

ANT.: Denuncia por eventual abuso en Licitación de Terminal de Buses Viña Del Mar. Rol N° 2506-18 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 11 OCT 2018

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

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

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 23 de julio de 2018, ingresó a esta Fiscalía denuncia de don Marcelo Díaz, H. Diputado de la República, solicitando que se analicen los potenciales riesgos a la libre competencia que puede generar la licitación de la Concesión para la explotación del Terminal Rodoviario de la ciudad de Viña del Mar ("el Terminal", "el Terminal de Buses") cuyas bases fueron publicadas por la Ilustre Municipalidad de Viña del Mar ("la Municipalidad") en Mercado Público el 5 de julio de 2018 bajo el número ID 3929-31-LR18 ("la Licitación", "las Bases") y autorizadas por Decreto Alcaldicio N° 5507, de 27 de junio de 2018.
2. En su presentación, el denunciante señala que las condiciones que han sido establecidas en la Licitación concederían al futuro administrador del Terminal ("Administrador", "Concesionario") una posición dominante en el mercado de servicios de terminal de buses para el transporte interurbano de pasajeros en la ciudad de Viña del Mar.
3. Asimismo, indica que habrían ciertos riesgos a observar tales como la posibilidad de un alza indiscriminada de tarifas respecto del arriendo de boleterías y el uso de losa porque el sistema de la evaluación económica de las ofertas, planteado en las Bases, sólo considera el mayor pago que se haga a la Municipalidad. También

- existiría el riesgo de discriminación entre las empresas de buses que utilizan el Terminal como resultado de una posible integración vertical entre el Concesionario y alguna(s) empresa(s) y debido a la falta de mecanismos objetivos para asegurar el acceso a boleterías y losas.
4. A su vez, menciona que la Municipalidad incumpliría con el Decreto Supremo N° 94, de 1985, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”) al no existir una ordenanza local de terminales de locomoción colectiva no urbana de acuerdo a lo exigido por el inciso 2° del artículo 3° transitorio de dicho decreto.
 5. Con fecha 31 de julio de 2018 esta Fiscalía dio inicio a un análisis de admisibilidad de la denuncia presentada, otorgándose el Rol N° 2506-18 FNE. En el curso de dicha revisión, se detectaron en las Bases una serie de riesgos a la libre competencia, los cuales fueron informados a la Municipalidad en reunión de 1 de agosto de 2018.
 6. Como consecuencia de lo anterior, el 23 de agosto de 2018 se difunde a través de Mercado Público el Decreto Alcaldicio N° 7800¹, de la Municipalidad (“Decreto Modificador”) que modifica el Decreto Alcaldicio N° 5507, que autorizó la Licitación, introduciendo cambios en ésta que se explicarán con posterioridad en la presente minuta.
 7. Luego, el 29 de agosto de 2018 se recibió una nueva denuncia del H. Diputado de la República, Marcelo Díaz, quien señala que, sin perjuicio de la dictación del Decreto Modificador, habrían otros riesgos no contemplados por el nuevo decreto que podrían infringir el DL 211. Particularmente, se indica que se mantendrían las condiciones que concederían al futuro concesionario una posición dominante en el mercado de servicios del Terminal de Buses de Viña del Mar. Además, se le entregaría al futuro administrador la facultad de establecer normas de funcionamiento del Terminal, lo que infringiría el Decreto Supremo N° 94 del MTT. Por último, se conservarían los montos a ser pagados a la Municipalidad.
 8. Con fecha 28 de septiembre de 2018 se declaró desierta la Licitación por falta de oferentes.

¹ Decreto de fecha 17 de agosto de 2018.

9. La presente minuta analizará ambas denuncias, haciendo una comparación entre las Bases autorizadas por el Decreto N° 5507 (“Bases Originales”, “Licitación Original”) y sus modificaciones posteriores en virtud del Decreto N° 7800 (“Bases Modificadas”, “Licitación Modificada”).

II. MERCADO RELEVANTE

10. El mercado relevante afectado por la presente licitación es el de prestación de servicios de terminal de buses para el transporte interurbano de pasajeros, en recorridos que comienzan, terminan o realizan paradas intermedias en la ciudad de Viña del Mar.
11. En la ciudad de Viña del Mar, actualmente, existe solo un terminal de buses de transporte interurbano, el cual es de propiedad municipal y es el objeto de la licitación en comento. Este terminal se ubica en el centro de la ciudad y tiene disponibles 16 andenes y 39 boleterías². Asimismo, existirían 12 locales comerciales a los que se les da uso de boletería³.
12. Los servicios ofrecidos por un terminal son un insumo necesario para el desarrollo de la actividad de transporte de pasajeros, tanto por las exigencias normativas del Decreto Supremo N° 212, de 1992, del MTT⁴, que establece la necesidad de tener acceso a un terminal para poder participar en el mercado de transporte de pasajeros, como desde el punto de vista del funcionamiento del mercado de transporte, conforme lo ha establecido el TDLC. En efecto, en su Sentencia N° 134/2014, señala: “[E]ste Tribunal considera que el contar con al menos una oficina en un terminal de cada ciudad donde se realice una parada, de forma de tener presencia en el punto de mayor venta de pasajes en cada ubicación, para así poder captar pasajeros en todos los tramos -puntos inicial, intermedios y final- de un recorrido, resulta un insumo necesario para una empresa de transporte interurbano”⁵⁻⁶.

