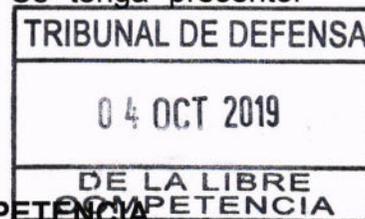


EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes. **PRIMER OTROSÍ:** Solicita declaración de suspensión y su comunicación. **SEGUNDO OTROSÍ:** Se tenga presente. **TERCER OTROSÍ:** Personería, patrocinio y poder.



H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ricardo Riesco Eyzaguirre, Fiscal Nacional Económico, en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** ("FNE"), en autos caratulados "*Consulta de la I. Municipalidad de Viña del Mar sobre propuesta pública para contratación de concesión*", **RoI NC N° 457-2019**, al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("H. Tribunal") respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, N° 2 y 31, N° 1 del DFL N° 1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973 ("DL N° 211"), vengo en aportar antecedentes a este H. Tribunal en los autos ya individualizados, en los términos que se expondrán a continuación:

1. Este H. Tribunal recibió con fecha 29 de julio de 2019, una consulta de la Ilustre Municipalidad de Viña del Mar ("Municipalidad"), en la que solicita su pronunciamiento sobre la propuesta pública para la contratación de la "*Concesión para la explotación del Terminal Rodoviario de la Ciudad de Viña del Mar*", licitación publicada en Mercado Público ID N° 3929-21-LR19 ("Bases de Licitación"), indicando si se ajusta o no a las normas del DL N° 211. Asimismo, en caso que corresponda, se solicita fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en las Bases de Licitación con el objeto de que éstas no infrinjan las disposiciones de dicho decreto¹.
2. Con fecha 14 de agosto de 2019, este H. Tribunal dictó la resolución de inicio del procedimiento contemplado en el artículo 31 del DL N° 211 respecto de la

¹ Presentación Municipalidad, 29 de julio de 2019, foja 60.

consulta formulada por la Municipalidad. Asimismo, ofició al Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, y a esta Fiscalía, a fin de que aportaren antecedentes².

3. En atención a lo anterior, esta Fiscalía resolvió iniciar investigación con fecha 29 de agosto de 2019, ejerciendo las facultades establecidas en el artículo 39 del DL N° 211 para recabar los antecedentes necesarios para la elaboración del presente informe³. Esta presentación se estructura de la siguiente forma:

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES	3
A. Descripción de la industria	3
B. Examen de denuncia contra Licitación de Terminal de Buses Viña del Mar	6
C. Bases de Licitación consultadas	8
II. MERCADOS EN QUE INCIDEN LAS BASES DE LICITACIÓN.....	11
A. Servicios asociados a la operación del Terminal (mercado aguas arriba)	11
B. Servicio de transporte interurbano de pasajeros (mercado aguas abajo)	13
III. ANALISIS DE LAS BASES DE LICITACIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA DE LIBRE COMPETENCIA	15
A. Riesgos a la libre competencia relacionados con la integración vertical.....	16
A.1. Riesgos de exclusión	17
A.2. Riesgos de coordinación	19
A.3. Conclusiones.....	20
B. Renta exigida por la Municipalidad.....	22
B.1. Valor económico del Terminal	22
B.2. Pago por adelantado	25
C. Otros aspectos de las Bases de Licitación.....	27
C.1. Plan de inversiones	27
C.2. Acreditación de experiencia en administración de terminales de buses	28
C.3. Reglamento interno de operación del Terminal	29
IV. CONCLUSIONES	31

² Copia fiel de esta resolución fue ingresada a esta Fiscalía con fecha 20 de agosto de 2019. Oficio Ord. N° 137, del H. Tribunal, de 20 de agosto de 2019.

³ Investigación Rol N° 2575-19 FNE, caratulada "Consulta de l. Municipalidad de Viña del Mar relativa a contrato de concesión para explotación de Terminal de Buses".

