
REPÚBLICA DE CHILE

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA

LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN N°87/2025

Santiago, treinta y uno de marzo de dos mil veinticinco.

- PROCEDIMIENTO** : No Contencioso
- ROL** : NC N° 528-24
- CONSULTANTE** : Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A.
- OBJETO** : Determinar si las Bases de Licitación de Almacenes de Venta Libre o Duty Free Shop en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago de Chile, contenidas en el Decreto N° 36 de 2023 del Ministerio de Defensa Nacional, se ajustan al Decreto Ley N° 211.
- APORTANTES DE ANTECEDENTES** :
1. Fiscalía Nacional Económica
 2. Fisco de Chile, Ministerio de Defensa, Ministerio de Hacienda, Dirección General de Aeronáutica Civil y Servicio Nacional de Aduanas
 3. Lagardère Travel Retail FS Chile II SpA
 4. Motta Internacional S.A.

CONTENIDO

I. PARTE EXPOSITIVA	3
A. CONSULTA	3
B. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DIO INICIO AL PROCEDIMIENTO...	4
C. APORTES DE ANTECEDENTES	4
D. AUDIENCIA PÚBLICA.....	6
II. PARTE CONSIDERATIVA.....	6
A. LA CONSULTA Y SU ALCANCE	6
A.1. Resolución de inicio	6
A.2. Alcance de la facultad regulada en el artículo 18 N° 2 del D.L. N°211 al analizar bases de licitación.....	7
B. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS BASES DUTY FREE.....	9

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

B.1. Antecedente preliminar: descripción general de los almacenes de venta libre free y de las Bases Duty Free	9
B.2. Marco normativo que regula los procesos licitatorios de duty free	12
B.3. Análisis de la naturaleza jurídica de las Bases Duty Free	15
C. ASPECTOS DEL PROCESO LICITATORIO Y DE LAS BASES DUTY FREE RESPECTO DE LOS CUALES SE HAN PRESENTADO OBSERVACIONES.....	20
C.1. Aspectos de las Bases Duty Free criticados por los intervinientes que están contenidos en el Reglamento	20
C.2. Aspectos relacionados al proceso licitatorio criticados por los intervinientes que no están expresamente desarrollados en el Reglamento... ..	22
D. ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE INICIAR UN EXPEDIENTE DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA CON LOS ANTECEDENTES PRESENTES EN ESTE PROCESO.....	24
D.1. El ejercicio de la potestad regulada en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 es facultativo de este Tribunal.....	24
D.2. Breve análisis de aspectos planteados por la Consultante y otros intervinientes y su idoneidad para justificar el inicio de un expediente de recomendación normativa.....	27
III. PARTE RESOLUTIVA.....	47

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. PARTE EXPOSITIVA

A. CONSULTA

1. A folio 17, el 11 de enero de 2024, comparece Vanessa Facuse Andreucci, abogada, en representación de Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A. (“**Nuevo Pudahuel**” o la “**Consultante**”), ambas domiciliadas para estos efectos en Avenida Apoquindo 3472, piso 19, Las Condes, Santiago, quien consulta si las bases de licitación de Almacenes de Venta Libre o Duty Free Shop (“**duty free**”) en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago de Chile (“**Aeropuerto**” o “**AMB**”), contenidas en el Decreto N° 36 de 2023 del Ministerio de Defensa Nacional (“**Decreto N° 36**”) se ajustan al Decreto Ley N° 211 (“**D.L. N° 211**”) y, de ser procedente, solicita que el Tribunal establezca las condiciones que deban cumplirse para prevenir los riesgos a la competencia y adoptar las demás medidas o emitir las recomendaciones que estime pertinentes (“**Consulta**”).

2. Nuevo Pudahuel es la actual concesionaria del Aeropuerto y lo será hasta el año 2035. En tal calidad es quien realiza la construcción de las obras de ampliación, conservación y mantención de terminales, así como la operación del AMB. El modelo económico en su contrato de concesión se basa en una asociación con el Estado, por la cual comparten los ingresos de la explotación del Aeropuerto, incluyendo un porcentaje de aquellos que provengan de los pagos que realiza el actual y el futuro concesionario del duty free.

3. Funda su consulta en que el Decreto N° 36 contiene el texto de las bases de licitación para un proceso licitatorio específico y el diseño de éstas genera riesgos para la competencia. Al respecto, explica que el Estado de Chile, a través del Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Defensa Nacional, publicó el 27 de abril de 2023 el Decreto N° 36 que contiene nuevas bases de licitación y que modificó el Decreto N° 499 de 1995 del Ministerio de Defensa Nacional que “Aprueba Reglamento de Almacenes de Venta Libre o Duty Free Shop” (“**Decreto N° 499**” o “**Reglamento**”). Luego, el 1° de agosto de 2023, la Dirección General de Aeronáutica Civil (“**DGAC**”) y el Servicio Nacional de Aduanas (“**Aduanas**”), conjuntamente, realizaron el llamado a licitación mediante la Resolución Exenta N° 1.438 (“**RE N° 1438**”), para el otorgamiento de la concesión de superficies y el derecho de explotación de recintos destinados al establecimiento y funcionamientos de duty free en el Aeropuerto (“**licitación**” o “**proceso licitatorio**”), mencionando ambos decretos como parte integrante del llamado.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4. Nuevo Pudahuel sostiene que a pesar de que las bases de licitación están contenidas en un decreto, son específicas para este proceso licitatorio, por lo que es procedente ejercer la facultad consultiva a su respecto. Luego, señala que éstas presentan riesgos para la competencia en cuanto al modelo económico de adjudicación, la ausencia de incentivos a competir en la evaluación técnica y la inversión, la posibilidad de explotar parcialmente la superficie destinada a duty free, la duración de la concesión, y al mecanismo de asignación final por sorteo ante un empate.

B. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DIO INICIO AL PROCEDIMIENTO

5. A folio 22, el Tribunal dio inicio al procedimiento no contencioso y fijó como objeto el determinar si las Bases de Licitación de Almacenes de Venta Libre o Duty Free Shop en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago de Chile, contenidas en el Decreto N° 36 de 2023 del Ministerio de Defensa Nacional, se ajustan al D.L. N° 211. En la misma resolución, el Tribunal dio lugar a la solicitud de Nuevo Pudahuel de suspender la licitación de los almacenes de venta libre o duty free shop en el AMB. Posteriormente, dicha suspensión fue alzada, a solicitud de un aportante de antecedentes, el 23 de octubre de 2024, a folio 246, esto es, el día de la audiencia pública y una vez realizada ésta.

C. APORTES DE ANTECEDENTES

6. A folio 93, el 21 de marzo de 2024, aportó antecedentes Motta Internacional S.A. (“**Motta**”), que indica sucintamente que es operador de duty free en aeropuertos de Latinoamérica y que cualquier base de licitación para la concesión de tiendas duty free debe incorporar mecanismos que regulen la participación de empresas integradas verticalmente con el administrador del aeropuerto en cuestión. Lo anterior para evitar que dicha integración otorgue una ventaja competitiva dentro del proceso de licitación. Además, Motta enfatiza la necesidad de que los contratos de concesión consideren eventuales fluctuaciones significativas en el tráfico de pasajeros, especialmente tras eventos como la pandemia de Covid-19.

7. A folio 113, el 21 de marzo de 2024, aportó antecedentes la Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**” o “**Fiscalía**”) e indica, resumidamente, que la mayoría de las disposiciones de las bases de licitación para concesionar el duty free cuestionadas por la Consultante no tienen la capacidad de generar

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distorsiones competitivas. Con todo, la FNE sostiene que algunos elementos restringirían injustificadamente la competencia en la licitación o, *ex post*, durante la vigencia de la concesión del duty free, por lo que recomienda su modificación o eliminación. En este sentido, la FNE se refiere a los criterios de evaluación técnica que penalizan a oferentes sin experiencia en operación de duty free, el modelo económico que genera altos costos fijos para el futuro concesionario, incluso ante eventuales fluctuaciones disruptivas del tráfico de pasajeros y la posibilidad del concesionario de no explotar toda la superficie otorgada sin que el Decreto N° 36 contemplen las condiciones en que ello debe ocurrir ni una obligación de volver a licitar esas áreas. Además, la FNE sugiere que el plazo de la concesión tenga una fecha de término cierta, determinada y coincidente con el término de la concesión del operador aeroportuario (Nuevo Pudahuel). Agrega que debiesen eliminarse o reducirse los riesgos a la competencia que pudieren generarse para el caso de que un oferente esté relacionado al concesionario que opera el AMB y evitar la revelación de identidades de los participantes antes de la recepción de ofertas económicas.

8. A folio 115, el 21 de marzo de 2024, aportó antecedentes Lagardère Travel Retail FS Chile II SpA (“**Lagardère**”), filial de Lagardère Travel Retail SAS, empresa internacional operadora de concesiones aeroportuarias a nivel global y con experiencia en concesiones de duty free en varios países. Indica que las bases de licitación para otorgar la concesión del duty free en AMB generan riesgos para la competencia por los criterios de evaluación de las ofertas, la estructura de pago que incluye un monto fijo y otro variable, la falta de claridad respecto del período de transición para un nuevo operador durante la construcción de instalaciones, la falta de regulación en caso de cambios materiales adversos, las dificultades en la obtención de permisos y la obligación de construir un nuevo depósito aduanero sin considerar que el operador actual ya cuenta con una instalación de este tipo.

9. A folio 153, el 21 de marzo de 2024, aportó antecedentes el Fisco de Chile, específicamente, el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Hacienda, la DGAC y Aduanas, todos representados por el Consejo de Defensa del Estado (“**CDE**” o “**Consejo**”). Indica, por una parte, que en este caso las bases de licitación para la concesión del duty free en el AMB contenidas en el Decreto N° 36 corresponden a la manifestación de la potestad reglamentaria del Presidente y se encuentran contenidas en el Reglamento, por expreso mandato legal de conformidad con el artículo 5° inciso primero de la Ley N° 19.288 que “Autoriza Establecimiento y Funcionamiento de Almacenes de Venta Libre que señala” (“**Ley N° 19.288**”) y el artículo 8° de la Ley N° 16.752 que “Fija Organización y

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Funciones y Establece Disposiciones Generales a La Dirección General De Aeronáutica Civil” (“Ley N° 16.752”). Por tanto, las pretensiones de la Consultante rebasan el ámbito del procedimiento de consulta y sólo cabe el ejercicio de la potestad recomendatoria establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211. Por otra parte, el Consejo argumenta que el Decreto N° 36 no presenta riesgos para la competencia, pues prioriza la oferta económica, lo que incentiva la presentación de propuestas competitivas; el modelo económico mixto está justificado para mantener el equilibrio económico del contrato de concesión; y que el Decreto N° 36 permite cierta flexibilidad en la explotación de superficies, lo que responde a tendencias internacionales de aumento de ventas en línea, sin afectar los ingresos del Estado, al poder ser esas superficies reconcesionadas. El Consejo también apoya el plazo de concesión de 12 años, por ser coincidente con el vencimiento de la concesión vigente del concesionario aeroportuario Nuevo Pudahuel, y el mecanismo de asignación por sorteo ante empate, por ser usado en otros casos y su escasa probabilidad de ocurrencia.

10. A folio 91, Nuevo Pudahuel acompañó un informe económico elaborado por Public Tenders & Marketing Consultores (“**Informe Public Tenders**”).

D. AUDIENCIA PÚBLICA

11. A folio 212, el 22 de agosto de 2024, se citó a audiencia pública. La publicación en el Diario Oficial de esta citación se efectuó el día 25 de septiembre de 2024, según consta a folio 218. La audiencia pública fue realizada el 23 de octubre de 2024, según figura en el certificado que rola a folio 245.

12. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de Nuevo Pudahuel, la FNE, el CDE -en representación del Ministerio de Hacienda, del Ministerio de Defensa Nacional, de la DGAC y de Aduanas- y Motta.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. LA CONSULTA Y SU ALCANCE

A.1. Resolución de inicio

1. Según se señaló en la parte expositiva, el Tribunal dio inicio al procedimiento para determinar si las “*Bases de Licitación de Almacenes de Venta Libre o Duty Free Shop en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago de Chile*”, contenidas en el Decreto N° 36, se ajustan al D.L. N° 211 (folio 22).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. Con todo, tal como se verá en la sección B.2., el artículo único del Decreto N° 36 modificó algunos preceptos del Decreto N° 499. Entre los preceptos modificados se encuentra el artículo 13 de dicho decreto que, precisamente, contiene las bases de licitación que son objeto de este proceso. Es por ello que, en lo sucesivo, se utilizará el término “Bases Duty Free” para referirse a las mencionadas bases contenidas en el artículo 13 del Decreto N° 499, en su versión vigente desde la dictación del Decreto N° 36.

3. Por otro lado, en forma previa a pronunciarse sobre los riesgos a la competencia planteados por Nuevo Pudahuel, y dado que su consulta se refiere a bases de licitación diseñadas por un organismo de la administración del Estado, a continuación, nos referiremos al ámbito de competencia que otorga el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 a este Tribunal para realizar la revisión solicitada. Lo anterior considerando, especialmente, que tal como se señaló en la parte expositiva (§ 4 y 9), existen diferencias entre la Consultante y algunos intervinientes (e.g. el Consejo, en representación de DGAC y Aduanas) respecto del análisis de las Bases Duty Free que puede ser realizado por este Tribunal en el procedimiento de autos.

A.2. Alcance de la facultad regulada en el artículo 18 N° 2 del D.L. N°211 al analizar bases de licitación

4. El proceso consultivo establecido en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 es de naturaleza no contenciosa y, en él, según lo señalado por la Excma. Corte Suprema, se “*conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica*” (Excma. Corte Suprema, sentencia de 10 de mayo de 2023, Rol N° 114.616-2022, c. 5°).