² Respuesta de Oficio Ordinario N° 1735-FNE, de 9 de agosto de 2018.

³ Ídem.

⁴ El artículo 3° establece como requisito para participar en el mercado de transporte público de pasajeros la inscripción en el Registro Nacional de Servicios de Transporte Público de Pasajeros del MTT, mediante la cual se obtiene el cartón de recorrido, que corresponde a la autorización para operar en la ruta. Luego, el artículo 8° establece como requisitos para dicha inscripción indicar la ubicación del terminal autorizado, acreditar que la empresa está autorizada para utilizar dicho terminal, y la ubicación de las oficinas de venta de pasajes. Finalmente, el artículo 58 establece que, en ciudades de más de 50.000 habitantes, es necesario que existan terminales que cumplan con las disposiciones aplicables.

⁵ TDLC, 30 de enero de 2014, Sentencia N° 134/2014, considerando 50°.

⁶ Informe de Archivo. Investigación de oficio sobre licitación de Terminal de Buses de Talca, Rol N°2481-17 FNE, pág. 6.

13. Como se puede apreciar, el TDLC estima que los terminales son una infraestructura donde se agrupa la oferta y la demanda, y existe un porcentaje importante de venta de pasajes⁷.
14. En el caso de Viña del Mar, al ser el único terminal de la comuna y no tener sustitutos cercanos, éste reúne el 100% del mercado, es decir, todas las empresas que realizan salidas o llegadas deben tener oficina de venta de pasajes dentro de él⁸.
15. Así, debido a que no existen otros terminales en la comuna y a la imposibilidad de sustituir los servicios ofrecidos por el Terminal, esta División considera que el administrador del terminal licitado ostenta de una posición monopólica en el mercado relevante definido en este estudio de admisibilidad⁹. Dicha posición privilegiada lo facultaría para influir en el mercado aguas abajo de transporte interurbano de pasajeros de las rutas que inician, terminan o realizan paradas en Viña del Mar.
16. Así, el correcto diseño de la licitación de este terminal cobra especial relevancia para esta Fiscalía, para asegurar la competencia en el mercado señalado, razón por la cual se decidió realizar un análisis de las condiciones establecidas en las Bases.

III. RIESGOS PARA LA COMPETENCIA IDENTIFICADOS A PARTIR DEL ANÁLISIS DE LAS BASES DE LICITACIÓN

17. Respecto a la Licitación, ésta tiene por objeto otorgar en concesión la administración, operación, y explotación del Terminal de Buses de Viña del Mar por 16 años.
18. Durante el examen de admisibilidad de estas denuncias y luego de un estudio de las Bases, se citó a la Municipalidad¹⁰ a efecto de presentar los riesgos para la competencia que esta División pudo identificar, los que se desarrollarán a

⁷ *Ibíd.*, considerando 49°.

⁸ El TDLC en la mencionada sentencia señala que el Rodoviario de Valparaíso no sería sustituto de este terminal. *Ibíd.*, considerando 78°. Asimismo, de acuerdo a lo indicado por la Municipalidad en reunión de fecha 1 de agosto de 2018, no se contempla la construcción de un nuevo terminal.

⁹ En ambas denuncias, el H. Diputado se refiere a la gravedad por el hecho que la Licitación otorgue una posición de dominio al futuro concesionario. Al respecto, en atención al mercado, el futuro concesionario ostentaría una posición monopólica, situación que la Licitación no podría cambiar, toda vez que, en atención a las circunstancias del mercado, sea la Municipalidad la administradora, sea un particular quien administre, existirá esta posición de privilegio. En ese sentido, es deber de la FNE velar que en estos casos se tomen los resguardos necesarios para que no se presenten abusos por parte del administrador de un insumo esencial -como es el Terminal de Viña del Mar-, mas excede de sus competencias revisar la factibilidad de ampliar la oferta de prestación de servicios de terminal de buses de Viña del Mar.

¹⁰ Reunión de fecha 1 de agosto de 2018.

continuación. Luego, se explicarán las modificaciones realizadas a las Bases por la Municipalidad a través de su Decreto Modificatorio. Finalmente, esta División evaluará los cambios introducidos en el Decreto Modificatorio.

A. Ofertas, pauta de evaluación de la Licitación y posible alza indiscriminada de tarifas.

19. Para la adjudicación de la licitación, las Bases Originales requieren una oferta técnica¹¹ y otra económica. En relación a la oferta económica, la Municipalidad solicitaba: (i) un pago al contado de mínimo 185.000 UF¹²; (ii) un pago por una renta anual que no debía ser inferior a 9.000 UF¹³⁻¹⁴, y; (iii) establecía un valor máximo a cobrar por derecho de losa, con un tope de 0,12 UTM¹⁵.
20. Lo anterior, era evaluado de acuerdo promedio ponderado de los siguientes ítems:
 - a. Oferta económica por renta anual: 45%
 - b. Oferta económica por concepto de pago al contado: 50%
 - c. Experiencia del oferente: 5%
21. En caso de empate, se establecía como mecanismo de desempate el valor más alto ofertado por concepto de pago al contado de la concesión.
22. En relación a la subconcesión de oficinas de venta de pasajes (“boleterías”) y cualquier dependencia comercial, las Bases permitían que el Concesionario tuviese plena libertad de fijar uso y valor de la renta mensual, y no limitaban la posibilidad de establecer cualquier otro cobro.
 - i. Riesgo identificado en Bases Originales
23. Tal cómo se explicó, en un principio, la evaluación económica de la oferta se realizaba según el pago variable ofrecido a la Municipalidad, el cual representaba

¹¹ Respecto a esta oferta no nos referiremos toda vez que no forma parte de los riesgos detectados para la competencia.

