

ANT.: Denuncia Rol N° 2324-14 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, - 6 ABR. 2015

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFA UNIDAD ANTI-CARTELES

Por la presente vía informo al señor Fiscal acerca de la admisibilidad de la denuncia del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 20 de noviembre de 2014, ingresó a esta Fiscalía Nacional Económica (en adelante, "FNE") una denuncia por parte de la División de Transporte Público Regional del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (en adelante e indistintamente, "MTT" o "DTPR"), dando cuenta de la existencia de un presunto atentado contra la libre competencia ejecutado por los postulantes a la licitación CTA 0169, convocada para otorgar el denominado Subsidio para Transporte Público Remunerado en Zonas Aisladas para dos rutas de la Región de la Araucanía, a saber, (i) Barros Arana – Teodoro Schmidt y (ii) Lollelhue Alto – Teodoro Schmidt.
2. Las bases de este proceso licitatorio fueron publicadas el 26 de marzo de 2014, incluyendo dentro sus ponderadores de evaluación un 40% según cuál fuera el subsidio mensual solicitado¹; 50% por la antigüedad del vehículo; y 10% por la presentación formal de la propuesta².
3. La denuncia indica que a la referida licitación se presentaron 5 ofertas: dos de doña Virginia Aravena Jara y una de don Jorge Domínguez Rocha, de don Marcos Antígüen Vega y de don Jaime Albornoz Millar.

¹ El monto del subsidio a otorgar variada según la antigüedad del vehículo: 1. En caso de ser menor o igual a 7 años, el monto mensual sería de \$2.970.000; 2. En caso de ser mayor a 7 años, de \$2.525.000.

² Asignándose 100 puntos para el caso de la entrega de todos los antecedentes solicitados y 0 puntos en caso de no hacerlo.

4. Como resultado de la aplicación los factores de evaluación, los puntajes totales obtenidos por cada una de las presentaciones fueron los siguientes, según lo muestra en la Tabla N° 1 presentada a continuación:

Tabla N° 1
Resultado de las postulaciones a la Licitación CTA 0169

Oferente	Subsidio solicitado (40%)	Antigüedad del vehículo (50%)	Presentación formal de la oferta (10%)	Puntaje total	Monto a adjudicar, de resultar adjudicado ³
Jorge Domínguez	8	43,33	10	61,33	\$ 106.920.000 (36 meses)
Jaime Albornoz	24	13,33	0	37,33	\$ 54.720.000 (24 meses)
Virginia Aravena	2	38,67	0	38,67	\$ 117.612.000 (36 meses)
Marcos Antígüen	2	26,67	10	38,67	\$ 117.360.000 (36 meses)
Virginia Aravena	40	38,67	10	86,67	\$ 89.640.000 (36 meses)

Fuente: Elaboración propia en base a información recopilada en el marco de la denuncia reservada Rol N° 2324-14 FNE.

5. Como consecuencia de ello, con fecha 26 de junio de 2014 la licitación fue adjudicada a doña Virginia Aravena en su oferta con mejor puntuación, mientras que la presentación de don Jaime Albornoz fue declarada inadmisibles por falta de antecedentes.
6. Señala el denunciante que con fecha 11 de julio del mismo año, fueron recepcionadas en oficinas de la Secretaría Regional Ministerial de la misma cartera (en adelante, "SEREMITT") las cartas de don Jorge Domínguez, don Marcos Antígüen y doña Virginia Aravena, mediante las cuales renunciaban a sus ofertas. Esta última se desistió sólo de la que le fue adjudicada, manteniendo la vigencia de la que obtuvo el menor puntaje del proceso licitatorio.
7. Derivado de lo anterior, y de la cláusula 3.8.4. de las bases de la licitación, que establecían que "(e)n el evento que el adjudicatario renuncie a la adjudicación, se

³ Estimación realizada considerando el puntaje obtenido por concepto de subsidio solicitado.

adjudicará la licitación por acto administrativo fundado sin más trámite al oferente que le siga en puntaje al adjudicado" [sic], correspondería dar por vencedora del concurso a doña Virginia Aravena en su única postulación sobreviviente.

8. Con todo, con fecha 09 de septiembre de 2014, amparados en los hechos expuestos y en las mismas bases, el MTT determinó declarar desierta la licitación denunciada por circunstancias extraordinarias que les permitieron estimar que el concurso en cuestión resultaba inconveniente a los intereses de la cartera.
9. Más adelante, con fecha 28 de octubre del mismo año, fueron publicadas las bases de una nueva licitación para la ruta, donde sólo se presentó la señora Virginia Aravena, la que resultó adjudicataria, con fecha 11 de febrero de 2015.

II. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO Y NORMATIVA APLICABLE

10. La Ley N° 20.378, que creó un Subsidio Nacional para el Transporte Público Remunerado de Pasajeros, estableció en su artículo 5 el "Programa de Apoyo al Transporte Regional", que contempla la instauración de un subsidio al transporte en zonas aisladas, cuyo principal objetivo es *"contribuir a que las comunidades que habitan en lugares aislados del país puedan mejorar su integración territorial, económica y social, facilitando su acceso a centros de mayor desarrollo económico y con una mejor oferta de servicios"*⁴⁻⁵.
11. La existencia de este Programa, entonces, encuentra su justificación en la necesidad del Estado de atender la falta de provisión del servicio en sectores geográficamente apartados, que presentan dificultades de acceso para sus habitantes o que, por el bajo flujo de pasajeros de los tramos cuya operación es licitada, no permitirían a un transportista rentabilizar su servicio en forma privada.
12. Considerando lo anterior, este subsidio permite la entrega de aportes en dinero a los operadores formales de locomoción para que efectúen el servicio a una tarifa y una

⁴ MINISTERIO DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES. Bases de Licitación Pública de Otorgamiento de Subsidio a la Prestación del Servicio de Transporte Público Remunerado en Zonas Aisladas, Modalidad Terrestre; Considerando N° 2, p. 1. [en línea]

<http://www.dtp.r.gob.cl/ZAADM/pdf/25032014_1749_143_Bases%202014.pdf> [última consulta: 24 de febrero de 2015]

⁵ Para la implementación de dicho Programa, el MTT puede disponer directamente o a través de un mecanismo de selección qué proyectos de subsidio le corresponderá ejecutar, decisión que involucra un levantamiento en terreno de las necesidades de transporte de las localidades por parte de la SEREMITT, y la posterior determinación del monto a subsidiar y demás factores relevantes para la prestación del servicio, por parte del mismo Ministerio.

frecuencia determinada por las bases de postulación, de manera de condicionar la necesaria prestación del servicio.

13. De acuerdo a información disponible es el sitio web de la DTPR⁶, los subsidios de operación en zonas aisladas incluyen las prestaciones de transporte público terrestre, marítimo, fluvial, aéreo y lacustre, que actualmente comprenden un total de 541 servicios vigentes a lo largo del país, con una importante proporción concentrada en las Regiones de la Araucanía y Los Lagos. Su presupuesto, por su parte, alcanzó en 2014 los MM \$29.000, centralizando los recursos en las zonas de las regiones más australes del país, como se describe en la siguiente tabla:

Tabla 2:
Servicios en ejecución y presupuesto destinado a subsidios de transporte en zonas aisladas durante 2014.

Región	Servicios en ejecución	%	Presupuesto Subsidio Zonas Aisladas 2014 (MM\$)	%
Arica y Parinacota	11	2,0	131	0,4
Tarapacá	14	2,6	302	1,0
Antofagasta	10	1,8	251	0,9
Atacama	8	1,5	130	0,4
Coquímbo	45	8,3	619	2,1
Valparaíso	3	0,6	1.503	5,2
Metropolitana		0,0	8	0,0
Lib. Bernardo O'Higgins	35	6,5	531	1,8
Maule	25	4,6	903	3,1
Biobío	12	2,2	2.689	9,2
Araucanía	133	24,6	2.487	8,5
Los Ríos	54	10,0	2.011	6,9
Los Lagos	105	19,4	9.171	31,5
Aysén	65	12,0	5.579	19,2
Magallanes y la Antártica	21	3,9	2.799	9,6
Total Nacional	541	100	29.114	100

Fuente: Elaboración propia en base a información recopilada en el marco de la denuncia reservada Rol N° 2324-14 FNE.

14. De esta forma, el citado programa es particularmente relevante en la Región de la Araucanía, donde se concentra aproximadamente el 25% de los servicios en operación a nivel nacional, así como el 9% de los recursos destinados a este fin.

⁶ Véase: www.subtrans.gob.cl/apps/subsidios/Licitaciones.

15. En cuanto al mercado relevante, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC") ha señalado que en materia de licitaciones éste se encuentra constituido por el objeto o derecho que se pretende adjudicar a cada una de ellas⁷. En este caso, entonces, el mercado relevante estaría determinado por la licitación materia de la denuncia, ésta es, la CTA 0169 para las rutas (i) Barros Arana – Teodoro Schmidt y (ii) Lollehue Alto – Teodoro Schmidt, ambas localizadas en la IX Región de la Araucanía.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

16. De acuerdo a los antecedentes descritos, corresponde determinar si la presente denuncia da cuenta de hechos, actos o convenciones que pudieran restringir o vulnerar la libre competencia o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3 del Decreto Ley N° 211 (en adelante, "DL 211") y, concretamente, de su literal a), respecto de los partícipes de la licitación CTA 0169 para la obtención del Subsidio para Transporte Público Remunerado en Zonas Aisladas en las rutas ya referidas.
17. Al respecto, el TDLC ha determinado que para encontrarnos frente a un acto colusorio, de los que proscribe la letra a) del artículo 3 del DL 211, resulta necesario que se cumplan los siguientes requisitos: *"(i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado"*⁸.
18. Con el objeto de descartar o confirmar la concurrencia de dichas condiciones en el proceso antes aludido, esta Unidad procedió a realizar diversas diligencias en terreno⁹. A partir de ellas pudo concluirse que si bien no existe una justificación suficientemente robusta por parte de los partícipes de la licitación CTA 0169 que explique la presentación de cartas de renuncia, este antecedente no permite

⁷ Al respecto, ha indicado que el mercado relevante es *"[...] aquél que viene definido por los objetos licitados en cada proceso de licitación, pues sólo con ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto"*. Sentencia N° 112/11 de 22 de junio de 2011, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en causa caratulada "Requerimiento de la FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y otros", en su Considerando Cuadragésimo Sexto.