5. En el ejercicio de esta potestad y respecto a procesos licitatorios, este Tribunal ha revisado tanto el diseño como el contenido de bases de licitación elaboradas por diversos órganos de la administración del Estado, cuando éstas se encuentran contenidas en actos administrativos o normas infrarreglamentarias y, por tanto, forman parte del actuar discrecional del órgano en cuestión (véanse Resoluciones N° 79/2023, N° 75/2022, N° 74/2022, N° 73/2022, N° 71/2022, N° 66/2021 y N° 63/2021). Por el contrario, la revisión no se ha extendido al contenido que provenga de un precepto legal o reglamentario que simplemente es incorporado en las bases de licitación por la administración.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6. Lo anterior es coherente con una interpretación sistemática de las normas que establecen las potestades de este Tribunal, en que se distingue la clase de hechos, actos o contratos que pueden ser conocidos y las pretensiones que sobre ellos recaigan. A este respecto, la doctrina ha señalado que las distintas potestades “*no deben utilizarse arbitrariamente unas en sustitución de otras [y t]ampoco puede el ejercicio de alguna de ellas ser contradictorio con el sentido de las demás*” (Veloza, Javier y González, Daniela. Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En: *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, p. 33). De esta manera, cuando se ejerce alguna de las atribuciones a que se refieren los numerales 2), 3) y 4) del artículo 18 del D.L. N° 211, bajo el procedimiento establecido en el artículo 31 del mismo cuerpo legal, este Tribunal debe circunscribirse a resolver dentro de su habilitación legal.

7. En este sentido, el artículo 18 del D.L. N° 211 establece una clara distinción entre la facultad de conocer consultas (artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211) y la potestad para revisar preceptos legales o reglamentarios que podrían ser contrarios a la competencia o que ameriten dictarse a fin de fomentarla o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas (artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211). En este último caso, el ejercicio de la facultad se caracteriza, al igual que en el caso de un proceso consultivo, por la falta de controversia jurídica y de pretensión sancionatoria. Sin embargo, no culmina con una posible orden para el órgano de la administración, como los procedimientos de consulta, sino que con una eventual recomendación no vinculante al Presidente de la República, por medio del Ministro de Estado que corresponda.

8. En virtud de lo anterior, el examen de las bases de licitación en el ejercicio de la potestad consultiva, contenida en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, se debe limitar a los aspectos en que la ley o la regulación sectorial de naturaleza reglamentaria han otorgado discrecionalidad al órgano administrativo encargado de elaborar las bases y adjudicar la licitación de que se trate, y que se vean plasmados en un acto administrativo infrarreglamentario.

9. Por otra parte, si lo cuestionado de las bases de licitación se refiere a aspectos establecidos en preceptos legales o reglamentarios que el órgano de la administración incorpora o aplica sin ejercer ningún tipo de discrecionalidad, lo impugnado sería el precepto legal o reglamentario específico y no la decisión del órgano a cargo de la licitación. Ante ello, el Tribunal no podría, en virtud del artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, ordenar el cese o modificación de dicho acto y de los preceptos legales o reglamentarios que lo fundamentan. La

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

potestad que permitiría tal acción requiere de una habilitación constitucional o legal expresa que este Tribunal no ha recibido. Por tanto, dichos preceptos únicamente podrían ser revisados por este Tribunal en virtud de la facultad regulada en el artículo 18 N° 4 del DL N° 211 que finalizaría, de ser procedente, con una recomendación para la administración (y no una orden).

10. En línea con lo anterior, la Excma. Corte Suprema ha resuelto que no corresponde a este Tribunal ordenar la modificación de bases de licitación si con ello se contraría expresamente lo regulado por legislación sectorial vigente aplicable en la especie (Excma. Corte Suprema, sentencia de 15 de junio de 2009, Rol N° 1855-2009, c. 7°-8°), lo que debe ser entendido como comprensivo tanto de la normativa legal como reglamentaria al efecto.

11. Esta distinción entre la facultad establecida en el artículo 18 N° 2 y 4 del DL N° 211 cobra relevancia en este proceso, ya que, tal como se indicó en la parte expositiva (§ 4 y 9), existen posturas disímiles entre los intervinientes respecto a si las Bases Duty Free tienen o no naturaleza reglamentaria y, por tanto, si este Tribunal es o no competente para revisarlas en el presente proceso de consulta.

12. Por lo anterior, a continuación, se examinará la naturaleza jurídica de las Bases Duty Free. Para ello, se comenzará con una breve descripción de su contenido y de la normativa relevante aplicable al proceso licitatorio.

B. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS BASES DUTY FREE

B.1. Antecedente preliminar: descripción general de los almacenes de venta libre free y de las Bases Duty Free

B.1.1. Almacenes de venta libre

13. Los almacenes de venta libre o duty free se encuentran definidos en el artículo 2° de la Ley N° 19.288 que establece que corresponden al “*recinto perfectamente deslindado dentro del respectivo aeropuerto, en el cual se depositarán mercancías extranjeras, nacionales y nacionalizadas, con el único objeto de ser vendidas para el uso o consumo de los pasajeros y tripulantes de aeronaves que se dirijan al exterior, que arriben al país o se encuentren en tránsito al extranjero*”. Por su parte, el artículo 4° de la misma ley indica que es el Ministerio de Hacienda, por decreto supremo, el organismo encargado de elaborar una lista de mercancías que pueden adquirirse en estos almacenes, y

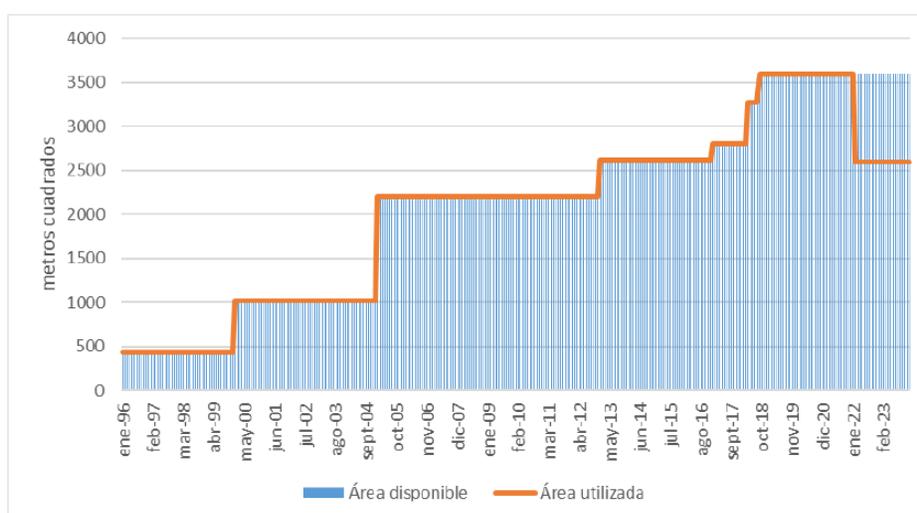
REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los artículos 6° y 8° prescriben que la venta de mercancías en los duty free se encuentran exentas de ciertos tributos ahí definidos.

14. En específico, el duty free del Aeropuerto se encuentra ubicado en las zonas de llegadas y salidas internacionales. Las tiendas que lo componen permanecen abiertas 24 horas del día y 7 días a la semana, para compras que pueden ser presenciales o de forma *online* con retiro en tienda (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 20). Los principales productos que se venden en éste corresponden a productos de belleza, bebidas alcohólicas, ropa y moda, alimentación, accesorios, tabaco y artículos electrónicos (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 17).

15. Aunque el operador actual sólo utiliza 2.600 metros cuadrados (“m²”), en el plan maestro de la construcción del Aeropuerto se destinaron 3.594 m² de superficie para la explotación del duty free, según denota el Gráfico N° 1 (aporte de antecedentes FNE, folio 113, pp. 20-21).

Gráfico N° 1
Áreas disponibles y explotadas en duty free aeropuerto AMB



Fuente: Aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 20

16. Finalmente, se debe destacar que los principales clientes del duty free en el Aeropuerto son pasajeros chilenos (Consulta, folio 17, p. 9; aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 20; y aporte de antecedentes CDE, folio 153, pp. 6 y 7). Lo anterior, ya que el AMB corresponde a un aeropuerto de tipo terminal (salvo para conexiones nacionales) en el que el flujo de pasajeros internacionales en tránsito es menor.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

B.1.2. Bases Duty Free

17. Tal como se señaló (§ 2 parte considerativa), las Bases Duty Free fueron incorporadas al Reglamento mediante el Decreto N° 36 que modificó su artículo 13. En específico, el referido artículo fue reemplazado para fijar las actuales bases administrativas, técnicas y económicas para la nueva asignación del duty free en el AMB. El contenido de las Bases Duty Free puede ser resumido de la siguiente forma:

- (a) Bases administrativas (artículo 13.1): contienen el calendario del proceso con las fechas o plazos contados desde que tengan lugar ciertos hitos específicos sin fechas determinadas; una descripción del Aeropuerto, su funcionamiento y concesionaria actual (Nuevo Pudahuel), la concesionaria del duty free del AMB desde 1995 y la duración de su derecho de explotación; el objeto del contrato de concesión, los requisitos para participar en la licitación, la oportunidad de asistir presencialmente a revisar las superficies y de solicitar aclaraciones; la forma en que deben presentarse las ofertas, así como los documentos que deben incorporarse a ella; cómo se evalúan las ofertas, cómo se obtienen los puntajes finales, la opción de desestimar todas las ofertas y cómo se adjudica, inicia y termina el contrato de concesión; las obligaciones del concesionario, las garantías del contrato, las infracciones y multas, los pagos del derecho de concesión y explotación y los efectos de caso fortuito o fuerza mayor.
- (b) Bases técnicas (artículo 13.2): incluyen una descripción de las superficies que se entregan en concesión, las etapas en que se ceden las superficies, cómo se habilitan las superficies de duty free del AMB y de bodegas, los requisitos técnicos con que deben contar las tiendas para ser autorizadas, las inversiones y reinversiones que deben efectuarse, el horario de funcionamiento, los servicios que deben prestarse y las políticas de personal y cajas que deben implementarse.
- (c) Bases económicas (artículo 13.3): indica que en su oferta el licitante deberá establecer el porcentaje mensual a pagar por el derecho de concesión y explotación, el que no podrá ser inferior al 8% calculado sobre las ventas y será adicional a los USD 2.000.000 (dos millones de dólares de los Estados Unidos de América), el que se pagará a todo evento mensualmente.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(d) Anexos (artículo 13.4): contienen el detalle de las superficies a concesionar, declaraciones, modelo de ofertas, entre otros.

18. Finalmente, el Decreto N° 36 también modificó el artículo 7 del Reglamento para establecer que la concesión del duty free del Aeropuerto tendrá una duración de 15 años.

B.2. Marco normativo que regula los procesos licitatorios de duty free

19. De acuerdo con los vistos del Decreto N° 36, éste fue dictado en cumplimiento de lo dispuesto, entre otras, en la Ley N° 19.288 y la Ley N° 16.752. Ambas leyes son relevantes para analizar tanto la naturaleza jurídica de las Bases Duty Free como los objetivos buscados por el legislador al establecer almacenes de venta libre en el Aeropuerto.

20. En primer lugar, al revisar la Ley N° 19.288, es posible destacar su artículo 5°. Dicho precepto establece el mecanismo de concesión de los duty free e indica que las bases de propuesta pública deben ser contempladas en un reglamento. En efecto, señala que:

*“El derecho a establecer, administrar y explotar un Almacén de Venta Libre será otorgado por propuesta pública, **cuyas bases serán contempladas en un reglamento** dictado por el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Defensa Nacional, oyendo a los respectivos Servicios. La concesión aeronáutica, en el aeropuerto respectivo, se regirá por las normas que establezca la Dirección General de Aeronáutica Civil.*

En todo lo no previsto en la presente ley, el funcionamiento de los Almacenes de Venta Libre se regirá por las normas de la ley N° 16.752, por el Reglamento de Tasas y Derechos Aeronáuticos y por las bases administrativas que regulen la propuesta pública a que se refiere el inciso anterior (...)” (énfasis agregado).

21. En cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo, el Ministerio de Defensa Nacional y el Ministerio de Hacienda dictaron en 1994 el ya mencionado Decreto N° 499, que aprueba el reglamento de almacenes de venta libre o duty free en el AMB, el que fue publicado el 9 de enero de 1995. En específico, en los vistos del mencionado decreto se hace referencia a que es producto del ejercicio de la potestad establecida en el artículo 32 N° 8 de la Constitución Política de la República (“**Constitución**”), hoy N° 6, es decir, de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

22. El referido Reglamento está compuesto de 13 artículos y regula, entre otros aspectos, que “[p]ueden actuar como concesionarios y explotadores de estos almacenes, las personas naturales o jurídicas que, de acuerdo a las bases de licitación que se señalan en el párrafo III de este Reglamento, hubieren obtenido mediante licitación pública el derecho de concesión y explotación de estos recintos” (artículo 2°). Asimismo, indica que son la DGAC y Aduanas los organismos encargados de convocar, conjuntamente, a propuesta pública (artículo 4°); los requisitos de publicidad del llamado a propuesta (artículo 5°); que la ubicación del duty free debe ser dentro del Aeropuerto, en los recintos que determine la DGAC (artículo 6°); el plazo de la concesión —que en 1994 se definió por 10 años— (artículo 7°); algunas obligaciones de los concesionarios (artículo 8°, 9° y 11°); los órganos encargados de la fiscalización (artículo 10°); contiene las bases de licitación del duty free (artículo 13°), entre otros aspectos.

23. El citado Reglamento fue modificado en 2023 por el Decreto N° 36, el que, a través de su artículo único, reemplaza tres disposiciones: **(a)** el artículo 6° en su inciso segundo, referente a que la modificación de los espacios concesionados sólo podrá implicar una disminución de las superficies por motivos fundados; **(b)** el artículo 7° que amplió el plazo máximo de concesión de 10 a 15 años; y **(c)** el artículo 13° correspondiente a las Bases Duty Free (ver § 17 parte considerativa).