¹² Monto equivalente a \$5.026.881.050 al valor de la UF al día de publicación de las Bases Originales (5 de julio de 2018).

¹³ Las bases establecían que esta renta anual no podía ser inferior al 15% de los ingresos netos totales anuales del contrato de concesión. Por tanto, el valor de la renta correspondía al máximo entre las 9.000 UF y el 15% de los ingresos netos totales. Adicionalmente, dicho monto se pagaría a partir del noveno año de concesión hasta el fin de la misma.

¹⁴ Monto equivalente a \$ 244.550.970 al valor de la UF al día de publicación de las Bases Originales.

¹⁵ Monto equivalente a \$ 5.722 al valor de la UTM de julio, mes de publicación de Bases Originales.

un 95% del puntaje final (considerando la suma de la renta anual con el pago al contado inicial requerido).

24. Las Bases Originales no seguían la jurisprudencia asentada del TDLC, que ha advertido que esta forma de evaluar otorga incentivos a las empresas para que realicen ofertas mayores a quien entrega el bien en concesión (en este caso, a la Municipalidad), y luego traspasen el mayor monto pagado a los usuarios finales del bien¹⁶.
25. En efecto, el TDLC ha reiterado que se debe priorizar como criterio económico de adjudicación el menor precio al usuario del bien que se licita, que en este caso serían los precios pagados por las empresas de buses para poder operar en el Terminal (pago por uso de losa y arriendo de boletería); con el objeto de que los valores de dichos servicios sean lo más cercano posible a los que existirían en un escenario competitivo. Ello es necesario en consideración a que una vez adjudicada, no existirá competencia en el mercado de la provisión de servicios de terminal a las empresas de buses, al conferirse un monopolio o una posición de dominio a un agente sobre estos¹⁷. Finalmente, las empresas de buses traspasarían los mayores

¹⁶ "Este Tribunal concuerda, en general, con los riesgos identificados por la FNE a que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores. Efectivamente, un actor que pasará a tener entre el 39% y el 56% de la oferta disponible de estacionamientos en el mercado relevante así determinado, y que participa de una licitación en que la variable de adjudicación no es la menor tarifa a cobrar a los usuarios, podría reducir significativamente las condiciones de competencia afectando los precios o la calidad del servicio. Este riesgo sería mayor en la medida que las posibilidades de entrada al mercado sean menos favorables" y "Por otra parte, y coincidiendo con lo indicado por la FNE a fojas 95, el pago anual o por una sola vez a la Municipalidad no puede ser una variable de adjudicación de la Licitación." TDLC, 22 de abril de 2015, Resolución N° 46/2015 TDLC, en Rol NC N° 425-14, Consulta de ECM Ingeniería S.A. sobre licitaciones para la construcción y operación de estacionamientos en Melipilla, párrafos 117 y 126, respectivamente.

"Octavo: Que así establecido, el criterio de evaluación de los aspectos económicos, esto es, el mayor valor ofertado por encima del mínimo establecido, no tiene sustento en criterios que incentiven una eficiente asignación de los recursos requeridos para ofertar los servicios licitados, sino que se limita a originar o asegurar una renta monopólica en beneficio de la DGAC. Este tipo de diseño de licitación tendría, en principio, dos efectos directos: por un lado, generaría mayores costos de acceso a la facilidad esencial y, por otro, aumentaría el precio de aprovisionamiento a clientes finales (aerolíneas)". TDLC, 27 de junio de 2006, Resolución N° 13/2006, en Rol NC N° 103-05, Consulta de la DGAC sobre bases de licitación de redes hidrantes, considerando 8°.

¹⁷ "Noveno: Que es necesario que las Bases Administrativas expliciten un monto fijo, único y general, y que responda a criterios razonables, a percibir por parte de la DGAC por el derecho que otorga para la explotación de la red hidrante. Que, por otra parte, la oferta económica de los licitantes debe consistir únicamente en la tarifa cobrada a los usuarios intermedios de la red hidrante, esto es, los proveedores encargados de abastecer de combustible a las aeronaves. Por lo tanto, el criterio económico utilizado para la adjudicación de la licitación sólo debe referirse a la tarifa cobrada a los usuarios intermedios de la red hidrante y, en ese sentido, desde el punto de vista de la competencia, es más eficiente asignar un puntaje de 100 a la oferta económica que presente la menor tarifa por dicho servicio.", TDLC, Resolución N° 13/2006, considerando 9°.

"Al respecto, este Tribunal, tal como lo ha señalado en su Informe N° 3, considera que desde el punto de vista de la libre competencia no es indiferente cuál sea el criterio de asignación que se utilice y resulta imprescindible, en cambio, que el factor determinante de la adjudicación sea el menor índice tarifario ofrecido a los usuarios, que es precisamente lo que propone EPCO.

