

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

RESOLUCIÓN N° 63/2021

Santiago, quince de enero de dos mil veintiuno.

PROCEDIMIENTO: No contencioso

ROL: NC N° 457-19

CONSULTANTE: Ilustre Municipalidad de Viña del Mar

OBJETO: Determinar si la propuesta pública, para la contratación de la concesión para la explotación del terminal rodoviario de la ciudad de Viña del Mar, Licitación I.D. Mercado Público N° 3929-21-LR19 que contiene las Bases Administrativas Generales de la propuesta pública, Bases Técnicas y ocho anexos, aprobadas mediante Decreto Alcaldicio N° 5.546 de 23 de mayo de 2019 y la modificación contenida en el Decreto Alcaldicio N° 6.945 de 1 de julio de 2019, dictados por la I. Municipalidad de Viña del Mar, se ajustan al Decreto Ley N° 211 y, en caso de que corresponda, fijar las condiciones que deberán ser cumplidas.

CONTENIDO

I.	PARTE EXPOSITIVA	3
	A. LA CONSULTANTE Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES.....	3
	B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE	4
	C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO ...	7
	D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES	7
	E. AUDIENCIA PÚBLICA.....	20
II.	PARTE CONSIDERATIVA	20

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA. ESTRUCTURA DE LA RESOLUCIÓN.....	20
B. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE	23
C. ANTECEDENTES DEL TERMINAL INTERURBANO DE VIÑA DEL MAR	26
D. MERCADOS RELEVANTES EN LOS QUE INCIDE LA LICITACIÓN OBJETO DE LA CONSULTA	27
<i>D.1. SERVICIOS PRESTADOS POR EL CONCESIONARIO DEL RODOVIARIO PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL TRANSPORTE INTERURBANO DE PASAJEROS DESDE Y HACIA VIÑA DEL MAR (MERCADO RELEVANTE AGUAS ARRIBA Y SUS CONDICIONES DE INGRESO)</i>	28
<i>D.2. SERVICIO DE TRANSPORTE INTERURBANO DE PASAJEROS DESDE Y HACIA VIÑA DEL MAR (MERCADO CONEXO AGUAS ABAJO)</i>	32
E. RESGUARDOS A LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN PARA LA CONCESIÓN DEL TERMINAL INTERURBANO.....	33
<i>E.1. RENTA DE LA CONCESIÓN.....</i>	33
<i>E.2. OFERTA ECONÓMICA</i>	37
<i>E.3. EXPERIENCIA DEL OFERENTE</i>	39
<i>E.4. PLAN DE INVERSIONES.....</i>	40
<i>E.5. OTRAS CLÁUSULAS QUE PUEDEN DESINCENTIVAR LA COMPETENCIA POR EL MERCADO</i>	42
F. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE INTERURBANO DE PASAJEROS DESDE Y HACIA VIÑA DEL MAR	46
<i>F.1. RESGUARDOS EN EL REGLAMENTO INTERNO DE OPERACIÓN DEL TERMINAL INTERURBANO</i>	46
<i>F.2. RESGUARDOS EN LAS NUEVAS BASES DE LICITACIÓN.....</i>	50
G. RESGUARDOS ESTRUCTURALES.....	51
III. PARTE RESOLUTIVA.....	55
A. CONDICIÓN PRIMERA: RENTA DE LA CONCESIÓN.....	56

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

B. CONDICIÓN SEGUNDA: CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	56
C. CONDICIÓN TERCERA: ADMISIBILIDAD DE LAS OFERTAS	56
D. CONDICIÓN CUARTA: REGLAMENTO INTERNO DE OPERACIÓN DEL TERMINAL INTERURBANO	57
E. CONDICIÓN QUINTA: RESGUARDOS CONDUCTUALES EN LAS NUEVAS BASES DE LICITACIÓN	58
F. CONDICIÓN SEXTA: RESGUARDOS ESTRUCTURALES EN LAS NUEVAS BASES DE LICITACIÓN	59

I. PARTE EXPOSITIVA

A. LA CONSULTANTE Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

a. Consultante

- Ilustre Municipalidad de Viña del Mar (“Municipalidad de Viña del Mar”, “Municipalidad” o “Municipio”);

b. Entidades que aportaron antecedentes y formularon observaciones en este expediente

- Organización de Consumidores y Usuarios (“ORCUS”);
- Inversiones San Felipe Limitada (“Inversiones San Felipe”);
- Gloria Ester Mallega Bacho;
- Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”);
- Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (“Ministerio” o “MTT”).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. A fojas 55, el 29 de julio de 2019, la Municipalidad de Viña del Mar solicitó dar inicio a un procedimiento no contencioso a fin de que este Tribunal determine si la propuesta pública para la contratación de la “Concesión para la explotación del Terminal Rodoviario de la Ciudad de Viña del Mar”, Licitación I.D. Mercado Público N° 3929-21-LR19 que contiene las Bases Administrativas Generales de la propuesta pública (“BAG”), Bases Técnicas (“BT”) y ocho anexos, incluidos en el Decreto Alcaldicio N° 5.546 de 23 de mayo de 2019 (“D.A. N° 5.546”) y la modificación comprendida en el Decreto Alcaldicio N° 6.945 de 1 de julio de 2019, ambos dictados por la misma entidad edilicia (“Bases” o “Bases de Licitación”), se ajustan al Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”), solicitando además que este Tribunal fije las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas Bases, a fin de que éstas no infrinjan las normas que regulan la libre competencia en los mercados. Fundamenta su solicitud de conformidad con lo que se indica a continuación.

2. La Municipalidad indica que es dueña de un inmueble ubicado en calle Valparaíso N° 1055, comuna de Viña del Mar, donde se emplaza el Terminal de Buses de dicha ciudad (“Terminal Interurbano” o “Rodoviario”).

3. Señala que dictó el D.A. N° 5.546, que autorizó las Bases para la explotación del Rodoviario, con el objeto de entregar la administración, operación, explotación y las actividades comerciales que comprende dicho Terminal Interurbano. Posteriormente, mediante el Decreto Alcaldicio N° 6.945 de 1 de julio de 2019 se introdujeron modificaciones menores al D.A. N° 5.546.

De acuerdo a lo señalado por la Municipalidad, las Bases contemplan una vigencia del contrato de dieciséis años y las ofertas deben cumplir los siguientes requisitos:

- a. La oferta técnica debe contemplar:
 - i. Gestión de administración de la concesión;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- ii. Estrategia de la concesión, con un plan de explotación y un plan comercial;
- iii. Experiencia del oferente.

b. La oferta económica debe comprender:

- i. Cobro máximo por derecho de losa para el uso del terminal de buses, cuyo valor no podrá ser superior a 0,08 unidades tributarias mensuales (“UTM”);
- ii. Cobro máximo por metro cuadrado de arriendo mensual de oficinas de venta de pasajes (“boleterías”) en unidades de fomento (“UF”), que no podrá ser superior a 2 UF por metro cuadrado.

4. La Municipalidad agrega que las Bases regulan el procedimiento de evaluación de las ofertas por medio de la siguiente pauta:

Oferta valor máximo derecho de losa	30%
Oferta valor máximo de arriendo boleterías	30%
Experiencia del oferente	10%
Plan de inversiones	25%
Antecedentes	5%
- Comportamiento económico y comercial (50%)	
- Comportamiento laboral (50%)	

5. Por otra parte, las Bases consideran el pago de una renta inicial de concesión correspondiente a 127.000 UF, que deben ser pagadas de la siguiente manera: 73.000 UF dentro de 60 días desde la firma del contrato; 54.000 UF dentro de 240 días siguientes a la firma del contrato. Adicionalmente, a partir del noveno año de concesión y hasta el final del contrato, el concesionario deberá pagar una renta fija anual de 9.000 UF.

6. Las Bases también exigen que el adjudicatario elabore un Reglamento Interno de Operación del Terminal (“Reglamento Interno”) que respete los principios de libre competencia, atendida la naturaleza del servicio que se presta en un terminal de buses. Las Bases prescriben que este reglamento debe ser

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aprobado y visado por la Unidad Técnica Municipal (“UT”) previo informe de un economista independiente, designado por la Municipalidad, a partir de una terna presentada por el concesionario. Dicho economista debe tener conocimientos demostrables en libre competencia, sobre jurisprudencia y criterios aplicados tanto por la FNE como por este Tribunal. Una vez que el Reglamento Interno sea aprobado por la Municipalidad de Viña del Mar, debe ser enviado a la FNE, para su conocimiento.

7. Señala el Municipio que el Reglamento Interno debe garantizar y resguardar las normas de libre competencia y no discriminación que deben regir en este tipo de infraestructuras. De esta forma, debe indicar, a lo menos: (i) forma de asignación de oficinas; (ii) límite máximo de oficinas a ocupar por cada empresa y por grupo empresarial; (iii) procedimiento en caso de no existir disponibilidad de oficinas; (iv) forma de asignación de andenes; (v) tiempo máximo de permanencia de los buses en los andenes; (vi) procedimiento para regular los horarios de salida y llegada de los buses, en caso de no existir andenes disponibles para aceptar todos los horarios solicitados; y (vii) mecanismo para solicitar salidas y llegadas extraordinarias no consideradas en la programación mensual.

8. Asimismo, la Consultante señala que todas las medidas o acciones que adopte el concesionario deben propender al establecimiento de condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias de uso del servicio, para lo cual se estableció especialmente que: (i) el concesionario debe dar acceso a todas las empresas de buses que lo soliciten en conformidad con la normativa vigente, sin que se pueda esgrimir falta de oficinas, caso en el cual éstas deben ser compartidas; (ii) se prohíbe adoptar cualquier medida que favorezca a las empresas de mayor tamaño, a las personas naturales o jurídicas relacionadas con el concesionario y/o que le presten servicios al mismo; (iii) el concesionario debe permitir a todas las empresas que operen actualmente o deseen operar en el futuro en el Terminal Interurbano, acceso al arriendo de boleterías y uso de andenes; y (iv) el concesionario no puede arrendar para sí o para terceros más del 25% de los metros cuadrados de oficinas disponibles para la venta de pasajes.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9. Adicionalmente, señala que, en caso de que el concesionario vulnere lo dispuesto en el Reglamento Interno, las Bases contemplan infracciones y multas, que pueden llegar a las 100 UF por evento, así como un procedimiento de aplicación de las ellas, las causales de término de la concesión y la unidad encargada de la interpretación del contrato administrativo, entre otras disposiciones.

10. La Consultante agrega que, con el objeto de velar por el cumplimiento de la normativa de defensa de la libre competencia en futuros procesos de licitación para las distintas concesiones que puede otorgar el Municipio, se podrán implementar en las bases de licitación –presentes o futuras– las directrices o criterios jurisprudenciales que el Tribunal dicte en este procedimiento no contencioso, en la medida que éstos resulten pertinentes.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

11. El 14 de agosto de 2019, a fojas 67, se dió inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L N° 211. En la resolución se ordenó, además, oficiar a la FNE y al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a fin de que éstos, así como otros actores que tuvieran interés legítimo, aportasen antecedentes.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES

12. A fojas 76, aportó antecedentes ORCUS, quien señaló que, revisadas las Bases de Licitación, no observó ninguna restricción en el sentido de prohibir, restringir o regular la participación de empresas operadoras de buses comerciales y sus empresas relacionadas en la administración de la concesión. Atendido ello, considera que existe un riesgo significativo de afectación a la competencia y de una eventual integración vertical –con empresas operadoras de buses– y horizontal, por lo que sería necesario que las Bases restrinjan eventuales

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

integraciones. Agrega que el Rodoviario presta servicios a miles de usuarios y que no existe una alternativa a él en un radio importante de comunas aledañas.

13. A fojas 86, aportó antecedentes Inversiones San Felipe, señalando que, luego de revisar las Bases de Licitación, observó que en ellas se incluye una serie de cláusulas que otorgan discrecionalidad a la autoridad, tanto en el procedimiento de licitación como durante la explotación de la concesión, lo que tendría efectos anticompetitivos.

13.1. Señala que estos efectos se producirían toda vez que, al aumentar la incertidumbre del negocio, se reducen los incentivos a participar en la licitación y, por tanto, se disminuiría la competencia *ex ante*, como ha sido establecido en la Resolución N° 13 del 2006, de este Tribunal (“Resolución 13/2006”).

13.2. Las cláusulas cuestionadas por Inversiones San Felipe son las siguientes:

- a. Cláusula 6.3.2: conforme a la cual, los oferentes deben diseñar diferentes planes, entre los que se encuentra un “plan de inversión” que, de acuerdo lo dispuesto en el punto 9.3 de las Bases de Licitación, debe ser evaluado al momento de la adjudicación de ofertas, con un porcentaje del 25%. Señala que la evaluación de este punto es discrecional y permite que cualquier oferente pueda ofertar un monto de inversión abultado, con precios no reales, a fin de obtener una mejor evaluación para su oferta, y luego, en la etapa de ejecución del proyecto, realizar una inversión menor. Por lo mismo, deben establecerse criterios objetivos, en un monto de dinero o en obras de acuerdo con un proyecto concreto y determinado.
- b. Cláusula 10, letra a): de acuerdo a esta cláusula la Municipalidad se reserva el derecho de adjudicar la concesión al proponente cuya oferta resulte más conveniente para sus intereses y declarar desierta la licitación, lo que, en opinión de Inversiones San Felipe, resultaría

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

absolutamente discrecional, contrario a todas las normas de contratación pública y a la Resolución 13/2006.