24. Por su parte, en aquello relevante para este procedimiento, la Ley N° 16.752 obliga a que las actividades lucrativas en aeródromos públicos de dominio fiscal sean objeto de concesiones a título oneroso. En concreto, su artículo 8° indica:

“Por decreto supremo se fijarán las condiciones generales, derechos y rentas mínimas para el otorgamiento de las concesiones y la celebración de los contratos a que se refiere la letra i) del artículo 3°, como también los mínimos y máximos de los derechos que se deban cobrar por las certificaciones, diligencias o actuaciones de la Dirección General.

Toda actividad lucrativa que se desarrolle en los aeródromos públicos de dominio fiscal, deberá ser objeto de una concesión aeronáutica a título oneroso. En los casos de concesiones para la venta o la prestación de servicios a terceros, los derechos aeronáuticos que deba pagar el concesionario podrán consistir en un porcentaje del precio de venta de los artículos o elementos de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que se trate o del valor del servicio que se preste” (...) (énfasis agregado).

25. Esta regla de asignación a título oneroso de los derechos a desarrollar actividades lucrativas en los aeropuertos y el consiguiente fin recaudatorio que aquella persigue fue considerada por el legislador en el caso de los duty free. En efecto, tal como señala Nuevo Pudahuel en su presentación de folio 231 (p. 1), la historia de la Ley N° 19.288 revela que la creación de los duty free tuvo como objeto promover las exportaciones, dar a conocer el país en el exterior, desarrollar el turismo y obtener recaudación para el Fisco (véase historia de la Ley N° 19.288, páginas 4, 8, 15, 17, 25. Disponible en: www.bcn.cl/https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/73503/1/documento_6129_1701918962216.pdf).

26. Específicamente, durante la discusión en sala en la Cámara de Diputados, se indicó que *“los ingresos que provengan de estos almacenes no beneficiarán al aeropuerto en particular, sino al conjunto del sistema aeronáutico del país (...). [Y] no se trata tan solo de producir ingresos concretos para el aeropuerto Arturo Merino Benítez y para la Dirección de Aeronáutica, sino también de desarrollar el turismo y la economía regionales”* (véase p. 17 de la historia de la Ley N° 19.288. Disponible en: www.bcn.cl/https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/73503/1/documento_6129_1701918962216.pdf).

27. En línea con lo anterior, el artículo 12° del Reglamento recalca el fin recaudatorio del proceso licitatorio del duty free del Aeropuerto. En específico, dicho artículo establece que:

“En las Bases de Propuesta que por este Reglamento se aprueban, se establece el pago en dinero que como contraprestación por los derechos de concesión y explotación del Almacén de Venta Libre, deberá efectuar el concesionario y explotador.

La suma a pagar en dinero, señalada en el inciso precedente será mensual, e incluirá el pago de concesión aeronáutica, que pertenecerá a la Dirección General de Aeronáutica Civil, y el pago del derecho de explotación que pertenecerá al Servicio Nacional de Aduanas, en la proporción que las mismas bases señalan. El porcentaje que se establece como derecho de explotación, constituirá ingreso propio del Servicio Nacional de Aduanas.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La tasa aeroportuaria que corresponda pagar al concesionario por los servicios que se prestan a la carga aérea, será la establecida en el inciso tercero del artículo 62 del D.S. (Av.) N° 172, de 1974 (Reglamento de Tasas y Derechos Aeronáuticos) y será cobrada por la Aduana Metropolitana.”

28. Así, de esta revisión normativa es posible desprender dos conclusiones relevantes para analizar, en lo que sigue, las Bases Duty Free y la Consulta: **(a)** que el artículo 5° de la Ley 19.288 indica que el derecho a operar y explotar los duty free se debe asignar por propuesta pública cuyas bases de licitación deben ser establecidas en un reglamento; y **(b)** que los fines perseguidos por el legislador para la creación de los duty free consistían en promover las exportaciones, el turismo y la imagen del país, y obtener recaudación para el Fisco.

B.3. Análisis de la naturaleza jurídica de las Bases Duty Free

29. La Consultante ha planteado que las Bases Duty Free no tendrían naturaleza reglamentaria. Argumenta que, desde una perspectiva sustantiva, y con independencia de la denominación que pudiera utilizarse, el Decreto N° 36 que contiene las bases de licitación consultadas no es permanente y carece de generalidad. Según Nuevo Pudahuel, el referido decreto agotaría su objeto una vez que se adjudique la concesión de las superficies del duty free del AMB. Asimismo, indica que el proceso de licitación objeto de la Consulta ha sido iniciado por un acto administrativo puro y simple, esto es, la RE N° 1.438 de 2023, la que establece que el texto de los Decretos N° 499 y N° 36 son “parte integrante” de dicho acto (Consulta, folio 17, pp. 49-53).

30. El Consejo, en cambio, sostiene que el Decreto N° 36 sí corresponde a un reglamento y que no procede revisarlo en un procedimiento de consulta. Menciona que en la emisión del referido decreto se cumplió con el mandato legal establecido en el artículo 5° de la Ley N° 19.288, pues aquel fue firmado por el Presidente de la República, la Ministra de Defensa Nacional y el Ministro de Hacienda. Así, concluye que, a diferencia de otros casos, las bases de licitación de la concesión de duty free constituyen la manifestación de la potestad reglamentaria del Presidente y se encuentran contenidas formalmente en un reglamento, el que además goza de presunción de legalidad, en virtud de la toma de razón efectuada por la Contraloría y del inciso final del artículo 3° de la Ley N° 19.880. Por tanto, indica que a su respecto sólo cabe el ejercicio de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la potestad establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L N° 211 (aporte de antecedentes Consejo, folio 153, pp. 9-11).

31. Finalmente, la FNE indica que este Tribunal consistentemente ha fallado que la revisión de bases de licitación en un procedimiento de consulta no alcanza aspectos específicamente regulados por ley o reglamentos. Con todo, la FNE destaca que ninguno de los aspectos del Decreto N° 36 cuestionados en autos, estarían definidos *ex ante* en la norma legal sectorial (aporte de antecedentes FNE, folio 113, pp. 24-26).

32. Para determinar la eventual naturaleza reglamentaria de las Bases Duty Free, en primer lugar, se debe tener claro el concepto de reglamento. En este sentido, no es posible encontrar ni en la Constitución ni en la ley una definición de aquél, por lo que, para conceptualizarlo, se debe revisar la doctrina y jurisprudencia especializada. La doctrina indica que un reglamento corresponde a *“un acto de carácter normativo emanado del Poder Ejecutivo, y específicamente de entre aquellas autoridades que tienen poder para dictarlo, subordinado a la ley, y, por tanto, de rango inferior a la misma, cuyo objeto es ejecutar la ley o regular materias que no son propias de ella”* (Bermúdez Soto, J. *Derecho Administrativo General*, Editorial Abeledo Perrot, 2010, p. 40). Por su parte, la Excma. Corte Suprema se ha referido a aquél como un acto administrativo que regula determinadas materias con efectos generales, dado que los reglamentos *“son normas que emanan de órganos de la Administración del Estado y que tienen por objeto desarrollar o complementar lo establecido en las normas legales, cuya fuerza obligatoria vincula a todo órgano público, funcionarios y, especialmente, a los particulares”* (Excma. Corte Suprema, sentencia de 5 de marzo de 2018, Rol 36.650-2017, c. 5°). Asimismo, el Tribunal Constitucional describe al reglamento como una norma *“general, abstracta, predeterminada y obligatoria, cuyo campo natural es el de la ejecución de la ley para regular aspectos secundarios, singulares y de detalle”* (Excma. Tribunal Constitucional, resolución de 5 de octubre de 2023, Rol 14.539-2023, c. 14°), destacando además que éstos son permanentes, dado que no se agotan o pierden su vigencia en un caso determinado (*ibid.*).

33. De esta forma, un reglamento puede ser definido como **(a)** una norma administrativa, esto es, una disposición de carácter general, abstracto y permanente; **(b)** dictada por órganos que formen parte de la Administración del Estado que tienen una habilitación constitucional o legal previa para hacerlo, y **(c)** secundaria a la ley (véase Cordero Quinzacara, E. *Los Reglamentos como Fuente del Derecho Administrativo y su Control Jurisdiccional. Ius et Praxis*,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2019, 25(1), 285-334. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100285>).

34. Al revisar el cumplimiento de esta caracterización para el caso de las Bases Duty Free, es posible concluir que éstas sí tienen naturaleza reglamentaria. Ello, dado que tal como se detalló *supra* (§ 1 parte considerativa), se encuentran contenidas en su totalidad en el artículo 13° del Decreto N° 499, que aprueba el “Reglamento de Almacenes de Venta Libre o Duty Free Shop”, modificado por el Decreto N° 36. El Decreto N° 499 reúne todas las características de un reglamento.

35. En efecto, según lo descrito en el párrafo 33, **(a)** es una norma administrativa que contiene disposiciones de carácter (i) general, que rigen para toda la colectividad y no sólo un particular; (ii) abstracto, dado que aplican para un número indeterminado de situaciones relacionadas con el duty free del AMB estableciendo el tipo de mercancías que pueden ser comercializadas, las características de la concesión de dichos almacenes, las obligaciones y derechos de los concesionarios y las bases de propuesta para el otorgamiento de la referida concesión; y (iii) permanente, ya que se proyectan en el tiempo, sin que se establezca un plazo en el que dejen de generar efectos, por el contrario, dichas disposiciones se encuentran vigentes desde 1994, salvo ciertas modificaciones; **(b)** esta fue dictada por el Ministerio de Defensa Nacional, firmado conjuntamente por el Ministro de Hacienda y el Presidente de la República, conforme a la habilitación legal previa establecida en la Constitución y el artículo 5° de la Ley N° 19.288; y, finalmente, **(c)** el Decreto N° 499 tiene un carácter secundario a la ley, dado que especifica algunas cuestiones derivadas de la Ley N° 19.288 para hacerla aplicable, pero sin contravenirla.

36. A su vez, particularmente respecto al artículo 13° del Decreto N° 499, si bien es cierto que, tal como destacó el Consejo en su aporte de antecedentes (aporte de antecedentes Consejo, folio 153, p. 10), no es usual que bases de licitación se incluyan detalladamente en un reglamento, fue el legislador quien optó por este diseño normativo. En concreto, es el artículo 5° de la Ley N° 19.288 el que establece que, para el caso de los duty free, las bases de licitación deben ser establecidas en un reglamento. Siguiendo dicha disposición, el Decreto N° 499 y las Bases Duty Free contenidas en él corresponden a la ejecución de un mandato legal que el órgano de la administración debía realizar.

37. De este modo, el Decreto N° 499 es producto de la potestad reglamentaria de ejecución de la administración, que, en palabras de la Excm. Corte Suprema, se identifica con el concepto de “remisión normativa”, en el que

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

*“una ley reenvía a una normativa ulterior, que ha de elaborar la Administración, la regulación de ciertos elementos que complementan la ordenación que la propia ley establece. De este modo, **las normas dictadas por la Administración en ejecución de la remisión contenida en una ley tiene valor de simples reglamentos**”* (Excma. Corte Suprema, sentencia de 7 de junio de 2016, Rol N° 19.309-2016, c. 2°. Énfasis agregado). Esta potestad *“puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica”* (Excmo. Tribunal Constitucional, resolución de 9 de abril de 2003, Rol N° 370-2003, c. 23°).

38. La jurisprudencia citada da cuenta de una importante característica de los reglamentos de ejecución. Por su propia función, éstos se refieren a situaciones más específicas que la ley que habilita su emisión. Así, no se debe confundir la generalidad que tiene la ley con aquella que se exige a los reglamentos. Aun cuando existe entre ambos cierta similitud, dado su carácter normativo, es importante resaltar que los reglamentos usualmente son más específicos y detallados que una ley.

39. En consecuencia, este Tribunal no coincide con lo afirmado por Nuevo Pudahuel respecto a que, por el mero hecho de regular una licitación, un reglamento podría perder su calidad de tal. Por el contrario, las Bases Duty Free tienen naturaleza reglamentaria al incluirse en el Decreto N° 499, el que, como se revisó *supra* (§ 35 parte considerativa), cumple con todas las características de un reglamento, sin que exista un obstáculo para que las referidas bases puedan ser utilizadas en procesos futuros, dada la aplicación general y permanente del cuerpo normativo en que se contienen.

40. Nada cambia la conclusión anterior el hecho de que las Bases Duty Free hayan sido incorporadas al Decreto N° 499 por medio del Decreto N° 36. Sobre esto, la Consultante ha argumentado que este último decreto es un acto administrativo que carece de generalidad y permanencia, por lo que no es un reglamento. A juicio de este Tribunal, esta argumentación es incorrecta. El Decreto N° 36 posee la misma naturaleza del Reglamento que modifica. En este sentido, encontrándose en la antigua versión del artículo 13° del Decreto N° 499 las bases del proceso licitatorio de duty free del AMB, en caso de querer

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

modificarlas, procedía que la administración dictará un nuevo decreto con carácter reglamentario. Ello, dado que los reglamentos, al tener plena fuerza obligatoria (artículo 6° de la Constitución) y ser vinculante para particulares y los poderes del Estado, sólo pueden ser dejados sin efecto o modificados a través de otra fuente normativa de igual o mayor jerarquía, esto es, otro decreto con carácter reglamentario o la ley. Precisamente, eso fue lo que hizo la administración, emitió el Decreto N° 36, que según señalan sus vistos, fue dictado en virtud del artículo 32 N° 6 de la Constitución y artículo 5° de la ley N° 19.288 y, para modificar los artículos 7° y 13° del Reglamento e incorporar las actuales Bases Duty Free.

41. A lo anterior se agrega que no se observan razones que justifiquen darle al Decreto N° 36 un trato distinto del Reglamento que modifica. Tal como se ha indicado, fue el legislador quien, por medio del artículo 5° de la Ley N° 19.288, optó por que las bases de licitación de los duty free fueran establecidas en un reglamento. Así, el Decreto N° 36 también es una manifestación de la potestad reglamentaria de ejecución.