En este contexto, desde el punto de la libre competencia, no es aceptable que EPCO fije el valor mínimo que el oferente podrá proponer en su oferta como tarifa a cobrar por los servicios sujetos a valores máximos (IOMin), el cual deberá ser suprimido." TDLC, 14 de mayo de 2009, Informe N° 4/2009, en Rol NC N° 303-08, Solicitud de informe de empresa portuaria Coquimbo sobre licitación de los sitios 1 y 2 del frente de atraque del puerto

costos por servicios del terminal a los consumidores finales vía incrementos en el precio de los pasajes.

26. En el caso concreto de esta licitación, la manera de evaluar las ofertas incentivaba ofertar un mayor pago a la Municipalidad, lo que a su vez, se incorporaría en la estructura de costos de la concesionaria del Terminal. Dicho costo sería traspasado¹⁸ a las empresas buses a través de las tarifas de los servicios que esta infraestructura ofrece, particularmente respecto del servicio de arriendo de boleterías, ya que las Bases otorgaban al concesionario plena libertad en la determinación del precio de arriendo.
27. Lo anterior, por cierto, no significa que no puedan existir pagos a la Municipalidad derivados del proceso de licitación¹⁹, pero los mismos deben ser fijos y de acuerdo al valor económico del bien licitado, no debiendo ser un criterio de adjudicación sobre el que se base la evaluación de la oferta económica, conforme a lo señalado por el Tribunal²⁰.
28. Por otro lado, las Bases Originales establecían que el oferente debía proponer un valor máximo a cobrar por derecho de losa, con un tope de 0,12 UTM. Sin embargo, éste no se contemplaba en la pauta de evaluación de la oferta económica, por tanto,

de Coquimbo, punto 8.2 (ii) sobre Criterios de Adjudicación, pág. 23. Al respecto, y en la misma línea, véanse también los siguientes informes sobre licitaciones portuarias: Informe 5/2009, Informe 6/2009, Informe 9/2013, Informe 10/2014 e Informe 11/2014.

¹⁸ Una situación similar se observó respecto del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago. Dicha concesión, originalmente, establecía tarifas máximas en el uso de estacionamientos, las que fueron liberadas por el Convenio Complementario N° 2 de fecha 25 de agosto de 2004. Luego de esto se observaron aumentos en las tarifas cobradas, lo que motivó una investigación de la FNE, que se suscribiera un acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario determinando nuevamente un máximo, y que este tarifario fuera revisado en la suscripción de un Acuerdo Extrajudicial entre el concesionario y la FNE. Respecto al alza de precios, en el acuerdo se indica: "1.7. En efecto, las tarifas de los estacionamientos denominados Express han sufrido alzas sucesivas y significativas desde el año 2006 hasta la fecha. De esta forma, las tarifas aumentaron desde \$750 (en julio de 2006) hasta \$2.000 (en diciembre de 2007), valor que se mantiene actualmente.", TDLC, 19 de mayo de 2011, en Rol N° AE-4-2011, Acuerdo Extrajudicial entre la FNE y SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A.

Similar preocupación se observa en los informes portuarios, los que se busca que los oferentes compitan por menor índice tarifario a usuario, y se establece la necesidad de que las tarifas acaten dicho límite y sean objetivas, públicas y no discriminatorias, señalando: "10) El concesionario no podrá cobrar tarifas superiores a las que se obligó en el proceso de licitación, por los servicios definidos como básicos en la condición 1) de este informe, sin perjuicio de las fórmulas de reajuste de tarifas previstas en las bases de licitación y/o en el contrato de concesión;

11) Las tarifas que cobre el concesionario por sus servicios, sean básicos u opcionales, deberán ser objetivas, públicas y no discriminatorias; y, cualquier acuerdo particular entre éste y un determinado usuario, que determine precios o condiciones más favorables que las publicadas, deberá ser incorporado a las tarifas vigentes y públicas TDLC, Informe N° 4/2009, pág. 39. Véanse también los Informes de puertos N° 5/2009, 6/2009, 9/2013, 10/2014 y 11/2014.

¹⁹ Infra párrafos 59 y 60.

²⁰ TDLC, Resolución N° 13/2006, considerando 9°.

no existían incentivos a ofrecer menos que el máximo determinado por la Municipalidad en la Licitación, lo cual también transgredía lo dicho por el TDLC²¹.

ii. Modificación de las Bases

29. En virtud del Decreto Modificatorio, se sustituyeron los criterios de evaluación económica de la oferta económica, considerándose dentro de los factores a evaluar de las propuestas, el valor máximo a cobrar por derecho de losa –que en cualquier caso no puede exceder las 0,11 UTM–, y el valor máximo a cobrar por metro cuadrado de boletería –que no puede superar las 1,9 UF/m²–. Adicionalmente, este decreto estableció como valores fijos los pagos a la Municipalidad, manteniendo los montos originales²² y siendo eliminados de la pauta de evaluación de la Licitación. En cuanto al pago al contado a la Municipalidad, se divide y otorga un plazo para cumplir con la obligación.
30. La nueva pauta de evaluación, quedó establecida de acuerdo al promedio ponderado de lo siguiente:
- a. Oferta valor derecho de losa: 30%, otorgando mayor puntaje a la oferta menor
 - b. Oferta valor arriendo boleterías venta pasajes: 30%, otorgando mayor puntaje a la oferta menor
 - c. Experiencia del oferente: 10%
 - d. Plan de inversiones: 30%
31. En caso de empate, se determina como mecanismo de desempate el valor más bajo ofertado por derecho de losa.

iii. Análisis realizado por la División de esta Fiscalía

32. Con el Decreto Modificatorio se incentiva competir por la menor tarifa a cobrar por arriendo de boleterías y uso de losa. Adicionalmente, las bases de licitación modificadas contemplan un límite máximo a dichos valores que pueden ofertar los interesados en la Licitación.