- c. Cláusula 14: esta disposición contiene la exigencia de una renta inicial de concesión por los 16 años, de 127.000 UF y, respecto del período posterior al noveno año y hasta el final de contrato, se establece una renta anual de 9.000 UF. Al respecto, expone que, al ser un requisito de admisibilidad, constituye una barrera a la entrada que impide que exista una mayor competencia de ofertas y que generaría un aumento de las tarifas a los usuarios del Terminal Interurbano, lo que a su vez se traspasa al costo de los pasajes que pagan las personas. Por consiguiente, estima que la renta debería exigirse anualizada sobre porcentajes de ingresos recibidos, y no sobre montos fijos, independiente de la explotación de la concesión.

13.3. A fojas 97 se hizo parte y aportó antecedentes Gloria Ester Mallega Bacho, arrendataria de boleterías y andén en la actual concesionaria del Rodoviario (según lo referido a fojas 150), quien señala que las condiciones que han sido establecidas en las Bases de Licitación objeto de esta consulta concederán al futuro administrador del Terminal Interurbano, 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, dado que los servicios ofrecidos por un inmueble de este tipo son un insumo necesario para el desarrollo de la actividad de transporte de pasajeros. Lo anterior, debido a las exigencias normativas del Decreto Supremo N° 212 de 1992 del MTT (“D.S. N° 212”), como desde el punto de vista del funcionamiento del mercado de transporte.

13.4. Asimismo, menciona que no existen sustitutos viables para los servicios ofrecidos por el Rodoviario, puesto que la construcción de un nuevo terminal, de carácter privado, no es comparable económicamente con el acceder a los servicios ofrecidos por el terminal actual.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

13.5. Agrega que la licitación en análisis no cumple con lo establecido en el Decreto Supremo N° 94 de 1984 del MTT (“D.S. N° 94”), que establece que los terminales no urbanos, ubicados en terrenos estatales o municipales, deberán estar abiertos a cualquier servicio no urbano de locomoción colectiva, si su capacidad lo permite; y, que las ordenanzas locales deben dictarse de acuerdo con las orientaciones contenidas en la “ordenanza municipal tipo para terminales de locomoción colectiva no urbana” contemplada en dicho decreto. La aportante menciona que lo anterior no ha ocurrido previo a convocar la licitación en consulta.

13.6. Indica que el “Reglamento Interno de Operación del Terminal” debería elaborarse o conocerse antes de la licitación, de manera que todos los oferentes tengan claras las reglas del juego, al igual que las empresas usuarias del Terminal Interurbano. Además, en los términos en que ha sido planteada la licitación, muchos aspectos relevantes (*V.gr.* asignación de oficinas, asignación y tiempo de espera en andenes, multas, etc.) quedan sometidos al arbitrio del nuevo concesionario, quien ni siquiera tiene que dar cuenta de ellos en su oferta, sino que una vez le sea adjudicada la licitación. Ello, en consecuencia, generaría incertidumbre en el mercado de transportes. Agrega que la dictación posterior de este reglamento interno por parte del concesionario sería riesgosa, especialmente si existiera una integración vertical entre el concesionario y las grandes empresas de buses, de modo que termine excluyendo a otras empresas de transporte, facilitando la concentración del mercado y aumentando en las tarifas de los pasajes.

13.7. Añade que la limitación contenida en las Bases, referida a que el nuevo concesionario y sus empresas relacionadas deban establecer en el reglamento la obligación de no concentrar más del 25% de las boleterías y oficinas del Rodoviario, no asegura, por sí solo, que éste no afecte o perjudique la competencia, por ejemplo, estableciendo sanciones o multas a las empresas de transporte, a su beneficio.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

13.8. Finalmente, solicita que, en razón de los riesgos a la libre competencia que advierte en su presentación, se disponga que las Bases de Licitación consultadas incorporen la obligación de que el reglamento interno sea elaborado previamente por la Municipalidad de Viña del Mar y que se considere como una parte integrante de las Bases de Licitación, con el objeto de que sea igual para todos los usuarios, con independencia de quien sea el concesionario que administre el Terminal Interurbano.

14. A fojas 102 aportó antecedentes la FNE. En primer lugar, describe la industria y hace referencia al D.S. N° 212, en relación con la clasificación de los servicios nacionales de transporte público remunerado de pasajeros, correspondiente a urbanos, rurales e interurbanos. Agrega que, en ciudades con más de 50.000 habitantes, la normativa exige contar con terminales para que las empresas de transportes puedan prestar servicios interurbanos, y que dichos terminales pueden ser públicos o privados.

14.1. En relación con los terminales públicos, la Fiscalía especifica que sólo existen terminales municipales, los que pueden ser administrados por la entidad edilicia o entregados en concesión. Además, el uso de estos terminales públicos debe estar abierto a cualquier empresa de transporte, siempre que su capacidad lo permita. Los terminales privados, en cambio, no están afectos a tal obligación. Señala que los principales servicios prestados por un terminal de transporte interurbano de pasajeros consisten en la provisión de oficinas para venta de pasajes y de un patio de maniobras, respecto de los cuales el terminal puede realizar cobros. El cobro por el uso del patio de maniobras se conoce como “derecho de uso de losa”.

14.2. Agrega que, para que una empresa de transporte de pasajeros pueda inscribirse en el Registro Nacional del Servicio de Transporte de Pasajeros debe acreditar, entre otros, que se encuentra autorizada por la administración del terminal de buses que desea utilizar y que cuenta con una boletería en el mismo. De este modo, los servicios ofrecidos por terminales constituyen insumos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

necesarios para el transporte de pasajeros y cualquier cambio en sus condiciones puede tener un impacto directo en los precios, calidad o disponibilidad de los servicios de transporte, lo que sería confirmado por la Sentencia N° 134/2014 de este Tribunal.

14.3. Luego, la Fiscalía expone que, a raíz de una denuncia recibida, en julio de 2018 dio inicio al análisis de admisibilidad, bajo el Rol FNE N° 2506-18, en el que analizó unas bases de licitación anteriores (N° ID 3929-31-LR18), que otorgaban la concesión para la explotación del Rodoviario por dieciséis años. En el curso de dicha investigación, la Fiscalía detectó varios riesgos, que informó al Municipio, y que consistían en:

- i. La pauta de adjudicación evaluaba el monto de la renta a pagar por el concesionario, otorgando mayor puntaje a mayor pago ofrecido. Este pago representaba un 95% del puntaje total.
- ii. El valor de la renta de boleterías podía ser libremente determinado por el concesionario.
- iii. No se consideraban obligaciones de no discriminación por parte del adjudicatario hacia empresas de transporte interurbano.
- iv. No se contemplaban resguardos para evitar posibles abusos, conductas exclusorias o arbitrarias que afectaren la competencia.

14.4. De acuerdo con lo señalado por la FNE, con posterioridad a ello, la Municipalidad introdujo cambios a las bases de licitación y otorgó un nuevo plazo para la presentación de ofertas. Las modificaciones fueron: (i) establecer como principal factor a evaluar, los valores a cobrar por concepto de derecho de losa y arriendo de boleterías, con un tope máximo de cobro por estos conceptos; (ii) establecer la renta municipal como una suma fija, sin formar parte de la pauta de evaluación; y (iii) fijar obligaciones al concesionario, relacionadas con otorgar acceso de forma igualitaria y no discriminatoria.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

14.5. La Fiscalía indica que una vez realizado dichos cambios recibieron una nueva denuncia en contra de las bases de licitación modificadas, la cual indicó que persistían ciertos riesgos a la competencia. Esta denuncia fue acumulada a la primera, en el expediente Rol FNE N° 2506-18. La Fiscalía señala que, luego de esto, la Municipalidad declaró desierto el proceso licitatorio por falta de oferentes en septiembre de 2018, por lo que archivó la indagación.

14.6. Con respecto a las Bases de Licitación, la FNE describe las pautas de evaluación de las ofertas técnica y económica; la pauta de adjudicación; el mecanismo de desempate; la renta de concesión y garantías exigidas; y, las condiciones básicas bajo las cuales el adjudicatario de la concesión debe operar el Rodoviario, que incluyen (i) otorgar condiciones de acceso no discriminatorias y objetivas a todas las empresas de transporte de pasajeros que operan en el Rodoviario; (ii) establecer un límite de boleterías que puede arrendar a cada empresa o grupo empresarial; (iii) acceder sólo a la información de las empresas que sea absolutamente necesaria para administrar el Rodoviario; (iv) presentar un Reglamento Interno, redactado por un economista independiente, que garantice las normas de competencia; (v) dar acceso a todas las empresas de transporte de pasajeros nuevas que cumplan con la normativa vigente; y (vi) cobrar únicamente los gastos comunes habituales para mantener el adecuado y oportuno funcionamiento.

14.7. Luego, la FNE analiza los mercados en los que inciden las Bases: (i) un mercado aguas arriba, de servicios asociados a la operación del Terminal Interurbano; y (ii) un mercado aguas abajo, de servicios de transporte interurbano de pasajeros.

14.8. En relación con el primero, la FNE señala que el Rodoviario es una infraestructura necesaria para operar en el mercado aguas abajo, toda vez que se trata de instalaciones suministradas por una única firma presente en el mercado aguas arriba; la instalación no es replicable a un costo y plazo razonables; y, el acceso a la instalación es indispensable para competir aguas abajo.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

14.9. Al respecto, indica que en Viña del Mar existe un único terminal de buses de transporte interurbano, que es objeto de la licitación, y que reúne el 100% del mercado. Dicho terminal se ubica en el centro de la ciudad y cuenta con 16 andenes disponibles y 39 boleterías, más 13 ubicadas en espacios destinados a locales comerciales. La FNE sostiene que, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal en la citada Sentencia N° 134/2014 (C. 78), el terminal interurbano de Valparaíso no sería un sustituto cercano, debido a la distancia y el atochamiento en las vías de conexión de dicha ciudad con Viña del Mar.

14.10. La FNE considera muy poco probable que se pueda replicar la instalación a un costo y plazo razonables, atendidos los montos de inversión, la disponibilidad de terreno y el tiempo que tarda la obtención de permisos ambientales, de construcción y de operación.

14.11. En relación con la necesidad de acceso a la instalación, la Fiscalía menciona que las empresas de transporte interurbano requieren de un terminal para poder operar y cumplir con la normativa vigente, de modo que el acceso al Rodoviario es indispensable. Asimismo, sostiene que, quien lo administre, tendría la capacidad de influir significativamente aguas abajo.

14.12. En relación con el mercado aguas abajo, de servicio de transporte interurbano de pasajeros, la FNE indica que el 58% de las empresas de transporte de pasajeros que operan en el Rodoviario realizan sus servicios principalmente hacia la Región Metropolitana y que los destinos ofrecidos están altamente concentrados, participando pocas empresas de transporte por destino, llegando a índices Herfindahl-Hirschman muy superiores a 2.500 puntos. Así, por ejemplo, argumenta que, si se considera el total de salidas, entre el 60 y el 80% de participación de mercado es concentrada por sólo dos empresas, Turbus y Pullman.

14.13. Posteriormente, la Fiscalía analiza aspectos de las Bases de Licitación que podrían afectar la competencia: (i) primero, las Bases debieran considerar la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posibilidad de que el adjudicatario sea un actor verticalmente integrado con una empresa de transporte de pasajeros que opere en el Terminal Interurbano, lo que generaría riesgos de exclusión y coordinación. Luego, (ii) la renta requerida y el establecimiento de un pago por adelantado podrían afectar la concurrencia de oferentes a la licitación. Finalmente, (iii) la FNE observa otros aspectos respecto de los cuales considera que sería deseable el pronunciamiento del Tribunal: (a) la baja especificidad exigida para el plan de inversiones y su alta ponderación en la pauta de evaluación; (b) la posibilidad de demostrar experiencia únicamente en la administración de terminales de buses; y (c) que quien deba preparar el reglamento interno de operación del Rodoviario sea el concesionario adjudicado.

14.14. En relación con el primer riesgo, esto es, de integración vertical, la Fiscalía señala que las Bases no establecerían resguardos suficientes para evitar potenciales riesgos de exclusión y coordinación. Al respecto, menciona que existen ciertas empresas interesadas en la administración del Rodoviario, que estarían relacionadas a empresas activas en el transporte de pasajeros, de modo que podrían estar en una mejor posición para realizar una oferta y adjudicarse la concesión. Lo anterior, ya que podrían ofertar una tarifa más baja por concepto de derecho de uso de losa o arriendo de oficinas y sus ingresos no disminuirían si se considera que se convertirían en menores costos para la empresa de transporte de pasajeros integrada verticalmente.

14.15. Agrega que, en el caso que exista integración vertical entre el concesionario y una o más empresas de transporte de pasajeros que opere en el Rodoviario, el primero tendría el incentivo de excluir a actores aguas abajo, a través de, por ejemplo, negativa de acceso, sabotaje y uso oportunista de la información obtenida a raíz de la administración del Terminal Interurbano. La Fiscalía, si bien estima poco probable una negativa de venta, considera que el sabotaje sí sería posible, ya que es complejo de identificar y fiscalizar (cambios en horarios de salidas programadas, negación de salidas extraordinarias, asignación de andenes menos favorables, etc.). Por otra parte, la obtención de información de competidores

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aguas abajo le otorgaría una ventaja competitiva que no sería remediable, pues se trata de información indispensable para el funcionamiento del Rodoviario.

14.16. A su vez, indica que, si el adjudicatario estuviera verticalmente integrado, aumentarían los riesgos de coordinación, atendida la alta concentración en el mercado aguas abajo. Ello, toda vez que se darían las condiciones para establecer y mantener un cartel, tales como, la fácil supervisión del cumplimiento del acuerdo y de detección de desvíos; ayuda al establecimiento de un mecanismo disuasorio al desvío; e inhibición de actuar agresivamente al competidor que podría desestabilizar el cartel. La Fiscalía considera que, en este caso particular, difícilmente existirían medidas conductuales suficientes para mitigar los riesgos mencionados.

