impuestas por la Resolución N°68 para prevenir conductas de sabotaje y el acceso a información comercial sensible por PCE respecto de su competidor STI, son totalmente insuficientes, inidóneas y de difícil fiscalización

El H. Tribunal estimó que los riesgos exclusorios identificados por distintos intervinientes, tanto en lo que la Resolución definió como mercado relevante afectado y como mercados conexos –entre estos últimos, el de servicios portuarios a naves para la carga de contenedores en el que participa STI– podrían ser suficientemente mitigados con **(i)** la calificación del Servicio de Transferencia TIB como *servicio básico*, que llevaría de suyo la aplicación inmediata e íntegra del Informe 6 y otras regulaciones aplicables a la concesión de PCE; y, **(ii)** la imposición de otros resguardos conductuales más específicos para PCE (excepcionalmente, cuasi estructurales en el caso del CFX)⁴⁷, destinados esencialmente a evitar discriminaciones en materia tarifaria (como la prohibición de descuentos de fidelidad y de empaquetamiento de *servicios básicos* con *servicios especiales*)⁴⁸.

⁴⁷ Respecto del cual se ordenó poner término a su participación en el *joint-venture* contractual que mantiene en el CFX antes del inicio de actividades del TIB. Véase Resolución N°68, Parte Resolutiva, letra B.

⁴⁸ Resolución N°68, Parte Resolutiva, letra C.

En lo que interesa a este interviniente, se atenderá a los riesgos de discriminación no tarifaria –sabotaje– por PCE en el mercado en que interviene STI –servicios portuarios a naves para la carga de contenedores en el Puerto de San Antonio–, por cuanto se considera que las condiciones previstas en la Resolución carecen de la idoneidad, suficiencia y factibilidad de monitoreo necesarias para evitar tales riesgos. Ello por cuanto la Resolución no establece medidas específicas para estas formas más ocultas (aunque no menos comunes) de discriminación que se dan especialmente cuando se depende de los servicios que presta un competidor directo como es el caso, y sólo atiende a los riesgos asociados a los precios, por la vía de la fijación de la tarifa del Servicio de Transferencia TIB, al declararlo *servicio básico*, regular sus descuentos y prohibir empaquetamientos. Súmese a lo anterior que, para STI y los demás intervinientes no involucrados en el diseño del Proyecto TIB, la información sobre niveles de servicio y otras condiciones operacionales de éste –contenidas en el Informe Steer y en el Borrador de Contrato TIB– estaban totalmente censuradas o tarjadas, no pudiendo STI efectuar un análisis crítico que permitiera evaluar la suficiencia de lo que se proponía.

Se estima, además, que en el diseño del Proyecto TIB, con PCE como el operador en la transferencia y acopio desde o hacia el ferrocarril, este concesionario podrá igualmente tener acceso a información sensible de su rival directo, que es STI, discrepándose en este punto del razonamiento de la Resolución respecto de este riesgo en particular, por cuanto dicha Resolución erróneamente se centró en la información a la que PCE podría acceder dentro del CFX, dejando de lado la prevención de toda la información sensible de STI a la que podría acceder PCE precisamente en su rol de administrador del TIB.

IV.1. Conductas de discriminación no tarifaria (sabotaje)

La FNE señaló en el proceso que⁴⁹:

“Se estima que los riesgos de exclusión más relevantes estarían relacionados con conductas de discriminación, sabotaje y obtención de información sensible de competidores. (...) una dificultad específica de esta conducta es que ella puede ser compleja de identificar y fiscalizar, ya que puede concretarse mediante mecanismos sutiles para lograr una merma en la utilidad de los servicios que se prestan”.

Las conductas de sabotaje, como ha señalado el H. Tribunal en oportunidades anteriores, y lo refrendó en la misma Resolución, corresponden a una degradación de la calidad del servicio. Es decir, constituyen formas de discriminación no basadas en tarifas, que un actor dominante verticalmente integrado ejerce en perjuicio de sus competidores, quienes también son sus clientes. Se trata de conductas de muy difícil fiscalización, pues no son observables, como ocurre en cambio, por ejemplo, con los precios que ese actor dominante cobra.

A pesar de la declaración del Servicio de Transferencia TIB como *servicio básico* y la aplicación del Manual de Servicios de PCE a la operación del TIB por la remisión al Informe 6 que hace

⁴⁹ FNE, aporte de antecedentes de folio 131; ¶¶107-108.

la Resolución, subsisten la capacidad e incentivos de PCE, en su condición de operador del TIB, a entregar una menor calidad de servicio a los clientes de STI y, por esa vía, distorsionar la competencia a nivel intraportuario, tanto en la transferencia de carga desde o hacia el ferrocarril, como en la forma en que se utilizan los terrenos del TIB. En simple, al dar peor servicio a los clientes de STI, PCE logrará que tales clientes perciban a STI como un oferente menos atractivo, y tenderán a mover su demanda hacia PCE: los incentivos que tiene al efecto PCE son más que claros.

No se trata de riesgos teóricos, sino que ya manifestados a través de acciones reales y concretas, como los sabotajes descritos por D&C en el otro mercado conexo, de servicios a la carga en contenedores prestados por operadores logísticos⁵⁰.

Sin embargo, la Resolución concluyó que *“los riesgos de estrangulamiento de márgenes, sabotaje y discriminación tarifaria por parte de PCE son muy menores, atendido que: (i) se asume que no existirá el CFX; (ii) el Proyecto TIB no es instalación esencial; y (iii) serán aplicables los resguardos establecidos en el Informe N° 6/2009 a la operación del Proyecto TIB. Todo ello es sin perjuicio de las medidas que se ordenarán en la presente resolución”*⁵¹.

Como se ha argumentado *supra*, el TIB tiene la calidad de instalación esencial. El subestimarlos, lleva al H. Tribunal a incurrir en estos yerros interpretativos derivados. Sobre la base de que el TIB no sería una instalación esencial, la Resolución llega a afirmar que si PCE desarrolla alguna práctica de sabotaje en contra de STI *“(…) sus clientes, ya sean operadores logísticos o consignatarios de la carga, podrán acceder a las vías férreas que se encuentran en el exterior del puerto, tal como ocurre hoy en el caso de STI, quien no requiere acceder a PCE a través de la puerta M10 para llegar a las líneas ferroviarias de EFE”*⁵². Ello no es factualmente efectivo: se explicó latamente en el proceso, y en diferentes oportunidades, que STI sí requiere de tener acceso a la Puerta M10 para llegar a la Estación Barrancas cuando la carga es movilizada por Transap. Pasar por la Puerta M10 es, en simple, y como se aprecia de revisar la Imagen N°4 *infra*, una exigencia fundamental para que puedan transferirse los contenedores desde y hacia STI.

Enseguida, a pesar de que PCE se retire del CFX, en la medida en que aquel tenga control absoluto de la transferencia y acopio de carga desde y hacia el ferrocarril en el TIB, es factible que se produzcan conductas de sabotaje, quedando a merced de PCE el cumplimiento de las obligaciones de STI con sus clientes que empleen el TIB. En esta situación de dependencia operativa en la que quedaría STI, PCE podría, por ejemplo, desplegar conductas que llevaran a incrementar los tiempos de servicio, limitar el servicio de almacenaje de contenedores que provengan de STI, asignar horarios o ventanas de operación menos favorables, en mayores tiempos de espera o de carga y descarga, retardo en la frecuencia y secuencias de carga y

⁵⁰ D&C. Aporte de antecedentes de folio 128; p.15: *“(…) la integración que hasta ahora mantiene PCE con un operador logístico (Agunsa) y un operador ferroviario (Transap) en el acuerdo CFX ya se ha traducido en una situación de desmedro en la operación para operadores logísticos no integrados, como el caso de D&C. Así, prácticamente todos nuestros horarios son nocturnos, porque la prioridad la tienen los clientes de los miembros del CFX. Contar con disponibilidad sólo en horarios nocturnos nos obliga a tener turnos adicionales y, por tanto, encarece los costos de D&C”*.

