

ANT.: Denuncia contra Buses Orellana por eventuales abusos en ruta Santiago-Bollenar. Rol N° 2464-17 FNE.

MAT.: Minuta de Archivo.

Santiago, 13 FEB 2018

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por medio del presente, esta División informa al Sr. Fiscal (S) acerca de la admisibilidad de la presentación del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 1 de septiembre de 2017, ingresó a esta Fiscalía una denuncia electrónica en contra de don Luis Gilberto Orellana Jiménez, como representante de "Buses Orellana"¹, por eventuales conductas contrarias a la libre competencia en el mercado de transporte público de pasajeros, en específico, en la ruta Santiago-Bollenar (en adelante, la "Ruta").
2. La denuncia indica que, desde marzo de 2016, don Luis Orellana habría desarrollado una serie de conductas anticompetitivas, dentro de las cuales se encuentra una agresiva política para captar clientes, programando salidas en los mismos horarios que la competencia y ofreciendo tarifas a menos del 50% del valor de la tarifa cobrada por ésta. A juicio del denunciante, la intención del denunciado sería obtener una posición dominante en la Ruta y así eliminar por completo su competencia.

¹ Cabe precisar que el denunciado actúa como persona natural, siendo Buses Orellana un nombre de fantasía. No obstante lo anterior, en la presente Minuta, menciones tales como "Luis Orellana", "Buses Orellana" o "el denunciado", se refieren indistintamente a la misma persona.

3. Adicionalmente, con fecha 29 de noviembre de 2017, el denunciante aportó nuevos antecedentes, relativos a una acción administrativa efectuada en su contra, que se habría iniciado –presuntamente– mediante denuncia efectuada por don Luis Orellana².
4. Los hechos indicados previamente podrían corresponder a conductas de precios predatorios y de litigación abusiva, por lo que esta División realizó diversas diligencias conducentes a establecer si el denunciado habría eventualmente incurrido en una o ambas conductas anticompetitivas denunciadas en la Ruta Santiago-Bollenar y alrededores.

II. MERCADO RELEVANTE

II.1. Cuestión preliminar: transporte público remunerado de pasajeros y su clasificación

5. El transporte de pasajeros admite diversas clasificaciones, por ejemplo, individual o colectivo; público o privado; gratuito o remunerado; urbano, interurbano o rural; entre otros. En tal sentido, el Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros (“**DS 212**”)³, indica que los servicios nacionales de transporte público remunerado de pasajeros se clasifican en urbanos, rurales e interurbanos⁴⁻⁵:
 - i. Los servicios rurales de transporte público de pasajeros, son “los que, sin superar los 200 km de recorrido, exceden el radio urbano, con excepción de lo indicado en la letra c) siguiente [punto ii]”⁶.

² Anexo Confidencial [1].

³ Decreto Supremo N° 212/1992, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que establece el Reglamento de los Servicios Nacionales de transporte Público de Pasajeros.

⁴ DS 212. Artículo 19.

⁵ El DS 212, en su artículo 6°, letra a), indica que los servicios urbanos de transporte público de pasajeros, son “los que se prestan al interior de las ciudades o de conglomerados de ciudades cuyos contornos urbanos se han unido. El radio que comprende una ciudad o un conglomerado de ciudades, según sea el caso, podrá ser determinado para estos efectos por los Secretarios Regionales Ministeriales de Transportes y Telecomunicaciones”

⁶ DS 212. Artículo 6°, letra b).

- ii. Los servicios interurbanos de transporte público de pasajeros, son “los que superan los 200 km de recorrido, y los que sin exceder los 200 km, unen la ciudad de Santiago con localidades o ciudades costeras ubicadas en V Región”⁷.