42. A mayor abundamiento, una revisión sustantiva de los preceptos contenidos en el Decreto N° 36 que detallan las Bases de Duty Free deja en evidencia que se cumplen con los requisitos de un reglamento, ya que rigen para la colectividad (todo aquel interesado), fueron realizados con grado de abstracción (rigen distintas situaciones relacionadas con el proceso licitatorio) y pretenden tener permanencia (no tienen fechas definidas para su vigencia y nada obsta a que puedan ser aplicados en el futuro).

43. De este modo, a juicio de este Tribunal, al estar las Bases Duty Free establecidas en un reglamento, esto es, el Decreto N° 499, modificado por el Decreto N° 36, comparten dicha naturaleza. El Decreto N° 499, además, ejecuta lo ordenado en el artículo 5° de la Ley N° 19.288.

44. La conclusión anterior implica que, tal como se señaló en la sección A.2, este Tribunal no es competente para pronunciarse en este proceso consultivo sobre aquellas observaciones realizadas al texto expreso de las Bases Duty Free. Por ello, a continuación, se analizará lo planteado por la Consultante y demás intervinientes para definir qué cuestiones recaen sobre la literalidad del Reglamento, y no pueden ser examinadas por este Tribunal, y cuáles se refieren a actuaciones discrecionales de los órganos encargados del proceso licitatorio que no están determinadas por los preceptos reglamentarios.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C. ASPECTOS DEL PROCESO LICITATORIO Y DE LAS BASES DUTY FREE RESPECTO DE LOS CUALES SE HAN PRESENTADO OBSERVACIONES

C.1. Aspectos de las Bases Duty Free criticados por los intervinientes que están contenidos en el Reglamento

45. Una revisión de los aspectos impugnados mediante la Consulta y los diversos aportes de antecedentes da cuenta de que ellos se refieren, mayoritariamente, a cuestiones que están expresamente contenidas en la ley (Leyes N° 19.288 y 16.752) o en el Reglamento, modificado por el Decreto N° 36. De esta forma, este Tribunal no es competente para pronunciarse sobre aquéllos en ejercicio de la atribución regulada en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211.

46. En efecto, un primer asunto levantado por Nuevo Pudahuel se refiere al modelo económico de adjudicación establecido en las Bases Duty Free. La Consultante critica **(a)** el pago de un monto fijo mensual a todo evento de 2 millones de dólares; y **(b)** la exigencia del pago de un monto variable calculado sobre un porcentaje de todas las ventas mensuales y que no puede ser inferior al 8% (Consulta, folio 17, p. 16-24). Por su parte, la FNE también observa el cobro de un monto fijo a todo evento (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 32). Finalmente, Lagardère, critica la gran valoración que se hace de la oferta económica (aporte de antecedentes Lagardère, folio 115, p. 5). Sin embargo, la totalidad de este modelo económico criticado se encuentra establecido en el Reglamento, específicamente en las secciones denominadas “1.7.3. Evaluación de la Oferta Económica”, “1.7.4. Puntaje Final de las Ofertas”, “1.10. Pagos del Derecho de Concesión y Explotación” y “3. Oferta Económica” de las Bases Duty Free. Dichas secciones, además, reflejan los objetivos del legislador al dictar la Ley N° 19.288 y son consecuencia del artículo 8° de la Ley N° 16.752 que indica que toda actividad lucrativa que se desarrolle en el aeropuerto deberá ser objeto de una concesión aeronáutica a título oneroso.

47. Un segundo aspecto descrito por la Consultante se relaciona con los aspectos técnicos de las Bases Duty Free, específicamente, critica que: **(a)** la oferta técnica corresponde sólo al 20% de la evaluación total; **(b)** las variables del componente “experiencia” pueden ser cumplidas por casi todos los mayores operadores internacionales; y, **(c)** el componente “indicadores” sólo mide el tamaño de cada oferente (Consulta, folio 17, pp. 27-30). La Fiscalía también observa la composición y evaluación de los requerimientos técnicos (aporte de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

antecedentes FNE, folio 113, pp. 26-30). Con todo, estos aspectos se encuentran expresamente recogidos en el Reglamento, en las secciones “1.7.2. Análisis y Evaluación de los Antecedentes de la Oferta” y “2. Bases Técnicas” de las Bases Duty Free.

48. Una tercera observación realizada por Nuevo Pudahuel se refiere a que las Bases Duty Free admiten una explotación parcial de sólo el 65% de las superficies destinadas en el AMB a duty free (Consulta, folio 17, pp. 32-39). Sin embargo, la sección “1.9.3. Obligaciones Generales del Concesionario con la DGAC y Aduanas” de las Bases Duty Free regula expresamente la posibilidad de realizar una devolución de hasta el 35% de la superficie asignada, el procedimiento que tiene que seguir el concesionario del duty free para obtener la aprobación de la DGAC para explotar menos del 100% del espacio disponible y la opción de que esta última disponga de la superficie devuelta, pudiendo ser entregada nuevamente en concesión.

49. Un cuarto aspecto observado por la Consultante se vincula con la extensión de la concesión. Nuevo Pudahuel considera que un plazo de 12 años, en vista de la práctica internacional, es excesivo e injustificado (Consulta, folio 17, pp. 40-42). No obstante, dicho plazo está regulado en el artículo 7° del Reglamento, que establece que la concesión durará hasta 15 años, y además en la sección “1.8.7. Plazo del Contrato de Concesión Duty Free Shop” de las Bases Duty Free, que prescribe que la concesión durará 12 años.

50. En quinto lugar, la Consultante critica el establecimiento de un mecanismo final de asignación por sorteo, en caso de empate en el puntaje de evaluación (Consulta, folio 17, pp. 43-44). Al igual que para el resto de las críticas mencionadas precedentemente, este aspecto también se encuentra expresamente regulado en el Reglamento en la sección “1.7.4. Puntaje Final de las Ofertas” de las Bases Duty Free.

51. De esta forma, los cuestionamientos a las Bases Duty Free realizados por la Consultante y otros intervinientes referidos al **(a)** modelo económico; **(b)** la evaluación técnica; **(c)** la explotación de la superficie del AMB destinada a duty free; **(d)** el plazo de la concesión; y **(e)** la asignación por sorteo en caso de empate, no pueden ser analizados por este Tribunal en ejercicio de la atribución regulada en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211. Por lo tanto, será rechazada por improcedente la Consulta respecto de ellos.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C.2. Aspectos relacionados al proceso licitatorio criticados por los intervinientes que no están expresamente desarrollados en el Reglamento

52. Algunos intervinientes describieron omisiones por parte de los Ministerios que dictaron el Decreto N° 36 y una actuación realizada por la DGAC, que tendrían impacto en la libre competencia y que no estarían expresamente establecidas en el Reglamento.

53. En concreto, la Consultante, Lagardère y Motta criticaron la falta de inclusión de una cláusula que resguarde al futuro concesionario ante un caso fortuito o de fuerza mayor, como por ejemplo la pandemia por Covid-19, y que permita flexibilizar el pago a todo evento. Los intervinientes indicaron que era problemático para la competencia la ausencia de remedios en caso de que disminuya considerablemente el flujo de pasajeros en el Aeropuerto (Consulta, folio 17, pp. 17-20; aporte de antecedentes Lagardère, folio 115, p. 8; aporte de antecedentes Motta, folio 93, pp. 3-4).

54. Por su parte, Lagardère se refirió a la falta de certeza acerca de cómo funcionará la etapa de transición desde la adjudicación del duty free en el AMB hasta el inicio de la operación, lo que, en su opinión, desincentivaría la participación y crearía ventajas para el actual operador de los almacenes de venta libre. Adicionalmente, sugiere que se incluyan aspectos relativos a la obtención de permisos en las Bases Duty Free, por ejemplo, para comercializar alcoholes; y que se considere que el actual operador del duty free en el AMB se ve favorecido respecto de la obligación de construir un nuevo depósito aduanero establecida en las Bases Duty Free, pues puede operar durante la transición con sus actuales instalaciones (aporte de antecedentes Lagardère, folio 115, pp. 7-9).

55. No obstante lo anterior, el análisis de las dos observaciones referidas presenta un impedimento similar a aquél tratado en la subsección C.1: dado que este Tribunal no es competente para pronunciarse y ordenar la modificación de disposiciones reglamentarias por medio de la facultad establecida en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, tampoco lo es para disponer, en el ejercicio de esta, que se incorporen preceptos reglamentarios al mismo cuerpo normativo.

56. Dicho impedimento es especialmente relevante para el caso de los duty free en el que el legislador indicó que las bases de licitación deben ser establecidas mediante un reglamento (artículo 5° de la Ley N° 19.288). Así, la incorporación a las Bases Duty Free de reglas como las sugeridas por las

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

intervinientes y la Consultante supondría dar una orden a la administración del Estado para que incluya nuevos preceptos a un reglamento, lo que sería improcedente en el marco de la facultad reglada en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211. En cambio, ello correspondería al ejercicio de la potestad establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, que regula la posibilidad de este Tribunal de sugerir la dictación de nuevos preceptos normativos cuando sea necesario para fomentar la competencia o regular una actividad.

57. Por tanto, este Tribunal no analizará por improcedente con la facultad establecida en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 la solicitud de incluir en las Bases Duty Free **(a)** una cláusula que resguarde al futuro concesionario ante un caso fortuito o de fuerza mayor; y, **(b)** una regulación de la etapa de transición de la adjudicación.

58. Finalmente, resta por analizar una última observación. La Fiscalía constató que los organismos encargados del proceso licitatorio dieron a conocer las identidades de los interesados en participar, al mencionarlos en las resoluciones que aprobaron grupos de respuestas a consultas presentadas a la licitación, conforme el procedimiento indicado en las Bases Duty Free, sección “1.5.4. Aclaraciones y/o Respuestas a las Consultas Presentadas” (véase documentos a folios 8 y 9). A juicio de la FNE, ello tendría efectos nocivos para la competencia al ser la industria objeto de la licitación una con pocos actores a nivel mundial, generando riesgos de coordinación entre potenciales oferentes o desincentivando la participación de empresas con menor experiencia que otros interesados cuya intención de participar se da a conocer. Por estos motivos, la Fiscalía solicita al Tribunal que establezca expresamente que las entidades licitantes no podrán revelar la identidad de los participantes en el proceso hasta después de la recepción de ofertas económicas (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 42).

59. Adicionalmente, en su aporte de antecedentes y en la audiencia pública, el Consejo dio a conocer la identidad de los tres grupos económicos que solicitaron el certificado de deudas al que se hace referencia en las Bases Duty Free, sección “1.5.1. Participantes”, numeral 4.

60. Sobre esta observación, en primer lugar, se debe establecer que la obligación de revelar la identidad de quienes formularon preguntas no se deriva de manera expresa de las Bases Duty Free y, con ello, del Reglamento. En efecto, la sección “1.5.1. Participantes” de las mencionadas bases requiere a los interesados solicitar un certificado de deuda en la página *web* de la DGAC o de la Tesorería General de la República. Sin embargo, no se exige que estos

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

organismos publiquen quienes solicitan dicho certificado. Asimismo, la sección “1.5.4. Aclaraciones y/o Respuestas a las Consultas Presentadas” establece que las respuestas y aclaraciones que efectúen la DGAC y Aduanas deben ser incluidas en una o más resoluciones conjuntas a notificar a todos los interesados, pero no se exige que tales resoluciones incluyan el nombre de quién realizó la pregunta respectiva.

61. Despejado lo anterior, a juicio de este Tribunal, en una etapa intermedia en que todavía no ha ocurrido la formulación de las ofertas la revelación de las identidades de quienes realicen gestiones en el proceso licitatorio, ya sea presentación de consultas y aclaraciones, solicitar información, o algún otro certificado, aumenta los riesgos de coordinación durante el proceso. En efecto, mediante dicha divulgación, cada posible oferente podría tener un mayor grado de certeza acerca de quienes serían sus eventuales competidores, lo que haría más fácil la adopción de estrategias coordinadas en el proceso de formulación de ofertas.

62. Por este motivo, se ordenará a la DGAC y a Aduanas que en futuras licitaciones se aplique el Reglamento de forma tal que no se revele la identidad de potenciales interesados, sino hasta después de presentadas las ofertas económicas.

D. ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE INICIAR UN EXPEDIENTE DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA CON LOS ANTECEDENTES PRESENTES EN ESTE PROCESO

D.1. El ejercicio de la potestad regulada en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 es facultativo de este Tribunal

63. Tal como da cuenta la resolución de inicio de folio 22, el extracto publicado en el Diario Oficial con fecha 23 de enero de 2024, que consta a folio 76, y los diversos aportes de antecedentes, este procedimiento público se inició como una consulta, esto es, tiene por fin el ejercicio de la facultad del Tribunal regulada en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211. Con todo, en atención a que este Tribunal no es competente para pronunciarse, en el ejercicio de la referida facultad, sobre las Bases Duty Free por tener éstas naturaleza reglamentaria, a continuación, se analizará la conveniencia de iniciar un procedimiento de recomendación normativa para sugerir la modificación o dictación de preceptos legales y reglamentarios referidos a los procesos licitatorios de duty free en el Aeropuerto.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

64. La potestad de realizar recomendaciones normativas se encuentra regulada en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211. Como ha señalado anteriormente este Tribunal, dicha potestad no tiene una naturaleza jurisdiccional. De esta forma, es posible proponer de manera no vinculante la dictación o modificación de normas al Presidente de la República, a través de la autoridad administrativa correspondiente, para que se ponderen adecuadamente los principios que conforman el derecho de la competencia con otros fines de política pública.

65. Dada la especial naturaleza no jurisdiccional de esta facultad, su empleo responde a una decisión discrecional de esta magistratura. En efecto, la Excm. Corte Suprema ha destacado que *“lo relevante es que en el caso concreto el ejercicio de tal potestad (...) es facultativa para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”* (Excm. Corte Suprema, sentencia de 27 de marzo de 2023, Rol N° 114.692-2022, c. 4°). Dicho carácter implica que este Tribunal no se encuentra obligado a iniciar un procedimiento de recomendación normativa sólo porque una parte así lo solicita. En cambio, su inicio dependerá de su oportunidad y necesidad. Lo anterior, a través de dos criterios que guían la decisión del Tribunal.