⁵¹ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶125.

⁵² Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶122.

descarga de contenedores desde el tren, mayor número de movimientos o asignación de los espacios destinados al *stacking*, entre otros. PCE también podría gestionar las zonas de acopio o almacenaje para el *stacking* de los contenedores del tren, que por definición son escasas en un recinto portuario, en desmedro de los clientes de STI. Si se considera, además, que se espera pasar de los actuales 50.000 TEUs al año por el modo ferroviario, a los 350.000 TEUs, es esperable que se genere una presión no menor en el TIB que podría esperablemente hacer que, en situaciones de congestión, PCE priorice la atención de la carga de sus clientes, antes que la de otros.

Asimismo, otro efecto de la situación de dependencia operativa en la que quedaría STI por la opción integrada tendrá lugar en períodos en los que se produzcan huelgas o paros de los trabajadores de PCE. En tales circunstancias, y bajo la opción integrada, tales huelgas y paros no sólo afectarían la transferencia de carga ferroviaria en dicho terminal, sino que los efectos se extenderían a todo el puerto de San Antonio y su cadena logística –STI, porteadores, clientes y no clientes de PCE, entre otros–, y no sólo al terminal de PCE, con las correspondientes dificultades de cumplimiento de sus niveles de servicio de STI a que ello daría lugar.

Se trata de conductas que, en ausencia de resguardos estructurales, serían de difícil fiscalización y detección por cualquier autoridad, o darían lugar a un inevitable detrimento operacional en el caso de paralizaciones de PCE. Luego, los resguardos del Informe 6 resultan insuficientes, pues, entre otras razones, descansan en la limitada capacidad de fiscalización de EPSA y fueron diseñados para asegurar los niveles de servicios a los clientes de PCE en la transferencia desde y hacia las naves, pero no la transferencia desde el modo ferroviario como será el TIB, materia que no está regulada y en la que PCE se insertará de modo gravitante, como actor *pivotal*, en la cadena logística, debiendo prestar servicios de transferencia en el TIB a clientes de STI.

En la transferencia de carga desde el modo ferroviario, PCE gestionará la carga de clientes de quien es su competidor directo, pudiendo afectar el desempeño comercial y competitividad de STI y teniendo los incentivos al efecto. Los clientes de STI que usen el TIB dependerán del cumplimiento de PCE. Por esta situación de dependencia, como se indicó, eventos de congestión, retrasos o ineficiencias en la gestión que el TIB haga de la carga que base dirija desde o hacia STI, haría que ésta, a su turno, viera afectados sus propios niveles de servicios y productividad, arriesgando incluso multas y otras sanciones. Así, los resguardos previstos en el Informe 6, como la mantención de niveles de servicios con estándares de ocupación y tiempos de espera por nave, aplican sólo a la transferencia de carga de las naves que se atienden con PCE, pero no prevén la forma en que se puedan mantener los niveles de servicios para las cargas de naves que se atienden con STI pero que usarían el TIB.

Por ello, en esta materia son preferibles los resguardos estructurales, tal y como han sostenido reiteradamente la FNE y el H. Tribunal, en materia portuaria y otras industrias⁵³⁻⁵⁴ y en el contexto del control de operaciones de concentración⁵⁵.

Las medidas meramente conductuales que impuso la Resolución son insuficientes para precaver riesgos de ese tipo, más aun si en una infraestructura más limitada, como el terminal de buses de Viña del Mar⁵⁶ o el terminal intermodal en Pedro Aguirre Cerda⁵⁷, el H. Tribunal ordenó una licitación al menor precio y además resguardando que la integración vertical estuviese limitada o derechamente prohibida. Mismo tipo de restricción, y para precaver las “posibilidades de discriminación” se dio en el caso del Informe 18 en lo que se refiere a la integración puerto-ferrocarril⁵⁸. No se comprende por qué en este caso se optó entonces por medidas ineficaces y derechamente insuficientes.

IV.2. Acceso a información comercial sensible

Respecto del riesgo de acceso a información comercial sensible de STI por PCE –incluso ya no formando parte éste del CFX junto con Transap S.A.–, la Resolución indica que debería descartarse, puesto que *“cuando PCE opere el Proyecto TIB, continuará realizando servicios portuarios*

⁵³ En los sucesivos informes del H. Tribunal en materia portuaria se han establecido restricciones estructurales a la integración –tanto horizontal como vertical– que pretenden mantener la independencia de los operadores portuarios de frentes de uso público y que no se beneficie a un frente de atraque o usuario relevante por sobre otro, buscando con ello maximizar tanto la competencia *intraportuaria* como *interportuaria* en el respectivo mercado relevante.

⁵⁴ H. Tribunal. Resolución N°51/2018, dictada con fecha 17 de enero de 2018, en causa Rol NC N°427-14; ¶146: *“Enseguida, cabe agregar que, en general, en materia de libre competencia, y tal como se adelantó en el párrafo 115 las medidas estructurales son preferibles a las conductuales, atendido que previenen, de manera sostenible, los problemas identificados y porque no requieren medidas de supervisión a mediano o largo plazo (en este sentido, por ejemplo, véase la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento [CE] N° 139/2004, del Consejo, y el Reglamento [CE] N° 802/2004, de la Comisión [2008/C 267/01], para. 15). Con todo, dependiendo de las circunstancias concretas de un caso, otro tipo de remedios, por ejemplo conductuales, pueden también prevenir obstáculos a la competencia efectiva, aunque estos suelen ser analizados sólo de manera excepcional”*.

⁵⁵ FNE (2017). Guía de Remedios; p. 10:

⁵⁶ H. Tribunal. Resolución N°63/2021; ¶99: *“Los riesgos de la integración vertical en industrias que necesitan el acceso a instalaciones esenciales, para que las empresas aguas abajo puedan competir eficazmente al prestar sus servicios, han sido descritos en anteriores decisiones de este Tribunal, fundamentalmente en el sector portuario, como también aeroportuario (V.gr. Dictamen N° 1.004/1997; Dictamen N° 1.014/1997; Resolución 10/2005; y Resolución 25/2008). En específico, en el transporte interurbano de pasajeros, los riesgos para la libre competencia de la integración vertical incluyen la negativa de acceso a la instalación, en este caso, al Rodoviario, discriminación arbitraria de precios entre los usuarios y ejecución de prácticas de sabotaje”*.

⁵⁷ H. Tribunal. Resolución N°66/2021; ¶158: *“Los riesgos de la integración vertical en industrias que necesitan el acceso a instalaciones necesarias para que las empresas puedan prestar sus servicios, han sido descritos en anteriores decisiones de este Tribunal, fundamentalmente en los sectores portuario y aeroportuario (v.gr. Informe N° 6/2009; Informe N° 18/2020; Dictamen N° 1.004/1997; Dictamen N° 1.014/1997; Resolución N° 10/2005; Resolución N° 25/2008). Si bien se trata de industrias distintas al servicio de transporte interurbano de pasajeros, los riesgos que se presentan para la libre competencia son los mismos, vale decir, la negativa de acceso al terminal, la discriminación entre sus usuarios y las prácticas de sabotaje (lo que fue reconocido en la Resolución N° 63/2020 relativa a un terminal para el transporte interurbano de pasajeros, párrafos 99 y ss.). En materia portuaria, se han establecidos límites a este tipo de integración para mitigar estos riesgos, por cuanto (i) se ha considerado que los resguardos conductuales no son suficientes toda vez que para fiscalizar adecuadamente el comportamiento del concesionario se requiere contar “con información detallada que permita detectar las diferencias en la calidad del servicio otorgado a los distintos usuarios, en los diferentes ámbitos en que la discriminación sea posible” (Informe N° 6/2009); y (ii) a pesar de que podrían existir eventuales eficiencias producto de dicha integración -y, como consecuencia, la existencia de economías de escala y de ámbito-, éstas deben ser probadas con antecedentes empíricos”*.