14.17. En concreto, en relación con el riesgo de integración vertical, la FNE considera conveniente incorporar en las Bases resguardos estructurales que permitan minimizar los riesgos de exclusión y coordinación señalados. Para ello, sugiere prohibir la participación en la licitación de aquellas empresas que participan en el mercado aguas abajo, ya sea respecto de cualquier empresa de transporte de pasajeros o para aquellas que operan en el Rodoviario (en este último caso, agrega que la prohibición podría aplicarse únicamente si se alcanza cierto porcentaje de participación).

14.18. Con respecto al segundo riesgo identificado por la Fiscalía, en relación con la renta exigida por la Municipalidad, considera pertinente que este Tribunal se pronuncie acerca de los criterios que debiese utilizar la Municipalidad para definir el valor económico del Rodoviario y, así, poder estimar las rentas que se soliciten en las Bases. Lo anterior ya que, si la renta es fijada de forma discrecional, es posible que la Municipalidad la fije en el valor de las rentas que podría obtener una empresa monopólica no regulada, que debiera luego transferir dicho monto a título de renta. Sugiere como opción de estimación el avalúo fiscal del Rodoviario, considerando la tasa de descuento para proyectos de inversión pública, lo que ascendería a 100.982 UF y cuyos pagos debiesen hacerse anualmente.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

14.19. A su vez, la FNE se pronuncia respecto al pago adelantado exigido en las Bases y señala que, en este caso particular, podría tener efectos sobre la competencia en dos dimensiones: podría limitar la concurrencia si es excesivamente alto; y, podría afectar el resultado de la licitación, pues los potenciales oferentes incrementarían el valor de su propuesta económica para así costear el valor del financiamiento para cubrir el pago adelantado requerido. Debido a lo anterior, la Fiscalía considera que este pago no se justificaría.

14.20. Posteriormente, la FNE analiza otros aspectos de las Bases:

- a. Plan de inversiones: las Bases exigen que (i) se remodelen los baños públicos; (ii) se dé accesibilidad universal al edificio; y (iii) se pinte el interior y/o exterior del Rodoviario. Todo ello, debería ejecutarse dentro de los dos primeros años de la concesión y representa un 25% de la pauta de evaluación. Sin embargo, la ausencia de mayor detalle en las inversiones exigidas, su seguimiento y criterios de evaluación confieren, a juicio de la FNE, un alto grado de discrecionalidad al Municipio.
- b. Acreditación de experiencia en administración de terminales de buses: las Bases establecen que, en caso de contar con experiencia en administración de terminales en los últimos 15 años, se deben presentar documentos que la acrediten, otorgándole una ponderación de 10% en la evaluación de las ofertas. La FNE considera que restringir la experiencia evaluable sólo a la obtenida por la administración de terminales de buses, podría limitar la concurrencia a la licitación en forma injustificada, ya que podría considerarse igualmente experiencia en la administración de aeropuertos, estacionamientos, centros comerciales, entre otros.
- c. Reglamento interno de operación del Rodoviario: las Bases indican los aspectos mínimos que debe incluir el reglamento y que éste debe ser evaluado por un economista independiente, con conocimientos en competencia, que será seleccionado por la Municipalidad. La FNE

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

considera que debiera evaluarse también (a) si resulta deseable elegir un profesional con conocimientos en la industria y en competencia, independiente de su profesión específica; (b) si sería deseable que el informe de evaluación tuviese algún carácter vinculante para el concesionario y definir el rol que cumpliría la aprobación de la Municipalidad en dicho caso; y (c) la pertinencia de los aspectos mínimos que debiese considerar el reglamento. Finalmente, la Fiscalía indica que su participación en el proceso de elaboración del reglamento no sería procedente.

15. A fojas 139 aportó antecedentes el MTT. Al respecto, indica que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6º del D.S. N° 212, los servicios de transporte público remunerado de pasajeros en modalidad buses se clasifican en servicios urbanos, rurales e interurbanos; y que los terminales de servicios de locomoción colectiva no urbanos (o rodoviaros) son aquellos inmuebles destinados al estacionamiento temporal de transporte público remunerado, prestado por buses rurales, interurbanos o internacionales.

15.1. A su vez, al revisar lo establecido por el mismo D.S. N° 212, el MTT menciona que contar con un terminal es un requisito para inscribir servicios rurales e interurbanos en el Registro Nacional de Servicios de Transporte de Pasajeros. Asimismo, la locomoción colectiva rural debe iniciar y finalizar sus servicios desde terminales.

15.2. Por otra parte, en relación con el D.S. N° 94, especifica que éste establece como principios básicos respecto de la locomoción colectiva no urbana: (i) la primacía del bien común sobre el particular; (ii) la compensación del costo social por quienes producen deterioro de la infraestructura vial y del medio ambiente a causa de los terminales, de forma proporcional al grado generado; (iii) la coordinación del MTT con los Ministerios de Obras Públicas (“MOP”) y de Vivienda y Urbanismo (“MINVU”) y con los municipios, para la dictación de normativa; y, (iv) el deber del MTT de velar porque los terminales produzcan el máximo beneficio

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

social. Adicionalmente, hace referencia al artículo 2º IV del D.S. N° 93, que establece ciertos requisitos que deben cumplir los terminales de servicios de locomoción colectiva no urbana.

15.3. Referente a la normativa emanada de otros Ministerios relacionada con terminales, el MTT menciona el (i) Decreto Supremo N° 47 de 1992 del MINVU, que regula la construcción de obras de infraestructura y los instrumentos de planificación, uso de suelo, entre otros; (ii) el Decreto Supremo N° 594 de 1999, del Ministerio de Salud, sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo; y, (iii) el Decreto Supremo N° 40 de 2012, del Ministerio de Medio Ambiente, que regula el sistema de evaluación de impacto ambiental.

15.4. Ahora, con respecto a las Bases, indica que éstas no regulan detalladamente aspectos básicos referidos al funcionamiento del terminal, según consta en el punto 6.3.2 de la oferta técnica y en el Anexo N° 5, lo que se vería reflejado en que se permite que una cantidad sustantiva de las condiciones de funcionamiento sean fijadas por el plan de operaciones que presente el concesionario una vez adjudicada la concesión. El MTT sostiene que esto podría vulnerar lo dispuesto en el artículo 2º III del D.S. N° 94, en lo referido a políticas generales, en el sentido de que las Municipalidades deben cumplir las normas y reglamentos para implementar la política de terminales de locomoción colectiva rodoviarios.

15.5. Agrega que, en relación con las condiciones de las Bases, se observa además que las condiciones de la licitación no aseguran el cumplimiento de lo establecido en el artículo 2º IV, letras F y G, del D.S. N° 94, esto es, que la operación de todos los terminales deben atender a las normas generales que dicte el MTT y a las específicas de las ordenanzas municipales, y que el uso de los terminales interurbanos estará abierto a cualquier servicio no urbano de locomoción colectiva, si su capacidad lo permite. Al respecto, las Bases no señalan cómo determinar la capacidad de dichos recintos, por lo que el MTT estima necesario que se incorpore a las Bases la necesidad de que el concesionario limite

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las autorizaciones en relación a variables como horarios y tiempo de permanencia en andenes, entre otros.

15.6. Finalmente, el MTT alude a que no consta la existencia de la Resolución de Autorización de Funcionamiento, otorgada por la Secretaría Regional Ministerial respectiva, pero hace presente que dicha circunstancia se encuentra en proceso de regularización.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

16. A fojas 171, consta la citación a audiencia pública para el día 26 de agosto de 2020, a las 10:00 horas. La publicación en el Diario Oficial de esta citación se efectuó el 29 de julio de 2020, según consta a fojas 172.

17. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de la Consultante, de la FNE y del MTT.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA. ESTRUCTURA DE LA RESOLUCIÓN

1. El diseño y contenido de bases de licitación elaboradas por organismos públicos para entregar en concesión un bien o servicio, han sido analizados en esta sede en múltiples oportunidades, tanto en el marco de procedimientos contenciosos (por ejemplo, cuando un oferente presenta una demanda infraccional en el caso que el ente licitante no haya consultado previamente las bases), como no contenciosos (cuando el ente licitante o un tercero interesado presentan una consulta, o cuando se debe emitir un informe en virtud de una ley especial, como las licitaciones de concesiones de puertos estatales).

2. De acuerdo con la jurisprudencia asentada de este Tribunal, el examen de bases de licitación tiene por finalidad “*velar porque las condiciones de competencia ex ante aseguren que la ausencia de rivalidad expost se traduzca de todos modos*”

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en las más eficientes condiciones de prestación del servicio en términos de precio, cantidad y calidad ofrecidas” (Sentencia N° 138/2014 C. 14). Así, en la misma sentencia se señala que *“la mantención de mínimas condiciones de rivalidad, en el entendido que ésta última corresponde a lo que la doctrina entiende como el más básico sentido de la competencia para alcanzar ciertos fines socialmente deseables”* (C. 16). Siguiendo la citada jurisprudencia, para asegurar este objetivo, el análisis debe focalizarse fundamentalmente en aquellas cláusulas de bases de licitación que (i) faciliten la colusión de los agentes económicos; (ii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de posición dominante, una vez adjudicada la licitación –competencia en el mercado– ; o, (iii) mediante las condiciones contenidas en dichas bases, se limite injustificadamente la competencia para presentarse al concurso o licitación –competencia por el mercado–.

3. En particular, de acuerdo con lo dispuesto en la resolución de inicio de fojas 67, la consulta de la I. Municipalidad de Viña del Mar (“Consultante”, “Municipio” o “Municipalidad”) tiene por objeto obtener un pronunciamiento sobre la conformidad de la propuesta pública que contiene las bases de licitación para la concesión de la explotación del terminal rodoviario (“Rodoviario” o “Terminal Interurbano”) de la Ciudad de Viña del Mar, con las normas contenidas en el D.L. N° 211 (“Bases de Licitación” o “Bases”), y, en su caso, fijar las condiciones que sean necesarias para asegurar dicha conformidad.

4. Tal como se señaló en la parte expositiva de esta resolución, las Bases de Licitación consultadas tienen por objeto entregar en concesión, por 16 años, la administración, operación, explotación y las actividades comerciales que comprende el Terminal Interurbano, ubicado en calle Valparaíso N° 1055 de Viña del Mar. En la parte expositiva de esta resolución, se describen con mayor detalle (i) los requisitos que deben contener las ofertas técnicas y económicas; (ii) el procedimiento de evaluación y ponderación de las ofertas; (iii) el mecanismo de adjudicación; (iv) las garantías que se deben presentar; (v) las rentas que se deben pagar a la Municipalidad; y (vi), en general, todas las obligaciones que debe asumir

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el concesionario, destacando dentro de aquellas la elaboración de un reglamento interno de operación del Terminal Interurbano (“Reglamento Interno”) que deberá establecer, entre otras materias, la obligación de dar acceso a los servicios del Rodoviario a todas las empresas que lo soliciten, fijando al efecto condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

5. El análisis que se realizará sobre el asunto consultado se centrará en algunas exigencias, requisitos y también omisiones contenidas en las Bases que podrían infringir la normativa de libre competencia en los mercados afectados por la licitación, y que, por ende, ameritan ser modificadas.

6. Para dicho análisis, la metodología que se utiliza para resolver la presente consulta es la siguiente: (i) en el acápite B se indican someramente las principales normas que regulan la concesión de esta clase de obras y el transporte interurbano de pasajeros; (ii) a continuación, en el acápite C, se describen con mayor detalle los antecedentes del Terminal Interurbano que se entregará en concesión y los principales aspectos de la concesión actualmente vigente; (iii) luego, en el acápite D, se identifican y caracterizan los mercados en los que incide la licitación en análisis, tanto aguas arriba como aguas abajo, así como sus condiciones de competencia; (iv) en el acápite E se establecen los resguardos para proteger la competencia en la licitación para la concesión del Terminal Interurbano; (v) en el acápite F se establecen las condiciones que deben cumplirse para resguardar la libre competencia en la provisión de servicios de transporte interurbano de pasajeros desde y hacia la ciudad de Viña del Mar; y, (vi) en el acápite G se analiza la conveniencia de imponer restricciones a la integración vertical del concesionario. Por último, en la parte Resolutiva, se consignarán las conclusiones y medidas necesarias para resolver esta consulta.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

B. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE

7. En este acápite se revisarán someramente las principales normas que regulan la concesión del Rodoviario y el transporte de pasajeros, en particular, el Decreto Supremo N° 212, de 1992, y el Decreto N° 94, de 1984, ambos del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”) (“D.S. N° 212” y “Decreto N° 94”, respectivamente).

8. El D.S. N° 212, que fija el Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros, es aplicable a los servicios de transporte nacionales de pasajeros, colectivos o individuales, públicos o remunerados, que se realicen por vehículos motorizados en calles, caminos y demás vías públicas, rurales o urbanas, caminos vecinales o particulares destinados al uso público de todo el territorio del país.

9. Este Reglamento está dividido en siete títulos: Del Registro Nacional de Servicio de Transportes de Pasajeros (“el Registro”); De los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros; De las Garantías de los Servicios; De la Fiscalización y Control; De las Sanciones y Otros; De las Normas Relativas al Cobro de Garantías y Aplicación de Sanciones; y De la Vigencia del Reglamento. Para efectos de esta resolución, se describirán sucintamente las principales normas contenidas en los dos primeros títulos.