²¹ Supra párrafo 25.

²² Supra párrafo 19.

33. Al entregar un 60% del puntaje al menor valor de estas tarifas, podría esperarse que las empresas interesadas en la adjudicación ajusten sus costos para poder ofrecer tarifas más bajas. Asimismo, en caso de empate, se dirimirá usando como mecanismo de desempate, el valor más bajo ofertado por derecho de losa.
34. Por otra parte, al excluir los pagos a la Municipalidad de los criterios de evaluación de la Licitación y establecer valores máximos a las tarifas que pueden ofertar los participantes del proceso, se limita la posibilidad de traspasar los costos de pago a la Municipalidad por concepto de adjudicación a las tarifas finales en relación al arriendo de boletería y uso de losa.
35. Sin perjuicio de lo anterior, los pagos fijos al contado al órgano licitante podrían tener efectos en la concurrencia de oferentes a la Licitación y con ello afectar las tarifas de los servicios del terminal a usuarios, cuando este tipo de pagos al contado y/o monto a cobrar por el ente licitante no se condice con el valor económico del activo licitado²³. De ser así y siguiendo lo indicado por el TDLC, se restringiría la competencia²⁴. Aprehensión que fue comunicada a la Municipalidad en reunión sostenida el 1 de agosto de 2018.
36. Respecto de este punto no es necesario pronunciarse ya que la licitación fue declarada desierta con fecha 28 de septiembre de 2018 por falta de oferentes.

B. Bases no toman resguardos de competencia en la operación del terminal

i. Riesgos identificados en las Bases Originales

²³ Asimismo, los valores exigidos por la Municipalidad podrían persistir como limitaciones a la libre competencia si se erigieran como barreras de entrada artificiales a la participación de empresas interesadas que presentaran restricciones de liquidez, debido a la forma en cómo están estructurado los pagos, a saber, el 77% del valor total de la concesión se paga dentro de los primeros 180 días contados desde la celebración del contrato; aprehensión que fue comunicada a la Municipalidad en reunión sostenida el 1 de agosto de 2018.

²⁴ "Tercero: (...) En consonancia con lo anterior, la misma Resolución N° 5 señaló que la existencia de una facilidad esencial para proveer un servicio puede fácilmente convertirse en una barrera a la entrada, especialmente cuando tal facilidad esencial es controlada, directa o indirectamente, por actores que compiten en el respectivo mercado relevante.", "Quinto: Que este Tribunal considera que, si bien la redacción de la cláusula 1.5. antes transcrita pretende evitar que el controlador de la red hidrante discrimine arbitrariamente entre los distintos usuarios de dicha red, ella no es suficiente para asegurar condiciones de acceso abiertas y competitivas; en especial, en aquellas situaciones en las que el controlador de la facilidad esencial sea una empresa que participa en el mercado de abastecimiento de combustible para aviación." Y "Décimo Primero: Que, por otra parte, el adjudicatario de la licitación y controlador de la red hidrante podría también llegar a ser uno de los participantes del mercado de abastecimiento de combustible para aviones. Por ello, las bases de licitación deben contemplar, adicionalmente, las condiciones y los parámetros técnicos mínimos de acceso a la red, de manera tal que la calidad del servicio entregado sea no discriminatoria para todos los participantes del mercado relevante;". Resolución N° 13/2006 TDLC considerandos 3°, 5° y 11°.

37. Las Bases Originales no precavían la posibilidad de una integración vertical entre el futuro administrador del terminal y una empresa activa en el mercado de transporte que operara en dicho terminal, ni los efectos que podían derivarse de aquello²⁵.
38. Así, la Licitación Original no consideraba condiciones mínimas de acceso igualitario a los servicios del Terminal. El control que tendría el concesionario sobre estos servicios le habría permitido discriminar arbitrariamente entre empresas de buses, lo que podía producir resultados tanto explotativos como exclusorios, por ejemplo, a través de mayores cobros a algunas empresas, diferentes criterios en aplicación de multas por incumplimientos o cobros adicionales a las empresas sin justificación alguna.
39. Para evitar lo anterior, es necesario establecer las condiciones mínimas de acceso al uso de los servicios del Terminal, de manera de asegurar que la calidad del servicio sea igual para todos²⁶.

ii. Modificación de las Bases

40. Las Bases Modificadas fijan distintas condiciones que derivan en diversas obligaciones y prohibiciones al futuro concesionario.
41. En primer lugar, se establece como obligación del concesionario el permitir que todas las empresas que operen actualmente, o en el futuro, en el Terminal de buses

²⁵ "Tercero: (...) En consonancia con lo anterior, la misma Resolución N° 5 señaló que la existencia de una facilidad esencial para proveer un servicio puede fácilmente convertirse en una barrera a la entrada, especialmente cuando tal facilidad esencial es controlada, directa o indirectamente, por actores que compiten en el respectivo mercado relevante.", "Quinto: Que este Tribunal considera que, si bien la redacción de la cláusula 1.5. antes transcrita pretende evitar que el controlador de la red hidrante discrimine arbitrariamente entre los distintos usuarios de dicha red, ella no es suficiente para asegurar condiciones de acceso abiertas y competitivas; en especial, en aquellas situaciones en las que el controlador de la facilidad esencial sea una empresa que participa en el mercado de abastecimiento de combustible para avión." Y "Décimo Primero: Que, por otra parte, el adjudicatario de la licitación y controlador de la red hidrante podría también llegar a ser uno de los participantes del mercado de abastecimiento de combustible para aviones. Por ello, las bases de licitación deben contemplar, adicionalmente, las condiciones y los parámetros técnicos mínimos de acceso a la red, de manera tal que la calidad del servicio entregado sea no discriminatoria para todos los participantes del mercado relevante.", Resolución N° 13/2006 TDLC considerandos 3°, 5° y 11°.