⁵⁸ H. Tribunal. Informe 18; ¶¶211-213.

que son similares a los que ya realiza y, por consiguiente, dicho proyecto no conlleva riesgos adicionales. En ese contexto, no se considera necesario establecer resguardos adicionales a los que se indican en la sección H⁵⁹.

Sin embargo, la entrega de la operación del TIB a PCE implicará que con motivo de la gestión documental que deberá efectuar en relación con la carga de los clientes de STI, tendrá acceso a información comercial sensible de los clientes de STI a la que actualmente no tiene acceso, ya que el porteo lo hacen actualmente camiones de cada porteador ferroviario y no los concesionarios (actualmente Transap utiliza camiones que provee PCE para llegar a STI). Por eso mismo, no es correcto lo que señala Resolución en cuanto que, con el TIB, PCE se encontraría en una posición similar a la que hoy existe. Más aun, ya se indicaron las dimensiones que alcanzará la transferencia de contenedores a través del TIB: precisamente dada la importancia que tendrá, será mucha más la carga de clientes de STI que en los hechos pasará en algún momento de su etapa logística por las manos de PCE, con lo que PCE tendrá acceso a sustancial mayor información sensible de los clientes de nuestra representada.

PCE podrá tener acceso a información comercial sensible de la carga que es movilizada a través de STI y de sus clientes, a pesar del término de la participación de ésta en el CFX, producto del manejo documental que PCE haría de la carga que ingrese o salga del TIB desde o hacia STI, respectivamente; es decir, directamente relacionada con la transferencia de la carga que haga PCE, que puede perfectamente diferenciarse de la información relacionada con la gestión de tráfico ferroviaria, que será de resorte de EFE. Nos referimos a información de los clientes y carga transportada desde o hacia STI contenida en la documentación aduanera y de despacho que será exigida por PCE en el TIB como requisito para el ingreso de contenedores de exportación y/o de importación⁶⁰. Documentos como guías de despacho, y otros propios del control de contenedores en zona primaria aduanera, contienen información que describe la carga, su origen-destino o el tipo de contenedor, que permitirá a PCE conocer y monitorear detallada y desagregadamente el nivel de actividad de su competidor, cuestión que en el pasado ha sido señalada como un riesgo por parte del H. Tribunal en esta industria⁶¹.

Este flujo de información también se anticipa en el Borrador de Contrato TIB, al prever en su cláusula Tercera, número Tres, sección 3, que: “*iv) Los porteadores ferroviarios deberán proveer*

⁵⁹ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶129.

⁶⁰ El Informe Steer lo señala expresamente al describir el llamado Modelo Operacional 1: “Los contenedores de exportación que ingresan sobre carros ferroviarios al TIB deben arribar con toda la documentación exigida aprobada (Declaración Aduanera, TATC [Título de Admisión Transitoria de Contenedor] y Guía de Despacho visada por Aduana) para ingresar a zona primaria por PCE, además de la aprobación de la compañía naviera para descargar el contenedor en el área de acopio de stacking de la nave. Si ese contenedor no cumple con los documentos aduaneros requeridos, no puede ingresar al TIB”. Lo mismo respecto de la exportación: “El contenedor se descarga con la grúa pórtico y se acopia en el área de stacking del TIB (...). El contenedor con toda la documentación de despacho aprobada, lo toma la grúa pórtico del block de acopio y lo carga sobre el carro ferroviario de la trenada posicionada en una de las 2 vías férreas bajo el pórtico” (Informe Steer; pp. 61-62).

⁶¹ En tal sentido, el H. Tribunal señaló, con ocasión del análisis del Informe 6, que “(...) además del riesgo de discriminación, existen otros riesgos propios de la integración vertical asociados, por ejemplo, al conocimiento de información estratégica de competidores y a la posibilidad de establecer subsidio cruzados. En efecto, la libre competencia podría también verse mermada en tanto la empresa verticalmente integrada conozca los clientes y el nivel de actividad de sus competidores, brindándole esto una eventual ventaja estratégica para su operación y, por ello, mayores posibilidades para realizar prácticas anticompetitivas” (TDL. Informe N°6; p.113).

*al concesionario del Frente de Atraque Costanera Espigón, **la información que este requiera para una operación eficiente de carga y descarga con al menos [■] horas de antelación***⁶².

Siendo EFE la encargada sólo del tráfico ferroviario, entonces esta información que faciliten los portadores no podrá sino estar referida a la carga transportada, el cliente y obviamente el terminal de puerto al que está dirigido o del que proviene. Esta información podrá ser luego utilizada y aprovechada por PCE en su posición de actor *pivotal*, por ejemplo, para contactar a los clientes de STI y hacerse de ellos, o simplemente para conocer la información sensible de su competidor y por esa vía desleal disputarle a sus clientes.

La mitigación eficaz del riesgo de acceso a información comerciable sensible de competidores ha sido una preocupación importante del H. Tribunal –imponiendo incluso medidas estructurales intensas de desinversión, como sucedió en el caso *Gasmar*⁶³, que fueron ratificadas por la Excma. Corte–, por lo que es extraño que, en el presente caso, de mayor gravedad y con razonable plausibilidad de materializarse en el futuro, no se hayan adoptado medidas explícitamente dirigidas a precaver el acceso de información sensible por parte de un competidor directo; más cuando se espera, por el propio modelo operacional del que da cuenta el Borrador de Contrato TIB, que PCE tenga acceso habitual y permanente a información relacionada con los clientes de su directo competidor que decidan acceder por el modo ferroviario, y ello, con cada vez mayores cargas y clientes involucrados, por las propias proyecciones crecientes de los volúmenes del TIB.

Por lo antes expuesto, la probabilidad de ocurrencia de conductas de sabotaje por parte de PCE y de acceso a información comercial sensible que reciba de concesionarios portuarios y otros actores de la cadena logística, justifica que se establezcan, respecto de la operación del TIB en transferencia de carga, las medidas estructurales suficientes para que el adjudicatario –independiente y neutral– no tenga incentivos para sabotear a ningún operador del Puerto de San Antonio y además resguarde la información sensible de los distintos agentes que le requieran servicios.

⁶² Tendrá además, como anticipaba el Informe Steer, una consecuencia gravosa para el porteador ferroviario, como señala la misma cláusula del Borrador de Contrato TIB: “vi) En caso que no se cumpla con el punto iv) y/o el punto v), no podrá ser exigido para ese tren en particular el nivel de servicio definido en el punto i)”.

⁶³ Véase: H. Tribunal. Resolución N°51/2018, dictada con fecha 17 de enero de 2018, en causa Rol NC N°427-14; ¶¶121-132.

V.

Adicionalmente a lo anterior, el Proyecto TIB, bajo el modelo operacional y tarifario propuesto en el Borrador de Contrato TIB, da lugar a una discriminación arbitraria entre los concesionarios portuarios que irrogará una sustancial desventaja competitiva para STI

Además de la improcedencia legal de asignar el TIB a PCE, y de la contradicción del modelo de gestión de PCE del TIB con el DL 211, existe también en la Resolución N°68 una fuente de grave y directa discriminación arbitraria entre STI y PCE, en perjuicio de STI; que, de mantenerse, afectaría fuertemente la competencia *intraportuaria*, según se pasa a explicar. Es muy llamativo además que EPSA valide esta situación discriminatoria, considerando que en virtud del artículo 31 N°1 de la Ley de Puertos es parte de su mandato legal el promover, precisamente, la competencia *intraportuaria*.

