

# **Respuestas a los Comentarios de la Versión Preliminar de la Guía para la Elaboración de Bases de Licitación Pública de Terminales Terrestres Interurbanos**

**División Antimonopolios**

**Santiago, noviembre de 2022**

N°	Ubicación en la Guía	Descripción del comentario	Observaciones
<b>Atribuciones de la FNE</b>			
1.	No aplica.	La FNE carece de atribuciones legales para dictar la guía. La facultad regulatoria indirecta que detenta la FNE sólo se puede ejercer según la letra q) del artículo 39 del DL 211 o requerir al H. TDLC. La FNE no tiene facultades para regular un mercado determinado <sup>1</sup> .	La guía fue elaborada en razón de la función de <i>advocacy</i> o promoción de la competencia que le corresponde de conformidad a los artículos 1°, 2° y 39 del DL 211, existiendo distintos documentos de esta naturaleza dictados en el pasado, todos ellos publicados en el sitio web de la FNE. Además, se hace presente que la FNE no está ejerciendo facultades de regulación, sino que está explicitando su orientación interna para analizar este tipo de casos (ver sección “Presentación” de la guía).
2.	No aplica.	Debe respetarse la autonomía de las Municipalidades para que libremente y conforme a derecho determinen cómo licitarán.	De conformidad al inciso primero del artículo 3° del DL 211 y al inciso segundo del artículo 3° se ha entendido de forma consistente que todos los órganos públicos, incluidas las Municipalidades, deben cumplir con la normativa de libre competencia. Ello ha sido reconocido por la jurisprudencia. (ver: Sentencia N° 77/2008, Cons. 9° Y 10, Sentencia 67/2008, Cons. 10; y, en licitaciones de terminales, Resolución N° 63/2021 y 66/2021). En la materia pudiera ser también relevante el artículo 4° del DL 211.
3.	No aplica.	La FNE ha considerado sólo a los terminales públicos y no a los privados, lo que podría hacer que se trate de una regulación no eficiente en el mercado incumbente.	La guía efectivamente sólo considera a los terminales públicos, esto es, que estén emplazados en terrenos estatales o municipales, ya que: (i) sólo respecto de ellos rige la obligación regulatoria de acceso abierto según el Decreto N° 94, de 1984, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; (ii) sólo respecto de ellos existen licitaciones públicas en que se asignen concesiones (ver: Informe de Archivo Rol N° 2678-21 FNE, párrafo 8). Ello sin perjuicio del ejercicio de las atribuciones de la FNE en respecto de terminales privados en los casos que así lo ameriten.

<sup>1</sup> Este mismo comentario se realizó respecto de algunas secciones particulares de la guía. Por ejemplo, en relación a la prohibición de integración horizontal y vertical. Al respecto la FNE considera que la respuesta aquí dada es comprensiva de dichos comentarios.

			Asimismo, se reitera que no se trata de una regulación (remítase al Comentario N° 1).
4.	No aplica.	Se solicitan los antecedentes del estudio del mercado que sustenten la falta de terrenos para nuevos terminales e investigar otras alternativas de solución.	Se hace presente que esta guía ha sido elaborada a partir de los antecedentes recogidos en la experiencia jurisprudencial y administrativa de los órganos de protección de libre competencia, citada en las distintas notas al pie de la Guía, y no se refiere a circunstancias específicas en ciudades determinadas. Respecto de la disponibilidad de terrenos para nuevos terminales, a modo de ejemplo, véase la: Resolución 63/2021, Cons. 29°.
5.	No aplica.	La exclusión de algunos actores en procesos de licitación supone una vulneración al derecho constitucional de desarrollar una actividad económica, afectando eventualmente derechos adquiridos.	La guía contiene la orientación interna que adoptará la FNE en estas materias. La fundamentación de las eventuales limitaciones que la regulación de libre competencia implique en estas materias se justifica en el carácter de estatuto de orden público económico que corresponde al DL 211 (ver: CS, Rol 19.139-2021, Cons. 9° y Cons. 12). Asimismo, no se visualizan derechos adquiridos que pudieran ser afectados.
<b>Criterios de evaluación</b>			
6.	II., b, I	El precio por losa o arriendo de boleterías no debe ser el único factor de calificación. A éste, deben añadirse factores como la experiencia, en concreto, en la administración de terminales de buses.	La jurisprudencia del H. TDLC consideró que las tarifas deben ser el principal criterio de adjudicación, parámetro que desde un punto de vista de la competencia es y debe ser el más relevante (ver: Resolución 63/2021, Cons. 53).
7.	II., b, I	La regla sobre que el menor cobro a las empresas de transporte deba ser el factor único o determinante de la adjudicación, no parece ser una directriz razonable, en virtud del grado de incertidumbre que revisten las licitaciones efectuadas por municipalidades, ante su falta de recursos técnicos.	Remítase al Comentario N° 6.  Se hace presente que la incertidumbre o la falta de recursos técnicos de las Municipalidades no han sido considerados en las decisiones del H. TDLC como eximentes o atenuantes del cumplimiento del DL 211. Por otro lado, la jurisprudencia del TDLC en estas materias ha sido enfática en recalcar que el precio debe ser la variable única o determinante de adjudicación (ver: Resolución 63/21, Cons.55)