10. El Registro es administrado por el MTT y en él deberán inscribirse todas las modalidades de servicios de transporte público remunerado de pasajeros, así como los vehículos destinados a prestarlos. Dicha inscripción es un requisito para la prestación de servicios de transporte público de pasajeros, cualquiera sea su modalidad.

11. A su vez, el Registro se divide en tres secciones, según la clasificación de los servicios de transporte público de pasajeros, en urbanos, rurales o interurbanos (artículo 19). Los servicios urbanos son aquellos prestados al interior de ciudades o conglomerados de ciudades; los servicios rurales son aquellos que, sin superar

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los 200 km. de recorrido, exceden el radio urbano, y finalmente, los servicios interurbanos de transporte público de pasajeros corresponden a aquellos que superan los 200 km. de recorrido y a los que, sin superarlos, unen la ciudad de Santiago con localidades o ciudades costeras ubicadas en la Región de Valparaíso.

12. También se regulan los requisitos para inscribirse en el Registro, distinguiendo entre los antecedentes del interesado y aquellos relativos a los vehículos, conductores y servicios. Para el registro de los servicios interurbanos de transporte público de pasajeros prestados por buses, se exige lo siguiente: los itinerarios, la ubicación del o de los terminales autorizados, que el interesado se encuentre habilitado para el uso de dicho terminal, la ubicación de las oficinas de ventas de pasajes (“boleterías”) y la tarifa a cobrar por el servicio.

13. En el párrafo 3° “Del transporte colectivo rural e interurbano” del título De los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros, se exige que, en ciudades de más de 50.000 habitantes, la locomoción colectiva interurbana cuente con terminales (art. 58 del D.S. N° 212).

14. Por último, el Decreto N° 94 que Aprueba la Política Nacional de Terminales para Servicios de Locomoción Colectiva No Urbana establece el marco de referencia para las autoridades y da orientación para la actividad privada. En dicha política se observan principios básicos, objetivos y políticas generales, y políticas específicas (artículo 2°).

15. Dentro de los principios básicos, destaca aquel que señala que el bien común prevalece sobre toda aspiración sectorial o individual. También, que las normas generales sobre terminales no urbanos son dictadas por el MTT y, aquellas específicas, por las municipalidades –mediante ordenanzas–, y que ambos deben velar por que los terminales no urbanos produzcan el máximo beneficio social. Por su parte, el objetivo de la política es definir las normas para que la localización y

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

operación de este tipo de terminales permita el uso racional de la infraestructura vial y que se sitúen en las áreas que la autoridad señale y autorice.

16. En la sección de políticas generales se definen las atribuciones y deberes de cada autoridad, a saber, del MTT, de las Secretarías Regionales de Transportes y Telecomunicaciones y de las municipalidades. Además, se indica que las inversiones en estos terminales no urbanos quedan abiertas a la iniciativa privada en las condiciones y forma que determine la autoridad.

17. Finalmente, en la sección de políticas específicas se indica que los terminales de los servicios de locomoción colectiva no urbana deberán estar ubicados fuera de la vía pública, salvo autorización del MTT, en conjunto con la municipalidad respectiva. Añade que la ubicación del terminal debe considerar su accesibilidad, las condiciones de uso de suelo y de edificación, además de otras disposiciones urbanísticas establecidas en la legislación vigente. Asimismo, se indican los elementos mínimos con los que debe contar el terminal. Con respecto al diseño de las obras de construcción de dicha infraestructura, señala que debe ajustarse a la reglamentación vigente y que la construcción de terminales no urbanos debe ser autorizada por la municipalidad respectiva, mientras que el funcionamiento debe ser autorizado por el MTT. Asimismo, señala que la operación de los terminales no urbanos, con independencia de su propiedad, atenderán a las normas generales que dicte dicho MTT y a aquellas específicas contempladas en las ordenanzas municipales. En esta sección, se encuentra también la obligación de acceso abierto en el caso de terminales ubicados en terrenos estatales o municipales, señalando que el uso de terminales no urbanos, ubicados en dichos terrenos, estará abierto a cualquier servicio no urbano de locomoción colectiva, si su capacidad lo permite.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C. ANTECEDENTES DEL TERMINAL INTERURBANO DE VIÑA DEL MAR

18. El Rodoviario se emplaza en la calle Valparaíso N° 1055, tiene 16 andenes disponibles y 39 boleterías –estas últimas ocupan 129 metros cuadrados–, además de otras 13 boleterías ubicadas en espacios destinados a locales comerciales – que conjuntamente abarcan 362 metros cuadrados (fs. 56 y 113). El Terminal Interurbano es el único terminal de pasajeros de Viña del Mar, por lo que reúne la totalidad de llegadas y salidas de buses interurbanos en dicha ciudad. De acuerdo con lo señalado por la Consultante, no es posible ampliar la capacidad del Rodoviario en términos de losa, pero sí de boleterías (fs. 262).

19. El Rodoviario fue edificado en 1998 por Constructora y Comercial Coinco S.A. (“Coinco S.A.”), luego de que ésta se adjudicara la licitación municipal para el diseño, construcción y concesión para la administración y explotación del recinto por un período inicial de 15 años. Según los antecedentes aportados por la Municipalidad (fs. 259), el contrato original contemplaba, entre otras cosas, una inversión por parte de la constructora, que ascendía a la suma de \$1.313.413.439 (que al valor de la UF del 31 de diciembre de 1998 correspondía a 89.437,7 UF); pagos anuales al municipio correspondientes a 2.946 UTM para el primer año de concesión y 5.300 UTM para los años restantes; más la circunstancia de que el Rodoviario pasaría a ser propiedad de la Municipalidad una vez finalizado el plazo de concesión. Sin embargo, con motivo de discrepancias que surgieron entre las partes durante la construcción del Rodoviario, éstas convinieron suscribir, en febrero del año 2001, un contrato de transacción, mediante el cual se dejó constancia que la Municipalidad era dueña de la infraestructura y se entregó a Coinco S.A. el derecho de administración y explotación por 17 años a partir de dicho año, con la posibilidad de renovar el contrato por cinco años adicionales. Además, la concesionaria se obligó a pagar a la Municipalidad (i) la suma mensual de UF 187,3758, más el 10% de los ingresos líquidos mensuales generados en el mes anterior por la explotación de las especies o cuerpos ciertos entregados en usufructo, y (ii) la suma de \$60.000.000 destinados al alhajamiento del segundo piso del Terminal Interurbano (fs. 261).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20. Actualmente, el Rodoviario es administrado por el concesionario Terminal de Buses de Viña del Mar S.A., luego de que éste celebrara un contrato de cesión de derecho real de usufructo en su favor, con su matriz Coinco S.A. Cabe destacar que este concesionario no se encuentra relacionado a ninguna empresa activa en el mercado de transporte interurbano de pasajeros (fs. 260).

21. La actividad de administración del Rodoviario se encuentra regulada por el Decreto Alcaldicio N° 3977 de 10 de abril de 2019 de la Municipalidad de Viña del Mar (“D.A. N° 3977/2019”) que, entre otras obligaciones, establece que el administrador debe *“otorgar igualdad de condiciones a todas las empresas de buses, tanto en el uso de sus instalaciones como en la ubicación de las oficinas de venta de pasajes y andenes”* (artículo 11). Además, en su artículo 18 se dispone que la Municipalidad deberá aprobar un reglamento interno que asegure la igualdad y no discriminación a todas las empresas usuarias del Rodoviario y que dicho reglamento deberá ser puesto en conocimiento de la FNE y dictarse dentro de los 60 días siguientes al inicio de cada concesión.

22. El 31 de marzo de 2020, con posterioridad a la presentación de la consulta, el Municipio dictó el Decreto Alcaldicio N° 3160, mediante el cual dispuso la suspensión de la explotación y funcionamiento del Terminal Interurbano durante abril y mayo del año 2020 y otorgó a Terminal de Buses Viña del Mar S.A. un permiso precario de explotación, desde el 1° de junio de 2020, hasta el 31 de marzo de 2022, por el pago de una renta variable mensual equivalente al 18% de los ingresos netos de explotación del Rodoviario (fs. 262).

**D. MERCADOS RELEVANTES EN LOS QUE INCIDE LA LICITACIÓN
OBJETO DE LA CONSULTA**

23. Para efectos de evaluar, por una parte, si las Bases vulneran la normativa de libre competencia y, por otra, si se deben establecer condiciones que permitan asegurar la competencia en el marco de la licitación y la futura operación del

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Rodoviario, resulta necesario determinar el o los mercados en el que incide la licitación objeto de esta consulta.

24. Según se expondrá en las secciones siguientes, es posible identificar dos mercados afectados por las Bases de Licitación: un mercado aguas arriba, consistente en los servicios prestados por el concesionario del Terminal Interurbano, para el funcionamiento del transporte interurbano de pasajeros desde y hacia Viña del Mar (y que es objeto de la licitación en análisis); y un mercado conexo aguas abajo, que se ve afectado por el mercado relevante definido aguas arriba y que abarca los servicios de transporte interurbano de pasajeros desde y hacia Viña del Mar.

25. En cuanto a la dimensión geográfica del mercado aguas arriba, no se acompañaron antecedentes sobre una eventual sustitución entre los terminales de Viña del Mar y de otras ciudades vecinas, como Valparaíso, por lo que, tal como se anticipó en el párrafo anterior, se considerará que el mercado está conformado exclusivamente por los terminales interurbanos que ofrecen sus servicios en la ciudad de Viña del Mar, donde en la actualidad, únicamente se encuentra el Rodoviario.

26. En ese contexto, en atención a que las Bases objeto de esta consulta inciden directamente en las condiciones de competencia del mercado aguas arriba y a que también podrían tener efectos en la competencia en el mercado conexo aguas abajo, el examen que se realiza a continuación considera la relación e interdependencia entre ambos mercados.

D.1. SERVICIOS PRESTADOS POR EL CONCESIONARIO DEL RODOVIARIO PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL TRANSPORTE INTERURBANO DE PASAJEROS DESDE Y HACIA VIÑA DEL MAR (MERCADO RELEVANTE AGUAS ARRIBA Y SUS CONDICIONES DE INGRESO)

27. Tal como se señaló, el mercado relevante aguas arriba corresponde a los servicios prestados por el Terminal Interurbano de Viña del Mar para el transporte

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

interurbano de pasajeros desde y hacia esa ciudad. Éste no cuenta con sustitutos cercanos de carácter público o privado (ni constan antecedentes en el expediente que permitan concluir lo contrario). Los terminales interurbanos ubicados en comunas aledañas tampoco formarían parte del mismo mercado, lo que es consistente con las consideraciones hechas en la Sentencia N° 134/2014 de este Tribunal. Específicamente, según lo resuelto en dicha sentencia, los terminales de servicios de transporte interurbano de Viña del Mar y de Valparaíso no serían sustitutos desde el punto de vista de la demanda, atendido que (i) la distancia entre ambos es de 8 kilómetros; y (ii) constantemente se generan atochamientos entre ambas ciudades (C. 78). La Fiscalía coincidió con este criterio, mientras que ORCUS señaló que “*no existe una alternativa [al Terminal Interurbano] en un radio importante de comunas aledañas, las que no cuentan con este tipo de terminales*” (fs. 78).

28. Por otra parte, según argumenta la FNE en su aporte de antecedentes, el Rodoviario sería una “*infraestructura necesaria*” para operar en el mercado de transporte de pasajeros desde y hacia Viña del Mar, ya que cumpliría con los requisitos al efecto, esto es: (i) que los servicios de acceso a las instalaciones sean suministrados por una única firma presente en el mercado aguas arriba; (ii) que la instalación no sea replicable a un costo y plazo razonables; y (iii) que el acceso a la instalación sea indispensable para participar en el mercado aguas abajo (fs. 112).