II.2. Descripción de la Ruta

6. Considerando la distinción señalada previamente y que la localidad de Bollenar está a 69,4 Km. aproximadamente de la ciudad de Santiago⁸, el servicio ofrecido en la especie constituye un servicio de transporte público rural de pasajeros, cuya duración es de una hora y media aproximadamente.
7. Sin embargo, cabe señalar que esta localidad también puede ser servida por buses interurbanos que tengan como destino final balnearios del litoral central y que pasen por esta localidad como una parada intermedia.
8. También es necesario precisar que existen diversos trazados dentro de la Ruta, con el objeto de prestar servicios a localidades aledañas, haciendo paradas intermedias en Lolenco, Los Rulos o Maria Pinto. Asimismo, es una práctica habitual realizar variantes o extensiones en la Ruta para servir, por ejemplo, el sector de Pataguilla o Ibacache.
9. En virtud de las diligencias realizadas, se verificó que los actuales operadores que prestan servicios en la Ruta son la empresa denunciada (“**Buses Orellana**”); Rul-Bus Transporte de Pasajeros y Carga Limitada (“**Rul-Bus**”) y Atevil Mecánica Diesel S.A. (“**Atevil**”)⁹.
10. Respecto a la sustituibilidad de la oferta, se contempló la posibilidad de que otros tipos de transportes motorizados (como por ejemplo, colectivos y taxis) pudiesen ser sustitutos de los buses que transitan cotidianamente por la Ruta. En tal sentido, si bien el principal sustituto podría ser el servicio de taxis-colectivos que transitan desde Curacaví hasta Bollenar, su costo es más alto que el servicio directo de buses, además de significar un mayor tiempo de

⁷ DS 212. Artículo 6º, letra c).

⁸ Distancia en ruta. Si se considera de manera lineal, la distancia disminuye a 59.7 Km.

⁹ Anexo Confidencial [2].

viaje¹⁰, por lo que el análisis del presente caso no los considerará como sustitutos, enfocándose solamente en aquellas empresas que ofrecen el servicio de transporte en la Ruta a través de buses.

11. En relación a la demanda, conforme a los antecedentes obtenidos por esta División, el flujo de pasajeros se concentra en la mañana y en la noche (horarios punta). Asimismo, la demanda se compone principalmente por trabajadores y estudiantes, por lo que el flujo posee cierta estacionalidad, bajando en los meses de vacaciones, tanto de verano como de invierno¹¹.
12. Respecto a las tarifas, conforme a la información recabada, cabe indicar que por regla general, existe un tarifario común, diferenciado por tramos y que no cambia por horario o día de la semana en que se realiza el servicio. Para el caso, en la Ruta, la tarifa vigente en 2017 fue de \$1.600 pesos por cada pasajero adulto y \$ 900 pesos por cada pasaje para estudiantes¹². Pese a lo anterior, ello no obstaría a que existan promociones, o rebajas excepcionales a pasajeros frecuentes.

II.3. Definición del Mercado Relevante

13. Para determinar si las conductas imputadas a Buses Orellana constituyen o no una infracción a la normativa de libre competencia, corresponde identificar el mercado en el cual éstas incidirían. La FNE entiende por mercado relevante el de "un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado"¹³.
14. En consideración de los puntos señalados precedentemente, el mercado relevante correspondería al servicio rural de transporte público de pasajeros de pasajeros entre Santiago y Bollenar (incluyendo alrededores), servicios actualmente ofrecidos por Buses Orellana, Rul-Bus y Atevil.

¹⁰ Declaraciones efectuadas con fecha 02 y 24 de octubre de 2017.

¹¹ Ibid.

¹² No obstante, cabe hacer la salvedad que las tarifas son cobradas por tramos.

¹³ Fiscalía Nacional Económica. *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*. 2012. p.10. Disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf> [Última consulta: 7 de febrero de 2018].

II.4. Participaciones de mercado

15. De los operadores anteriormente señalados, cabe indicar que, en atención a la cantidad de frecuencias realizadas, el operador con mayor participación de mercado correspondería a Buses Orellana, seguido por Rul-Bus y finalmente Atevil¹⁴.

II.5. Barreras a la entrada

16. La principal barrera a la entrada existente es de carácter legal¹⁵, pues para proceder a la inscripción de un servicio en el Registro Nacional de Servicios de Transportes Público de Pasajeros (“RNSTPP”), el DS 212 exige una serie de antecedentes, dentro de los cuales se contempla la ubicación del o de los terminales autorizados y documentación que acredite que el interesado se encuentra habilitado para su uso¹⁸. Por lo mismo, un terminal es condición necesaria para prestar el servicio, sea interurbano o rural.

17. En el presente caso cabe indicar que:

- i. En la ciudad de Santiago, el Terminal San Borja actualmente no tiene oficinas disponibles, lo que de alguna forma podría limitar la entrada de nuevas empresas de transporte que puedan prestar servicios en la Ruta,

¹⁴ Anexo Confidencial [3].

¹⁵ Esta Fiscalía entiende por barreras legales "todo obstáculo a la entrada que tenga por fundamento una norma jurídica que impida el ingreso de nuevos competidores o genere una ventaja de costo para las empresas establecidas en el mercado, con relación a los potenciales entrantes". Fiscalía Nacional Económica. Óp. Cit. p.15.