I. ANTECEDENTES

A. Descripción de la industria

1. El Decreto Supremo N° 212, de 1992, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones ("MTT"), que fija el Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros ("Decreto Supremo N° 212"), regula los servicios nacionales de transporte público remunerado de pasajeros⁴ y los clasifica en urbanos, rurales e interurbanos de acuerdo al siguiente detalle⁵:
 - a. Los servicios urbanos de transporte público de pasajero son *"los que se prestan al interior de las ciudades o de conglomerados de ciudades cuyos contornos urbanos se han unido. El radio que comprende una ciudad o un conglomerado de ciudades, según sea el caso, podrá ser determinado para estos efectos por los Secretarios Regionales Ministeriales de Transportes y Telecomunicaciones"*⁶.
 - b. Los servicios rurales de transporte público de pasajeros son *"los que, sin superar los 200 km de recorrido, exceden el radio urbano"*⁷, con excepción de lo indicado en la letra c) siguiente.
 - c. Los servicios interurbanos de transporte público de pasajeros son *"los que superan los 200 km de recorrido, y los que sin exceder los 200 km, unen la ciudad de Santiago con localidades o ciudades costeras ubicadas en V Región"*⁸.
2. En ciudades de más de 50.000 habitantes, la normativa exige contar con terminales para que las empresas de transporte puedan prestar servicios interurbanos⁹.

⁴ El Decreto Supremo N° 212 define en su artículo 1° el transporte público de personas como el *"transporte nacional de pasajeros, colectivo o individual, público y remunerado, que se efectúe con vehículos motorizados por calles, caminos y demás vías públicas, rurales o urbanas, caminos vecinales o particulares destinados al uso público de todo el territorio de la República"*.

⁵ Artículo 19, Decreto Supremo N° 212.

⁶ Artículo 6°, letra a), Decreto Supremo N° 212.

⁷ Artículo 6°, letra b), Decreto Supremo N° 212.

⁸ Artículo 6°, letra c), Decreto Supremo N° 212.

⁹ Artículo 58, Decreto Supremo N° 212, establece que *"[e]n ciudades de más de 50.000 habitantes, la locomoción colectiva interurbana deberá contar con terminales que cumplan con las disposiciones que les sean aplicables. (...) [Y] deberá disponer a lo menos de una oficina de venta de pasajes"*

3. Los terminales pueden ser públicos o privados¹⁰. Respecto a los públicos, actualmente sólo existen terminales municipales, los que pueden ser administrados por la misma entidad edilicia o entregados en concesión mediante licitación pública¹¹. El uso de estos terminales públicos debe estar abierto a cualquier empresa de transporte, siempre que su capacidad lo permita¹². En cuanto a los terminales privados, no están afectos a la obligación de acceso.

4. En relación al transporte interurbano de pasajeros, los principales servicios que presta un terminal se refieren a la provisión de oficinas para venta de pasajes, y de un patio de maniobras para cargar y descargar pasajeros, con sus respectivos equipajes¹³. Por ambos servicios, la administración del terminal puede realizar cobros a las empresas de transporte de pasajeros. El cobro por uso del patio de maniobras se conoce en la industria como "derecho de uso de losa".

5. Desde un punto de vista normativo, para que una empresa de transporte de pasajeros pueda inscribirse en el Registro Nacional del Servicio de Transporte de Pasajeros¹⁴ debe acreditar, entre otros, que se encuentra autorizada por la administración del terminal de buses que desea utilizar para acceder a éste y que cuenta con una boletería en el mismo¹⁵.

próxima al lugar de estacionamiento donde inicien el servicio; este último, autorizado por la Municipalidad competente".

¹⁰ Decreto N° 94, de 1984, del MTT que aprueba la Política nacional de terminales para servicios de locomoción colectiva no urbana, punto IV, letra F.

¹¹ Artículo 8°, incisos 3° y 4°, Ley N° 18.695 que establece la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

¹² Punto IV, letra G del Decreto N° 94, del MTT.