Véanse también: Resolución N° 25/2008 TDLC, 27 de marzo de 2008, en Rol NC N° 223-07, TDLC, Consulta sobre participación en futuras concesiones de aeropuertos fiscales, párrafos 5.1 y 5.2.; CPC, Dictamen N° 1004, 25 de abril de 1997, en Rol N° 85-97, Consulta del Coordinador General de Concesiones del MOP sobre participación de aerolíneas en licitaciones de aeropuertos fiscales, párrafo 4.1; CPC, Dictamen N° 1045, 21 de agosto de 1998, en Rol N° 102-98 CPC, por solicitud de las empresas portuarias sobre aplicación de los arts. 14 y 23 de la Ley N° 19.542, que en sus párrafos 3 a 3.8 limita el grado de integración vertical en la industria portuaria.

²⁶ En situaciones en las que se entrega un monopolio o una posición de dominio de un bien esencial, el Tribunal requiere que el mismo se entregue en condiciones de acceso transparentes, objetivas y no discriminatorias, como muestra, por ejemplo, la Sentencia N° 76/2008 del TDLC, de 14 de octubre de 2008, en Rol C N° 100-06, Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE.

lo puedan hacer cumpliendo con la normativa vigente, en particular el acceso al arriendo de boleterías. En caso que no exista disponibilidad de boleterías, el concesionario deberá distribuir los espacios disponibles, autorizando compartir una oficina de ventas de pasajes entre dos o más empresas, a fin de garantizar la operación de las empresas que así lo deseen de acuerdo a lo que establecerá el Reglamento.

42. En segundo lugar, se establecen normas para evitar el acaparamiento de oficinas por parte de una empresa de buses del Terminal o un grupo empresarial.
43. En tercer lugar, el concesionario sólo podría tener acceso al mínimo de información estratégica de las empresas de buses. Así, se establece que el concesionario no podrá solicitar información sensible a las empresas de buses. También, se prohíbe al concesionario la entrega de información sobre aspectos operacionales del Terminal de buses a terceros.
44. En cuarto lugar, se regulan los cobros de gastos comunes, incorporando qué partidas pueden caer dentro de este concepto y que se podrán realizar a las empresas usuarias del Terminal en la proporción que les corresponda en función de la superficie (m²) de los espacios utilizados.
45. Por último, se añade como obligación al concesionario²⁷ presentar, dentro de los 60 días posteriores a la firma del contrato, un Reglamento Interno de Operación del Terminal (“el Reglamento”), el que deberá ser aprobado por la Unidad Técnica Municipal (Departamento de Tránsito y Transporte Público de la Municipalidad).
46. Además, el concesionario deberá presentar una terna de economistas independientes a la Unidad Técnica Municipal para que ésta seleccione uno de ellos, profesional que deberá elaborar un informe de libre competencia respecto al Reglamento, para que con posterioridad sea revisado y eventualmente aprobado por la Municipalidad. Con el visto bueno de la entidad municipal, se remitirá una copia del Reglamento a la FNE.
47. Este reglamento tendrá por objeto establecer las normas de operación del Terminal y relación entre las empresas de buses y el concesionario. En particular el Reglamento deberá garantizar y resguardar las normas de libre competencia.

²⁷ La Licitación Original sólo contemplaba obligaciones mínimas para el concesionario (cumplimiento de la normativa laboral, pago de impuestos, entrega de información, etc.).

48. A su vez, el Reglamento deberá contemplar ciertos temas mínimos a fin de que los aspectos técnicos y críticos de operación del Terminal sean determinados sobre la base de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios²⁸ que fomenten la competencia²⁹. Las materias básicas deberán regular:
- a. La forma en la que el Concesionario deberá asignar las oficinas a las distintas empresas para evitar la discriminación entre ellas;
 - b. El límite máximo de oficinas a ocupar por cada empresa y por grupo empresarial para prevenir acaparamientos;
 - c. El procedimiento a seguir en caso que no hubiere disponibilidad suficiente de oficinas, debiendo establecerse un mecanismo para compartirlas para asegurar el acceso a cualquier competidor que quiera ingresar al mercado;
 - d. La forma en la cual el Concesionario deberá asignar los andenes, tanto para los buses que llegan a dejar pasajeros, como aquellos que inician un recorrido en el Terminal para evitar la discriminación entre empresas;
 - e. El tiempo máximo de permanencia de los buses en los andenes para precaver tratos arbitrarios entre las empresas usuarias del Terminal;
 - f. El procedimiento para regular los horarios de salida y llegada de los buses en caso de que no haya andenes disponibles para aceptar todos los horarios solicitados, para que sean fijados de forma objetiva y sin discriminación, y;
 - g. El mecanismo para solicitar salidas y llegadas extraordinarias, no consideradas en la programación mensual, incluyendo un tiempo mínimo de antelación para que sean admitidas, para evitar discriminaciones arbitrarias entre las empresas de buses.
- iii. Análisis realizado por la División de esta Fiscalía