¹⁸ El artículo 8 letra D) del DS 212 se refiere a los "Antecedentes relativos al servicio", exigiendo que "la solicitud de inscripción deberá especificar además la siguiente información según el tipo de servicio y de vehículo de que se trate: (...)

- b) Servicios rurales de transporte público de pasajeros prestados con buses, minibuses o taxis colectivos:
- itinerarios;
 - especificación de la longitud del circuito completo (ida más regreso) expresada en kilómetros;
 - origen y destino del servicio;
 - horario de atención por día de la semana, y
 - ubicación del o de los terminales autorizados y documentación que acredite que el interesado se encuentra habilitado para su uso, cuando corresponda.
 - Tarifa a cobrar por el servicio.

- c) Servicios interurbanos de transporte público de pasajeros prestados con buses:
- itinerarios;
 - ubicación del o de los terminales autorizados y documentación que acredite que el interesado se encuentra habilitado para su uso, cuando corresponda, y ubicación de las oficinas de venta de pasajes.
 - Tarifa a cobrar por el servicio.

sin perjuicio de que las empresas que actualmente operan en el Terminal de San Borja –si las condiciones son favorables– podrían empezar a operar tal Ruta;

- ii. En los Terminales de Cartagena y Melipilla, (terminales de llegada de Rul-Bus y Buses Orellana, respectivamente) sí hay capacidad disponible; y,
 - iii. En la localidad de Bollenar, dado su tamaño, no hay terminal¹⁹.
18. En virtud de lo anteriormente señalado, si un eventual nuevo competidor deseara ingresar a la Ruta, deberá tener en consideración el hecho de que deberá acreditar que se encuentra efectivamente habilitado para el uso del Terminal San Borja en Santiago y –en el caso que ofrezca un servicio interurbano de transporte público de pasajeros que pase por la Ruta– también deberá acreditar su habilitación en el otro Terminal respectivo, a efectos de obtener el itinerario o trazado obligado a realizar, como también su correspondiente inscripción en el RNSTPP.
19. Finalmente, debido a la posible existencia de una posición dominante, se procederá a realizar un análisis de las conductas denunciadas.

III. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

20. Tras haber definido el mercado relevante del caso, en el presente acápite se efectuará un análisis de las conductas anticompetitivas denunciadas, a saber, (i) precios predatorios y (ii) litigación abusiva.

¹⁹ El artículo 58 del DS 212 dispone que: “en ciudades de más de 50.000 habitantes, la locomoción colectiva interurbana deberá contar con terminales que cumplan con las disposiciones que les sean aplicables.

En ciudades de menos de 50.000 habitantes la locomoción colectiva interurbana deberá disponer a lo menos de una oficina de venta de pasajes próxima al lugar de estacionamiento donde inicien el servicio; este último, autorizado por la Municipalidad competente”.

III.1. Precios predatorios

21. Según la denuncia, Buses Orellana estaría ejecutando acciones con el fin de excluir competidores en la Ruta. Tales acciones consistirían principalmente en reducir las tarifas cobradas a los pasajeros, incluso por debajo de sus costos. En consecuencia, lo que se imputa al denunciado es la eventual ejecución de conductas predatorias en el mercado relevante, además de otras acciones que entorpecerían la normal operación de la Ruta.
22. Se debe considerar que el artículo 3º, letra c) del DL 211 establece que se considerarán como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o afectan la libre competencia, o que tienden a producir estos efectos: “[L]as prácticas predatorias (...) realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.
23. Se entiende por predación de precios, la conducta a través de la cual una firma reduce su precio por debajo de una medida apropiada de costos durante un tiempo determinado con el objeto de eliminar o limitar la competencia para, en forma posterior, aumentar su precio por encima del precio competitivo con el fin de compensar las pérdidas incurridas en el ejercicio de tal conducta²⁰. En sentido similar ha sido considerado por la jurisprudencia comparada²¹.
24. Por su parte, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ha señalado “que los requisitos copulativos para que se cumpla el ilícito de establecimiento de precios predatorios son: primero, que durante el desarrollo de la alegada estrategia de predación la parte demandada haya dispuesto de suficiente poder de mercado en el o los mercados relevantes, de forma tal que dicha posición le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo y segundo, en caso de cumplirse la condición anterior, que existan indicios definitivos sobre la alegación de fijación de

²⁰ International Competition Network. *Report on Predatory Pricing*. 2008. p. 3. Traducción libre. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc354.pdf> [Última consulta: 9 de febrero de 2018].