¹³ De acuerdo a la Ordenanza Tipo Municipal Terminales de Locomoción Colectiva No urbana del Decreto N° 94, del MTT, además de estos servicios existe el uso de andén, entendiéndose por este el derecho que se debe pagar para ingresar a las veredas del patio de maniobras. En la práctica, en virtud de las diligencias realizadas por esta Fiscalía, se comprobó que, actualmente y por lo general, no se realizaría cobro alguno por acceder al patio de maniobras por parte de los pasajeros y/o acompañantes.

¹⁴ Proceso llevado ante la Secretaría Regional del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones.

¹⁵ El artículo 8°, letra D, punto c) del Decreto Supremo N° 212 prescribe: "*D. Antecedentes relativos al servicio: La solicitud de inscripción deberá especificar además la siguiente información según el tipo de servicio y de vehículo de que se trate:*

*c) Servicios interurbanos de transporte público de pasajeros prestados con buses:
- itinerarios;*

6. Con la inscripción en este registro -y siempre que se cumpla con la demás normativa aplicable vigente- la empresa de transporte de pasajeros puede obtener un “cartón de recorrido”, que es el equivalente a una autorización para operar determinada ruta¹⁶.
7. Así, ciertos servicios ofrecidos por los terminales (boleterías y uso de losa) constituyen insumos necesarios para la prestación de los servicios de transporte interurbano de pasajeros. A su vez, cualquier cambio en las condiciones de los primeros, puede tener un impacto directo en los precios, calidad o disponibilidad de aquellos que ofrecen las empresas de transporte.
8. Pero la relevancia de los terminales en el mercado de servicios de transporte interurbano de pasajeros, no se debe solamente a que contar con oficinas de ventas de pasajes sea un requisito normativo. En efecto, desde un punto de vista de la estructura del mercado, de acuerdo a lo señalado por este H. Tribunal, un porcentaje importante de los boletos de las empresas de transporte de pasajeros son comercializados en los terminales.
9. Al respecto, en su Sentencia N° 134/2014, este H. Tribunal indicó que *“contar con al menos una oficina en un terminal de cada ciudad donde se realice una parada, de forma de tener presencia en el punto de mayor venta de pasajes en cada ubicación, para así poder captar pasajeros en todos los tramos - puntos inicial, intermedios y final- de un recorrido, resulta un insumo necesario para una empresa de transporte interurbano”*¹⁷.
10. En suma, para efectos de esta consulta, son dos los mercados que deben ser analizados. En primer lugar, el “mercado aguas arriba”, correspondiente a los servicios que prestan los terminales de buses a las empresas de transporte interurbanos (sin perjuicio que los pasajeros también son usuarios

- ubicación del o de los terminales autorizados y documentación que acredite que el interesado se encuentra habilitado para su uso, cuando corresponda, y ubicación de las oficinas de venta de pasajes.

- Tarifa a cobrar por el servicio”.

¹⁶ Artículo 3°, Decreto Supremo N° 212.

¹⁷ TDLC, Sentencia N° 134/2014, considerando 50°.

de las instalaciones); y, en segundo lugar, el “mercado aguas abajo”, correspondiente al servicio de transporte de pasajeros en rutas interurbanas prestado por diferentes empresas de transporte.

11. A continuación, el análisis de esta Fiscalía se centrará en el Terminal Rodoviario de la ciudad de Viña del Mar (“Terminal”), haciendo referencia al análisis realizado por la FNE en relación al proceso licitatorio convocado el año 2018, el cual fue declarado desierto, para luego describir los aspectos principales de las Bases de Licitación actualmente consultadas.