8.	II., c	Se solicita incluir la experiencia y calidad del oferente en el puntaje de la licitación, y no como un mero antecedente adicional.	<p>Remítase a los Comentarios N° 5 y 6.</p> <p>Se hace presente que la experiencia y calidad no son un mero antecedente adicional, ya que las Municipalidades podrán exigir de forma fundada la experiencia u otros factores como un requisito mínimo para participar en la licitación, según indica la propia guía.</p>
<b>Requisitos de participación de los oferentes</b>			
9.	II. c	No se debe prohibir participar a empresas que hayan sido condenadas en sede laboral en los últimos dos años.	La guía no recomienda prohibir la participación de empresas condenadas en sede laboral.
10.	II. c	No es adecuado privar de puntaje adicional a quienes tienen un comportamiento comercial que garantice su participación en la licitación, equiparándolos respecto a quienes carecen de un comportamiento comercial o bancario adecuado.	<p>La guía considera que, de ser relevantes aspectos de comportamiento comercial, ellos deben ser exigidos como requisitos <i>ex ante</i> para evaluar la admisibilidad de las ofertas.</p> <p>Lo anterior, se justifica porque las bases de este tipo contemplan otros resguardos 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 de contrato. Este criterio fue recogido expresamente por el H. TDLC (ver: Resolución 63/2021, Cons. 76).</p>
11.	II. c	En torno a la experiencia en la administración, como requisito y factor de evaluación de los procesos de licitación pública, ésta debe aludir solamente a la administración de terminales de buses, ya que no es equivalente con la experiencia en administración de otra clase de recintos, como grandes superficies y estacionamientos.	El H. TDLC ha manifestado expresamente que, en este tipo de licitaciones, la experiencia debe evaluarse de forma amplia para no restringir injustificadamente la concurrencia de oferentes a la licitación, ya que el mercado no implicaría un <i>know how</i> sofisticado (ver: Resolución 66/2021, Cons. 89; Resolución 63/2021, Cons. 59).
12.	II. c	En torno al requisito de la experiencia en la operación de terminales de buses u otros	El comentario se acoge parcialmente. En línea con la jurisprudencia del H. TDLC, se añade a la guía (Sección II.c), "Experiencia como exigencia

		<p>proyectos de similares características, se solicita que se recomiende a las Municipalidades buscar experiencias realmente comparables que permitan, por un lado, la participación de la mayor cantidad de oferentes posibles, pero, por otro lado, asegurar que los participantes posean las capacidades necesarias para el proyecto o terminal concreto, señalando en las bases de licitación, expresamente, cuál será el requisito para cada licitación (años y/o metros cuadrados mínimos).</p>	<p>previa y amplia", segundo punto) la necesidad de que se explicita claramente la experiencia que se exigirá a los oferentes para participar en la licitación pertinente y su inclusión en las bases de licitación como criterio de admisión (ver: Resolución 63/2021, Cons. 60 y Cons.61).</p>
<b>Resguardos estructurales</b>			
<b>13.</b>	II. b. II	<p><u>Integración horizontal y vertical.</u></p> <p>Sobre la recomendación de instaurar limitaciones y prohibiciones a la integración horizontal y vertical para la adjudicación de la administración de terminales de buses de acceso público en aquellas ciudades con más de uno de ellos, se considera que la FNE no entrega razones justificadas para tales reglas, en circunstancias que los riesgos deben ser evaluados caso a caso y de acuerdo a las características del mercado relevante involucrado y la competencia que se dé dentro del mismo.</p>	<p>La FNE considera, para el ejercicio de sus atribuciones, que este parámetro es consistente con lo resuelto por el H. TDLC en las decisiones que en la guía se citan en mercados relevantes análogos (ver: Resolución N° 63/2021 y Resolución N° 66/2021), siendo precisamente ello un fundamento de la máxima relevancia para justificar la necesidad de limitaciones a la integración vertical y horizontal.</p> <p>En lo tocante a las características específicas de algún mercado relevante, es posible indicar que, si una Municipalidad buscara incorporar una fórmula distinta, ello debe hacerse de manera fundada y con estudios o análisis que avalen tal decisión pudiendo, en cualquier caso, esta FNE ejercer sus atribuciones de corresponder.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, se incluirá una mención explícita en la guía en orden a que el análisis caso a caso que se efectúe podría denotar la</p>