²¹ En *Brooke v. Brown Williamson*, la Corte Suprema de EE.UU., estableció que si se reclama de precios predatorios, el demandante debe probar (i) que los precios reclamados están por debajo de una medida apropiada de los costos de su rival, y (ii) que el competidor tenía un prospecto razonable o una probabilidad peligrosa de recuperar su inversión en precios inferiores a los costos. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

precios de venta por debajo de los costos relevantes de proveerlos, con el fin de desplazar a sus competidores”²².

25. Al ser requisitos copulativos, resulta necesario también acreditar la procedencia del segundo requisito. Por ello, en el presente caso se analizó si los ingresos del denunciado estuvieron por debajo de los costos relevantes, de modo que una eventual estrategia de precios predatorios pueda realizarse con éxito, excluyendo a competidores, con el potencial daño en el largo plazo a los consumidores.
26. En el caso particular, una aproximación razonable a los costos relevantes es posible mediante el cálculo del costo variable medio del servicio realizado por Buses Orellana (vuelta completa Santiago-Bollenar-Santiago o viceversa)²³.
27. Para obtener el costo variable medio, se calculó el costo variable promedio mensual incurrido por el denunciado (en el periodo enero 2015 - septiembre 2017)²⁴, considerando el gasto en combustible, mantención de flota, uso de losa, pago de peajes y remuneración del conductor. Por consiguiente, el costo total promedio toma en cuenta adicionalmente el costo financiero por los buses que se utilizan en la Ruta.
28. Al existir distintas tarifas (según tipo de pasajero transportado y tramo utilizado), se consideró que el cálculo del ingreso promedio correspondiente a la división del ingreso total mensual, por el número de servicios realizados. De este modo, si el denunciado hubiere mantenido, durante un período relevante, el ingreso promedio por debajo del costo variable medio, su política habría sido apta para producir efectos anticompetitivos en el mercado.

²² Sentencia TDLC N° 110, de 28 de enero de 2011, que resolvió la demanda de Will S.A. contra Claro S.A., considerando vigésimo sexto. En el mismo sentido, ver Sentencia TDLC N° 78, de 4 de diciembre de 2008, que resolvió la demanda de GPS Chile contra Entel PCS, considerando tercero.

²³ Debido a la dificultad que implica el cálculo de los costos marginales (la medida más precisa que puede utilizarse en tests de predación), Areeda y Turner sugieren usar el costo variable medio, definido como la suma de todos los costos variables, dividido por la producción. Areeda, P.E. & D.F. Turner. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review. 78; 1113-7. En: Motta, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press. New York. 12° Ed. p. 447. Traducción libre.

²⁴ El periodo seleccionado tuvo por objeto contrastar aquel periodo denunciado en que se habría eventualmente iniciado la práctica predatoria (marzo 2016), con la etapa previa a ello.

29. La siguiente tabla muestra la evolución mensual del costo variable medio y el ingreso promedio de Buses Orellana en la Ruta durante el periodo enero 2015-septiembre 2017:

Tabla N° 1: Evolución mensual del costo variable medio y del ingreso promedio de Buses Orellana en el periodo enero 2015-septiembre 2017.
(Vuelta Completa Santiago – Bollenar-Santiago o viceversa)²⁵.

30. Del análisis efectuado, es posible indicar que, en el período señalado:
- i. En ningún mes se observa que el ingreso medio haya sido inferior al costo variable medio;
 - ii. El ingreso medio del denunciado es superior al costo total medio²⁶; y,
 - iii. Suponiendo que el ingreso promedio mensual del denunciado por cada frecuencia realizada se redujere a la mitad, aún le sería posible cubrir el costo variable promedio de aquella frecuencia.
31. En conclusión –y en virtud de los antecedentes aportados al expediente– no es posible acreditar que la conducta denunciada sea consistente con una estrategia predatoria sostenida en el tiempo.

III.2. Litigación abusiva

32. Un complemento a la denuncia se efectuó mediante presentación del mismo denunciante con fecha 29 de noviembre de 2017, en la cual se indica que el denunciado estaría eventualmente utilizando otras acciones administrativas con el objeto de sacar a la empresa denunciante del mercado²⁷, lo cual podría enmarcarse dentro de la conducta de litigación abusiva.
33. La jurisprudencia pertinente del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha establecido que para calificar como abusivo el ejercicio de acciones judiciales (o administrativas), lo relevante no es el número de

²⁵ Anexo Confidencial [4].

