

CPC. N° 1216

ANT: Denuncia de la Asociación Gremial de Empresas de Transportes Operadora Metrobus en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.
Rol N° 446-02. F.N.E.

MAT: Dictamen de la Comisión.

SANTIAGO, 13 de sept. De 2002

1.- Don Marcial Antoine Ibarra, en representación de la Asociación Gremial de Empresas de Transportes Operadora Metrobus, denunció ante esta Comisión, al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones por hechos que atentaría contra la libre competencia en la "Licitación Metrobus 2002". De acuerdo a su denuncia tales arbitrios consistirían en lo siguiente:

a) Imposición de postular a la licitación con Unidades Negocios, es decir, el "Conjunto de servicios de transporte público remunerado de pasajeros, asociados a una estación de Metro". Tal conducta atentaría contra el artículo 4° del D.L. N° 211, al concentrar la actividad del transporte urbano en unos cuantos mono-operadores, cuestión que a juicio del denunciante dicha disposición legal prohíbe cuando impide otorgar a particulares la concesión de monopolios para el ejercicio de actividades económicas.

b) Fijación de precios. En este caso el denunciado, por medio del proceso de licitación, fijaría y determinaría los precios y, más aún, impondría los mismos a los prestadores a través de la calificación de las postulaciones, donde el aspecto económico representa el 60% de ponderación y éste consiste exclusivamente en la tarifa. Además, prohíbe postular con una tarifa superior a \$250 la y se otorga a la tarifa de \$100 un puntaje de 100, estableciendo una escala decreciente de 7 puntos por cada \$10, que se le agrega a la tarifa. Este sistema sería ilegal, a falta de facultad del Ministerio para fijar tarifas máximas y mínimas.

c) Contrato con METRO S. A. El Ministerio pretende imponer a los denunciantes un contrato con la sociedad METRO S. A., lo que permitiría a ésta obtener una posición de dominio de la cual abusar. Además, mediante el proceso de licitación, se produciría una integración vertical de los servicios de transporte público, en la cual sería la sociedad METRO S.A. quien fijaría las normas por las cuales se comportaría este conglomerado y quien recauda la mayoría de los ingresos, por el ejercicio abusivo, ilegal e inconstitucional de las facultades de la denunciada. Así, se privaría a los denunciantes de la libertad contractual

imponiendo una serie de condiciones sin las cuales METRO S.A. carecería de poder monopólico frente al operador de transporte de superficie.

La denunciante solicita a la H. Comisión Preventiva Central ponga término a aquellos actos arbitrarios o ilegalidades que crean las Unidades Económicas o de Negocios y la fijación de precios por parte de la denunciada y solicita la eliminación de las bases de licitación del contrato con METRO S.A.

2. El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, junto con señalar que las Bases de Licitación de Metrobus se ajustan plenamente a la legislación vigente, especialmente a las normas sobre libre competencia, hace presente que los denunciantes, con fecha 30 de abril de 2002, interpusieron un recurso de amparo económico ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de ese Ministerio, por los mismos hechos denunciados ante esa H. Comisión Preventiva Central, el que fue rechazado por sentencia de 29 de julio de 2002.

3.- En cuanto a la denuncia y sus fundamentos, el Ministerio expresa que en este caso se trata de una licitación pública, manifestación clara de competencia abierta, transparente y no discriminatoria, realizada con pleno apego a las normas y principios que rigen este tipo de procesos concursales, esto es, en base a normas objetivas y previamente conocidas por todos. Al respecto señala el Ministerio que en la licitación se ha utilizado un criterio zonal para la determinación de las denominadas Unidades de Negocio. Estas Unidades, según las Bases, son conjuntos de servicios de transporte público remunerado de pasajeros, asociados a una estación de Metro. Cada Unidad de Negocio está compuesta por un número variable de servicios o recorridos, que deben ser prestados por un mismo concesionario y que constituyen una sola unidad económica, gestionada por una sola entidad, con todos los beneficios que ello implica, tanto desde el punto de vista de la seguridad vial como de aquellos derivados de una buena administración de la flota de vehículos.