B. Examen de denuncia contra Licitación de Terminal de Buses Viña del Mar

12. En julio de 2018, ingresó a esta Fiscalía una denuncia solicitando que se analizaran los potenciales riesgos a la libre competencia que podían generar las bases de licitación que otorgaba la concesión para la explotación del Terminal por 16 años, las cuales habían sido publicadas en Mercado Público bajo el N° ID 3929-31-LR18¹⁸.
13. La FNE dio inicio al análisis de admisibilidad de la denuncia presentada, bajo el Rol FNE N° 2506-18. En el curso de dicho análisis, se detectaron una serie de riesgos a la libre competencia, los cuales fueron informados a la Municipalidad¹⁹.
14. Los principales riesgos identificados consistían en:
 - a. La pauta de adjudicación evaluaba el monto de la renta a pagar a la Municipalidad, otorgando mayor puntaje a mayor pago ofrecido. Este pago, además, representaba el 95% del puntaje total (considerando la oferta por renta anual, que ponderaba 45%, y la oferta de pago por adelantado, que ponderaba 50%).

¹⁸ La licitación fue autorizada por Decreto Alcaldicio N° 5507, de fecha 27 de junio de 2018 y publicada posteriormente, con fecha 5 de julio de 2018, en mercado público. Ver: <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=SSYaIM8Qs8QfjvgAOA9PbUIQmU9LUf4liKvbanaTI7c+/1dVBENNUprvJn1ojrd/> [última visita: 24 de septiembre de 2019]

¹⁹ En reunión de fecha 1° de agosto de 2018.

- b. El valor al que el concesionario podía dar en arriendo las boleterías podía ser determinado libremente por éste, sin tope alguno.
 - c. No se consideraban obligaciones de no discriminación por parte del adjudicatario hacia las empresas de transporte interurbano²⁰.
 - d. No se contemplaban resguardos para evitar posibles abusos, conductas exclusorias o arbitrarias que afectaren la competencia entre las empresas de transporte de pasajeros usuarias del Terminal.
15. Como consecuencia de lo anterior y dentro del mismo proceso licitatorio, el 23 de agosto de 2018 la Municipalidad publicó el Decreto Alcaldicio N° 7800²¹ que introdujo cambios a las bases de licitación, otorgando un nuevo plazo de presentación de ofertas.
16. En relación a los riesgos observados por la FNE, uno de los cambios consistió en modificar la pauta de evaluación y establecer como principal factor a evaluar los valores a cobrar por concepto de derecho de losa y arriendo de boleterías (representando -en conjunto- el 60% del total), entregando mayor puntaje a quien presentare la oferta más económica para las empresas de transporte de pasajeros y estableciendo un tope máximo de cobro por estos conceptos²².
17. Otra modificación consistió en establecer la renta municipal como una suma fija. Si bien se mantenían los montos originales, ya no formaban parte de la pauta de evaluación. La renta se dividía en un pago por adelantado de 185.000 UF²³ y cuotas anuales de 9.000 UF, que debían ser pagadas desde el noveno año de la concesión en adelante.

²⁰ Este riesgo no sólo derivaba de la redacción de las Bases de Licitación, sino que también de las particularidades del mercado aguas abajo analizado, conforme se verá más adelante en: Infra párrafos 34 y siguientes.

²¹ De fecha 17 de agosto de 2018.

²² FNE, "Minuta de Archivo Denuncia por eventual abuso en Licitación de Terminal de Buses Viña del Mar. Rol 2506-18 FNE", pp. 5-9.

²³ Este pago se dividió en dos cuotas, quedando de la siguiente forma:

- 110.000 UF dentro de los 30 días corridos posteriores a la firma del contrato.
- 75.000 UF dentro de los 180 días corridos posteriores a la firma del contrato.