V.1. Porteo *interconcesión*

Como se adelantó *supra*, la Resolución consideró como aplicable, sin efectuar cuestionamientos de libre competencia a su respecto, el modelo operacional y tarifario para el Proyecto TIB contenido en el Borrador de Contrato TIB, según el cual el nuevo Servicio de Transferencia TIB comprende las actividades de **(i)** transferencia de carga contenedorizada entre la zona de acopio o *stacking* del TIB y los modos ferroviario y rodoviario; y, **(ii)** de acopio de dicha carga en la zona habilitada al efecto en el TIB⁶⁴.

La Resolución puso especial atención a este Servicio de Transferencia TIB, declarándolo *servicio básico* y aplicándole una serie de condiciones específicas, sin reparar en los efectos que la regulación propuesta del Borrador de Contrato TIB tiene para los otros servicios portuarios asociados al TIB que no estarán comprendidos en el Servicio de Transferencia TIB: nos referimos en particular a la regulación del porteo *interconcesión* de la carga ferroviaria del TIB, entre los terminales portuarios y el *stacking* del TIB.

Según la cláusula Tercera, número Tres), sección 2, del Borrador de Contrato TIB –el que, recordemos, fue presentado por EFE de manera tarjada y después de la vista de la causa–, el servicio de porteo de la carga entre los terminales portuarios y el *stacking* del TIB estará comprendido en el servicio básico de transferencia del *respectivo concesionario portuario* que moviliza la carga. Al hablarse de *respectivo concesionario portuario*, naturalmente se entiende que con ello, el Borrador de Contrato TIB está regulando la conducta no sólo de PCE, sino que de STI⁶⁵.

Esto es, el Borrador de Contrato TIB incorpora un *nuevo servicio*, que no estaba descrito en el contrato de concesión de STI (nadie podría dudar ni ha puesto en duda que en las bases de licitación de la concesión de STI el TIB no estaba nombrado ni de lejos), y lo incluye como

⁶⁴ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶14.

⁶⁵ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶16.

un servicio básico de transferencia de esa concesión, esto es, un servicio por el que no se podría cobrar más de lo que ya se contempla por los servicios básicos de la concesión. En otras palabras, se trataría de un nuevo servicio que debiera prestar STI pero que se le impondría prestar a título gratuito sin que, a diferencia de PCE, STI haya recibido ningún regalo regulatorio, tenga el privilegio de anexas a su concesión los terrenos del TIB o pueda administrar los servicios del TIB.

Todo ello lo hace el Borrador de Contrato TIB, omitiendo que STI es un tercero totalmente ajeno a ese contrato, que no lo suscribe, en cuya área de concesión no está el TIB y que no administrará ni de lejos el TIB. Entonces a propósito del Borrador de Contrato TIB, y al regularse el servicio de porteo de la carga entre los terminales portuarios y el *stacking* del TIB y sus tarifas, se afectan además los derechos y se interviene ilícitamente en un contenido esencial del contrato de concesión de STI con EPSA, de nuevo, de manera ilícita, amén de discriminatoria y anticompetitiva.

Peor aun, la discriminación se hace patente cuando se constata que, por su ubicación lejana al TIB, STI va a incurrir en altos costos de porteo, que no podrá cobrar, mientras que esa misma actividad será totalmente irrelevante para PCE pues al estar ubicado el TIB en su zona de concesión, para ese concesionario, los costos de porteo son inexistentes. Eso deja a STI en el *peor de los mundos*. Se le impone una carga, la de prestar un servicio sin poder cobrar por ello, cuando no se beneficia de la infraestructura del TIB que está a manos de su competencia directa. Y, para empeorar su situación, STI no puede cobrar por un servicio que en su caso y por su lejanía del TIB supone asumir altos costos, mientras que la situación análoga es irrelevante para su competidor PCE, ubicado en la zona exactamente aledaña al TIB. El mundo al revés: el titular de la instalación esencial se ve beneficiado, incrementando los costos de su rival, y no lo contrario, según se exige a los controladores de instalaciones esenciales en todas las demás industrias.

Se trata, así, de una regulación del Borrador de Contrato TIB, no cuestionada por la Resolución, que es muy grave y que irrogará una sustancial desventaja competitiva para STI. Veamos lo anterior en más detalle.

El Borrador de Contrato TIB habría sido definido sobre la base de uno de los dos modelos operacionales del Informe Steer, los que allí se denominaron Modelo Operacional 1 (“MO1”) y Modelo Operacional 2 (“MO2”). Según el Informe Steer, lo que diferenciaba a ambos modelos era precisamente el servicio de porteo *interconcesión* desde o hacia el modo ferroviario: en el MO1, éste se incluía dentro del *servicio básico* de transferencia de cada terminal portuario; mientras que, en el MO2, el porteo *interconcesión* era un servicio especial prestado por los terminales portuarios, no sujetos a regulación tarifaria⁶⁶. En ambos modelos, el porteo *interconcesión* sería realizado a través de la Puerta M10, que conecta internamente a las concesiones de PCE con STI.

⁶⁶ Informe Steer; pp. 59-60.

De lo anterior se puede concluir no sólo que el Borrador de Contrato TIB recogió el MO1 del Informe Steer haciéndolo aplicable a PCE, sino también, y con grave ilicitud, busca hacerlo extensivo a STI⁶⁷. La Resolución, en este sentido, validaría esta aplicación que afectará a STI (excediendo con creces los alcances que debiera tener el diseño del modelo operacional del TIB), lo que, de prosperar, significará una discriminación arbitraria entre los concesionarios portuarios, que irrogará una sustancial desventaja competitiva para STI. Lo anterior, atendidas las características particulares de su frente de atraque –alejado del modo ferroviario y del TIB, sin acceso directo a éste, lo que supone incurrir en un costo relevante en que PCE no deberá incurrir– y de las características de su concesión –actualmente STI no presta el servicio de porteo, sino que son los porteadores los que efectúan el traslado de la carga entre los terminales y el modo ferroviario, lo que cambiaría después de la implementación del TIB, debiendo ese servicio pasar a ser prestado por STI, pero sin poder cobrar sus costos asociados–.

Para mayor claridad, en la siguiente imagen se muestran en color amarillo los terrenos de la concesión de PCE; en color gris claro, los terrenos de la concesión de STI; en color gris oscuro, los terrenos donde se ubican las instalaciones y líneas férreas de la actual Estación Barrancas y su patio de maniobras (y que serán parte del TIB); y, con un círculo blanco de borde rojo, la Puerta M10:

Imagen N°4

Ubicación de terrenos de concesiones de STI y PCE, de la Estación Barrancas y de la Puerta M10



Fuente: Elaboración propia

⁶⁷ Precisamente el Informe Steer señala, como un requerimiento básico para el funcionamiento del modelo operacional y tarifario que: **“Para la determinación de las condiciones de implementación y operación del TIB, en particular para el modelo 1, EPSA debe exigir y los concesionarios cumplir con realizar el porteo interconcesión como parte de sus respectivos servicios básicos de transferencia”** (Informe Steer; p. 97).

Así, lo indicado en el Borrador de Contrato TIB implicará que, con ocasión de la implementación del TIB, y a consecuencia de un contrato que atañe sólo a EFE, EPSA y PCE, sea STI quien deba adaptar su operación, con grave perjuicio y discriminación, toda vez que el servicio de porteo de la carga, que actualmente no es básico y se puede cobrar por STI por separado del servicio básico de transferencia de carga, en condiciones de libertad tarifaria y competencia, pasaría, como consecuencia de la implementación del TIB que sólo beneficiará a su competidor PCE, a ser parte integrante del servicio básico de transferencia de carga, en condiciones de fijación tarifaria. Y ello, paradójicamente, en circunstancias de que el único monopolista en la administración del TIB es PCE y no STI.