66. En primer lugar, el inicio de un procedimiento de recomendación normativa dependerá de si es posible advertir, ya sea a partir de lo señalado por la solicitante —en este caso la Consultante— o de oficio, que existen antecedentes de los que se pueda razonablemente presumir que un precepto legal o reglamentario podría estar contraviniendo el derecho de la competencia, tender a aquello, o que sería necesario dictar alguna norma para fomentar la competencia en un mercado. Estos antecedentes deben tener una entidad suficiente que permitan al Tribunal deducir, al menos, la existencia de riesgos sustanciales para la competencia o la ausencia de ésta, que ameriten iniciar un procedimiento para analizar con mayor profundidad la industria y su regulación.

67. Y, en segundo lugar, el ejercicio de esta facultad cobra sentido cuando la administración del Estado no ha tomado medidas, ya sea por, aparentemente, no estar al tanto del problema, o por no contar con un diagnóstico técnico desde la perspectiva de la libre competencia. En efecto, y tal como previamente ha señalado el Tribunal, *“la facultad se torna inoficiosa e inconducente si con anterioridad a la recomendación el Ejecutivo se pronuncia de algún modo favorable o desfavorable sobre la misma materia”* (Resolución de término ERN N° 24-2018, capítulo IV, § 8).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

68. Por otro lado, *“las razones para plantear una reforma son amplias, pudiendo consistir tanto en la disconformidad de ciertas normas con la libre competencia, como en la existencia de vacíos normativos susceptibles de ser llenados para fomentar la competencia o regular ciertas actividades económicas que no se prestan en condiciones competitivas”* (Resolución de término ERN N° 24-2018, capítulo IV, § 4). Sin embargo, la potestad del Tribunal se encuentra limitada a las materias respecto de los cuales su conocimiento especializado es relevante y que fueron reconocidas por el legislador en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

69. Así, una eventual recomendación debe realizarse con respeto de los ámbitos de actuación de cada poder del Estado sin que corresponda a este Tribunal conocer materias respecto de las que no es competente. Por tanto, se debe conciliar *“la necesidad de aprovechar la experiencia de este Tribunal en materia de protección de la libre competencia, con la libertad que poseen los poderes Ejecutivo y Legislativo para decidir acerca de las más adecuadas políticas públicas y sus fines en una determinada materia”* (Proposición normativa N° 15/2014, c. 42°). Lo anterior, tiene como consecuencia que otras preocupaciones distintas de la competencia en el mercado, aun cuando sean legítimas y óptimas, no justifican el inicio de un proceso de recomendación normativa en esta sede.

70. De esta manera, a continuación, se hará al análisis del primer aspecto señalado en el párrafo 66. En consecuencia, sucintamente se revisarán los principales cuestionamientos de Nuevo Pudahuel y otros intervinientes a las Bases Duty Free, con el objeto de identificar si, de los antecedentes del expediente, es posible concluir, en forma preliminar, que las referidas bases podrían ser contrarias a la libre competencia o que sea necesario que ésta se fomente y que, por tanto, proceda iniciar un procedimiento de recomendación normativa. Con todo, no se examinará en extenso cada riesgo esbozado por la Consultante o los intervinientes, las medidas de mitigación adecuadas o las modificaciones que serían necesarias. Dicho análisis sustantivo sería aquél que se debe realizar, de estimarse necesario su inicio, al dictar la recomendación normativa subsecuente.

71. Para efectos del análisis, se tendrá presente lo que este Tribunal ha establecido en otros procedimientos no contenciosos como guía al momento de revisar ases de licitación públicas. En este sentido, se ha indicado que la revisión del diseño de bases de licitación elaboradas por un organismo del Estado debe poner especial atención a los objetivos que tuvo a la vista la autoridad que los dicta (v.gr. Resolución N° 61/2020, § 7). A su vez, lo que se espera es que una licitación pública asegure *“la mantención de mínimas condiciones de rivalidad, en*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

*el entendido que ésta última corresponde a lo que la doctrina entiende como el más básico sentido de la competencia para alcanzar ciertos fines socialmente deseables (véase, por ejemplo, Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 22; y Richard Whish, *Competition Law*, OUP, 6a ed., p.3)” (Sentencia N° 138/2014, c. 16°). Ello, se traduce en que las Bases Duty Free, no deben contener disposiciones que: (i) manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limiten injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases” (Resolución N° 61/2020, § 7).*

D.2. Breve análisis de aspectos planteados por la Consultante y otros intervinientes y su idoneidad para justificar el inicio de un expediente de recomendación normativa

D.2.1. Antecedente preliminar: Mercado relevante

72. Nuevo Pudahuel plantea que el mercado del producto corresponde al otorgamiento de la concesión de superficies y derecho de explotación de recintos destinados al establecimiento y funcionamiento de tiendas duty free (Consulta, folio 17, p. 8). Advierte, además, que el Estado propone asignar un monopolio sobre una industria, por lo que, conforme con la jurisprudencia del Tribunal, el mercado relevante está constituido por la licitación en sí misma. Por otro lado, desde el punto de vista geográfico, argumenta que el mercado corresponde a las superficies y recintos destinados a tiendas duty free dentro del Aeropuerto (Consulta, folio 17, p. 9).

73. La Fiscalía y el Consejo concuerdan con esta definición, agregando este último que el mercado relevante es concentrado y con altas barreras de entrada, debido a la necesidad de experiencia en el rubro y capacidad financiera considerable (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 21; aporte de antecedentes Consejo, folio 153, p. 4).

74. En consecuencia, no existiendo grandes diferencias entre lo indicado por los distintos intervinientes, y en línea con lo que se ha resuelto respecto de las asignaciones de derechos o recursos escasos (véase Sentencias N° 168/2019, c. 10° y 169/2019, c. 3°), se estima que el mercado relevante se refiere a la licitación del derecho a explotar las tiendas duty free en el Aeropuerto.

75. En este mercado, los principales competidores potenciales son aquellos que han participado en procesos similares para otros aeropuertos a nivel

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mundial. De acuerdo con Nuevo Pudahuel, los principales operadores de tiendas duty free a nivel mundial son los grupos Heinemann, China Turism, Lagardère, Rianta, Duty Free Americas y Dufry, empresa de la que es filial Aldeasa. Todos estos grupos cumplirían holgadamente los requisitos técnicos para participar en la licitación objeto de la Consulta (Consulta, folio 17, pp. 11-12). La Fiscalía, además, agrega a DFS Group, Lotte Duty Free, Dubai Duty Free y Flemingo International (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 18).

76. Asimismo, la Consultante participaría en el negocio de tiendas duty free por medio de uno de sus accionistas. En este sentido, de acuerdo con la FNE, Nuevo Pudahuel es un consorcio formado por tres empresas, entre las que destaca Aéroports de Paris (“ADP”), con un 45%. A su vez, ADP mantiene *un joint venture* con Lagardère en la compañía Exttime Duty Free Paris, con un 50% cada una (aporte de antecedentes FNE, folio 113, pp. 3 y 19; aporte de antecedentes Consejo, folio 153, p. 42).

77. Por otro lado, según la Fiscalía, aun cuando el mercado relevante se refiere a la asignación de un derecho o recurso escaso, se debe tener presente que dicha asignación no significa que aguas abajo el operador del duty free del Aeropuerto no enfrente presión competitiva por parte del *retail* tradicional, ya que los productos que son comercializados en el duty free pueden también ser adquiridos en una oportunidad distinta al momento del paso del pasajero por el Aeropuerto, fuera de éste (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 22).

D.2.2. Observaciones al modelo económico (pago fijo y pago variable)

78. Nuevo Pudahuel cuestiona el modelo económico contenido en la sección “1.10. Pagos del Derecho de Concesión y Explotación” de las Bases Duty Free. En concreto, critica la existencia de una cuota fija mensual a todo evento de dos millones de dólares, así como la exigencia de ofertar un monto variable único expresado como porcentaje de las ventas (mayor o igual al 8%), que no distingue según categorías de productos (Consulta, folio 17, p. 16). Para complementar sus observaciones al modelo económico de las Bases Duty Free, Nuevo Pudahuel presentó el Informe Public Tenders, cuya versión pública rola a folio 202.

79. En cuanto a la cuota fija mensual a todo evento, Nuevo Pudahuel indica que ésta eleva el riesgo que debe asumir el operador del duty free en el AMB ante un escenario de baja demanda, lo que desincentivaría la participación de oferentes en la licitación. Junto a ello, indica que dado lo oneroso de la cuota fija, ésta resultará en un aumento de los precios -para amortiguar el pago fijo-

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y en una disminución de la variedad de productos, al enfocarse el futuro operador en aquellas categorías de productos más rentables (Consulta, folio 17, pp. 16-19). Estas aprensiones también fueron planteadas por Lagardère en su aporte de antecedentes (aporte de antecedentes Lagardère, folio 115, pp. 6-7). Adicionalmente, en el Informe Public Tenders se indica que el canon fijo genera el riesgo que el operador del duty free pierda dinero en los primeros años del contrato, desincentivando la participación de algunos oferentes y con ello, la intensidad competitiva en la licitación.

80. En lo que respecta al porcentaje variable mayor a 8%, Nuevo Pudahuel sostiene que al exigir la oferta económica un porcentaje único sobre las ventas que genere el duty free en el AMB no se tienen en cuenta los distintos márgenes que tienen las diversas categorías de productos. De esta manera, se generarían incentivos para que el operador se enfoque mayoritariamente en productos con alto margen de venta, repercutiendo en una menor variedad disponible para los consumidores, lo que afectaría la experiencia de éstos en la tienda (Consulta, folio 17, pp. 21-23). Por su parte, el Informe Public Tenders reafirma la conclusión anterior y agrega que un porcentaje de ingresos compartidos aplicados por cada categoría permitiría que el operador del duty free ofrezca una mayor variedad de productos (Informe Public Tenders, folio 202, pp. 28-36). Asimismo, Nuevo Pudahuel destaca que no se subsana el riesgo anterior con la sola inclusión de una obligación de vender determinados productos, pues el operador del duty free podría cumplir en una escasa proporción o sólo en determinados momentos, sumado a que imponer porcentajes mínimos de variedad de productos es una medida de difícil fiscalización. Por ello, para Nuevo Pudahuel la única manera de promover una variedad adecuada de productos en el duty free es generar bases de licitación con incentivos para aquello (Consulta, folio 17, pp. 21-24).

81. Por todas estas razones la Consultante propone: **(a)** reemplazar el monto fijo de dos millones de dólares mensuales por uno mínimo variable que dependa del flujo de pasajeros; y **(b)** introducir un sistema de porcentaje diferenciado sobre las ventas, según categorías de productos, en reemplazo del porcentaje único a ofertar para todos los productos (Consulta, folio 17, pp. 24-26).

82. La Fiscalía, por su parte, señala que consultó a la DGAC respecto a las razones que justificaron la adopción del modelo económico contenido en las Bases Duty Free. Esta última indicó que durante el proceso de diseño se evaluaron distintas alternativas junto con la Dirección de Presupuestos del

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ministerio de Hacienda (“Dipres”), y que la principal razón de su elección fue mantener, como mínimo, el aporte monetario que actualmente recibe por la explotación del duty free en el Aeropuerto, ya que aquel forma parte de los ingresos, que, a su vez, Nuevo Pudahuel recibe. Así, se buscó evitar abrir una controversia con la Consultante (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 31).

83. La Fiscalía menciona, además, que el modelo económico debe buscar que no se limite injustificadamente la competencia. En este sentido, detalla que consultó algunos potenciales interesados. Estos señalaron que, si bien el pago fijo mensual es alto, analizado el modelo de licitación en su conjunto en términos de pago a beneficio fiscal, este sería similar al de otras licitaciones de aeropuertos a nivel comparado y, por tanto, el proceso les resultaba atractivo (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 32). Sin perjuicio de lo anterior, la FNE opina que el cobro de un monto fijo a todo evento sí tiene la aptitud de incrementar de forma importante los costos para el operador del duty free. Con ello, se afectaría el bienestar de los consumidores vía aumento de los precios, al traspasarles el costo fijo (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 33). Por tal motivo, la Fiscalía destaca lo resuelto por el Tribunal en otras ocasiones, acerca de que, si se consideran pagos fijos en licitaciones de concesiones, especialmente cuando se adjudica un bien que puede conferir una posición dominante en uno o más mercados, su valor debe estar justificado en los costos de la licitación y en el valor económico de los activos entregados en concesión (*ibid.*).

84. Por otro lado, respecto a la oferta referida al porcentaje de las ventas de, al menos, 8%, la FNE indica que actores de la industria mencionaron en su investigación que la oferta de productos está guiada por criterios comerciales y de marketing (menciona que en la industria priman las compras impulsivas). En consecuencia, no advierte que un modelo de ofertas económicas con un polinomio de porcentajes distintos para cada categoría de productos, como el propuesto por Nuevo Pudahuel, pueda tener una incidencia significativa en la intensidad competitiva de la licitación. Junto a ello, agrega que, si bien es efectivo que el porcentaje variable con que se adjudique la licitación puede ser superior al margen de ciertos productos, ello puede ser compensado con mayores márgenes en otros productos o ser usados como “gancho” para atraer consumidores al duty free (aporte de antecedentes FNE, folio 113, pp. 32-34).

85. El Consejo describió que para el diseño del modelo económico se revisaron diversas opciones y que, finalmente se optó, por aquella más apropiada de acuerdo con las características del duty free en el AMB, los intereses del Fisco, especialmente en lo que dice relación con mantener como

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mínimo el aporte que actualmente la DGAC, Aduanas y Nuevo Pudahuel reciben a propósito del contrato del duty free del Aeropuerto y el cumplimiento de las normas y principios aplicables. Agregó que los ingresos provenientes del duty free fueron considerados por el actual concesionario del Aeropuerto al momento de presentar su oferta económica (aporte de antecedentes Consejo, folio 153, p. 20). Por otro lado, para el Consejo, el modelo económico elegido no establece barreras a la entrada inmotivadas y fomenta la mayor concurrencia de oferentes con experiencia (aporte de antecedentes Consejo, folio 153, pp. 19-26; 28-29).