18. Adicionalmente, la Municipalidad fijó ciertas obligaciones al concesionario, relacionadas con otorgar acceso al Terminal de forma igualitaria y no discriminatoria a las empresas de transporte de pasajeros.
19. Respecto a estas bases de licitación modificadas por el Decreto Alcaldicio N° 7800, se presentó una segunda denuncia el 29 de agosto de 2018, la cual señalaba que persistían ciertos riesgos a la libre competencia. Dicha denuncia fue acumulada al mismo expediente Rol FNE 2506-18.
20. No obstante, con fecha 28 de septiembre de 2018, se declaró desierto el proceso licitatorio por falta de oferentes²⁴ y dejó de existir el acto sobre el cual recaían las denuncias, por lo que la FNE archivó la indagación respecto de este proceso licitatorio²⁵.
21. Con posterioridad al proceso licitatorio del año 2018, se realizó un nuevo llamado con las Bases de Licitación que actualmente se consultan.

C. Bases de Licitación consultadas

22. Las Bases de Licitación publicadas el día 29 de mayo de 2019 en Mercado Público bajo el N° ID 3929-21-LR19, tienen por objeto otorgar en concesión la administración, operación, y explotación del Terminal. El contrato de concesión tendrá una duración de 16 años contados desde el 1° de enero de 2020²⁶.
23. Para la adjudicación de la concesión, se contempla la evaluación de:
 - a. Una oferta técnica, que incluye²⁷:

²⁴ Mediante el Decreto Alcaldicio N° 9634, de 5 de octubre de 2018.

²⁵ Conforme a minuta de archivo de fecha 11 de octubre de 2018 y mediante resolución de fecha 22 de octubre de 2018. Disponibles en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/09/inpu_020_2018.pdf y https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/09/inad_014_2018.pdf [última visita: 3 de octubre de 2019]

²⁶ Bases de Licitación, numeral 12.2, p. 13. Sin perjuicio de esto, la Municipalidad en el acto de adjudicación podrá postergarlo por razones fundadas.

²⁷ Bases de Licitación, numeral 6.3.3., pp. 4-6.

- i. Un plan de gestión y administración de la concesión, que debe considerar un régimen de explotación y un plan comercial, el cual debe considerar como mínimo:
- Plan de seguridad.
 - Plan de operaciones.
 - Programa de aseo.
 - Plan de desarrollo de la concesión.
 - Plan comunicacional.
 - Plan de inversiones, a ser ejecutado dentro de los dos primeros años de la concesión.
- ii. Acreditar experiencia en administración en terminales.
- b. Una oferta económica, la que debe incluir los montos máximos a cobrar a las empresas de transporte por concepto de²⁸:
- i. Derecho de losa, que no puede ser superior a 0,08 UTM.
- ii. Arriendo mensual de boleterías, que no puede ser superior a 2 UF por m².
24. En cuanto a la pauta de adjudicación, ésta evalúa sólo algunos aspectos de las ofertas técnicas y económicas, conforme al promedio ponderado de los siguientes ítems²⁹:

Ítem a evaluar	Porcentaje
Oferta valor máximo derecho de losa	30%
Oferta valor máximo arriendo de boleterías	30%
Experiencia del oferente	10%
Plan de inversiones	25%
Antecedentes, desglosado en:	5%
• Comportamiento económico y comercial 2,5%	
• Comportamiento laboral 2,5%	

²⁸ Bases de Licitación, numeral 6.3.3., p. 6.

²⁹ Bases de Licitación, numeral 9.3., pp. 8-11.