De esta forma, la Resolución desconoce que la situación de STI es diferente a la PCE, discriminando arbitrariamente a nuestra representada, desde que *trata como iguales a quienes son, en los hechos distintos.*

La Resolución asume incorrectamente que son los concesionarios portuarios quienes efectúan actualmente el porteo entre el terminal portuario y el modo ferroviario, con camiones propios; y, por tanto, estarían en condiciones de efectuar ellos mismos el porteo *interconcesión*. Más grave es que, bajo el modelo operacional y tarifario del Borrador de Contrato TIB –el MO1–, al ser este porteo *interconcesión* incorporado al servicio básico de transferencia de cada concesionario, éste estaría obligado a entregar o retirar directamente del TIB los contenedores, como parte de la tarifa básica de transferencia. Así aparece claramente del Informe Steer:

“[E]s el terminal portuario donde fue desembarcada la carga quien debe trasladar la carga al stacking del TIB, siendo parte de su servicio de transferencia básico del frente de atraque. Es decir, cuando la carga desembarca en terminal portuario de STI, corresponde a STI transferir la carga hasta el stacking del TIB, con sus propios camiones. Cuando la carga desembarca en PCE, es éste quien debe trasladar la carga al stacking del TIB”⁶⁸.

Tanto es así, que se dice que uno de los requerimientos que supone el MO1 es un *“[a]umento de la flota de chasis o camiones porteadores, los cuales pueden pertenecer a PCE o STI. Los aumentos serán a costo de los respectivos concesionarios”⁶⁹⁻⁷⁰.*

Sin embargo, en virtud de su contrato, STI no puede desarrollar operaciones fuera de los límites de su área de concesión, circunstancia que hace que, en la práctica, los clientes de STI no tengan acceso directo –entendido como acceso aledaño o no mediado por camiones– desde el frente de atraque Molo Sur a la Estación Barrancas ni tampoco al futuro TIB. Por ende, asumir que hoy son los concesionarios portuarios los que realizan el porteo entre el terminal portuario y el modo ferroviario es un error, que puede tener consecuencias relevantes en el negocio de los concesionarios, especialmente de STI. En efecto, en la

⁶⁸ Informe Steer; p.63.

⁶⁹ Informe Steer; p.64.

⁷⁰ El caso del MO2 también tiene en este punto es perjudicial para STI, pues parte de la misma premisa que el MO1, en el sentido de que asume que también tiene una la flota de chasis o camiones porteadores, con la diferencia que, en el MO2, por ser un porteo *interconcesión* indirecto, el aumento que se requeriría de dicha flota sería menor (Informe Steer; p.69).

actualidad son los porteadores ferroviarios quienes se encargan de este porteo *interconcesión*, siendo el concesionario portuario responsable de poner los contenedores a disposición de los porteadores, quienes usan camiones propios o contratados para el traslado entre la concesión y el modo ferroviario: Fepasa empleando las vías públicas, y Transap por la Puerta M10. Sólo en el caso de Transap, el porteo *interconcesión* lo efectúa con camiones contratados a PCE⁷¹ para llegar a STI. De nuevo, se cae en una discriminación arbitraria, al tratar de manera igual a quienes se encuentran en una situación fáctica de base desigual.

Así, de acuerdo con lo que sugiere el Informe Steer para el MO1 y no cuestiona la Resolución, se asume que lo que puntualmente se da entre PCE y un porteador, Transap, sería también la realidad de STI, y a partir de ello se asume, nuevamente, que han de ser los concesionarios portuarios quienes deban incorporar dentro de su tarifa básica este costo de porteo *interconcesión*, además de tener que disponer y gestionar una importante flota de camiones propios, destinada a trasladar contenedores al área de *stacking* del TIB, sin poder cobrar por ello más que la tarifa del servicio básico de transferencia (que por supuesto en su momento fue calculada sin tomar en cuenta ninguno de estos nóveles requerimientos) con todas las consecuencias que ello podría tener en la productividad del terminal portuario, y las exigencias logísticas que ello supondría, además de la afectación en su competitividad.

El efecto evidente de trasladar la responsabilidad del porteo *interconcesión* a STI es que incrementaría de manera importante su estructura de costos y/o un efecto negativo en su productividad, y lo dejaría en una peor condición que la actual, ya que, como es público y notorio, la distancia entre su terminal y la Estación Barrancas es mucho mayor que la de PCE, cuyo terminal es contiguo a dicha estación y la zona de acopio o *stacking* de carga del TIB, estará precisamente dentro su propia concesión.

Así, bajo este diseño, se haría que la tarifa que pueda ofrecer STI, por razones que se derivan de la ubicación misma de su terminal, sea menos atractiva competitivamente que la que podría ofrecer PCE. Y todo ello, para colmo, como resultado de una dación regulatoria y un privilegio monopólico que se entrega a PCE.

La Resolución parece desconocer que, por el diseño mismo del TIB integrado al frente de atraque Costanera-Espigón, para PCE el cobro de un porteo *interconcesión* podría ser en muchos casos innecesario, o nimio, con muy pocos movimientos, distancias o tiempos de almacenaje para su carga o descarga en nave; ello pues las zonas de acopio de contenedores del TIB estarán emplazadas precisamente dentro de su misma concesión. En cambio, STI necesariamente debería efectuar un porteo, de aproximadamente 150 metros desde su frente de atraque al TIB, que a diferencia de PCE, tendrá un alto costo, requerirá necesariamente de contar con una flota de chasis para tal porteo, y no podría cobrar más que la tarifa de transferencia de servicio básico, pues bajo este sorprendente modelo del Borrador de Contrato TIB, recién conocido después de concluidos los alegatos, debiera entenderse

⁷¹ Véase escrito de aporte de antecedentes de Transap S.A., de folio 118; ¶72 y ¶114.

incluido el porteo en esta tarifa del servicio básico de transferencia, calculada en el pasado bajo otros parámetros.

Más aun, la Resolución, al no cuestionar este aspecto del Proyecto TIB, excede además el objeto de la *litis* y de la Consulta, y viola el principio de congruencia, pues con ocasión de la revisión de la estructura tarifaria y operacional del TIB en relación con PCE, se terminará alterando la estructura tarifaria y operacional de STI; materia por lo demás que no fue parte de la Consulta, jamás fue objeto de opinión de los distintos intervinientes, incluida la FNE, y recién se incorporó al proceso después de la vista de la causa a propósito de la inclusión del Borrador de Contrato TIB por parte de EFE al expediente.

V.2. Almacenamiento

Una segunda fuente de discriminación arbitraria se refiere a la desventaja en costos en que STI quedará frente a PCE de validarse el modelo integrado en lo que se refiere al almacenamiento de contenedores.

Ocurre que transcurridas 24 horas desde su arribo, desde el desamarre de la nave, en el caso de contenedores de importaciones, y desde que pasan 72 horas en el caso de contenedores de exportación⁷², dichos contenedores pasan a cobrarse con una tarifa de almacenamiento bajo servicio básico (previamente a esos umbrales, dicha tarifa es parte de los servicios propios del IMax), como consta en la Resolución⁷³. En el modelo implementado por la Resolución, entonces, se trataría de un servicio que no sería parte del Servicio de Transferencia TIB, por el cual PCE va a poder cobrar adicionalmente a los usuarios de STI. En consecuencia, PCE tendrá todos los incentivos para encarecer el costo de los contenedores de STI por la vía de almacenarlos un tiempo mayor que aquellos propios, y en todo caso mayor a las 24 horas o 72 horas según el caso, todo ello por la vía de acciones sutiles y difícilmente fiscalizables, lo que deberá ser pagado por los clientes de nuestra representada (como consecuencia de los incentivos y del actuar de su competidor PCE y su control de una instalación esencial), encareciendo los servicios de STI y afectando su posición competitiva desventajosamente en comparación con PCE.