			necesidad de adoptar resguardos adicionales a materias que no se hayan contemplado en la guía.
14.	II. b. II	<u>Integración horizontal.</u> La regla establecida es aún más estricta de aquella establecida por el propio H. TDLC, puesto que indica que no pueden participar en la licitación quienes sean administradores de otro terminal sin distinguir si se trata de terminales de acceso abierto o cerrado (Sentencia N° 66).	En opinión de esta FNE, es necesario incorporar en las medidas de integración horizontal a terminales de acceso abierto y cerrado, toda vez que ellos compiten por la preferencia de los pasajeros, por lo que existe el riesgo de que se degrade la calidad de los servicios prestados. Al respecto, ver: Resolución 66/2021, Cons. 184, Cons. 187, letra b) y Cons. 189; y Informe de la FNE en caso Rol NC 462-2020 TDLC, Párrafos 139 a 142.
15.	II. b. II	<u>Integración vertical.</u> Se solicita que la regla dispuesta por la FNE se ajuste a los establecido por la Resolución TDLC 66/2021, es decir, <i>“establecer que las empresas de transporte interurbano de pasajeros y sus personas relacionadas, no podrán poseer más del 40% del capital, ni más del 40% del capital con derecho a voto, ni derechos por más del 40% de las utilidades de la sociedad concesionaria de la Intermodal PAC”</i> .	El parámetro planteado en la guía busca permitir una evaluación <i>ex ante</i> por parte de la Municipalidad de los riesgos existentes en la licitación que convocará, considerando esta Fiscalía que permitir participaciones minoritarias en los porcentajes planteados podría aumentar los riesgos unilaterales.
16.	II. b. II	La Guía debe fijar claramente a quienes se extienden los resguardos estructurales, precisando cada uno de los conceptos relevantes. En el mismo sentido, se tiene que especificar si los resguardos se extienden a las empresas del grupo empresarial o a las personas relacionadas, según si estos términos están definidos en la Ley sobre Mercado de	Observación acogida parcialmente. Se clarifica en la sección II de la guía la definición de “grupo de operadores”, incluyendo grupos empresariales, personas relacionadas y, además, empresas de transporte que ocupan un mismo sistema de venta de pasajes.

		Valores. Por último, la Guía debe precisar que los conceptos de control e influencia decisiva, deben ser comprendidos en los términos de la Ley de Mercado de Valores.	
17.	II. b. II	La existencia de limitaciones afectará el mejor servicio y eficiencia de los terminales, siendo los operadores los más interesados en el mejor funcionamiento de ellos.	Tal como indica la guía, las limitaciones a la integración vertical y horizontal han sido establecidas en la jurisprudencia del H. TDLC por los distintos riesgos a la libre competencia existentes. Además, debe tenerse en cuenta que las bases de licitación pueden establecer exigencias idóneas para velar por la calidad del servicio en la operación de los terminales.
<b>Reglas de la concesión</b>			
18.	II. b. I	Con respecto a las reglas de distribución y arrendamiento de boletería, solicitamos que se modifique la Guía en el sentido de que la obligación de redistribución comprenda únicamente esfuerzos razonables de implementarla (considerando limitaciones jurídicas como físicas, según espacios realmente disponibles) y que tengan como límite la no afectación de terceros.	Las reglas indicadas son fundamentales para precaver riesgos a la competencia, debiendo incorporarse en las bases reglas que faciliten la incorporación de cualquier empresa interesada, con el objeto de dar acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios del terminal (ver: Resolución 63/2021, Cons. 88 y 89, Condición Cuarta).
<b>Otros</b>			
19.	II. b. II	El escenario de que existan losas separadas de las oficinas sería contrario al Decreto Supremo N° 212 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; lo que además no sería razonable.	En el mejor entendimiento de esta Fiscalía, el Decreto Supremo N° 212 no exige la existencia de losas separadas de las oficinas, sin que este punto haya sido tampoco observado por el Ministerio de Transportes en la elaboración de la guía, por lo que se mantendrá el texto inicial de la guía.
	Presentación.	La guía se limita a las licitaciones de administración, pero no incluye aquellas de infraestructura.	La guía se aplica a aquellas licitaciones que incluyan la administración, sea junto o no con la construcción o mejoramiento de infraestructura. Ello no obsta a que en la licitación se contemplen pagos destinados a

			recuperar los montos destinados a solventar la infraestructura, con la prevención que sea la menor tarifa debe ser el criterio más relevante de evaluación (Ver: Resolución 63/2021, Condición Tercera).
<b>20.</b>	No aplica.	Otros agentes, como Metro S.A., operan en el mercado con terminales de Pajaritos y La Florida. En ellos, Metro determina a su arbitrio los parámetros relevantes.	Según el Decreto Supremo 212 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, las estaciones de Intercambio Modal no corresponden a terminales y su administración no sería otorgada vía concesión, excediendo el objeto de la presente guía. Lo anterior no implica que Metro S.A., así como cualquier otro agente económico, se encuentre exonerado del cumplimiento del DL 211, por lo que esta Fiscalía ejercerá sus atribuciones cuando así corresponda.