49. La Licitación Modificada establece la obligación al futuro concesionario de otorgar acceso a las empresas de buses del Terminal en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias. Estas condiciones deben ser públicas, lo que les permite a las empresas controlar y verificar el cumplimiento de las mismas. Los cambios introducidos por la Municipalidad permitirían resguardar la competencia,

²⁸ Cabe señalar que esto ya constaba, en parte, en el Decreto N° 131, de 1991, de la Municipalidad de Viña del Mar que establece la ordenanza municipal relativa al funcionamiento del terminal de locomoción colectiva no urbana de la comuna de Viña del Mar, particularmente en el artículo 10 que señala "En lo referente a las oficinas para la venta de pasajes, en la distribución de andenes y en el cobro de los diferentes derechos, todas las empresas postularán con igualdad de condiciones y gozarán de los mismos beneficios." (énfasis nuestro).

²⁹ La Municipalidad estará facultada para aplicar al concesionario una multa de 100 UF por evento en caso de que no cumpla con lo establecido en el Reglamento.

particularmente cuando el concesionario participa en los servicios de transporte de pasajeros.

50. Por otra parte, también establecen mecanismos concretos que reducen los riesgos exclusorios y explotativos anteriormente expuestos, y se toman resguardos para el caso en que el futuro administrador esté integrado verticalmente con una o más empresas de buses.
51. Lo anterior, se suma a la existencia de facultades de fiscalización de la Municipalidad y de un sistema de resolución de conflictos y recepción de reclamos, los que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de estos principios básicos.
52. En este contexto, esta División considera que las medidas tomadas por la Municipalidad reducen los riesgos identificados en las Bases de Licitación Originales, sin perjuicio de que podrían persistir algunos de ellos. En todo caso, como se indicó³⁰, la licitación ya no está vigente, por lo que no hay justificación para realizar diligencias adicionales.

IV. OTRAS MATERIAS DENUNCIADAS

A. Primera denuncia

53. Como se señaló anteriormente³¹, en su primera denuncia el H. Diputado menciona que la Municipalidad no contaría con una ordenanza que regule los terminales para servicios de locomoción colectiva no urbana.
54. Sin perjuicio de ser competencia de la Secretaría Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones respectiva, se deja constancia que la Municipalidad envió a esta División³² copia simple del Decreto N° 131, de 1991, de la Municipalidad de Viña del Mar que establece la ordenanza municipal relativa al funcionamiento del terminal de locomoción colectiva no urbana de la comuna de Viña del Mar.

B. Segunda denuncia

³⁰ Supra párrafos 8 y 36.

³¹ Supra párrafos 1 a 4.

³² Documento enviado por la Municipalidad vía correo electrónico el 1 de agosto de 2018.

55. El denunciante en su segunda imputación hace también referencia a una serie de supuestas infracciones al Decreto Supremo 94, del MTT³³. Al ser una materia que excede las facultades de esta Fiscalía, sólo se indicará que, en atención a la Licitación Modificada, la Municipalidad no sólo cuenta con facultades ahí expresamente indicadas para fiscalizar y sancionar al futuro concesionario, sino además, cuenta con una ordenanza que regula la materia de conformidad a lo exigido por el referido decreto.
56. Por otro lado, no se puede desconocer que en infraestructuras como un terminal, quien administre debe contar con una normativa de funcionamiento más detallada que lo contemplado en una ordenanza, y aquélla no debiese ser más que una concretización de la política general consagrada tanto en el Decreto Supremo como en la ordenanza municipalidad de Viña del Mar.
57. Si bien estos hechos indicados en el texto de la denuncia, a juicio de esta División, no se enmarcan en su esfera de atribuciones (ya que no se vislumbra una posible infracción al Decreto Ley N° 211), el denunciante podría solicitar un pronunciamiento por parte de la Contraloría General de la República, toda vez que se refieren a supuestas infracciones a un decreto supremo y a la normativa propia de una municipalidad.
58. En relación a los hechos denunciados con fecha 29 de agosto de 2018 y que tienen relación con las Bases Modificadas, cabe señalar que la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (“LOCM”) faculta a las municipalidades a otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título³⁴⁻³⁵, lo cual tiene como contrapartida la generación de ingresos para

³³ Se le entregaría al futuro administrador la facultad de establecer normas de funcionamiento del Terminal, las cuales debieran ser fijadas por una ordenanza en virtud del Decreto Supremo N° 94 del MTT, y no por un particular. Lo anterior, infringiría, a su vez, el artículo 2° III letra C, que mandata a las municipalidades a cumplir y hacer cumplir las normas y reglamentos para implementar la política de terminales no urbanos, además de supervisar la construcción y operación de los terminales que se instalen dentro de su jurisdicción. Por otro lado, no se aseguraría el cumplimiento del artículo 2° IV letras F (“La operación de todos los terminales no urbanos (...) atenderán a las normas generales que dicte el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones y a las específicas contempladas en las Ordenanzas Municipales”) y G (“El uso de terminales no urbanos en terrenos estatales o municipales estará abierto a cualquier servicio no urbano de locomoción colectiva, si su capacidad lo permite), pues implicaría que se favorecerían prácticas anticompetitivas como, por ejemplo, una posible alza indiscriminada de tarifas

³⁴ Artículo 8° inciso 3° LOCM: “[Las municipalidades] (...) podrán otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título.”