4.- En cuanto al reclamo de la obligatoriedad de suscribir el convenio Metrobus y la supuesta alteración del juego de la libre competencia, mediante la constitución de monopolios a favor de particulares, cabe señalar que esto supone desconocer las características de los servicios Metrobus, que son servicios de transporte de pasajeros que operan como extensión de la red del Metro, comenzando sus recorridos desde una determinada estación de Metro, que tienen tarifas integradas con Metro, que usan la imagen corporativa de Metro, que utilizan los terminales de Metro, etc. Se trataría de servicios ineludiblemente asociados a Metro, que operarían como un complemento de éste. Las empresas no compiten entre sí, por lo que no alteraría la libre competencia y carece de sentido reclamar de la obligación de suscribir un acuerdo con Metro, como condición previa a la suscripción del contrato de concesión, puesto que es evidente que la relación entre Metro y los operadores Metrobus debe necesariamente encontrarse regulada, cuestión que reviste una relevancia central para efectos de garantizar la continuidad y adecuada calidad de los servicios. Es necesaria e ineludible la participación de Metro en la supervisión de los aspectos operativos de los servicios

que se licitan, por lo que es necesario el Convenio Metrobus, que es un contrato privado, que se acompaña a las Bases de Licitación sólo como referencia, tal como ahí mismo se señala. El Ministerio no impone un determinado Convenio Metrobus, sino que solamente establece la obligación de suscribirlo y el contenido específico podrá ser determinado por las partes libremente, en tanto contrato privado, pero sólo en aquello que no contradiga lo establecido en las Bases, ni en la normativa general.

5.- Finalmente expresa que, en cuanto a la fijación de tarifas, las Bases de Licitación Metrobus 2002, no fijan tarifas, sino que las establecen como una de las variables para la evaluación de las propuestas. Los proponentes cuentan con un rango de tarifas dentro del cual moverse, debiendo determinar a su sola discreción la tarifa a la que postulan, considerando los demás criterios de evaluación. Este rango de tarifa fijado tendría fundamento legal en el artículo 3° de la Ley 18.696, en cuanto entregaría al Ministerio de Transportes la facultad de “dictar la normativa dentro de la cual funcionarán dichos servicios (de transportes), en cuanto al cumplimiento obligatorio de normas técnicas y de emisión de contaminantes de los vehículos, así como en lo relativo a las condiciones de operación de los servicios de transporte remunerado de pasajeros y de utilización de las vías”.

6.- Con fecha 30 de agosto del año en curso, la Fiscalía Nacional Económica ha emitido su informe. Con lo expuesto en él y lo relacionado precedentemente esta Comisión ha podido concluir lo siguiente, según se consigna a continuación.

7.- El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de conformidad a la Ley N° 18.696, modificada en su artículo 3° por la Ley N° 19.011, y en su carácter de administrador de bienes nacionales de uso público, está facultado a entregar, en concesiones por períodos determinados, la utilización o explotación económica de dichos bienes a los operadores de transporte. Esta facultad puede ejercerla sólo cuando existe congestión de las vías, deterioro del medio ambiente y/o condiciones deficientes de seguridad de las personas o vehículos que por éstas circulan. En el caso de autos, el Ministerio ejerció esta facultad por deterioro del medio ambiente, en virtud del D.S. N° 16/98 de la Secretaría General de la Presidencia, de modo que su proceder tiene respaldo en normas de carácter legal, ajustado a derecho.

8.- El informe del Sr. Fiscal nos recuerda que esta Comisión en su Dictamen N° 779, señaló que “El proceso de licitación de vías, puede contribuir positivamente a resolver los actuales problemas del transporte colectivo urbano de pasajeros, de modo consistente con la libre competencia, si se considera en sus bases y como factor de otorgamiento de propuestas, el nivel de tarifas, su reajustabilidad y el nivel de servicios”.

9.- En cuanto al tema tarifario, se tiene presente que todas las licitaciones del transporte público urbano, terrestre y remunerado de pasajeros, efectuadas en Santiago, desde 1991, han comprendido la fijación de tarifas máximas para los servicios concesionados, así como los mecanismos de reajustabilidad, sin que

haya existido hasta la fecha representación de ilegalidad alguna en esta materia de parte de la Contraloría General de la República, ni tampoco reclamación formal por parte de los denunciantes.

Por otro lado, la libertad de empresa reconocida en el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política del Estado, no excluye su posible ordenación, por parte de los poderes públicos, para la obtención de ciertos objetivos económicos o para favorecer conductas económicas que se orienten al cumplimiento de sus intereses. El citado precepto constitucional señala que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica debe hacerse “respetando las normas legales que lo regulan”, cuestión que en este caso, a juicio de esta Comisión ha ocurrido.