86. A juicio de este Tribunal, no se observa que la exigencia del pago fijo a todo evento más un porcentaje de las ventas único para todas las categorías de productos genere riesgos sustanciales para la competencia que ameriten ejercer la facultad de iniciar un procedimiento de recomendación normativa. En efecto, el modelo económico elegido no permite ni produce que: **(a)** se facilite la colusión de los potenciales oferentes; **(b)** se establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o **(c)** se limite injustificadamente la competencia en la licitación.

87. En particular, respecto al punto **(a)** no se observa cómo el modelo económico elegido podría facilitar o fomentar la colusión entre los potenciales oferentes. A su vez, Nuevo Pudahuel ni los demás intervinientes hicieron alguna observación ni presentaron antecedentes sobre este tipo de riesgo. El mismo razonamiento anterior aplica respecto del punto **(b)**, dado que no es posible derivar de los antecedentes del expediente ni de lo argumentado por la Consultante y los intervinientes que del modelo económico se pueda inferir un riesgo de un potencial abuso de dominancia luego de asignada el derecho a explotar y operar el duty free en el AMB. Finalmente, en lo referido al punto **(c)**, sí existió un poco más de discusión entre Nuevo Pudahuel y los intervinientes en autos que hace necesario detenerse sobre el diseño de las Bases Duty Free.

88. En este sentido, una revisión de las características de este proceso licitatorio y de la normativa aplicable da cuenta que existían múltiples alternativas para cumplir con el objetivo del legislador respecto a que la concesión fuera a título oneroso. Así, la variable de adjudicación de la oferta económica podría haber sido: **(a)** mayor canon fijo a pagar (sin porcentaje de las ventas a entregar al Estado); **(b)** polinomio que pondere mayor canon fijo a pagar y mayor porcentaje de las ventas a entregar al Estado; **(c)** mayor porcentaje de las ventas a entregar al Estado, sin un canon fijo a todo evento; **(d)** mayor porcentaje de las ventas a entregar al Estado, más un canon fijo a

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

todo evento definido en las bases; entre otras (aporte de antecedentes Consejo, folio 153, p.28). A su vez, la alternativa (e), que fue la elegida, también contempla múltiples opciones respecto al valor exigido como monto fijo y al porcentaje mínimo a ofertar en función de las ventas, dos variables que están estrechamente relacionadas (a mayor pago fijo, menor es la disposición a ofertar un mayor porcentaje de las ventas). Esta multiplicidad de opciones respecto al diseño de las Bases Duty Free fue reconocida por la DGAC en este proceso (aporte de antecedentes Consejo, folio 153, p. 28), así como en la investigación realizada por la FNE, a quien señaló que se evaluaron distintas alternativas y combinaciones junto con Dipres (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 31).

89. La elección entre las distintas opciones anteriormente detalladas involucra una decisión respecto a la distribución de riesgos entre quien licita y los potenciales oferentes. En este caso, es efectivo que, al optar por un canon fijo relativamente alto, quien licita traslada una mayor proporción del riesgo de baja demanda al futuro operador del duty free. Sin embargo, este traspaso no es inocuo, ya que impactará la oferta variable y, con ello, lo que el Fisco puede recaudar por el proceso licitatorio. En efecto, desde la teoría económica, ante un mayor riesgo es predecible que los oferentes busquen su compensación a través de la obtención de una mayor rentabilidad esperada de sus proyectos. Con el fin de lograr dicho objetivo, los oferentes tendrán incentivos a presentar ofertas menos agresivas por el porcentaje variable de la licitación, afectando así negativamente lo que el Fisco recaudará como resultado del proceso licitatorio. En otras palabras, a mayor riesgo que se traspasa a los oferentes, menos agresiva serán las ofertas económicas y, con ello, menor será la recaudación esperada para el Fisco. Lo anterior es el normal funcionamiento de un proceso de distribución de riesgos respecto de un negocio incierto. Por tanto, en este caso, la DGAC y Aduanas tienen el incentivo para que el diseño de la licitación distribuya los riesgos de manera adecuada, con el fin de que exista un equilibrio entre asegurar un flujo de ingresos (canon fijo) y que las ofertas sean lo más agresivas posibles para propiciar una mayor recaudación a través del componente variable.

90. Este problema de distribución de riesgos es un asunto que únicamente será revisado en esta sede en aquellos casos en que la distribución sea de tal forma desbalanceada que sólo pueda ser soportada por una porción menor de los potenciales oferentes en el mercado, transformándose así en una barrera artificial a la entrada. Respecto de esto último, no existen antecedentes en el expediente que den cuenta de que la opción elegida como modelo económico tenga una entidad tal que limite injustificadamente la entrada y competencia de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

eventuales oferentes. Por el contrario, resulta útil destacar lo que potenciales interesados señalaron a la FNE sobre el pago fijo mensual a todo evento, esto es, que si bien el pago era alto en comparación a otras licitaciones similares *“refirieron que el modelo de licitación en su conjunto, en términos de pago a beneficio fiscal, sería similar a otros aeropuertos internacionales del mundo según sus proyecciones de ventas, y que les resultaba atractivo económicamente si se mantenían otras condiciones, como el plazo de duración de la concesión”* (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 32). De tal manera, en este caso concreto, la distribución entre pagos fijos y variables realizada en las Bases Duty Free parece ser más bien un aspecto de carácter financiero que no crea barreras a la entrada artificiales para potenciales oferentes.

91. A lo anterior se agrega que una revisión de los antecedentes da cuenta de que esta decisión sobre la distribución de riesgos no se realizó de manera arbitraria, sino que fue producto de un trabajo conjunto de varios órganos administrativos. En efecto, de acuerdo con lo detallado por el Consejo, la DGAC en conjunto con el Ministerio de Hacienda revisaron distintos escenarios para el cálculo del modelo económico, en el que se estimó el ingreso por metro cuadrado de tienda en base a cifras históricas, asumiendo un crecimiento de 1% de las ventas (escenario que denominan como “pesimista”) y proyectando una recuperación de la demanda post pandemia, desde el año 2024. Cabe señalar que más allá de ciertas discrepancias entre la DGAC y la Dipres en torno al porcentaje definitivo que debía establecerse en las Bases Duty Free, esta última finalmente validó el establecer un 8% de oferta variable como mínimo (aporte de antecedentes Consejo, folio 153, pp. 20-23; documento *“16 Correo de Dirección General de Aeronautica Civil - Informa sobre porcentaje mínimo a compartir con el Estado licitación DFS.pdf”*, contenido en el número 2 de folio 197, acompañado por la FNE a folio 113).

92. Por otro lado, como se mencionó en los párrafos 79 y 83, la Consultante y la FNE señalaron que la estructura de costos que contiene un monto fijo a pagar a todo evento forzaría a los oferentes a subir los precios finales para lograr recuperar la inversión. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, atendido que el principal factor de adjudicación establecido en las Bases Duty Free es el porcentaje variable y que los precios a público cobrados por el operador serán determinados libremente después de la adjudicación, a diferencia de una situación en que estos quedan fijados en la licitación, el cuestionamiento de la Consultante y la FNE no es procedente en este caso. En particular, la teoría económica sostiene que los costos fijos (pago fijo a todo evento), una vez que la decisión de producir está tomada, no son tenidos en cuenta por las empresas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

al definir *ex post* el precio a cobrar, independientemente del grado de competencia que enfrenten, sino que sólo son considerados para determinar si un negocio es o no rentable (véase Mankiw, Gregory. *Principios de Economía, Editorial Cengage*, sexta edición, pp. 306 – 308. En una línea similar, la “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales” FNE señala que “*Las reducciones de costos que afecten variables competitivas se producen generalmente ante rebajas de costos variables o marginales*”, p. 48). En consecuencia, mientras el pago fijo a todo evento no sea de una entidad tal que vuelva insostenible la operación de quien resulte adjudicatario, no se observa que un mayor pago fijo a todo evento —que se compensa a través de una menor oferta para el porcentaje variable— tenga un efecto directo en los precios o servicios a usuarios finales del duty free en el Aeropuerto.

93. A todo lo anterior se agrega que se deben tener presentes los fines de política pública que fundamentaron la creación del duty free (§ 25), especialmente lo referido a la posibilidad que el Fisco aumentara sus ingresos para construir y manejar la operación de aeropuertos del país. Estos fines de política pública son especialmente relevantes para la evaluación de iniciar o no un procedimiento de recomendación normativa, dado que, si bien este Tribunal está facultado para realizar sugerencias respecto a la eliminación, modificación o dictación de normas para fomentar la competencia en el mercado, dicha atribución debe considerar que existen otros objetivos perseguidos por los poderes Ejecutivo y Legislativo al decidir acerca de las más adecuadas políticas públicas y sus fines en una determinada materia. En este caso concreto, no se aprecia que del fin recaudatorio, manifestado en las variables de adjudicación elegidas, se deriven riesgos sustanciales para la competencia.

94. Finalmente, en relación con la alegación de Nuevo Pudahuel referida a que el porcentaje de las ventas de la oferta económica de las Bases Duty Free debiese diferenciar entre categorías de producto para fomentar una mayor variedad de estos, en principio, se considera que se trata de una aprehensión razonable. Con todo, sólo se justifica iniciar un proceso de recomendación normativa en caso de que esta aprehensión implique que el modelo económico establecido en las Bases Duty Free cree riesgos sustanciales para la competencia, o que sea necesario modificar alguna de sus reglas para fomentarla.

95. Sin embargo, no existen en el expediente antecedentes acerca de que, en este caso concreto, se generen riesgos sustanciales para la competencia derivados del porcentaje variable único ni que muestren que estos lleven, en la práctica, a una menor variedad de productos. A su vez las Bases Duty Free tienen

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

algunas disposiciones referidas a la oferta de productos y el pago variable que aminoran las preocupaciones de Nuevo Pudahuel: **(a)** detallan un listado de productos que el adjudicatario debe ofrecer (sección “1.9.3. Obligaciones Generales del Concesionario con la DGAC y Aduanas, número 4), que incluye tabaco, bebidas alcohólicas, perfumería/cosmética, joyería, alimentación y electrónica., así como la obligación de someterse a la fiscalización de la DGAC y Aduanas, quienes pueden adoptar medidas en caso de incumplimiento (sección 1.9.3., recién citada, número 7); y **(b)** exigen un pago fijo que atenúa parcialmente el efecto que el pago variable único (sin diferencias por categorías) pueda tener en la variedad de productos, ya que, dada la introducción en las Bases Duty Free del pago fijo, el pago variable único del futuro adjudicatario será menor que el que paga hoy el operador actual. Además, las Bases Duty Free establecen un modelo económico más simple en comparación a uno que diferencia por categorías, como el propuesto por Nuevo Pudahuel, lo que disminuye los costos de elaboración de las ofertas por parte de los potenciales adjudicatarios y la evaluación y adjudicación de éstas por parte del organismo licitante, beneficiando a todos los actores involucrados en el proceso licitatorio.

96. Por tanto, la observación de Nuevo Pudahuel referida a la necesidad de modificar el pago variable único por uno que diferencie por categorías de productos no tiene una entidad suficiente para motivar el inicio de un expediente de recomendación normativa, especialmente, si se considera que al comparar el modelo económico propuesto por Nuevo Pudahuel con el de las Bases Duty Free se observa que, desde una perspectiva del derecho de la competencia, ambos son alternativas viables para realizar el proceso licitatorio.

97. En definitiva, no se advierte que el modelo económico contenido en las Bases Duty Free impida, restrinja o afecte la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, por lo que no resulta necesario iniciar un proceso de recomendación normativa cuyo objeto sea modificar este criterio.

D.2.3. Observaciones sobre la evaluación técnica

98. Nuevo Pudahuel sostiene que la forma de evaluación de la experiencia establecida en las Bases Duty Free (sección 1.7.2 “Análisis y Evaluación de la Oferta”) no genera incentivos para competir en aspectos técnicos, debido a que: **(a)** sólo corresponde al 20% de la evaluación total; **(b)** las variables del componente “experiencia” serán cumplidas por prácticamente todo los grandes operadores internacionales; y **(c)** el componente “indicadores” de la sección 1.7.2 “Análisis y Evaluación de la Oferta” de las Bases Duty Free sólo mide el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tamaño de cada oferente sin incorporar elementos de competencia respecto de la oferta técnica. Nuevo Pudahuel también critica los incentivos a la inversión contenidos en las Bases Duty Free y sostiene que, si bien estas establecen un monto único de inversión por metro cuadrado, la reinversión exigida es muy baja (Consulta, folio 17, pp. 27-31).

99. Nuevo Pudahuel propone incorporar criterios cualitativos y cuantitativos en la evaluación técnica, orientados a generar competencia en base a diferentes propuestas técnicas y mayor monto a invertir en los espacios destinados al funcionamiento de las tiendas. Así las cosas, los componentes evaluados deberían incluir aspectos referidos a cómo se explotará la concesión, con evaluación de política de precios —otorgando mayor puntaje a quien ofrezca menores precios; marketing por presupuesto anual; uso y diseño de superficies; variedad de productos y marcas; y monto de inversión y reinversión (Consulta, folio 17, pp. 30-32). Esta propuesta es compartida por Lagardère, quien además propone que la oferta técnica corresponda a un 60% de la evaluación (aporte de antecedentes Lagardère, folio 115, p. 6).