29. El primer requisito ya fue abordado en los párrafos anteriores. Con respecto al segundo requisito mencionado por la FNE, esto es, la posibilidad de replicar la infraestructura del Terminal Interurbano a un costo y plazo razonables, dicho organismo fue el único aportante de antecedentes que proveyó información al efecto, y señaló que replicar el Rodoviario bajo estas condiciones sería poco probable, debido a varios factores. En primer lugar, los montos de inversión serían elevados, cuestión que fue confirmada por los antecedentes recabados de oficio a fojas 261, de acuerdo con los cuales los costos del Rodoviario, construido a fines de la década de 1990, ascendieron a \$3.497.588.355 en esa época, un monto

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

significativamente mayor a lo estimado por Coinco S.A. en su oferta presentada el año 1998. En segundo lugar, la FNE sostuvo que en Viña del Mar hay una baja disponibilidad de terrenos, lo que puede confirmarse en un estudio del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 2015 titulado “Ciudades con Calidad de Vida: Diagnósticos Estratégicos de Ciudades Chilenas. Sistema Urbano Gran Valparaíso” (Disponible en: <http://observatoriodoc.colabora.minvu.cl/Documentos%20compartidos/ESTUDIOS%20OBSERVATORIO/Diagnostico%20CCV%20Gran%20Valpara%C3%ADso.pdf>. Última visita: 6 de enero de 2021). Según este estudio, en dicha ciudad existe una demanda creciente por terrenos para la construcción de viviendas en altura cerca del Rodoviario, lo que podría limitar la disponibilidad de terrenos para la construcción de un nuevo terminal en el sector centro de la ciudad, donde se emplaza el Terminal Interurbano. Asimismo, la construcción de un terminal alejado del centro podría ser viable; sin embargo, dadas las actuales dificultades de conectividad, por el momento no se podría considerar como un sustituto eficaz al Rodoviario debido a los altos niveles de congestión en Viña del Mar, cuestión que dificultaría el acceso entre ambos sectores. Finalmente, la misma Fiscalía menciona que la obtención de permisos ambientales, de construcción y operación (*V.gr.* Decreto N° 94 y D.S. N° 212, analizados en el acápite B) también podría dificultar la construcción de un terminal alternativo al Rodoviario, toda vez que se requiere cumplir con las exigencias del plan regulador y accesibilidad y calificación de suelo, además de contar con la autorización de la Municipalidad y el MTT. Esto último es confirmado por el D.A. N° 3977/2019, según el cual, los terminales deben “*contar con permiso de edificación y recepción otorgados por la Dirección de Obras Municipales y su funcionamiento ser autorizado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*” (artículo 2). El mismo Decreto Alcaldicio exige que los terminales cuenten con una oficina de administración, boleterías, sala de espera, servicios higiénicos, custodia, cafetería y estacionamientos, todos estos separados de una segunda área destinada al embarque y patio de maniobras (losa).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

30. En relación con el último requisito, esto es, que el acceso a la instalación sea indispensable para competir en el mercado aguas abajo, la regulación aplicable a las empresas prestadoras de servicios de transporte interurbano de pasajeros exige contar con un terminal para poder operar. En efecto, para su inscripción en el Registro, los prestadores de servicios de transporte interurbano deben contar con una autorización de acceso al terminal de buses e indicar la ubicación de sus boleterías (artículo 8, D.S. N° 212). Si bien dicha normativa no exige que la boletería se encuentre dentro del terminal, este Tribunal ha considerado que estas boleterías son un requisito para participar en el mercado, ya que *“un porcentaje importante de los boletos que las empresas de transporte interurbano venden, son comprados en los terminales de buses”* (Sentencia N° 134/2014, C. 49). A mayor abundamiento, el administrador actual del Rodoviario señaló que *“se les da preferencia a las empresas que se encuentran solicitando boleterías y no cuentan con una al interior del recinto, dado que es requisito de la SEREMI de Transportes contar con una boletería u oficina en el terminal para poder obtener el cartón de recorrido (...) [que] les permite operar”* (fs. 286).

31. Finalmente, como se señaló en el párrafo 17, el Decreto N° 94 establece que debe existir libre acceso a dichas instalaciones, cuando éstas se ubican en terrenos estatales o municipales, por parte de las distintas empresas que ofrecen el servicio de transporte interurbano de pasajeros, en la medida que exista capacidad disponible.

32. Por todo lo anterior, el Terminal Interurbano presenta las características de una infraestructura necesaria o instalación esencial, lo que se tomará en consideración al momento de fijar los resguardos a la competencia en la provisión de los servicios de administración, operación y explotación que presta el concesionario de dicho recinto, desarrollados en las secciones posteriores.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

D.2. SERVICIO DE TRANSPORTE INTERURBANO DE PASAJEROS DESDE Y HACIA VIÑA DEL MAR (MERCADO CONEXO AGUAS ABAJO)

33. En relación con la definición del mercado relevante aguas abajo, no se acompañaron antecedentes que permitan incluir a otros medios de transporte distintos a buses en la definición del mismo, razón por la cual, y considerando que el Rodoviario presenta las características de una instalación esencial, se definirá el mercado conexo aguas abajo como el de servicios de transporte interurbano de pasajeros que comienzan o terminan en el Rodoviario de Viña del Mar.

34. De acuerdo con la información provista por el actual concesionario del Rodoviario, todas las empresas que comienzan o terminan servicios de transporte (de pasajeros o encomiendas) en tal instalación son: Andesmar, Atacama VIP, Bus Norte, Buses Ahumada, Buses Cata, Buses El Rápido, Buses Fénix, Buses JM, Cejer, Ciktur, Condor Bus, Eme Bus, Eurobus, Intercomunal, Pullman Bus, Pullman Cargo, Romani, Tas Choapa, Transportes Expreso Norte, Transportes Pacífico del Sur, Transportes Ahumada, Transportes Iskra, Tur Bus y Via Choapa.

35. La FNE hizo un análisis de las empresas de transporte de pasajeros que operan en el Rodoviario y señaló que hay pocas participantes por cada destino, lo que redundaría en altos índices de concentración (>2.500), cuestión que se confirma al hacer el análisis considerando el total de salidas del Terminal Interurbano, ya que sólo dos grupos de empresas (Turbus y Pullman), suman –entre ambas– un [60-80%] de participación de mercado para el periodo comprendido entre julio 2017 y agosto 2019 (fs. 114-115 y 249):

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

Cuadro N°1

Participación de empresas de transporte en el total de salidas del Terminal

Empresa de transporte	Participación (salidas)
Turbus	[40-50]%
Pullman	[20-30]%
Buses Romani	[0-10]%
Eme Bus	[0-10]%
Empresas restantes (18)	[10-20]%

Fuente: Aporte de antecedentes de la FNE, fs. 115.

36. La alta concentración del mercado y la participación de las dos principales empresas antes descrita es uno de los factores que este Tribunal tendrá en consideración a efectos de analizar los eventuales resguardos a la competencia que deban tomarse en las nuevas bases de licitación que deberá dictar el Municipio (“Nuevas Bases”).

**E. RESGUARDOS A LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN PARA LA
CONCESIÓN DEL TERMINAL INTERURBANO**

37. A continuación, se analizarán las cláusulas contenidas en las Bases de Licitación que, a juicio de este Tribunal, ameritan ser corregidas a fin de resguardar la competencia dentro del marco de la licitación para la concesión del Rodoviario. Por consiguiente, aquellas cláusulas de las Bases que no son analizadas en este acápite no debieran sufrir modificaciones, desde la perspectiva del derecho de la competencia.

E.1. RENTA DE LA CONCESIÓN

38. De acuerdo con la sección “14. De la Renta de la Concesión”, las Bases exigen el pago de una renta inicial de concesión correspondiente a UF 127.000, la que debe ser pagada a la Municipalidad de la siguiente manera: (i) UF 73.000, dentro de los 60 días corridos siguientes a la firma del contrato; y (ii) UF 54.000, dentro de los 240 días corridos siguientes a la firma del contrato. Adicionalmente, a partir del noveno año de concesión y hasta el término del contrato, el concesionario debe pagar una renta fija anual correspondiente a UF 9.000.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

39. La FNE consideró que la renta anual requerida y el pago por adelantado podrían afectar la concurrencia de oferentes a la licitación, dado su elevado monto (fs. 116). Propuso que el pago sea determinado en función del valor económico del activo que se entrega en concesión y que este Tribunal se pronuncie acerca de los criterios con los que la Municipalidad lo debiera definir, para así estimar las rentas que deberán pagársele (fs. 125).

40. Cabe señalar que la Fiscalía manifestó que, si la renta es determinada en forma discrecional, la Municipalidad podría fijarla en el valor que obtendría una empresa monopólica no regulada, de modo que el concesionario tendría que cobrar, a su vez, rentas monopólicas a las empresas de transporte de pasajeros que requieran el acceso al Terminal, para así poder contar con ingresos suficientes para pagar la renta al Municipio (fs. 125). Además, sostuvo que las tarifas máximas a cobrar por concepto de derecho de uso de losa y arriendo de boleterías (oferta económica) establecidas en las Bases, podrían ser insuficientes para recuperar la renta exigida por la Municipalidad, lo que tendría como eventual efecto que no se presenten oferentes a la licitación o que, quienes lo hagan, sean únicamente agentes verticalmente integrados que consideren las ganancias que podrían generar al cerrar anticompetitivamente el mercado aguas abajo (fs. 126).

41. Para efectos de calcular el valor económico del activo entregado en concesión, la Fiscalía propuso considerar el avalúo fiscal del Terminal Interurbano y contemplar únicamente pagos anuales, aplicando para ello la tasa de descuento para proyectos de inversión pública establecida por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia (“tasa social de descuento”) (fs. 126). Por su parte, Inversiones San Felipe también manifestó que un pago anual por renta de la concesión tan elevado constituye una barrera a la entrada que, por una parte, atenta contra la mayor competencia de ofertas y, por otra, aumenta los costos financieros en forma considerable, lo que llevaría a aumentar las tarifas de los usuarios del Rodoviario. Al respecto, propuso que la renta se exija anualizada, en base a porcentajes de los ingresos percibidos (fs. 88).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

42. Este Tribunal coincide con las aprehensiones detectadas por la FNE y por Inversiones San Felipe, en cuanto a que el valor total establecido en las Bases de Licitación, exigido a título de renta de la concesión (*i.e.* renta o pago inicial y los pagos anualizados a partir del noveno año), es elevado y no tiene justificación. En efecto, si se utiliza la tasa social de descuento –que es la que habitualmente utiliza el Estado para evaluar sus proyectos–, la renta establecida en las Bases alcanza un Valor Anual Equivalente (*i.e.* pagos anuales de igual cantidad durante todo el período de concesión) de UF 15.325, suma que –según información aportada por la Municipalidad (fs. 259)– es aproximadamente el doble de lo obtenido por ésta durante el año 2019.

43. Como ya se explicó, las altas rentas que se pagarían a la Municipalidad, según lo establecido en las Bases, se traducirían en que las ofertas económicas de los participantes se aproximen al monto máximo de los precios permitidos en las Bases con el único fin de poder cubrir dichos pagos, dejando que el resultado de la licitación quede definido en función de variables que no guardan relación alguna con el funcionamiento del transporte interurbano de pasajeros. Ello redundaría en ofertas económicas poco competitivas, en particular con respecto al derecho de uso de losa. En efecto, si las ofertas que se formulen en la licitación equivalen al máximo establecido en las Bases, ello implicaría un alza de 14% sobre el valor que actualmente cobra el concesionario, según lo informado por éste a fs. 285.

44. En cuanto al pago por adelantado, según el análisis de la FNE (fs. 127), éste representa más del 70% del valor presente de la renta total. No se aportaron antecedentes que justifiquen esta exigencia desde el punto de vista de la competencia, por lo que se comparten las conclusiones de la FNE, en el sentido que un pago inicial de esta magnitud generaría daños a la libre competencia en dos dimensiones: (i) disminuiría la cantidad de oferentes, al crear una barrera de entrada financiera injustificada; y, (ii) aumentaría los valores que los oferentes propondrían en la oferta económica.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

45. Por todo lo anterior, este Tribunal ordenará eliminar en las Nuevas Bases dicha exigencia y hacer exigible únicamente el pago de la primera renta anual al inicio de la concesión, el cual no deberá exceder las UF 10.000, atendido los montos aproximados, que el Municipio cobra actualmente.

46. En cuanto a las rentas anuales a pagar por la concesión, si se quisiera cobrar una renta anual fija, se debiera considerar el valor económico de los activos entregados en concesión. Para dichos efectos, el Municipio deberá contratar los servicios de un tasador independiente, quien determinará el valor económico del Rodoviario, lo que le servirá como insumo a la Municipalidad para definir el máximo pago anual fijo que podrá exigir.

47. En consecuencia, la renta anual fija a pagar a la Municipalidad por cada año que dure la concesión se determinará considerando el valor económico del Terminal Interurbano, estimado por el tasador independiente (valor de tasación), multiplicado por la tasa social de descuento anual fijada por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia vigente a la fecha de la publicación de las Nuevas Bases. De esta manera, quedará determinada según la siguiente expresión:

$$\text{Renta anual fija} = \text{Valor de tasación} * \text{tasa social de descuento anual vigente a la fecha de publicación de las Nuevas Bases}$$

48. Alternativamente, el Municipio podrá optar por cobrar un pago variable anual como renta de la concesión, durante los años que ésta se extienda. Dicha renta anual variable no podrá ser superior al 12% de los ingresos brutos, por concepto de derecho de uso de losa y arrendamiento de boleterías, obtenidos por el concesionario durante el año anterior al pago. Según cálculos realizados por este Tribunal, a partir de la información entregada por el actual concesionario y la Municipalidad (fs. 278 y 259, respectivamente), dicho porcentaje permitiría a este último obtener como ingreso anual un monto similar al obtenido durante el 2019.

49. En consecuencia, el Municipio deberá establecer en las Nuevas Bases el cobro de un monto máximo de UF 10.000, a ser pagado al inicio de la concesión,

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

y optar por uno de los siguientes esquemas de pago anual por concepto de renta de la concesión: (i) una renta fija anual, según se describe en el párrafo 47 para cada año que ésta dure; o (ii) una renta anual variable, tal como se especifica en el párrafo 48, por cada año de concesión.

E.2. OFERTA ECONÓMICA

50. De acuerdo con la sección “6.3.3 Oferta económica” de las Bases, los participantes deben hacer una oferta económica consistente en el cobro por derecho de uso de losa y arriendo de boleterías. Dicha sección establece que el cobro máximo por derecho de uso de losa que puede ofertarse es 0,08 U.T.M., mientras que el cobro máximo a ofertar por metro cuadrado de boleterías es de UF 2.

51. Conforme con la sección “9.3 Pauta de evaluación” de las Bases, cada ítem de la oferta económica corresponde a un 30% de la evaluación total, es decir, ambos ponderan un 60% de la oferta final. A su vez, tanto el ítem derecho a uso de losa como el ítem arriendo de oficinas se evalúan de la siguiente manera: con nota 7,0 (puntaje mayor) el valor más bajo ofertado, y las demás ofertas se evalúan de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Puntaje obtenido por oferente "i"} = (\text{Oferta más baja o conveniente} / \text{Oferta del oferente "i"}) * 7.$$

Cabe destacar que el menor precio ofertado por derecho a uso de losa opera como mecanismo de desempate, si fuera el caso.