⁷² De acuerdo con el Manual de Servicios de PCE: Transferencia de Carga de Contenedores y de Contenedores Refrigerados y de Carga Fraccionada General y Hortofrutícola: significará el conjunto de las actividades de Estiba o Desestiba; Trinca o Destrinca; Embarque o Desembarque; Porteo; Carguío o Descarguío a medios de transporte terrestre; Almacenamiento, Acopio o Depósito Comercial, la expedición de los documentos que dejan constancia de la recepción y despacho de la carga, incluyendo su administración y gestión, e incluirán todos los recursos y actividades necesarios para la prestación de dichos servicios; entendiéndose que en el caso de Almacenamiento, Acopio o Depósito Comercial, estos servicios incluirán: a) tratándose del Embarque, las setenta y dos horas antes del Amarre de la nave que va a recibir tal carga más el Tiempo de Ocupación de la misma; y, b) tratándose del Desembarque, veinticuatro horas desde el Desamarre de la nave, en el caso de otro tipo de carga. Tratándose de Transferencia de Carga de Contenedores Refrigerados con carga, adicionalmente incluye el retiro y colocación de unidades de provisión de frío, el monitoreo, la conexión y desconexión de éstos a los sistemas de suministro de energía y suministro de energía. Las Tarifas por cualquier Servicio que incluya una actividad que forme parte de un Servicio sujeto a Valores Máximos, no excederán de la Tarifa mayor registrada por el Concesionario para ese Servicio sujeto a Valores Máximos. La suma de las Tarifas registradas por Servicios que incluyen una o más actividades que formen parte de un Servicio sujeto a Valores Máximos, no excederá de la mayor Tarifa registrada por el Concesionario por ese Servicio sujeto a Valores Máximos.

⁷³ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶¶14 y 16.

De este modo, y por los distintos criterios ya explicados, el modelo consagrado en la Resolución permite y facilita que se encarezca artificialmente el costo de operación de STI vis-à-vis el de PCE, lo que da lugar a una grave infracción a la libre competencia, además de una discriminación arbitraria.

En suma, a consecuencia de esta infracción que denunciarnos, STI terminaría siendo artificialmente menos competitiva que PCE y, en consecuencia, afectada en su competitividad en el mercado de servicios portuarios en el puerto de San Antonio. Pero, además, esta situación de distorsión de la competencia intraportuaria terminaría por afectar al puerto de San Antonio en su globalidad, restándole competitividad a nivel interportuario, específicamente en relación con el puerto de Valparaíso, en desmedro de uno de los objetivos basales de la Ley de Puertos.

VI.

La Resolución ordena la constitución de una servidumbre de paso en términos demasiado ambiguos y sin la precisión de aspectos esenciales para hacerla eficaz

Como una medida para impedir el riesgo de denegación de acceso y tránsito de clientes del TIB que movilicen carga desde o hacia el terminal Molo Sur de STI, la Resolución ordenó a EPSA, EFE y PCE constituir la servidumbre de paso que señala el Borrador de Contrato TIB en forma previa al inicio de operaciones del Proyecto TIB. De esta manera, se trata de una medida que **(i)** se materializará con posterioridad a la Resolución; **(ii)** supone el consenso de EFE, EPSA y PCE; **(iii)** será una condición para el inicio de operaciones del TIB; y, **(iv)** beneficiaría a los usuarios del TIB cuya carga tenga origen o destino el frente de atraque de STI (entendemos, aunque no se precisa, aquellos que pasen por la Puerta M10).

La cláusula Tercera, sección Tres, número 2, del Borrador de Contrato TIB señala que: “(...) *Atendido que el TIB estará emplazado en el área de concesión del frente de atraque Costanera Espigón y que todos los usuarios tendrán acceso igualitario y no discriminatorio al mismo, se requiere la formalización de una servidumbre de paso sobre la concesión de este frente de atraque, de modo que cualquier usuario o concesionario portuario, de manera directa o indirecta, pueda movilizar la carga desde y hacia cualquier terminal portuario. La servidumbre de paso referida se encuentra contenida en el Anexo 1 del presente instrumento*”.

Con todo, STI estima que esta medida adolece de una insalvable amplitud e imprecisión que debe ser enmendada, y que se explica por el hecho de que el Borrador de Contrato TIB acompañado por EPSA al expediente no contenía el “Anexo 1” a que hace referencia la citada cláusula. Dicho de otra manera, la Resolución se refiere a una servidumbre que, a su vez, debiera estar delimitada en un anexo que no existe. Eso hace que la servidumbre no tenga contenido alguno, lo que es grave, pues afecta la sociabilización de la Resolución y altera gravemente el derecho de defensa de nuestra representada, quien no sabe si esta solución

será eficaz o no para precaver los riesgos de bloqueo al paso de las cargas de sus clientes que denunció a lo largo del proceso.

Dada la inexistencia de antecedentes en el expediente acerca de las básicas precisiones de que debiera dotarse a esta servidumbre, y, dado que el H. Tribunal no solicitó mayores elementos de análisis sobre tal servidumbre para dictar su Resolución, no es posible para STI ni para cualquier interviniente determinar el contenido más mínimo de la misma, en elementos tan esenciales como el trazado, o los derechos y obligaciones básicas de PCE, o de los usuarios en el ejercicio de esta servidumbre, o incluso sus eventuales costos.

Creemos que el H. Tribunal pretendió resguardar el derecho de paso de STI hacia el modo ferroviario por la concesión de PCE (esto es, de su derecho de acceder, por medio de porteo en camiones, a la Estación Barrancas, el que debe ser realizado a través de la Puerta M10), derecho que es esencial para efectos de desplazarse hacia y desde el TIB.

Sin embargo, la información a la que accedió el H. Tribunal respecto de esta servidumbre, precisamente por su indefinición, no permite una adecuada inteligencia y monitoreo de esta condición que impuso la Resolución, quedando elementos fundamentales abiertos a decisiones eventualmente arbitrarias de EFE, y eventualmente, dada la indefinición, a PCE.

Lo anterior deja espacio a formas de *cumplimiento creativo* que puedan evadir el fin de esta servidumbre de paso, el que, según indica el H. Tribunal, persigue “*que cualquier usuario o concesionario portuario, pueda movilizar carga desde y hacia cualquier frente de atraque*”⁷⁴. En efecto, deja espacios para la interpretación y discreción de los obligados de modo que, a pesar de cumplimiento formal de la medida, puedan igualmente actuar conforme a sus incentivos contrarios a la libre competencia; ello, por supuesto, impone costos adicionales de implementación y fiscalización para la autoridad regulatoria.

La Resolución debió haber definido o exigido la aclaración por EFE y EPSA de los aspectos esenciales de la servidumbre, a fin de evitar los altos grados de incertidumbre que la condición reviste. Una regulación adecuada de una servidumbre, para el fin que se le asigna en la Resolución, supone necesariamente abordar aspectos indispensables de eficiencia operacional, como su trazado a través de la Puerta M10, horarios de uso, tiempos de espera, exigencias de ingreso, atención y salida, todo a fin de evitar congestión, retrasos u otras formas de afectación contrarias a la libre competencia, de la movilidad de la carga que se dirige hacia o sale desde STI; todo ello sin, además, incrementar los costos de STI, lo que afectaría fuertemente su competitividad. La aclaración pertinente se solicita en el petitorio de este Recurso.

⁷⁴ Resolución N°68, Parte Considerativa; ¶154.