³⁵ Esto también ha sido ratificado en reiteradas ocasiones por la Contraloría: “(...) [E]n virtud de lo previsto en los artículos 5°, letra c), 36 y 63, letra f), de la ley N° 18.695, una de las atribuciones esenciales de las entidades edilicias es la de administrar los bienes nacionales de uso público situados en sus comunas, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos corresponda a otros

la municipalidad³⁶. En tal sentido, la LOCM indica que los derechos cobrados por la concesión, pasan a formar parte del patrimonio de la municipalidad³⁷.

59. Conforme al Decreto N° 2.385, de 1996, del Ministerio del Interior, que fija texto refundido y sistematizado del DL N° 3.063, de 1979, sobre rentas municipales (“Ley de Rentas Municipales”, “LRM”), a partir de una concesión se pueden generar ingresos por “las rentas de arrendamiento o concesiones de los bienes muebles e inmuebles de propiedad municipal”³⁸, como también por derechos municipales³⁹.
60. En este cuerpo normativo también se indica que los municipios están facultados para cobrar por servicios, concesiones o permisos, señalando expresamente algunos⁴⁰. En el caso que los derechos correspondientes a servicios, concesiones o permisos cuyas tasas no estén fijadas en la ley o que no se encuentren considerados específicamente en la LRM o sean relativos a nuevos servicios que se creen por las municipalidades, se determinarán mediante sus ordenanzas locales. Procedimiento similar aplica para la modificación o supresión de las tasas en los casos que proceda (por ejemplo, por el uso de losa).
61. En consecuencia, se observa que la Municipalidad está facultada para otorgar en concesión el Terminal, y cuenta con facultades de fiscalización respecto del mismo.

V. CONCLUSIÓN

órganos de la Administración del Estado. Asimismo, el mencionado artículo 36 prescribe, en lo que interesa, que los bienes nacionales de uso público que administra la municipalidad pueden ser objeto de concesiones, las que darán derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije el municipio (...) no se advierte inconveniente jurídico en que esas entidades edilicias entreguen en concesión dichos bienes nacionales de uso público ciñéndose al efecto a lo dispuesto en los artículos 8°, incisos tercero y siguientes, y 36 de la ley N° 18.695, estableciendo como condición que las respectivas obras sean destinadas a los fines propios de su naturaleza.” (énfasis nuestro) DCGR N° 76015/2016. Ver también: DCGR N°s 30056/2009, 52572/2008, 24751/2002 y 12864/95.

³⁶ Al respecto, la Contraloría ha indicado: “(...) [L]a concesión de un establecimiento importa la entrega en administración de una universalidad jurídica, o sea, de un conjunto de bienes muebles e inmuebles que constituyen un todo armónico, distinto de aquéllos que lo conforman y en el cual se desarrolla alguna actividad respecto de la cual la municipalidad tiene competencia. Esta concesión puede considerar el pago de derechos por parte del concesionario, la obtención de beneficios por su administración o alguna otra forma de prestaciones recíprocas o no, según se establezca en las bases administrativas de la licitación o atendida la naturaleza del establecimiento concedido.” (énfasis nuestro) DCGR N° 24751/2002. Ver también: DCGR N°s 67470/2012 y 12864/95.

³⁷ Artículo 13 letra d) LOCM: “El patrimonio de las municipalidades estará constituido por: d) Los derechos que cobren por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen”.

³⁸ Artículo 3° N° 1 de la Ley de Rentas Municipales.

³⁹ Los cuales son definidos en el artículo 40 de la Ley de Rentas Municipales como “las prestaciones que están obligadas a pagar a las municipalidades, las personas naturales o jurídicas de derecho público o de derecho privado, que obtengan de la administración local una concesión o permiso o que reciban un servicio de las mismas, salvo exención contemplada en un texto legal expreso.”.

⁴⁰ Ver artículo 41 de la Ley de Rentas Municipales.

62. En síntesis, en vista de la información recabada durante el curso de la presente investigación, las Bases de Licitación analizadas generaban riesgos a la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de terminal de buses para los recorridos que pasan por la ciudad de Viña del Mar.
63. Ahora bien, la Municipalidad de Viña del Mar, colaboró en el esclarecimiento de las dudas levantadas por esta División durante el curso del estudio de admisibilidad de las denuncias y determinó la modificación de las Bases de Licitación, por medio del Decreto Alcaldicio N° 7800, de 17 de agosto de 2018, de la Municipalidad de Viña del Mar, con el objeto de mitigar los riesgos a la competencia que fueron identificados por esta División.
64. En cualquier caso, al no existir actos actualmente vigentes respecto a la licitación del Terminal de Viña del Mar, no procedería dar inicio a una investigación.
65. Conforme lo expuesto, se recomienda al Sr. Fiscal Nacional Económico archivar las denuncias en comento, salvo su mejor parecer, sin perjuicio del derecho del denunciante de intentar acciones ante el H. Tribunal de la Libre Competencia, o en la sede que estime pertinente.

Saluda atentamente a usted,


GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS


SSM