52. Como se puntualizó, en las Bases se revela un precio máximo a cobrar en ambos ítems, lo cual no parece adecuado dado que se entrega una señal importante al mercado, que debiera ser secreta, y se distorsionan los incentivos a ofertar precios menores.

53. Por otra parte, lo óptimo, desde la perspectiva de protección de la libre competencia en este caso, es que la única variable de adjudicación sea el menor

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

índice tarifario a cobrar a los usuarios del Terminal Interurbano, esto es, el que resulte de la ponderación del derecho de uso de losa y arriendo de boleterías (una vez que el Municipio verifique que los oferentes hayan dado cumplimiento a los requisitos administrativos y técnicos establecidos en las Nuevas Bases). Por tanto, no se debiera otorgar puntaje por otras variables (*V.gr.* oferta técnica y oferta administrativa), las que, en cambio, debieran ser analizadas al momento de evaluar la admisibilidad de las ofertas.

54. Adicionalmente, la ponderación de las variables que componen la oferta económica en las Bases omite el hecho de que el concesionario podría obtener ingresos considerablemente mayores por la explotación del derecho de uso de losa, en contraste con los ingresos que obtendría por arriendo de boleterías. En efecto, utilizando como factores los límites máximos de cobro permitidos en las Bases para cada ítem, los metros cuadrados disponibles para boleterías (párrafo 18) y las salidas para el año 2019 (fs. 285), el derecho de uso de losa representaría entre un 70 y 75% de los ingresos, mientras que el arrendamiento de boleterías representaría entre un 25 y 30% de éstos. Por lo tanto, sería un error ponderar por igual ambos ítems en la oferta económica (50% cada uno de la oferta económica, esto es, 30% cada uno en la oferta final, tal como se propone en las Bases). Lo anterior por cuanto se generan incentivos para que las propuestas por derecho de uso de losa se aproximen a la tarifa máxima permitida (o la igualen) y que, en la práctica, la única variable de competencia sea la correspondiente al arrendamiento de boleterías.

55. Una mejor aproximación de la ponderación de ambos ingresos (derecho de uso de losa y arriendo de boleterías) está dada por la participación de ambos ítems en los ingresos reales obtenidos por el concesionario durante el 2019. Dichos datos muestran que el ingreso por losa representa más del 80% de los ingresos totales del concesionario considerando ambos ítems (fs.285). Por lo anterior, y considerando que desde la perspectiva de la libre competencia se debiera privilegiar el menor precio a cobrar por derecho de uso de losa, ya que esa es la variable que más influye en las condiciones competitivas en el mercado aguas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

abajo y en los ingresos del Terminal, se ordenará al Municipio reasignar las ponderaciones de la licitación. Específicamente, que asigne la licitación a aquel participante que proponga cobrar el menor índice tarifario definido como el promedio ponderado de la oferta económica de ambos servicios, que considere, al menos, un 85% de ponderación para el derecho a uso de losa y, el porcentaje restante, al arriendo de boleterías, según se ilustra en la siguiente fórmula:

$$\text{Índice tarifario} = 0,85 * \text{derecho a uso de losa} + 0,15 * \text{arriendo de boleterías}$$

56. El Municipio deberá, en consecuencia, aclarar en las Nuevas Bases que se trata de una licitación que, para admitir la oferta, considera requisitos técnicos y administrativos y que, para adjudicar, considera el menor índice tarifario, definido previamente.

E.3. EXPERIENCIA DEL OFERENTE

57. La sección “6.3.2 Oferta Técnica” letra C) de las Bases establece que los oferentes que cuenten con experiencia empresarial en administración de terminales, dentro de los últimos 15 años, deben acompañar documentos que permitan comprobarla. Conforme con la sección “9.3 Pauta de evaluación” de las Bases, este ítem corresponde a un 10% de la evaluación total y se pondera de la siguiente manera: con nota 7,0 (puntaje mayor), el oferente que certifique mayores años de experiencia. Además, dicha sección incluye el siguiente cuadro de evaluación:

Cuadro N°2
Puntaje otorgado por las Bases de Licitación según los años de experiencia

Años de concesión (experiencia)	Puntaje
15 años o más	7
10 años a 14 años, 11 meses	6
7 años a 9 años, 11 meses	5
5 años a 6 años, 11 meses	4
3 años a 4 años, 11 meses	3
1 año a 2 años, 11 meses	2
0 años	1

Fuente: Bases de Licitación, fs. 9.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

58. Al respecto, la FNE, en su aporte de antecedentes, señaló que restringir la experiencia únicamente a la administración de terminales de buses podría limitar injustificadamente la concurrencia a la licitación, por lo que sugiere incluir también la administración de otras infraestructuras (aeropuertos, estacionamientos, centros comerciales, etc.) (fs. 129).

59. Este Tribunal comparte las conclusiones mencionadas por la Fiscalía en su aporte de antecedentes, en el sentido de ampliar la experiencia en la administración a otras infraestructuras, ya que al menos en este mercado, no se requiere un *know how* sofisticado. Por lo tanto, las Nuevas Bases deberán considerar a proponentes con experiencia en la administración de terminales, aeropuertos, estacionamientos y centros comerciales, entre otros.

60. Adicionalmente, preciso es subrayar que la OCDE ha entregado lineamientos en materia de experiencia de los oferentes, que se consideran atingentes a la presente consulta; en específico, que se debiera exigir un mínimo de años de experiencia para participar en la licitación pertinente y que la cantidad de años no debiera ser evaluada con un puntaje para adjudicarse una concesión (*V.gr. OCDE, Hearing on the use of tenders and auctions, Working Party No. 2 on Competition and Regulation*, p. 5). En este sentido, el Municipio únicamente podrá definir en las Nuevas Bases un número de años de experiencia mínima, el cual no podrá superar los tres años, y que deberán acreditar todos quienes estén interesados en la licitación.

61. En consecuencia, las ofertas formuladas por quienes no cumplan con los requisitos de los dos párrafos anteriores, esto es, experiencia en administración de determinadas infraestructuras establecidas en las Nuevas Bases y un mínimo de años de experiencia, no podrán ser admitidas.

E.4. PLAN DE INVERSIONES

62. La sección “6.3.2 Oferta Técnica” letra B) de las Bases indica que los oferentes deben diseñar un plan de gestión de administración y estrategia de la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concesión. Dicho plan debe contener, entre otros, un plan de inversiones que incluya una “*descripción del proyecto y las actividades que lo componen, la cuantificación de los recursos (humanos y materiales) por actividad, valorización de cada actividad con su respectiva Carta Gantt e itemizado*”. Según las Bases, el plan debe ejecutarse dentro de los dos primeros años de la concesión y debe considerar, como mínimo, tres aspectos: (i) remodelación de baños públicos; (ii) obras necesarias para dar accesibilidad universal al edificio; y (iii) pintado interior y/o exterior del Rodoviario.

63. Conforme con la sección “9.3 Pauta de evaluación” de las Bases, este ítem corresponde a un 25% de la evaluación y la propuesta que presente el mayor monto a invertir se pondera con nota 7,0 (puntaje máximo). Las demás ofertas se evalúan según la siguiente fórmula:

$$\text{Puntaje obtenido por oferente "i"} = (\text{Oferta del oferente "i"} / \text{Oferta más alta o conveniente}) * 7.$$

64. Las Bases establecen que el concesionario debe acreditar la ejecución del plan de inversiones mediante facturas y documentación contable, dentro de los 30 días posteriores al segundo año de concesión (“15. Acreditación del Plan de Inversión”).

65. En su aporte de antecedentes, la FNE señaló que las Bases de Licitación no contemplan un detalle de las inversiones exigidas; no indican la forma en que se realizará el seguimiento a la ejecución; ni fijan los criterios para evaluar la pertinencia de inversiones adicionales a las mínimas exigidas (fs. 128). Lo anterior otorgaría un alto grado de discrecionalidad a la Municipalidad y podría reducir los incentivos a participar en la licitación (fs. 129).

66. Por su parte, Inversiones San Felipe indicó que este ítem no hace ninguna referencia a un estándar mínimo de obras que se deben implementar en el Rodoviario ni a su calidad. Además, señala que cualquier oferente podría proponer un monto de inversión “abultado”, pero realizar una inversión menor en la etapa de

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

ejecución, si resulta adjudicatario. Por ello, propuso que el plan de inversiones sea objetivo, en un monto de dinero o en obras concretas (fs. 87).

67. Este Tribunal coincide con las aprehensiones de la FNE y de Inversiones San Felipe. Por tanto, se ordenará al Municipio que en las Nuevas Bases determine y especifique las inversiones que deberá realizar el concesionario, con sus respectivas fechas de entrega y estándares de calidad. Asimismo, se le ordenará que elimine esta variable de la evaluación de la oferta. Todo lo anterior permitirá que más oferentes participen en la licitación y evitará que el monto de inversión ofertado sea distinto al monto efectivamente utilizado.

E.5. OTRAS CLÁUSULAS QUE PUEDEN DESINCENTIVAR LA COMPETENCIA POR EL MERCADO

a. Discrecionalidad en la adjudicación

68. Según las Bases, una Comisión Evaluadora –conformada por determinados funcionarios de la Municipalidad– deberá estudiar las condiciones de las ofertas y elaborar una propuesta de adjudicación a la Alcaldesa (“9.1. Comisión Evaluadora”). Luego, las Bases de Licitación establecen que “a) *La Municipalidad se reserva el derecho de adjudicar al proponente, cuya oferta resulte más conveniente para sus intereses y declarar desierta la licitación. b) La adjudicación se llevará a efecto mediante Decreto Alcaldicio, previo acuerdo del Concejo Municipal. En este último evento, si el Consejo Municipal rechaza la contratación propuesta, la señora Alcaldesa podrá proponer contratar al siguiente oferente mejor evaluado o declarar desierta la licitación*” (“10. De la adjudicación de la oferta”).

69. Las Bases no explicitan las razones por las cuales el Concejo Municipal podría rechazar la propuesta de la Comisión Evaluadora ni los motivos por los que la Alcaldesa podría declarar desierta la licitación. Asimismo, la posibilidad de que la Municipalidad adjudique la concesión al proponente cuya oferta resulte más conveniente para sus intereses atenta contra la libre competencia *ex ante*, esto es,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

disminuye los incentivos a participar en el proceso licitatorio, pues tal nivel de discrecionalidad aumenta el riesgo de un comportamiento arbitrario de la Municipalidad. Así lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema al señalar que *“la existencia de la cláusula 8 de las bases de licitación, que permite a la Municipalidad requerida aceptar cualquier oferta que estime conveniente a los intereses municipales, importa un desincentivo para las empresas que deseen participar en el proceso, toda vez que tal facultad aumenta el riesgo de un comportamiento discrecional del municipio; situación que atenta contra la libre competencia, por cuanto la debilita al existir un número menor de participantes en el proceso señalado”* (Excma. Corte Suprema, Sentencia Rol 7796-2009, de 27 mayo 2009, C. 9).

70. En consecuencia, se ordenará al Municipio que en las Nuevas Bases elimine la posibilidad de adjudicar la oferta más conveniente para sus intereses y que establezca claramente bajo qué circunstancias o causales una oferta puede quedar fuera de bases o ser rechazada. Además, deberá quedar establecido en las Nuevas Bases que, si el Municipio estima que las ofertas no resultan convenientes a sus intereses y, por ende, declare desierta la licitación, lo deberá hacer a través de una resolución fundada.

b. Antecedentes por incluir en la oferta, que no son evaluados en las Bases de Licitación

71. En la sección “6.3.2 Oferta Técnica” de las Bases se exige a los oferentes acompañar los siguientes antecedentes para poder participar en la licitación: (i) un organigrama de la planta de personal calificado para la gestión, que incluya las funciones y responsabilidades por cargo, listado de trabajadores y nivel de remuneraciones; (ii) un plan general de explotación, que incluya una carta Gantt y las distintas unidades de negocios que desea explotar, más los ingresos estimados de cada una de ellas; y (iii) un plan comercial, que debe, a su vez, considerar un plan de seguridad, de operaciones, de aseo, de desarrollo de la concesión,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comunicacional y de inversiones. Con excepción del plan de inversiones, ninguno de estos antecedentes es evaluado.

72. Según disponen las Bases, la presentación de estos antecedentes es un requisito para participar en la licitación, que genera como efecto la inadmisibilidad de las ofertas que no lo contengan (“9.1 Comisión Evaluadora”, párrafo final). Sin embargo, atendido lo analizado en el acápite E.5.a., el Concejo Municipal o la Alcaldesa podrían contar con cierto grado de discrecionalidad al momento de evaluar el contenido que propongan los oferentes en estas materias, que, como se analizó anteriormente, disminuye los incentivos a participar en la licitación.

73. A fin de promover la competencia *ex ante*, el Municipio deberá establecer en las Nuevas Bases estándares mínimos asociados a la “estrategia de la concesión” (Anexo N° 5 de las Bases de Licitación), de tal manera que sean exigibles a todos los proponentes como requisito de admisibilidad de sus ofertas.

c. Evaluación del comportamiento económico-comercial y laboral

74. La sección “E. Antecedentes” de las Bases fija la evaluación de dos componentes, el comportamiento económico-comercial y el comportamiento laboral, los que, conjuntamente, suman un 5% de la evaluación total (50% cada ítem). Para estos efectos, dentro de los documentos que deben ser acompañados a la oferta, se debe incluir un informe Equifax o similar, un certificado de antecedentes laborales y previsionales de la Dirección del Trabajo y una declaración jurada de juicios laborales en los últimos dos años (sección “6.3.1. Documentos” de las Bases).