100. Sobre este punto, la FNE indica que el principio general que debe primar en una evaluación técnica en licitaciones es que los parámetros no constituyan barreras injustificadas a la participación de oferentes ni reduzcan la intensidad competitiva. Por tanto, considera preferible que los estándares técnicos y de experiencia sean exigencias para participar y no que se les asigne puntaje en la evaluación de las ofertas y, si la experiencia requiere ser acreditada, que su fórmula de cálculo esté expresamente indicada en las bases (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 27). Adicionalmente, la Fiscalía señala que la experiencia debiera evaluarse según aquella que sea relevante y no necesariamente en el rubro específico de que se trate, en especial cuando el *know how* requerido no es sofisticado (*ibid.*, p. 28). La FNE explica que, en este caso, de mantenerse el formato actual de evaluación, los participantes que no tengan experiencia en la industria de los duty free, pero sí en mercados equivalentes, como en *retail*, tendrían que compensar su menor puntaje en esta sección, con una oferta económica más atractiva aumentando el pago variable (*ibid.*). Por otra parte, la FNE critica la evaluación de los sub-ítems de los “indicadores” por presentar problemas de comparabilidad entre distintos oferentes. Lo anterior, debido a que cada oferente puede elegir un aeropuerto en el que opera para postular y, con ello, cada aeropuerto seleccionado tendrá distintos perfiles de viajeros, superficies y niveles arancelarios.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

101. Finalmente, en cuanto a la supuesta falta de incentivos a que el adjudicatario realice una inversión mayor al mínimo exigido, la FNE no considera necesario que se modifique esta materia, pues la evaluación de mayores inversiones no tendría incidencia en las condiciones de competencia y los montos exigidos no serían particularmente más onerosos que los requeridos en otras licitaciones a nivel internacional, por lo que no estima necesario recomendar modificaciones en esta materia (aporte de antecedentes FNE, folio 113, pp. 30-35).

102. Ante los cuestionamientos planteados por Nuevo Pudahuel, el CDE indicó, de forma general, que los criterios de evaluación son “*objetivos, igualitarios, motivados y fomentan la libre competencia*”. Agregando que se otorga una mayor preponderancia a la oferta económica (porcentaje de las ventas a compartir con el Estado), la que representa el 80% del puntaje total (aporte de antecedentes Consejo, folio 153, p. 19). Asimismo, señaló que solo se consideró la experiencia operando almacenes de venta libre, ya que el *know how* en esta industria es distinto al del *retail* tradicional no siendo asimilable la experiencia en este último (presentación Consejo en audiencia pública, folio 248, lámina 50).

103. A juicio de este Tribunal, ninguno de los elementos que cuestiona tanto Nuevo Pudahuel como la FNE son, *a priori*, de una entidad tal que justifiquen iniciar un proceso para dictar una recomendación normativa. En efecto, dichos elementos: **(a)** no facilitan la colusión de los potenciales oferentes; **(b)** no establecen injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; ni **(c)** limitan injustificadamente la competencia en la licitación. Lo anterior, en vista de que la propia Consultante señala que los mayores operadores internacionales de los duty free cumplen con los criterios exigidos para obtener la mayor puntuación asignada en la variable “Experiencia” y menciona al menos cinco operadores que obtendrían todo el puntaje.

104. Tampoco parece especialmente reprochable que dentro de los criterios técnicos el licitante premie o bonifique a los operadores con mayor experiencia o conocimiento del negocio, en la medida que dicho reconocimiento responda a las especiales características de la industria y que no sea de una entidad tal que pueda restringir injustificadamente la participación de potenciales oferentes idóneos para cumplir con los servicios licitados. En este sentido, el Informe Public Tenders da cuenta que la práctica usual en la industria es otorgarle relevancia y ponderar aspectos técnicos de los oferentes en la evaluación de sus

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ofertas (Informe Public Tenders, folio 202, p. 23). Con todo, el referido informe critica la baja ponderación que las Bases Duty Free realizan de dichos factores técnicos en relación con los económicos. A juicio de este Tribunal, una mayor valoración de los aspectos económicos por sobre los técnicos resulta apropiado para evitar que, precisamente, las exigencias técnicas se conviertan en una barrera artificial para posibles interesados. De este modo, el diseño de las Bases Duty Free responde a las prácticas internacionales que consideran criterios técnicos, pero sin que dichas exigencias sean el factor más determinante de la adjudicación. A ello se agrega que no existen antecedentes en el expediente que den cuenta que las Bases Duty Free establezcan una restricción que impida injustificadamente la participación de potenciales oferentes. Por todo lo anterior, no se aprecia que las exigencias técnicas de las Bases Duty Free creen riesgos sustanciales para la libre competencia.

105. Asimismo, en lo que respecta a la observación de la FNE consistente en que solo se valoriza la experiencia en la industria de los duty free, no hay indicios en el expediente que permitan establecer, en este primer análisis, que este riesgo cree una barrera artificial sustancial en esta industria. En efecto, no existe ningún antecedente que dé cuenta de que existen operadores de otros rubros, sin experiencia previa en este negocio, que podrían estar o estén interesados en participar en la licitación. Tampoco se dispone de información adicional en el expediente de la FNE referida a competidores actuales o potenciales de otros rubros, como el *retail*, que quisieran participar en esta industria. A mayor abundamiento, no se han presentado antecedentes que den cuenta de los incentivos que podría tener el Fisco para excluir potenciales interesados, especialmente, teniendo en cuenta que su interés es recibir varias ofertas competitivas en este proceso.

106. A su vez, no se advierte que sea un riesgo para la competencia que el licitante, en el ámbito de sus atribuciones, opte por no considerar en la evaluación de las ofertas algunos aspectos sobre cómo se explotará la concesión (política de precios; plan de marketing; uso y diseño de superficies; variedad de productos y marcas; y monto de inversión y reinversión). Ello, ya que las Bases Duty Free establecen claramente, y *ex ante*, las obligaciones generales que el operador del duty free del Aeropuerto tendrá con la DGAC y Aduanas, las que serán aplicables a cualquiera que resulte adjudicatario. Además, las bases técnicas regulan los aspectos técnicos y de funcionamiento general de la concesión, los que también serían obligatorias para quien resulte adjudicatario.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

107. Por último, cabe señalar que este Tribunal ha permitido con anterioridad que licitantes opten libremente entre distintos modelos para valorar aspectos técnicos y económicos en un proceso de adjudicación, siempre que ello no implique excluir injustificadamente a potenciales oferentes. Por tanto, existiendo distintas opciones, sólo se justifica el inicio de un proceso para una eventual recomendación normativa sobre este tema cuando la opción elegida genere riesgos sustanciales para la competencia, sin que se aprecie, en este caso, que mediante el referido diseño se excluya injustificadamente a algún interesado o se generen otros riesgos para el proceso licitatorio.

108. Por lo tanto, de los antecedentes del expediente no es posible establecer que la evaluación técnica contenida en las Bases Duty Free genere o pueda generar riesgos de impedir, restringir o afectar la libre competencia, que hagan necesario iniciar un expediente de recomendación normativa para su revisión y eventual modificación.

D.2.4. Observaciones al uso del 65% de la superficie

109. Nuevo Pudahuel destaca que la adjudicación de la concesión del Aeropuerto contempló una ampliación de las superficies destinadas a duty free, como una forma de financiar su concesión y la operación del recinto aeroportuario. Sin embargo, las Bases Duty Free admiten una explotación parcial de solo el 65% de las superficies destinadas para almacenes libres en las tiendas del procesador central, de forma enteramente discrecional (Consulta, folio 17, p. 32). Para Nuevo Pudahuel esto generaría un riesgo para la libre competencia por tres motivos: **(a)** la subutilización de superficies impacta negativamente en el bienestar del consumidor mediante la entrega de un servicio de peor calidad (saturación de las áreas de venta); **(b)** el establecimiento del derecho de explotar solo el 65% de las superficies fue una determinación discrecional de la autoridad sin una justificación que permita comprender por qué se fijó ese porcentaje; y **(c)** la subutilización de espacios construidos para ser usados como duty free en el AMB podrían quedar sin explotar, lo que supone un problema de eficiencia asignativa. Por estos motivos, Nuevo Pudahuel propone que las Bases Duty Free establezcan la obligación del operador de explotar el 100% de las superficies otorgadas en concesión. (Consulta, folio 17, pp. 33-39).

110. El Consejo, por su parte, indica que el ejercicio de la facultad de solicitar la disminución de la superficie no es unilateral ni arbitrario, sino que debe estar autorizado por la DGAC y Aduanas conjuntamente. Dichos organismos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

evaluarán la pertinencia y conveniencia de la solicitud, según las condiciones presentes al momento de requerirse, la ubicación de la superficie a restituir, el flujo de pasajeros, entre otras variables. Agrega que otorgar la posibilidad de no explotar todas las superficies obedeció a la tendencia internacional de crecimiento de las ventas o reservas en línea, las que permiten que los pasajeros sólo deban pasar por los almacenes a retirar los productos. Así, se permite al futuro operador del duty free del Aeropuerto disponer de flexibilidad por cambios tecnológicos que podrían surgir en el período de 12 años que contempla la concesión (aporte de antecedentes Consejo, folio 153, pp. 29-31).

111. La Fiscalía señala que esta posibilidad de no explotar un porcentaje de las superficies se relaciona con que parte de las compras pueden ser realizadas *online* con retiro en tienda, lo que disminuye la necesidad de disponer de un mayor espacio para exhibir productos. En vista de ello, sostiene que la reducción de la superficie puede ser un factor que otorgue flexibilidad al operador del duty free y le permita adaptarse a cambios en los flujos de pasajeros, sin que necesariamente afecte la experiencia del cliente ni la eficiencia asignativa. Con todo, sí considera que, para resguardar la competencia y el bienestar del consumidor, los espacios no deben quedar en desuso y deben ser destinados a otras tiendas de duty free en el Aeropuerto. Por tanto, argumenta que, contrario a lo establecido en las Bases Duty Free, la devolución debería ser obligatoria y no facultativa. Además, argumenta que la reasignación debiera buscar que exista competencia efectiva en la cancha con un segundo operador y que se requieren reglas referidas a la reducción proporcional del pago fijo y a un plazo determinado para reasignar (aporte de antecedentes FNE, folio 113, pp. 35-37).

112. Al igual que en los aspectos previamente analizados, no se advierte que la posibilidad de explotar sólo un 65% de los espacios destinados al duty free en el Aeropuerto pueda generar riesgos sustanciales para la competencia que amerite iniciar un procedimiento de recomendación normativa. Por el contrario, y en forma similar a lo descrito en la sección D.2.2, la posibilidad de devolver parcialmente la superficie asignada es un mecanismo de distribución de riesgos que se ha incluido en el proceso licitatorio. Así, tal como señaló la FNE y el Consejo, esta disposición se encuentra justificada en la necesidad de brindar flexibilidad al futuro operador del duty free del Aeropuerto ante la incerteza de la demanda, considerando en particular el aumento de las reservas a través de canales digitales (véase aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 149; y aporte de antecedentes Consejo, folio 153, p. 31). Lo anterior, considerando especialmente que la concesión del duty free del Aeropuerto tendrá una duración de 12 años. En dicho plazo el mercado puede seguir cambiando, de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

manera tal que la flexibilidad podría hacer la licitación más interesante para más interesados o incentivar ofertas más competitivas, lo que, finalmente, es beneficioso para el proceso licitatorio.

113. A lo anterior se agrega que las Bases Duty Free describen y regulan cómo será el proceso en el que el operador de estos almacenes de venta libre podrá hacer devolución de parte de la superficie asignada sin explotar. Esta devolución, en cualquier caso, no puede ser superior al 65% de la superficie concesionada (sección “1.9.3. Obligaciones Generales del Concesionario con la DGAC y Aduanas”, numeral 2) de las Bases Duty Free) y sólo se aplica respecto de las tiendas de salida y llegada ubicadas en el procesador central, excluyendo los espigones. Además, las Bases Duty Free requieren una autorización conjunta de dos organismos, los que, además, podrán volver a licitar el espacio que no se utilice. En esa línea, es necesario destacar que los incentivos del Consultante y la DGAC están alineados respecto a la maximización de ingresos por parte del operador del duty free del Aeropuerto, por lo que la DGAC no debiese aprobar una reducción de la superficie que fuera a reducir sustancialmente su recaudación y la del concesionario del Aeropuerto.

114. Por todo lo anterior, este Tribunal concluye que esta sección de las Bases Duty Free no distorsiona la competencia *ex ante* en el proceso competitivo ni constituye una medida arbitraria que pudiera favorecer a un oferente por encima de otro, atendido que se encuentra suficientemente definida y que todos los interesados conocen, con anterioridad a participar en el proceso licitatorio, que tendrán la misma flexibilidad ante los distintos escenarios que pueden presentarse. En consecuencia, no se advierte que este aspecto de las Bases Duty Free amerite iniciar un proceso de recomendación normativa para su revisión y eventual modificación.

D.2.5. Observación referida al plazo de 12 años

115. Nuevo Pudahuel repara en el plazo de 12 años de la concesión por considerarlo excesivo e injustificado. Para fundamentar su observación, cita el Informe Public Tenders, el que, a partir de una muestra de licitaciones recientes en Asia y Europa, concluye que las concesiones de los duty free se adjudican por un plazo de 5 a 7 años (véase Informe Public Tenders, folio 205, p. 24). Para la Consultante, el plazo de 12 años establecido en la Bases Duty Free se explica como un intento de compensar los desincentivos que genera el elevado pago de un monto fijo a todo evento. Además, indica que si se acorta el plazo de concesión se lograría incorporar con mayor celeridad en un nuevo proceso

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competitivo cualquier evolución tecnológica, evitando así retrasar la introducción y desarrollo de nuevos servicios para los consumidores (Consulta, folio 17, pp. 40-42).

116. El Consejo argumenta que este plazo va en beneficio del operador, quien debe rentabilizar los costos hundidos para operar y explotar el duty free que se incurren al inicio de la concesión. Además, señala que el plazo estipulado en las Bases Duty Free se ajusta al establecido para concesiones similares a nivel latinoamericano, las que duran alrededor de 10 años. Adicionalmente, para el CDE es inverosímil pensar que el futuro operador del duty free del AMB no adopte cualquier innovación o mejora tecnológica que surja durante el período de concesión que sea comercialmente atractiva, lo que ejemplifica con la implementación el año 2018 del servicio de reserva *online* con retiro programado en tienda por parte del operador actual (aporte de antecedentes Consejo, folio 153, pp. 34-41).