25. Asimismo, se establece como mecanismo de desempate el valor más bajo ofertado por concepto de cobro por derecho de losa.
26. En relación a la renta de la concesión exigida por la Municipalidad se establece que, *“14.1. La Renta inicial de concesión es de **127.000 UF** (ciento veintisiete mil UF) y deberá ser pagada por el Concesionario a la Ilustre Municipalidad de Viña del Mar, de la siguiente forma:*
- a) La suma de **73.000 UF** (setenta y tres mil UF) dentro de 60 días corridos siguientes a la firma del contrato.*
 - b) El saldo ascendente a **54.000 UF** (cincuenta y cuatro mil UF) dentro de los 240 días corridos siguientes a la firma del contrato.*
- 14.2. A partir del noveno año y hasta el final del contrato, el Concesionario deberá pagar una renta fija anual de Concesión a año anticipado, equivalente **9.000 UF**, dentro de los primeros 5 días hábiles del mes de junio de cada año”³⁰.*
27. Respecto a las garantías, las Bases de Licitación exigen boletas bancarias de garantía a la vista, vales vista de carácter irrevocable u otros instrumentos financieros similares, para asegurar³¹:
- a. La seriedad de la oferta por un monto de \$20.000.000.
 - b. El pago por adelantado por un monto de 6.350 UF.
 - c. El fiel cumplimiento del contrato por un monto de 3.600 UF.
28. Por otra parte, las Bases de Licitación establecen condiciones básicas bajo las cuales el adjudicatario de la concesión debe operar el Terminal, a saber:
- a. Otorgar condiciones de acceso no discriminatorias y objetivas a todas las empresas de transporte de pasajeros que operan en el Terminal, no pudiendo adoptar medidas que favorezcan a las empresas de mayor tamaño y/o a las personas naturales o jurídicas relacionadas al concesionario³².

³⁰ Bases de Licitación, numeral 14, pp. 14-15.

³¹ Bases de Licitación, numeral 11, pp. 11-13.

³² Bases de Licitación, numeral 20.3, letra b), N° 2 y 3, pp. 20-21.

- b. Establecer un límite de boleterías que puede arrendar cada empresa de transporte de pasajeros o grupo empresarial³³.
- c. Acceder sólo a la información de las empresas de transporte de pasajeros absolutamente necesaria para administrar el Terminal³⁴.
- d. Presentar un reglamento interno de operación del Terminal, redactado por un economista independiente, que regule la relación entre las empresas de transporte de pasajeros y el concesionario, debiendo garantizar y resguardar las normas de libre competencia³⁵.
- e. Dar acceso al Terminal a todas las empresas de transporte de pasajeros nuevas que cumplan con la normativa vigente³⁶.
- f. Cobrar solamente los gastos comunes habituales para mantener el adecuado y oportuno funcionamiento del Terminal³⁷.

II. MERCADOS EN QUE INCIDEN LAS BASES DE LICITACIÓN

A. Servicios asociados a la operación del Terminal (mercado aguas arriba)

29. A juicio de esta Fiscalía, el Terminal es una infraestructura necesaria para operar en el mercado de transporte de pasajeros desde y hacia esa ciudad, toda vez que cumple con los requisitos determinados al efecto por este H. Tribunal, a saber³⁸:
- a. Que los servicios de acceso a las instalaciones sean suministrados por una única firma presente en el mercado aguas arriba.
 - b. Que la instalación no sea replicable a un costo y dentro de un plazo razonable.
 - c. Que el acceso a la instalación sea indispensable para participar en el mercado aguas abajo.

³³ Bases de Licitación, numeral 20.3, letra d), y Anexo N° 7, numeral 3.3., pp. 21 y 40.

³⁴ Bases de Licitación, Anexo N° 7, numeral 3.4., p. 40.

³⁵ Bases de Licitación, numeral 20.3, letra a), pp. 19-20.

³⁶ En caso de que no exista disponibilidad de boleterías, el concesionario deberá distribuir los espacios disponibles. Bases de Licitación, numeral 20.3, letra b), N° 1, y letra c), pp. 20-21.

³⁷ Bases de Licitación, Anexo N° 7, numeral 8.6., p. 45.

³⁸ TDLC, Resolución N°52/2018, párrafo 35°.