Los errores de hecho y derecho de la Resolución (§II-III), así como la insuficiencia de las condiciones impuestas por la Resolución para precaver determinados riesgos que hemos identificado (§§IV-VI) son graves. Ellos hacen palmaria la necesidad de que la resolución sea reemplazada por una sentencia de la Excma. Corte Suprema que contenga resguardos estructurales que impidan la integración entre los concesionarios portuarios –o, en general, cualquier usuario relevante de la cadena logística-portuaria– y quien tenga la propiedad, la gestión o la administración del TIB. Los resguardos estructurales han sido sistemáticamente aplicados por el H. Tribunal en la asignación de infraestructura portuaria –v.gr., licitaciones de frentes de atraque en esquema monooperador o de operaciones de terminales intermodales terrestres–, con lo cual las peticiones de STI en estos autos no innovan en nada respecto de la asentada jurisprudencia sobre la materia y más bien son consistentes con ella.

El mismo H. Tribunal en su reciente Informe 18 ha reconocido que, en definitiva, los resguardos conductuales⁷⁵:

“(…) si bien mitigan estos riesgos, no los eliminan por completo. (…) [L]os costos de información y de supervisión que implica una fiscalización efectiva por parte de la empresa portuaria siguen siendo altos, ya que existen prácticas sutiles de discriminación que son muy difíciles de detectar y sancionar”.

Agregó en la reciente Resolución N°63/2021, citando precisamente el Informe 6⁷⁶:

“En materia portuaria y aeroportuaria, para mitigar estos riesgos, se han establecido límites estructurales a este tipo de integración [vertical], por cuanto (i) se ha considerado que los resguardos conductuales no son suficientes, toda vez que para fiscalizar adecuadamente el comportamiento del concesionario se requiere contar ‘con información detallada que permita detectar las diferencias en la calidad del servicio otorgado a los distintos usuarios, en los diferentes ámbitos en que la discriminación sea posible’ (Informe N°6/2009, Capítulo 11.2.2. sobre Riesgos para la competencia derivados de la integración vertical); y (ii) a pesar de que podrían existir eventuales eficiencias producto de dicha integración –tales como economías de escala y de ámbito–, éstas deben ser comprobadas y deben contrarrestar los riesgos anticompetitivos asociados a dicha integración”.

Y como no pudo dejar de reconocerlo la FNE para este caso:

“[E]ste H. Tribunal podría evaluar opciones menos restrictivas para la competencia, que incluyesen una **administración independiente y licitada por menores tarifas a los usuarios**, bajo la consideración que ellas podrían sacrificar ciertas eficiencias”⁷⁷.

Por ello, la única forma realmente eficaz de resguardar la libre competencia en lo relativo al TIB, será, en consistencia con todos los precedentes relevantes del H. Tribunal, por medio de la adopción copulativa de las medidas estructurales solicitadas, que garanticen que el diseño y operación del TIB permitan que éste, por vía de una gestión neutra e independiente, seleccionada por medio de un proceso competitivo, fomente el transporte ferroviario de

⁷⁵ TDLC, Informe 18; ¶204.

⁷⁶ Resolución 63; ¶100.

⁷⁷ FNE, aporte de antecedentes de folio 131; ¶140

carga, al tiempo que promueva la competencia intraportuaria y dote de mayor competitividad al puerto de San Antonio, estimulando con ello, a su vez, la competencia interportuaria en la zona central de Chile.

De esta manera, nos parece que las medidas más adecuadas a la magnitud de los riesgos que el Proyecto TIB genera son:

1. Que se reemplace el regalo regulatorio o trato directo en beneficio de PCE, por un proceso de licitación equivalente a los que el H. Tribunal ha ordenado para las licitaciones portuarias o para las licitaciones de terminales de transporte. Ello por lo demás es consistente con lo que las leyes sectoriales exigen de EFE y EPSA. Así, el criterio de asignación será consistente con el que ha exigido este H. Tribunal para una multiplicidad de industrias en que se asignan derechos sobre infraestructuras monopólicas, por ejemplo, en la Resolución N°52/2018 en una materia aeroportuaria con similitudes con la presente⁷⁸, incluyendo la asignación de concesiones portuarias *monooperadoras*. De esta manera, cualquiera sea la naturaleza jurídica que se pretenda dar al TIB, el estándar deberá ser en lógica de libre competencia, su licitación al menor índice tarifario ofrecido, a quien vaya a ser el operador del terminal intermodal. El adjudicatario, de corresponder, deberá considerar dentro de sus costos cualquier pago a precio de mercado que deba hacer a EFE o a PCE por las decisiones regulatorias que se hayan adoptado sobre la titularidad de los terrenos donde se emplace el TIB, debiéndose notar en todo caso que, respecto de PCE, se trataría de ocupar una porción muy pequeña del área que hoy es el límite de su concesión.
2. Que se asegure que el adjudicatario sea una empresa totalmente independiente de los actuales concesionarios del puerto de San Antonio y de sus empresas relacionadas, de la misma manera en que el H. Tribunal lo ha ordenado en el Informe 18 y en la reciente Resolución 63. Se trata, en concreto, de contemplar una restricción absoluta a la integración vertical para los operadores portuarios y demás usuarios relevantes de la cadena logístico-portuaria del mercado relevante. Esto será esencial para precaver riesgos de discriminación arbitraria, precios excesivos, estrangulamiento de márgenes, sabotaje, acceso a información sensible de competidores y tantos otros que se han identificado a lo largo de este proceso. Por su parte, EFE debiera mantener la supervigilancia y control último del concesionario del TIB bajo estrictas reglas que garanticen su actuación imparcial respecto de todos los usuarios.
3. Que se establezcan respecto a la administración y operación del TIB, **además de los ya contemplados en la Resolución,** los resguardos conductuales suficientes para que el adjudicatario otorgue acceso abierto, no desarrolle sabotajes y resguarde la información sensible de los distintos agentes que le requieran servicios. En concreto, el H. Tribunal debiera exigir, además de los ya contemplados en la Resolución, los

⁷⁸ Resolución N° 52/2018 sobre 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: “[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°).”

mismos resguardos conductuales fijados en el Informe 18, por lo que quien se adjudique su concesión debe estar obligado a:

- i. Ofrecer tarifas objetivas, públicas y no discriminatorias, incluyendo eventuales descuentos por volumen, que garanticen la plena igualdad de las condiciones comerciales y operativas a las que accedan todos sus usuarios o clientes, y que además no podrán ser superiores a aquellas a las que se obligó en el proceso de licitación;
 - ii. Cumplir estándares mínimos de calidad y servicio claramente predefinidos en el contrato de concesión, junto con sanciones efectivas en caso de incumplimiento;
 - iii. Entregar toda la información relativa a la administración y operación del TIB a quien supervigile el cumplimiento del contrato de concesión, ya sea EFE u otro agente designado especialmente al efecto por el H. Tribunal.
4. Que la FNE mantenga una supervisión permanente sobre este operador dado que, como lo ha reconocido el propio MTT, EPSA no cuenta con facultades suficientes.
 5. Que se reafirme expresamente la vigencia del derecho de paso de STI (esto es, de su derecho de acceder, por medio de porteo en camiones, a la Estación Barrancas, a través de la Puerta M10), en horarios y condiciones que hagan ese paso eficaz y competitivo, y que no incremente los costos de STI, derecho que es esencial para efectos de desplazarse hacia y desde el TIB.
 6. Que se reafirme expresamente que STI tendrá derecho a cobrar por el porteo interconcesión en la medida en que éste dé lugar a nuevos costos y cargas para STI, derivados de la implementación del TIB.
 7. Que, subsidiariamente, si contra todo lo que se ha indicado y en violación de la libre competencia y principios básicos de asignación de insumos escasos, se entrega esta dación regulatoria a PCE a través de un trato directo, que al menos, junto con reconocer que el TIB es una instalación esencial, y junto con reconocer lo indicado en los numerales 5. y 6. anteriores. se le exija, **además de todas las condiciones ya contemplados en la Resolución:** **(i)** que la operación integral del TIB se desarrolle por una filial diferente con giro exclusivo y administración totalmente separada, que se rija por las reglas de una sociedad anónima abierta; **(ii)** que cuente con un gobierno corporativo con directores independientes, y con un comité de directores con mayoría de independientes, que deban aprobar expresamente todas las decisiones de precio, acceso, descuentos, y demás políticas con impacto comercial y en sede de libre competencia; **(iii)** que se exija que esa filial se comporte estrictamente de acuerdo a principios de acceso abierto, no discriminación arbitraria, y resguardo de la información sensible de los distintos competidores; y, **(iv)** que la FNE mantenga una supervisión permanente sobre este operador dado que, como lo ha reconocido el propio MTT, EPSA no cuenta con facultades suficientes al efecto, aprobando previamente, entre otros, el manual de servicios del TIB, cambios en las normas de asignación de capacidad o prioridad en las cargas y conociendo las toneladas