75. El comportamiento económico-comercial se evalúa con nota 7,0 (puntaje máximo) al oferente que presente mejor comportamiento económico en los últimos 12 meses, contados desde la apertura de las ofertas, mientras que los demás oferentes se evalúan según la siguiente fórmula:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

*Puntaje obtenido por oferente "i" = (Oferta del oferente "i"/Oferta más alta o conveniente)*7*

76. Este Tribunal considera que la evaluación económica-comercial, tal como se define en las Bases, podría constituir una restricción innecesaria de la competencia *por la cancha*, toda vez que ya se exigen otros antecedentes que tienen por finalidad asegurar la prestación del servicio, como la obligación de emitir boletas de garantía de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento del contrato. Como complemento de lo anterior, a fin de evitar que la operación del Terminal Interurbano se vea interrumpida, o que no se dé cumplimiento a las obligaciones pactadas por el concesionario, la Municipalidad deberá exigir en las Nuevas Bases la presentación de un informe de evaluación de riesgo (Equifax o similar), que dé cuenta del comportamiento de crédito del oferente, a efectos de que se acredite una calificación mínima, y que quienes cuenten con una calificación inferior, no puedan presentar ofertas o éstas puedan sean declaradas inadmisibles.

77. Con respecto a la evaluación del comportamiento laboral, según las Bases de Licitación, este ítem se evalúa con nota 7,0 (puntaje máximo) al oferente que presente mejor comportamiento laboral. Las Bases no indican cómo se evalúa a los demás oferentes, por lo que se genera un ámbito de discrecionalidad innecesaria, que podría redundar en menores incentivos a participar en la licitación.

78. A juicio de este Tribunal, el comportamiento laboral no debe ser evaluado con una nota específica, sino que deben exigirse estándares mínimos de cumplimiento de la normativa laboral, a modo de condición de admisibilidad de las ofertas (*V.gr.*, prohibir la participación de entidades que registren multas por un determinado monto, o que hayan sido vencidas, por sentencia firme y ejecutoriada, en juicios laborales en los últimos dos años, u otras causales que la Municipalidad considere relevantes y que deben ser especificadas taxativamente en las Nuevas Bases de licitación).

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

**F. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE
SERVICIOS DE TRANSPORTE INTERURBANO DE PASAJEROS DESDE
Y HACIA VIÑA DEL MAR**

79. A continuación, se señalan las condiciones bajo las cuales el concesionario debe prestar los servicios de administración del Terminal Interurbano, en complemento a la obligación de cobrar una tarifa máxima y uniforme por derecho de uso de losa y arriendo de boleterías, que quedará determinada al momento de adjudicar la concesión, según el menor índice tarifario, de acuerdo con lo señalado *supra*, en la sección E.2. Oferta Económica. Ello pretende emular un mercado competitivo aguas abajo, en términos de precio, cantidad y calidad y evitar, en general, comportamientos anticompetitivos por parte del concesionario.

**F.1. RESGUARDOS EN EL REGLAMENTO INTERNO DE OPERACIÓN DEL
TERMINAL INTERURBANO**

80. En lo sucesivo, se analizarán las cláusulas relativas al Reglamento Interno de Operación del Terminal Interurbano, dispuestas en las Bases, a fin de determinar si ameritan ser modificadas.

81. De acuerdo con la sección “20.3 Obligaciones sobre Reglamento Interno” de las Bases, el adjudicatario debe elaborar un Reglamento Interno, dentro de los 60 días posteriores a la firma del contrato pertinente, el que debe ser aprobado por la Unidad Técnica de la Municipalidad (“UT”) y atenerse a las actuales reglas establecidas en una ordenanza municipal. Pese a que las Bases no especifican a qué ordenanza municipal se hace referencia, de los antecedentes recabados en el proceso, es posible desprender que se trata del D.A. N° 3977/2019, que –como se dijo– regula el funcionamiento de los terminales de locomoción colectiva interurbana de pasajeros ubicados en Viña del Mar (fs. 259). En lo que dice relación con la libre competencia, dicho Decreto Alcaldicio únicamente señala que “*la administración del terminal deberá otorgar igualdad de condiciones a todas las empresas de buses, tanto en el uso de sus instalaciones como en la ubicación de las oficinas de venta de pasajes y andenes*” (artículo 11) y que “*con el fin de*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

procurar un mejor uso de los andenes, la administración del terminal podrá fijar tiempos máximos de permanencia en ellos, para todos los buses, sin discriminar entre ellos” (artículo 12).

82. Asimismo, de acuerdo con las Bases, el Reglamento Interno tiene por objeto establecer las normas de operación del Terminal Interurbano y la relación del concesionario con los prestadores de servicios de transporte público, resguardando el libre acceso y la no discriminación. Para estos efectos, las Bases establecen que el concesionario debe proponer a la UT una terna de economistas independientes, con conocimientos de libre competencia, para que ésta seleccione a uno, quien deberá elaborar un informe de libre competencia dirigido a dicha UT. Una vez aprobado el Reglamento Interno, las Bases señalan que el Municipio lo enviará a la FNE para su conocimiento.

83. En particular, las Bases establecen que el Reglamento Interno debe, al menos, contener los siguientes elementos:

- a. La forma en que el concesionario deberá asignar boleterías;
- b. El límite máximo de boleterías a ocupar por cada empresa y grupo empresarial;
- c. El procedimiento a seguir en caso de que no hubiera disponibilidad de boleterías y el mecanismo para compartirlas;
- d. La forma en que el concesionario deberá asignar andenes para las salidas y llegadas;
- e. El tiempo máximo de permanencia de los buses en los andenes;
- f. El procedimiento para regular los horarios de salida y llegada de buses, en caso de no haber andenes disponibles; y,
- g. El mecanismo para solicitar salidas y llegadas extraordinarias.

84. Las Bases, además, establecen que el Reglamento Interno debe incluir ciertos resguardos específicos, orientados a dar acceso a las empresas de transporte interurbano de pasajeros al Rodoviario, bajo condiciones objetivas y no discriminatorias. En particular, el concesionario debe: (i) establecer un mecanismo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para compartir boleterías en caso de falta de capacidad; y (ii) no puede arrendar para sí o terceros, más del 25% de los metros cuadrados disponibles para boleterías –lo que importa un límite de boleterías que puede arrendar cada empresa de transporte de pasajeros o grupo empresarial–. Este Tribunal concuerda con dichos resguardos, sin perjuicio de las restricciones adicionales que se desarrollan en este acápite y el siguiente.

85. En su aporte de antecedentes, la Fiscalía consideró positivo contar con un marco específico para la protección de la libre competencia en la operación del Rodoviario, pero estimó necesario que se analice: (i) si sería deseable, para la elaboración del Reglamento Interno, elegir a un profesional con conocimientos de la industria y de competencia, sin acotarlo a una profesión específica; (ii) si sería deseable que el informe de dicho profesional fuese vinculante para el concesionario y qué rol cumpliría la aprobación de la Municipalidad; y (iii) la pertinencia de los aspectos mínimos del Reglamento Interno. Finalmente, la FNE estimó improcedente su participación en el proceso de elaboración de éste.

86. A juicio de este Tribunal, es positivo que el Terminal Interurbano cuente con directrices que aseguren el libre acceso de todas las empresas que prestan el servicio interurbano de transporte de pasajeros desde y hacia la ciudad de Viña del Mar. Para ello, lo más apropiado sería que el propio Municipio elabore un Reglamento Interno, lo someta a consulta pública en forma previa a su aprobación (*V.gr.*, por medio de su sitio *web*) y lo incluya en las Nuevas Bases. De esta manera, el Reglamento Interno estaría aprobado en forma previa a la adjudicación y sería vinculante para el concesionario.

87. El Reglamento Interno debe ser público y estar a libre disposición de cualquier interesado. Su principal objetivo es establecer criterios generales, orientados a dar acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios del Terminal Interurbano. Para ello, deberá contener, al menos, los elementos descritos a continuación:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a. Reglas de asignación de boleterías y andenes

88. El Reglamento Interno deberá establecer que la asignación de boleterías y andenes se realizará sobre la base de criterios de prioridad técnicos, objetivos y no discriminatorios.

89. Con respecto a las boleterías, se deberá establecer un máximo de metros cuadrados que pueden ser arrendados por un mismo grupo económico y la obligación del concesionario de reestructurar la asignación de boleterías de las empresas de transporte interurbano de pasajeros incumbentes, en caso de no contar con espacio suficiente para arrendar boleterías a un entrante.

90. En relación con la asignación de andenes, el Reglamento Interno deberá exigir al concesionario que incorpore un procedimiento que regule los horarios de salida y llegada de buses (la frecuencia del servicio de transporte), en especial, ante escasez de andenes disponibles o solicitudes de llegadas o salidas extraordinarias.

b. Tiempo de máximo permanencia en los andenes

91. El Reglamento Interno deberá establecer el tiempo máximo de permanencia de los buses en los andenes e incorporar multas que deberá pagar la empresa de transporte interurbano de pasajeros en caso de exceder dicho tiempo.

c. Monto a cobrar por derecho de uso de losa y arriendo de boleterías

92. El Reglamento Interno deberá establecer que el concesionario cobrará las mismas tarifas a todas las empresas de transporte interurbano de pasajeros, tanto por el uso de derecho a losa como por los metros cuadrados arrendados para boleterías. Estas tarifas deberán ser públicas y no superiores a las tarifas ofertadas por cada ítem por quien se adjudique la licitación.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

F.2. RESGUARDOS EN LAS NUEVAS BASES DE LICITACIÓN

93. A continuación, se identifican resguardos adicionales que deberán ser introducidos en las Nuevas Bases:

a. Término y modificación del contrato de concesión

94. Con la finalidad de evitar cambios posteriores en las condiciones bajo las cuales se adjudicará la licitación, que puedan afectar la competitividad del mercado aguas abajo, es preciso que se modifiquen ciertos aspectos de las Bases.

95. De acuerdo con la sección 22 de las Bases, la Municipalidad puede poner término anticipado al contrato, sin forma de juicio y sin derecho a indemnización en los casos taxativos indicados como incumplimiento grave, que incluyen, por ejemplo, la declaración de quiebra del concesionario, el incumplimiento en el pago de remuneraciones y obligaciones previsionales de sus trabajadores, el atraso en el pago de renta inicial de concesión por más de quince días, entre otros. Asimismo, según indican las Bases, se puede poner término al contrato de mutuo acuerdo. Este Tribunal considera apropiado que todas las causales de término del contrato de concesión se encuentren taxativamente señaladas en las Bases.

96. Por otra parte, de acuerdo con la sección 26 de las Bases, se permite que la UT acuerde con el concesionario, por escrito, ajustes y modificaciones en la operación de la concesión, para su buena ejecución. Este Tribunal considera inadecuado lo anterior, pues podría generar problemas de competencia en el mercado aguas abajo. Si la aprehensión de la Municipalidad es la aparición de riesgos imprevistos que constituyan caso fortuito o fuerza mayor, deberá especificar en las Nuevas Bases de licitación qué hechos o circunstancias se considerarán constitutivos de tales riesgos y qué modificaciones al contrato se podrán efectuar en tales casos.

97. Adicionalmente, se ordenará incorporar en las Nuevas Bases, que la modificación de aspectos establecidos en el contrato de concesión que digan

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relación con materias relevantes de la licitación, sólo podrá efectuarse una vez que: (i) hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que se celebre el contrato de concesión, y (ii) este Tribunal las hubiere autorizado en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes del contrato de concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, mediante una resolución de término firme y ejecutoriada. Se considerarán como materias relevantes de la licitación, para estos efectos, las siguientes: (a) modificación de la estructura y monto de las rentas a percibir por parte de la Municipalidad; y (b) modificación de las tarifas a cobrar por derecho de uso de losa y arriendo de boleterías.

b. Deberes de transparencia e información

98. A fin de reducir las asimetrías de información entre agente y principal, las Nuevas Bases deberán determinar la periodicidad con la cual el concesionario deberá entregarle información a la Municipalidad relativa a la capacidad disponible del Terminal Interurbano, nuevas sociedades relacionadas, cambios de control de la sociedad concesionaria, transferencia de acciones o de derechos de los socios o accionistas y, en general, cualquier modificación a la propiedad del titular de la concesión. Además, deberá informar la existencia de investigaciones por parte de la FNE, en caso de que sea afectado.

G. RESGUARDOS ESTRUCTURALES

99. Los riesgos de la integración vertical en industrias que necesitan el acceso a instalaciones esenciales, para que las empresas aguas abajo puedan competir eficazmente al prestar sus servicios, han sido descritos en anteriores decisiones de este Tribunal, fundamentalmente en el sector portuario, como también aeroportuario (V.gr. Dictamen N° 1.004/1997; Dictamen N° 1.014/1997; Resolución 10/2005; y Resolución 25/2008). En específico, en el transporte interurbano de pasajeros, los riesgos para la libre competencia de la integración vertical incluyen la negativa de acceso a la instalación, en este caso, al Rodoviario, discriminación arbitraria de precios entre los usuarios y ejecución de prácticas de sabotaje.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

100. En materia portuaria y aeroportuaria, para mitigar estos riesgos, se han establecidos límites estructurales a este tipo de integración, por cuanto (i) se ha considerado que los resguardos conductuales no son suficientes, toda vez que para fiscalizar adecuadamente el comportamiento del concesionario se requiere contar “*con información detallada que permita detectar las diferencias en la calidad del servicio otorgado a los distintos usuarios, en los diferentes ámbitos en que la discriminación sea posible*” (Informe N° 6/2009, Capítulo 11.2.2. sobre Riesgos para la competencia derivados de la integración vertical); y (ii) a pesar de que podrían existir eventuales eficiencias producto de dicha integración –tales como economías de escala y de ámbito–, éstas deben ser comprobadas y deben contrarrestar los riesgos anticompetitivos asociados a dicha integración.