⁸ *Ibid.*, Considerando Sexagésimo Sexto.

⁹ De dicho modo, el día 12 de enero de 2015 se sostuvo una reunión con los encargados de las licitaciones de la IX Región de la Araucanía en oficinas de la SEREMITT Regional y se tomó declaración a tres de los cuatro operadores de transporte partícipes de la licitación objeto de la denuncia.

acreditar por sí solo que haya existido un acuerdo anti-competitivo entre los oferentes, ni cuál sería el objeto del mismo.

19. Es más, el hecho de que tanto don Marcos Antigüen como doña Virginia Aravena hayan presentado misivas que en su formato resultaron ser similares, puede encontrar explicación en que el primero participó en la licitación con un vehículo propiedad de la segunda, cuestión que por sí sola no es cuestionable desde el punto de vista competitivo.
20. Adicionalmente, pudo constatar que, en ocasiones, se produce un período de vacancia entre la postulación a este tipo de procesos y la adjudicación, situación que aumenta las posibilidades de re-destinación de los vehículos a otras rutas en el tiempo intermedio, lo que podría justificar que ciertos participantes no estén disponibles a la hora de la adjudicación y que, por tanto, terminen por renunciar a sus postulaciones¹⁰. En este caso particular, el tiempo transcurrido entre la publicación y la adjudicación fue de 3 meses y un día.
21. Ahora bien, incluso de responder las cartas de renuncia presentadas por los oferentes al proceso licitatorio CTA 0169 a un acuerdo anticompetitivo, cuestión que –como se indicó– no pudo acreditarse con las diligencias ejecutadas, resulta aconsejable, en este caso particular y excepcional, no instruir un proceso investigativo.
22. Lo anterior, debido a los elevados costos en los que incurriría esta Fiscalía de proseguir con un proceso formal, al igual que el alto costo alternativo, en comparación a las sanciones pecuniarias que este servicio podría obtener y los beneficios que en definitiva implicarían para el bienestar social. Esto, y en concordancia con los principios de eficiencia y de eficacia y buen uso de recursos públicos, no hace aconsejable ejecutar mayores indagaciones respecto al proceso de licitación denunciado.
23. A mayor abundamiento, existen antecedentes en el expediente que revelan que esta eventual conducta coordinada no habría generado las consecuencias supuestamente previstas, dado que el MTT, en uso de sus facultades legales, determinó declarar desierto el proceso licitatorio y convocar seguidamente a otro concurso.

¹⁰ La posibilidad de retirar con tal libertad las ofertas presentadas, es consecuencia de la ausencia de una obligación de garantía de seriedad de la oferta al momento de la postulación. Complementariamente, sería común que los oferentes utilicen sus vehículos en rutas donde se han generado contingencias o en actividades de transporte alternativas, con el objeto de generar ingresos mientras se resuelve la adjudicación.

24. Cabe tener presente que, no obstante en esta segunda licitación sólo se presentó doña Virginia Aravena, no existen antecedentes que revelen que la abstención de otros actores haya respondido a una coordinación específica para dicho proceso.
25. Todo lo indicado precedentemente justificaría que, por el momento, no sea necesaria la realización de nuevas diligencias de investigación. Ello, sin perjuicio de las actividades de fiscalización constantes que la FNE ejecuta en los mercados y de la existencia de mayores antecedentes al respecto que puedan surgir y que ameriten la apertura del correspondiente proceso investigativo.

IV. CONCLUSIONES

26. En relación a los supuestos actos denunciados, dentro del contexto de la licitación CTA 0169, los antecedentes tenidos a la vista y las diligencias realizadas por esta Unidad, no se obtuvo información que fuera conducente a la acreditación de un acuerdo anti-competitivo -en los términos del artículo 3 letra a) del DL 211- entre los participantes del proceso licitatorio y que justifiquen la realización de diligencias investigativas adicionales.
27. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía Nacional Económica de velar permanentemente por la libre competencia en el mercado de transporte terrestre de pasajeros, no obstante lo cual podrán abrirse nuevas investigaciones y/o ejercer futuras acciones en caso de contar con nuevos antecedentes que lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,


MARÍA JOSÉ HENRÍQUEZ
JEFA UNIDAD ANTI-CARTELES


EAV