movilizadas a favor de empresas relacionadas, las actas del comité de directores, entre otros.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA PEDIMOS:

tener por interpuesto el recurso de reclamación de San Antonio Terminal Internacional S.A. en contra de la Resolución N°68/2021, dictada con fecha 31 de diciembre de 2021, y notificada el 3 de enero de 2022, según consta a fojas 298; declararlo admisible; darle tramitación; y, en definitiva, elevarlo a la Excma. Corte Suprema, para que ésta, conociendo de dicho recurso, deje sin efecto las condiciones impuestas en la parte resolutive de la Resolución N°68/2021, y en su lugar disponga las siguientes medidas o aquellas diferentes que la Excma. Corte Suprema estime suficientes y proporcionadas para precaver los riesgos de libre competencia que se han identificado a lo largo de esta presentación:

- a) Se declare que el TIB es una instalación esencial, o a lo menos una infraestructura del tipo *cuello de botella*;
- b) Se decrete la prohibición absoluta de integrar los terrenos en los que se construirá el TIB con los de la concesión de PCE, de modo que el primero se mantenga como una instalación e infraestructura totalmente independiente o separada del segundo;
- c) Se ordene que el administrador y operador independiente para el TIB sea elegido por medio de una licitación pública, cuyo criterio primario de adjudicación debe ser el de menor tarifa a pagar por los servicios del TIB;
- d) Se disponga que el adjudicatario sea una empresa totalmente independiente y neutral de los actuales concesionarios del puerto de San Antonio y de sus empresas relacionadas, sujeto a la supervigilancia y control de EFE o de alguna otra entidad independiente que se designe para dichos efectos (o cuyo mecanismo de selección se establezca);
- e) Se establezcan, respecto de la administración y operación del TIB, los resguardos conductuales suficientes para que el adjudicatario cobre precios de mercado, no discrimine arbitrariamente, otorgue acceso abierto, no desarrolle estrangulamiento de márgenes o empaquetamientos exclusorios y resguarde la información sensible de los distintos agentes que le requieran servicios. En concreto, se deberán exigir los mismos resguardos conductuales fijados en el Informe 18, por lo que quien se adjudique su concesión debe estar obligado, a:
 - i. Ofrecer tarifas objetivas, públicas y no discriminatorias, incluyendo eventuales descuentos por volumen, que garanticen la plena igualdad de las

condiciones comerciales y operativas a las que accedan todos sus usuarios o clientes, y que además no podrán ser superiores a aquellas a las que se obligó en el proceso de licitación;

- ii. Cumplir estándares mínimos de calidad y servicio claramente predefinidos en el contrato de concesión, junto con sanciones efectivas en caso de incumplimiento;
 - iii. Entregar toda la información relativa a la administración y operación del TIB a quien supervigile el cumplimiento del contrato de concesión, ya sea EFE u otro agente designado especialmente al efecto.
- f) Que subsidiariamente, y para el caso improbable de no acogerse las peticiones individualizadas en las letras a) a e) precedentes, y se entregue a PCE la administración del TIB según ha sido promovido por EFE en su opción integrada, se declare lo siguiente:
- i. Que los resguardos establecidos en la parte resolutive de la Resolución N°68 se mantendrán mientras el concesionario de frente de atraque Costanera-Espigón sea el administrador del TIB, con excepción de aquel resguardo contenido en su letra C), numeral 5), relativo a la servidumbre de paso, que será reemplazado por el que se indica *infra* en el numeral vii;
 - ii. Que la operación integrada del TIB se desarrolle por una filial diferente con giro exclusivo y administración totalmente separada de PCE, que se rija por las reglas de una sociedad anónima abierta;
 - iii. Que la filial administradora del TIB cuente con un gobierno corporativo con directores independientes, y con un comité de directores con mayoría de independientes, que deban aprobar expresamente todas las decisiones de precio, acceso, descuentos, y demás políticas con impacto comercial y en sede de libre competencia;
 - iv. Que sus tarifas se auditen por un comité de expertos designado de común acuerdo entre PCE y la FNE que asegure que respondan a sus costos económicos, o costos medios de largo plazo;
 - v. Que (a) los servicios de transferencia de carga de contenedores entre la zona de *stacking* del TIB y el modo ferroviario, y (b) de acopio de las cargas transportadas por el modo ferroviario por un tiempo determinado en la zona de *stacking* del TIB, se consideren servicios básicos para todos los efectos de la normativa de puertos;

- vi. Que el servicio de porteo de la carga de contenedores entre los frentes de atraque Molo Sur y Costanera-Espigón, respectivamente, y el *stacking* del TIB, sea considerado un servicio especial u opcional de cada concesionario para todos los efectos de la normativa de puertos, con particular aplicación para STI;
 - vii. Que, previo al inicio de operaciones del TIB, el administrador del TIB y EPSA deben asegurar el derecho de paso de STI, esto es, de su derecho de acceder efectivamente por medio de porteo en camiones al TIB a través de la Puerta M10 o la que haga sus veces, por medio del establecimiento, en favor de STI, de un trazado claro para tales efectos, y el establecimiento de los derechos y obligaciones esenciales para un adecuado uso de tal derecho de paso, sin que ello suponga costos adicionales para STI, y en cualquier caso informando a STI y al público el hecho de haber constituido la servidumbre;
 - viii. Que el administrador del TIB proveerá los servicios básicos asociados al TIB estrictamente de acuerdo a principios de acceso abierto, no discriminación arbitraria, y estricto resguardo de la información sensible de los distintos competidores; y,
 - ix. Que la FNE mantenga una supervisión permanente sobre este operador, aprobando previamente, entre otros, el manual de servicios del TIB, cambios en las normas de asignación de capacidad o prioridad en las cargas y conociendo las toneladas movilizadas a favor de empresas relacionadas, y las actas del comité de directores, entre otros.
- g) Que en todo lo que no contradiga lo dispuesto anteriormente, se confirme lo dispuesto en la parte resolutive de la Resolución N°68 del H. Tribunal.

OTROSÍ: El patrocinio y poder de doña Nicole Nehme Zalaquett y de don Gonzalo Villazón Salfate para representar a San Antonio Terminal Internacional S.A. en estos autos consta a folio 85, y se tuvo presente por el H. Tribunal a folio 88.

Sírvase el H. Tribunal: tenerlo presente.

;

NICOLE NEHME
ZALAUQUETT
2022.01.14
18:39:45 -03'00'

;

GONZALO
MARCELO
VILLAZON SALFATE
2022.01.14 18:45:06
-03'00'