101. En este caso, aportantes de antecedentes, como ORCUS y la FNE, han planteado que la eventual adjudicación de la concesión a una empresa integrada con otra que participa en el mercado aguas abajo de transporte interurbano de pasajeros genera riesgos unilaterales e incrementa los coordinados (fs. 76-77 y fs. 120, respectivamente).

102. En cuanto a los riesgos unilaterales de cierre anticompetitivo del mercado aguas abajo, como se señaló en la parte expositiva, la FNE arguye que una entidad integrada verticalmente a empresas que participan en el mercado de transporte interurbano de pasajeros desde y hacia Viña del Mar podría presentar ofertas con menores tarifas por concepto de derecho de uso de losa o arriendo de boleterías y, de adjudicarse la concesión, sus utilidades no disminuirían (los menores ingresos aguas arriba se compensarían con los menores costos aguas abajo). Además, según la Fiscalía, un eventual concesionario del Rodoviario, integrado verticalmente, podría incurrir en prácticas unilaterales exclusorias como negativa de acceso, discriminación y, sobre todo, sabotaje. Adicionalmente, de acuerdo con lo sostenido por la FNE, la empresa de transporte de pasajeros, integrada verticalmente con el concesionario del Rodoviario, podría obtener información sensible de sus competidores.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

103. La FNE agrega que la integración vertical entre el concesionario del Terminal Interurbano y las empresas activas en el mercado aguas abajo también aumentaría los riesgos de coordinación en este último mercado, ya que permitiría una mejor supervisión del cumplimiento de un eventual acuerdo colusorio, por lo que desincentivaría el desvío del mismo (*V.gr.* Sentencia 136/2014, C. 37 y 38).

104. Este Tribunal comparte el diagnóstico de los riesgos detectados por la FNE y ORCUS. Si bien, en este caso, una empresa verticalmente integrada no puede discriminar en precios, debido a que éstos quedan definidos en la adjudicación y serán públicos, sí es posible que realice otras prácticas exclusorias. En particular, el concesionario integrado verticalmente podría incurrir en conductas estratégicas a fin de excluir a competidores en el mercado aguas abajo, tales como degradar la calidad o entorpecer el acceso a la losa y a las boleterías (sabotaje) y utilizar la información confidencial obtenida de sus competidores en el mercado de transporte interurbano de pasajeros desde y hacia Viña del Mar.

105. Por otra parte, en relación con los riesgos de coordinación en el mercado aguas abajo, existen diversos precedentes que dan cuenta de una reiteración de infracciones por acuerdos colusorios en la industria de transporte interurbano de pasajeros (*V.gr.* Sentencia 133/2014; Sentencia 134/2014, Sentencia 136/2014), lo que permitiría concluir que los riesgos de coordinación se incrementarían si se adjudica la concesión a un operador integrado verticalmente. Esto se debe a que se facilita la detección de desvíos y la posibilidad de implementar castigos a otros operadores de transporte interurbano que acceden al Rodoviario, favoreciendo la estabilidad de un acuerdo.

106. A juicio de este Tribunal y debido a los riesgos antes expuestos, se debe evaluar si resulta necesario imponer limitaciones a la integración vertical entre el concesionario y empresas de servicio de transporte interurbano de pasajeros desde y hacia Viña del Mar. Para efectos de determinar dichas limitaciones se deben considerar los siguientes elementos: (i) las condiciones de competencia en el mercado relevante en el que incide esta consulta; (ii) la suficiencia de los

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resguardos conductuales que deben incluirse en el Reglamento Interno y en las Nuevas Bases de licitación, de acuerdo con lo indicado en el acápite F, a fin de evitar conductas discriminatorias y prácticas de sabotaje; (iii) la eventual reducción en el número de interesados u oferentes en la licitación; y (iv) las eficiencias propias de la integración vertical en esta industria. Atendido que el elemento (i) fue analizado en el acápite D.1., a continuación, únicamente se analizarán los tres últimos aspectos.

107. En lo concerniente al elemento (ii) antes referido, si bien el Reglamento Interno y las Nuevas Bases contemplarán resguardos conductuales (tales como el establecimiento de reglas de asignación de andenes y boleterías bajo condiciones objetivas y no discriminatorias, y los deberes de información y transparencia por parte del concesionario a la Municipalidad), la capacidad de monitoreo del Municipio respecto del comportamiento de quien resulte concesionario es limitada, debido a las asimetrías de información que surgen entre las partes. En específico, tal como ha resuelto la jurisprudencia en esta sede, según se expone en el párrafo 100, es difícil que el Municipio detecte, oportunamente, diferencias en la calidad del servicio prestado a los distintos actores del mercado aguas abajo, en este caso, a las empresas de transporte interurbano de pasajeros. Por tal motivo, es necesario imponer, en forma adicional, resguardos estructurales, de modo de mitigar los riesgos descritos precedentemente.

108. Con respecto al elemento (iii), este Tribunal considera que establecer resguardos estructurales en las Bases no tendría, necesariamente, el efecto de disminuir considerablemente la competencia *por la cancha* en esta licitación, pues la administración del Terminal Rodoviario no presenta características complejas y las exigencias para participar en la licitación no serán extraordinariamente difíciles de cumplir (como puede ser el caso de la administración de una infraestructura portuaria), una vez que las Bases se ajusten a lo ordenado en esta resolución. En efecto, de acuerdo con los antecedentes disponibles en autos, la administración consiste básicamente en asignar el uso de la losa y distribuir los horarios entre los distintos operadores, y dar en arrendamiento las boleterías, además de actividades

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propias de la administración de cualquier inmueble que recibe público, esto es mantener el aseo y ornato, operar estacionamientos, contratar personal de seguridad, contratar con terceros el uso de espacios publicitarios, entre otros.

109. En relación con el elemento (iv), esto es, la existencia de eficiencias propias de la integración vertical, en el proceso no existen antecedentes suficientes respecto de las sinergias que puedan producirse en este tipo de infraestructuras como consecuencia de dicha integración (*V.gr.*, eliminar la doble marginalización, evitar el *hold-up problem* o incentivar inversiones específicas). Con todo, considerando lo indicado en el párrafo anterior, las eventuales eficiencias de la integración vertical no serían lo suficientemente altas para compensar los riesgos identificados por este Tribunal.

110. En consecuencia, al ponderar en su conjunto dichos elementos con los antecedentes que obran en el proceso, es posible concluir que es necesario incorporar en las Nuevas Bases resguardos estructurales que permitan minimizar los riesgos de exclusión y coordinación señalados, por lo que no podrán participar en la entidad concesionaria todas aquellas empresas que sean relacionadas, directa o indirectamente, a otras que participen actual o potencialmente en el mercado aguas abajo de servicio de transporte interurbano de pasajeros desde y hacia la ciudad de Viña del Mar, según los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores.

III. PARTE RESOLUTIVA

SE RESUELVE:

1. Declarar que el asunto consultado por la Ilustre Municipalidad de Viña del Mar, relativo a la propuesta pública, para la contratación de la concesión para la explotación del terminal rodoviario de la ciudad de Viña del Mar, Licitación I.D. Mercado Público N° 3929-21-LR19, que contiene las Bases Administrativas Generales de la propuesta pública, Bases Técnicas y ocho anexos, aprobadas mediante Decreto Alcaldicio N° 5.546 de 23 de mayo de 2019 y la modificación

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contenida en el Decreto Alcaldicio N° 6.945 de 1 de julio de 2019, no atenta contra la libre competencia, siempre que cumpla con las siguientes condiciones, cuya descripción detallada está contenida en la parte considerativa:

A. Condición primera: Renta de la concesión

2. El Municipio deberá cobrar, como pago por adelantado, al inicio de la concesión, un monto máximo de UF 10.000 y, anualmente, deberá optar en las Nuevas Bases por uno de los siguientes esquemas de pago, por concepto de renta de la concesión, por cada año que ésta dure:

- a. Una renta fija anual, en unidades de fomento, determinada según la expresión:

*Renta anual fija = Valor de tasación * tasa social de descuento anual
vigente a la fecha de la publicación de las Nuevas Bases*

- b. O, una renta anual variable, correspondiente al 12% de los ingresos brutos (por concepto de derecho de uso de losa y arrendamiento de boleterías) obtenidos por el concesionario durante el año anterior.

B. Condición segunda: Criterios de adjudicación

3. Determinar, como única variable de adjudicación la oferta económica, que contemple adjudicar al menor índice tarifario ofertado. Este índice –tal como se detalla en el párrafo 55 de la parte considerativa– debe ponderar, al menos, en un 85% el derecho a uso de losa y, el porcentaje restante, al arriendo de boleterías.

C. Condición tercera: Admisibilidad de las ofertas

4. El Municipio deberá evaluar únicamente las ofertas económicas de aquellos proponentes que cumplan con los criterios de admisibilidad de las ofertas especificados en las Nuevas Bases.

5. La Municipalidad deberá modificar o incorporar los siguientes criterios de admisibilidad de las ofertas, según se especifica a continuación y se detalla en la parte considerativa:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- a. Exigir en las Nuevas Bases –como máximo– tres años de experiencia mínima del oferente en administración de infraestructuras, que incluya, por ejemplo, aeropuertos, estacionamientos y centros comerciales, entre otros.
- b. Establecer en las Nuevas Bases las inversiones a ser realizadas por el concesionario, con sus respectivas fechas de entrega y estándares de calidad.
- c. Establecer en las Nuevas Bases las circunstancias por las cuales una oferta puede ser (i) declarada fuera de bases; (ii) rechazada por algún órgano evaluador o adjudicador (como la Comisión Evaluadora, el Concejo Municipal o la Alcaldesa). (iii) Además, si el Municipio estima que las ofertas no resultan convenientes a sus intereses y, por ende, declara desierta la licitación, debe hacerlo por medio de una resolución fundada.
- d. Establecer en las Nuevas Bases estándares mínimos asociados a la “estrategia de la concesión”, que deberán ser exigidos a todos los proponentes.
- e. No evaluar en las Nuevas Bases el comportamiento económico-comercial y el comportamiento laboral, sino que requerir como criterios de admisibilidad de las ofertas: (i) una calificación mínima contenida en un informe de evaluación de riesgo (Equifax o similar); y (ii) estándares mínimos de cumplimiento de la normativa laboral, tal como se detalla en los párrafos 77 y 78.

D. Condición cuarta: Reglamento Interno de operación del terminal interurbano

6. La Municipalidad deberá elaborar un Reglamento Interno, someterlo a consulta pública en forma previa a su aprobación e incluir la versión final de dicho reglamento en las Nuevas Bases.
7. El principal objetivo del Reglamento Interno debe ser establecer criterios generales, orientados a dar acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del Terminal Interurbano, por lo que debe contener los siguientes elementos cuya descripción detallada se consigna en la sección F.1.: (i) reglas de asignación de boleterías y andenes; (ii) tiempo máximo de permanencia en los andenes; y (iii) monto a cobrar por derecho de uso de losa y arrendamiento de boleterías.

8. Además, el Reglamento Interno debe ser público y estar a libre disposición de cualquier interesado.

E. Condición quinta: Resguardos conductuales en las Nuevas Bases de licitación

9. Los resguardos de la competencia que deben ser incluidos, adicionalmente, en las Nuevas Bases de licitación son los siguientes: **(i)** todas las causales de término del contrato y modificación del mismo deben estar taxativamente señaladas en las Bases; y si fuese necesario modificar aspectos relevantes de la licitación, ello únicamente podrá ocurrir si *(a)* hubieren transcurrido a lo menos cinco años desde que se celebre el contrato de concesión, y *(b)* este Tribunal lo hubiere autorizado en un proceso de consulta iniciado por cualquiera de las partes del contrato de concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, mediante una resolución de término firme y ejecutoriada. Al respecto, se considerarán como aspectos relevantes los siguientes: modificación de la estructura y monto de las rentas a percibir por parte de la Municipalidad; y modificación de las tarifas a cobrar por derecho de uso de losa y arriendo de boleterías. Adicionalmente, **(ii)** el Municipio deberá determinar en las Nuevas Bases la periodicidad con la cual le corresponderá al concesionario entregarle información relativa a la capacidad disponible del Terminal Interurbano, nuevas sociedades relacionadas, cambios de control de la sociedad concesionaria, transferencia de acciones o de derechos de los socios o accionistas y, en general, cualquier modificación a la propiedad del titular de la concesión. Además, deberá informar la existencia de investigaciones por parte de la FNE, en que sea afectado.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

F. Condición sexta: Resguardos estructurales en las Nuevas Bases de licitación

10. Las Nuevas Bases deberán prohibir que en la entidad concesionaria participen todas aquellas personas o empresas que sean relacionadas, directa o indirectamente, a otras que participen actual o potencialmente en el mercado aguas abajo de servicio de transporte interurbano de pasajeros desde y hacia la ciudad de Viña del Mar, según los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores.

Notifíquese personalmente o por cédula a la consultante y a los aportantes de antecedentes, salvo que autoricen notificación vía correo electrónico. De conformidad con el acuerdo del Tribunal adoptado con ocasión de la publicación de la Ley N° 21.226 y del estado de catástrofe, de 2 de abril de 2020, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada. Hecho, inclúyase en el estado diario y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 457-19.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina, y Sr. Jaime Barahona Urzúa. Se certifica que el Ministro Sr. Enrique Vergara Vial, si bien concurre a la decisión, no firma por no contar con los medios electrónicos para ello. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.