²⁶ Excepto un mes, pero que es anterior (superior a 1 año) al inicio de la conducta denunciada.

²⁷ Anexo Confidencial [5].

acciones presentadas, ni si tales acciones son ganadas o perdidas por el actor; sino que debe existir un motivo plausible que justifique la presentación de la acción, de manera tal de descartar que la misma tenía, de manera inequívoca y como única finalidad, la de imponer barreras artificiales a la entrada de competidores al mercado o, como en el presente caso, intentar eliminar a uno de ellos²⁸. Este criterio ha sido igualmente seguido por esta Fiscalía²⁹ y similares requisitos se han establecido en el Derecho Comparado, tanto en la Unión Europea³⁰, como en Estados Unidos³¹.

34. Teniendo en consideración lo anterior, esta División enfocó su análisis en determinar si la acción denunciada puede considerarse como abusiva o fraudulenta, pues si no lo es, aquella acción no daría lugar a una infracción, aun cuando el denunciado detente una posición dominante en el mercado.
35. En el presente caso, fue posible corroborar que tanto la denuncia, como la fiscalización y respectiva acción administrativa de la autoridad sectorial contiene elementos suficientes que justifican su procedencia³². Por ello, es posible indicar que, en el ejercicio de esta acción sí se advierten motivos plausibles para su presentación, no pudiendo considerarse que tuvo por única e inequívoca finalidad la de excluir a un competidor del mercado.

²⁸ Ver Sentencia TDLC N° 47, de 05 de diciembre de 2006, por el Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Sociedad Sal Punta Lobos S.A. Considerando nonagésimo sexto; Sentencia TDLC N° 83, de 30 de enero de 2009, por demanda de Telmex Servicios Empresariales S.A. en contra de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. Considerandos decimotercero y decimonoveno; y, Sentencia TDLC N° 90, de 14 de diciembre de 2009, por Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Compañía Chilena de Fósforos. Considerando septuagésimo noveno.

²⁹ Por ejemplo, Minutas de Archivo "Denuncia de Sociedad Hotelera y Comercial Neuquén S.A. contra Copec por abuso de posición dominante", Rol N° 1829-11 FNE, de mayo de 2011; "Denuncia en contra de Copec por competencia desleal". Rol N° 2422-17 FNE, de junio de 2017; y Denuncia en contra de INACAL S.A., Rol N° 2449-17 FNE, de octubre de 2017.

³⁰ Por ejemplo, en el Caso ITT Promedia, la Comisión Europea indicó que la litigación por un competidor dominante puede ser abusiva si reúne dos requisitos copulativos: (i) que la acción no pudiera ser razonablemente considerada como un intento de establecer sus derechos y pudiera servir sólo para acosar a la parte contraria, y (ii) que la acción sea concebida en el marco de un plan cuya única meta era eliminar la competencia. (Case T-111/96, ITT Promedia NV v. Commission [1998]. ECR II-2937).

³¹ En el caso Professional Real Estate Investors, Inc., v. Columbia, la Corte Suprema de EE.UU. estableció la exigencia de dos requisitos especiales: en primer lugar, la demanda debe carecer objetivamente de fundamento, en el sentido de que ningún litigante razonable podría esperar de manera realista el éxito sobre el fondo. Sólo si el litigio impugnado es objetivamente inútil, el tribunal puede revisar la motivación subjetiva del litigante. En segundo lugar, el tribunal debe centrarse en si el juicio sin fundamento oculta una intención de interferir directamente con las relaciones comerciales de un competidor, a través del uso del proceso gubernamental como arma anticompetitiva. Incluso si un demandante demuestra tanto la motivación objetiva como subjetiva, aún debe demostrar una violación sustancial de la competencia. Professional Real Estate Investors, Inc., v. Columbia Pictures (91-1043), 508 U.S. 49 (1993).

³² Anexo Confidencial [6].

IV. CONCLUSIONES

36. Del análisis efectuado en la presente minuta, esta División concluye que no se observan antecedentes suficientes que justifiquen la apertura de una investigación respecto de la denuncia formulada en contra de Buses Orellana.
37. Por lo anterior, esta División recomienda al Sr. Fiscal (S), salvo su mejor parecer, archivar la presente denuncia, sin perjuicio de la facultad de esta Fiscalía de velar permanentemente por la libre competencia en los mercados y de abrir investigaciones si existieren nuevos antecedentes que así lo justificaren, y del derecho del denunciante de interponer las acciones que estime pertinentes ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o en otra sede.



GASTÓN PALMUCCI

JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS



PSE