10.- En cuanto a la imputación relativa a que las bases los obliga a someterse a un trato que privilegia a la empresa Metro S.A, vulnerando, de esa forma, el derecho a desarrollar su actividad económica legítima de transporte colectivo de pasajeros, además de someterla a una legislación extraordinaria no establecida en la Ley N° 18.772, que le dio origen, y que autorizó su funcionamiento, cabe hacer presente que la I. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 29 de julio de 2002, rechazó el recurso de amparo económico interpuesto por los denunciantes reconociendo que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones tiene las facultades suficientes para fijar las condiciones y elaborar la normativa dentro de la que funcionarán “dichos servicios, en cuanto a cumplimiento obligatorio de normas técnicas y de emisión de contaminantes de los vehículos, así como lo relativo a condiciones de operación de los vehículos de los servicios de transporte remunerado de pasajeros y de utilización de las vías”. Estas constituyen las bases que regularán tales servicios (bases de licitación), respecto de las cuales los organismos de defensa de la competencia han expresado que deben ser aplicables en forma no discriminatoria a todas las empresas concursantes, sin exclusión alguna y no deben albergar criterios, exigencias o condiciones que pudieren otorgar a una o más de las postulantes oferentes una posición de dominio respecto de sus competidoras. Además, la jurisprudencia ha señalado que “es propio de estas autorizaciones o concesiones de servicio público, que el Estado establezca las condiciones necesarias para que con ellas se alcance el fin perseguido” (Resolución N° 330, de 17 de octubre de 1989).

11.- En cuanto a que el establecimiento de Unidades Económicas o de Negocios no respetaría el artículo 4° del D.L. N° 211, cabe señalar que la jurisprudencia de los órganos de defensa de la competencia es reiterativa, en orden a que las licitaciones de recorridos son el instrumento seleccionado por el legislador para establecer un marco reglamentario que define las reglas del juego, que han de cumplir los operadores privados, para ofrecer servicios de transporte público en condiciones de competencia y no se observa que al emplear este tipo de conformación se esté constituyendo un monopolio a favor de uno o más de los operadores de estos servicios.

12.- En lo relativo al precio a cobrar por el futuro adjudicatario, la licitación en base a un precio máximo (que en todo caso es de \$280 y no de \$250 como se arguye en la denuncia) y a un sistema de premios, en función del compromiso de

cobrar una tarifa inferior a dicho máximo, constituye un mecanismo adecuado para garantizar que el precio final cobrado sea el menor posible, no pudiendo imputarse por ello una conducta contraria a la libre competencia.

13.- Respecto de la integración vertical alegada, es del caso señalar que no se menciona en la denuncia cómo es que ella estaría ocurriendo. Sin embargo, un contrato de complementación entre los recorridos de los buses y el metro podría ser entendido como tal, en la medida que con un único pago los usuarios acceden a ambos servicios de transporte en sus viajes. La integración vertical es reprochable en tanto se utilice para abusar de la posición de dominante adquirida, cuestión que en el caso no ocurre porque el gasto de los usuarios sería menor que si contratasen por separado.

14.- Finalmente en relación a las condiciones contractuales que deben concretarse en el futuro contrato entre el adjudicatario y METRO S.A., cabe señalar que las partes son libres de pactar las condiciones que estimen conveniente y lo consignado sobre este particular en las Bases de Licitación, en el anexo N°7, debe considerarse referencial y no vinculante, sin perjuicio del derecho a recurrir a los organismos de defensa de la libre competencia, si de alguna forma se vulnerara a través de estos contratos la normativa que los regula.

En atención a lo razonado precedentemente se rechazan las denuncias de la Asociación Gremial de Empresas de Transportes Operadora Metrobus en contra de las Bases de Licitación de Metrobus 2002, por no advertirse en ellas infracción alguna al D.L. N° 211 y por ajustarse las Bases de Licitación a las disposiciones de esta normativa, teniendo presente que lo que la autoridad ha pretendido es regular un mercado caracterizado por una gran atomización y donde se observan externalidades negativas.

Con todo, esta Comisión reitera y recomienda al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que en el futuro remita las Bases de Licitaciones a que llame.

Notifíquese a la denunciante al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y al Sr. Fiscal Nacional Económico.

El presente dictamen fue acordado en la sesión de día 30 de agosto de 2002, por la unanimidad de los miembros presentes, señores José Tomas Morel Lara, Presidente Subrogante, Claudio Juárez Muñoz, José Yáñez Henríquez y Carlos Castro Zoloaga.