117. La FNE informó que diversos actores de la industria ratificaron lo indicado por el Consejo, toda vez que señalaron que el plazo de concesión para explotación comercial de los duty free no suele ser inferior, en promedio, a 10 años (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 39). Por su parte Motta ratificó lo anterior, agregando que lo relevante en la determinación de la extensión del contrato es el nivel de inversiones exigido en cada caso (aporte de antecedentes Motta, folio 93, p. 3).

118. Revisado el expediente, es posible establecer que no se presentaron antecedentes que permitan afirmar que un plazo de 12 años para la concesión pudiera establecer en favor del futuro operador del duty free del Aeropuerto una ventaja injustificada que sea contrario a las normas de libre competencia ni que genere riesgos sustanciales en el mercado. En este sentido, este Tribunal comparte lo señalado por el Consejo respecto a que es necesario establecer un plazo que permita al eventual adjudicatario recuperar las inversiones que deberá realizar para operar el duty free del Aeropuerto, ante lo cual un plazo de 12 años no parece excesivo. A lo anterior se agrega que, de acuerdo con los antecedentes presentados por la FNE y el Consejo, un plazo de 12 años para la concesión es consistente con la práctica internacional, especialmente en Latinoamérica.

119. Por tanto, este Tribunal estima que el plazo criticado por la Consultante se encuentra motivado y no genera riesgos relevantes para la competencia. De este modo, no se encuentra justificado el inicio de un proceso de recomendación normativa a su respecto.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

D.2.6. Observaciones a la resolución de empate por sorteo

120. Nuevo Pudahuel sostiene que el mecanismo de resolución en caso de empate contenido en las Bases Duty Free, que dispone que “[e]n caso de empate, la Comisión de Evaluación propondrá a quien presente la mejor oferta económica, en caso de persistir el empate la citada comisión propondrá a quien tenga mayor puntaje en el criterio de evaluación “indicadores” del apartado 1.7.2 N° 2 y en caso de persistir el empate se seleccionará por sorteo al adjudicatario el mismo día de la entrega de resultados” (Bases Duty Free , sección “1.7.4. Puntaje Final de las Ofertas”) no fomenta la competencia y resulta arbitrario, por lo que propone incorporar criterios que propendan a la eficiencia asignativa, como una subasta (Consulta, folio 17, p. 43).

121. La Fiscalía y el Consejo estiman que la probabilidad de que ocurra un empate es baja, por lo que no consideran que esta metodología residual de sorteo sea un elemento que afecte la competencia (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 40; aporte de antecedentes Consejo, folio 153, pp. 41-42).

122. Este Tribunal coincide con lo señalado por la FNE y por el Consejo en cuanto a que, dado el modelo de proceso de licitación, la probabilidad de que existan dos ofertas con igual puntaje final es extremadamente baja. A ello se agrega que, en caso de que esto ocurra, la sección 1.7.4. ya referida establece que la licitación se adjudica a la mejor propuesta económica, y si ambos ofertaron el mismo porcentaje de participación de ventas, se adjudica a quien obtuvo el mayor puntaje en la propuesta técnica referida a “Indicadores”. Este orden de prelación, que no es cuestionado por los intervinientes ni ha sido reprochado por el Tribunal en otras ocasiones (véase, por ejemplo, Informe N° 31/2023, § 3.52 y parte resolutive), es consistente con privilegiar las ofertas económicas por sobre las propuestas técnicas, lo que resulta deseable en términos de eficiencia asignativa. Finalmente, se debe tener en cuenta que por la forma lineal (regla de tres simple) en que se asigna el puntaje a los “Indicadores” (que valorizan ventas por metro cuadrado, promedio de ventas y penetración de mercado en un contrato de concesión de duty free a elección del proponente), es muy poco probable que dos oferentes logren un mismo puntaje en este criterio y que se termine realizando un sorteo para el desempate.

123. A mayor abundamiento, si bien este Tribunal ha validado procedimientos de desempate consistentes en mejorar las ofertas económicas (véase por ejemplo Informe N° 24/2022, § 88), ello no implica que esa sea la única opción disponible para no infringir a la competencia. Por el contrario,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

podrían existir diversas alternativas disponibles para el ente licitante que no crean riesgos sustanciales para el mercado, lo que debe ser evaluado conforme al diseño de cada base de licitación. En este caso concreto, no se aprecia cómo lo dispuesto en la sección 1.7.4. de las Bases Duty Free, más aún considerando especialmente el orden de prelación ya señalado, pueda crear riesgos para la competencia que ameriten su modificación.

124. Por lo tanto, no se advierte un riesgo a la libre competencia que amerite abrir un expediente de recomendación normativa a este respecto.

D.2.7. Observaciones a la integración vertical

125. La Fiscalía menciona que resulta riesgoso para la competencia que las Bases Duty Free no prohíban la participación de una empresa relacionada al concesionario aeroportuario, sino que sólo exigen transparentar la relación. Al respecto destaca la relación potencial que existiría entre el concesionario del Aeropuerto, es decir, Nuevo Pudahuel, y un futuro operador del duty free del AMB. Lo anterior, debido a que Nuevo Pudahuel participa, por medio de su accionista —ADP—, en el joint venture Extime Duty Free París, en que ADP y el grupo Lagardère tienen cada uno un 50%. La FNE argumenta que no es habitual que en este tipo de licitaciones se permita la integración vertical y muchas veces se exigen declaraciones juradas que corroboren la ausencia de dicha integración. Así, la Fiscalía considera que existen riesgos plausibles para la competencia y de difícil detección derivados de una posible integración vertical, por lo que recomienda que las Bases Duty Free reduzcan o eliminen la ocurrencia de riesgos, tales como, el acceso a información estratégica confidencial, ventajas en costos y conductas de sabotaje (aporte de antecedentes FNE, folio 113, p. 41). En el mismo sentido, Motta considera deseable que se regule la participación de empresas integradas verticalmente con el concesionario del Aeropuerto (aporte de antecedentes Motta, folio 93, p. 4).

126. Vinculado con este punto, el Consejo advierte que la relación entre Nuevo Pudahuel y ADP podría generar cierta confusión en la calidad de interesada de la Consultante en estos autos. Agrega que, siguiendo el calendario originalmente trazado, las empresas relacionadas a Nuevo Pudahuel estarían fuera del proceso de licitación al no haber solicitado oportunamente el informe de deudas requerido por las Bases Duty Free para admitir las ofertas (aporte de antecedentes Consejo, folio 153, p. 43).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

127. Sobre este reparo, en primer lugar, cabe señalar que la integración vertical no es *per se* anticompetitiva. La integración entre empresas puede suponer eficiencias de diversa índole —por ejemplo, eliminar la doble marginalización y eliminar problemas de agencia—, por lo que no es reprochable que una empresa ligada al concesionario del aeropuerto pueda ejercer presión competitiva en la licitación. Lo anterior, siempre y cuando el ente licitante tenga un trato objetivo y no discriminatorio con los distintos interesados. Así, por ejemplo, debe poner a disposición de manera transparente a todos los eventuales oferentes la información relevante que se requiera para elaborar sus ofertas, tales como estadísticas de ventas, pasajeros, planos del aeropuerto (en este sentido, véase Anexo N° 9 de las Bases Duty Free, donde se informan las ventas del operador actual del duty free para el período 2011 – 2020; Anexos N° 1 y N° 4 de las Bases Duty Free, donde se detallan las superficies a licitar).

128. Por otro lado, si no se adjudica la licitación, es poco plausible que el concesionario del Aeropuerto, sólo por el hecho de tener una empresa relacionada que administra tiendas de duty free en otros aeropuertos del mundo, tenga el incentivo de sabotear el funcionamiento del duty free del AMB, en el que es concesionario, y por el cual recibe una porción de los ingresos que estas tiendas generan, más aún considerando la extensión del contrato de operación del duty free del Aeropuerto.

129. Finalmente, no fue alegado por ningún interviniente ni tampoco existen antecedentes en el expediente que den cuenta que la información contenida en las Bases Duty Free y sus anexos fuera insuficiente para formular las ofertas de manera adecuada, de forma tal que no se aprecia que, en este caso concreto, sea posible que una empresa relacionada al concesionario del Aeropuerto pudiera tener una ventaja durante el proceso de elaboración de ofertas.

130. Por los motivos antes indicados, no se justifica iniciar un expediente de recomendación normativa en orden a incorporar un precepto reglamentario que impida que empresas relacionadas al operador del Aeropuerto puedan participar en la licitación.

D.2.8. Observaciones referidas al período de transición e incertidumbre

131. Lagardère destaca la falta de certeza acerca de cómo funcionará la etapa de transición desde la adjudicación del proceso licitatorio hasta la operación efectiva del duty free del Aeropuerto. A su juicio, esta incertidumbre

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

desincentivaría la participación y crearía ventajas para el actual operador. En consecuencia, Lagardère sugiere que se incluyan aspectos relativos a la obtención de permisos en las Bases Duty Free, por ejemplo, para comercializar alcoholes; y que se considere que el actual operador se ve favorecido respecto de la obligación de construir un nuevo depósito aduanero, contenida en las Bases Duty Free, pues puede operar durante la transición con sus actuales instalaciones. Adicionalmente, también solicita que en las Bases Duty Free se incluya una cláusula de fuerza mayor con el objeto de hacer frente a contingencias de baja demanda gatilladas por pandemias, guerras, prohibiciones sanitarias, entre otras (aporte de antecedentes Lagardère, folio 115, pp. 7-9).

132. Para este Tribunal, a pesar de que las propuestas de Lagardère podrían significar una mejora en la transición para quien se adjudique la concesión, no se aprecia que las Bases Duty Free introduzcan riesgos sustanciales para la competencia. En efecto, en la mayoría de las relaciones a largo plazo se genera incertidumbre y costos de cambio o fricciones, sin que existan antecedentes en este expediente, que para el caso del duty free del Aeropuerto, los referidos costos sean particularmente elevados como para suponer una ventaja competitiva en favor del actual operador de estos almacenes de venta libre.

133. Además, respecto a la necesidad de establecer un período de transición, las Bases Duty Free disponen que el derecho de concesión y explotación se comenzará a pagar al momento de la entrada en funcionamiento del duty free del AMB. Este hito ocurre cuando Aduanas dicta la resolución que autoriza su funcionamiento (sección “1.10. Pago del Derecho de Concesión y Explotación” de las Bases Duty Free). Para obtener esta autorización, el operador debe contar con la recepción de obras por parte de la DGAC, entre otros requisitos (véase sección “2.4.3. Autorización del Funcionamiento de los Duty Free Shop”, de las Bases Duty Free). Por lo tanto, no se observa una ventaja sustancial para el actual operador, dado que, en cualquier caso, los pagos al Estado por concepto de duty free se deben realizar cuando este comienza a operar. Consecuentemente, no se aprecia que existan antecedentes que motiven iniciar un expediente de recomendación normativa referido a esta observación.

134. En definitiva, de los antecedentes de este expediente no es posible razonablemente presumir que las Bases Duty Free contravienen la libre competencia, que tienden a ello, o que sea necesario dictar alguna norma para fomentar la competencia en el mercado objeto de la licitación o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas. Los antecedentes tenidos a

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la vista no dan cuenta de la existencia de riesgos sustanciales para la competencia. Por tanto, este Tribunal no estima necesario iniciar un expediente de recomendación normativa respecto del Reglamento y las Bases Duty Free contenidas en él.

III. PARTE RESOLUTIVA

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18 N° 2, 18 N° 4, 31 y 32 del Decreto Ley N° 211.

SE RESUELVE:

Ordenar a la Dirección General de Aeronáutica Civil y el Servicio Nacional de Aduanas, en lo sucesivo, no revelar las identidades de potenciales interesados en participar en los procesos licitatorios de almacenes de venta libre o duty free en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago de Chile, regulado en el Decreto N° 499 de 1994, modificado por el Decreto N° 36 de 2023, sino hasta después de presentadas las ofertas económicas. En lo demás se rechaza por improcedente la consulta referida a las Bases de Licitación de Almacenes de Venta Libre o Duty Free Shop en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez de Santiago de Chile, contenidas en el Decreto N° 499 de 1994 del Ministerio de Defensa Nacional, modificado por el Decreto N° 36 de 2023 del mismo Ministerio.

Se previene que el Ministro Sr. Parot no comparte lo expuesto en los párrafos 35 y 42, en cuanto a que, según quien previene, el Decreto N° 36 y el artículo 13° del Decreto N° 499 no tendrían una pretensión de permanencia, atendido que contienen bases de licitación específicas que fueron diseñadas para un proceso particular y que, en la práctica, no podrán volver a utilizarse sin una posterior modificación. Lo anterior sin perjuicio de que tanto el Decreto N° 499 como el N° 36 tengan igualmente el carácter de reglamento, atendidos los otros argumentos expuestos en la resolución y, en particular, lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley N° 19.288. Atendido lo anterior, estuvo por agregar que el inicio de un expediente de recomendación normativa sería inoficioso pues el Tribunal extendería al poder ejecutivo una recomendación de modificar algunas normas reglamentarias que no se volverían aplicar.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Silvia Retamales Morales.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Pronunciada por los ministros Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa, Sra. Silvia Retamales Morales y Sr. Ignacio Parot Morales.

Atendido lo dispuesto en el artículo 169 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, no firma, no obstante haber concurrido a la audiencia pública y al acuerdo, el Ministro Sr. Ricardo Paredes Molina, por estar haciendo uso de su feriado legal.

Notifíquese personalmente, por cédula o por correo electrónico a la consultante y a los aportantes de antecedentes que hayan designado correo electrónico para efectos de la notificación.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese en el sitio *web* del Tribunal al día hábil siguiente desde que el primer interviniente haya sido notificado, o el día hábil subsiguiente si recayese sábado.

Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 528-24.

Firmada por los Ministros Sr. Jaime Barahona Urzúa, Sra. Silvia Retamales Morales y Sr. Ignacio Parot Morales. Autoriza la Secretaria Abogada (S) Sra. Carla Harcha Bloomfield.



E4465AEO-3423-4B95-9817-9AD66113B9F4

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