30. En relación al primer requisito, en Viña del Mar existe sólo un terminal de buses de transporte interurbano, el cual es de propiedad municipal y objeto de la actual licitación³⁹. Éste se ubica en el centro de la ciudad y tiene disponibles 16 andenes. A su vez, cuenta con 39 boleterías⁴⁰ que, en conjunto, ocupan aproximadamente 129 m². Al respecto, al 23 de septiembre de 2019, había 13 boleterías adicionales en espacios destinados a locales comerciales⁴¹ que corresponden a aproximadamente 362 m². Al ser el único terminal de la comuna y no tener sustitutos cercanos, éste reúne el 100% del mercado, es decir, todas las empresas de transporte interurbano de pasajeros que tienen como origen, destino o parada intermedia la ciudad de Viña del Mar, deben tener oficina de venta de pasajes en aquél.
31. Cabe destacar que este H. Tribunal ha señalado que este Terminal no sería sustituto viable del Terminal Rodoviario de Valparaíso⁴². En opinión de esta Fiscalía, los argumentos utilizados por el H. Tribunal para determinar que el Terminal no está dentro del mismo mercado que el Terminal Rodoviario de Valparaíso, también aplicarían en el sentido inverso, toda vez que éstos dicen relación con la distancia y el atochamiento de las vías de conexión entre las ciudades de Viña del Mar y Valparaíso⁴³.
32. En cuanto al segundo requisito, esta Fiscalía considera muy poco probable que se pueda replicar la instalación a un costo y dentro de un plazo razonable tanto por los montos involucrados en la inversión⁴⁴, por los terrenos

³⁹ MTT, "Catastro de Terminales y Estaciones Intermodales en el Territorio Nacional" 2015. pp. 68-69. Disponible en: <http://www.sectra.gob.cl/biblioteca/detalle1.asp?mfn=3331> [última visita: 24 de septiembre de 2019].

⁴⁰ Respuesta de actual concesionario del Terminal a Oficio Ordinario N° 1793-FNE, de 3 de septiembre de 2019.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² En: Op. cit. Nota N° 17, considerando 78°.

⁴³ *Ibíd.*, considerando 78°.

⁴⁴ De acuerdo a los informes acompañados en el proceso contencioso caratulado "Requerimiento de la FNE contra Empresa de Transportes Rurales Ltda. y Otros", Rol N° C-223-2011, el monto necesario para la edificación de un terminal estaría en el orden de 1.4 millones de dólares. En: *Ibíd.*, considerando 75°. En este sentido, este H. Tribunal en este caso consideró que "existe una diferencia importante de costos respecto de instalarse en un terminal ya existente, al menos en términos de capital de trabajo, sobre todo considerando el caso de una empresa que recién a ofrecer rutas desde-hacia ciertas ciudades, la que tendrá menos incentivos a construir un terminal propio que una compañía que ya ofrece servicios de transporte en una ciudad en particular y cuenta con una demanda consolidada". En: *Ibíd.*, considerando 76°.

disponibles para estos efectos⁴⁵, como también por el tiempo que tarda la obtención de permisos ambientales, de construcción y operación⁴⁶.

33. Por último, en relación al tercer requisito, de acuerdo a lo ya descrito en esta presentación⁴⁷, las empresas de transporte interurbano requieren de un terminal para poder operar y cumplir con la normativa vigente, y por lo tanto, el acceso al Terminal es indispensable para prestar el servicio de transporte interurbano de pasajeros. Asimismo, quien lo administre tiene la capacidad de influir de forma significativa en el mercado aguas abajo de transporte interurbano de pasajeros de las rutas que inician, terminan o realizan paradas en Viña del Mar.

B. Servicio de transporte interurbano de pasajeros (mercado aguas abajo)

34. Como se observa en la Tabla N° 1 siguiente, las empresas de transporte de pasajeros que operan en el Terminal realizan sus servicios principalmente a la Región Metropolitana (58%). Asimismo, evidencia que los destinos ofrecidos en el Terminal están altamente concentrados, participando pocas empresas de transporte de pasajeros por destino. En efecto, a excepción de Argentina, para cada uno de los destinos que se exhiben en la Tabla N° 1,

⁴⁵ Al respecto, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo en un estudio del año 2015, indica que en la ciudad de Viña del Mar existe una creciente demanda por terrenos para la construcción de viviendas en altura en las cercanías del actual Terminal, lo que podría limitar la disponibilidad de terrenos para la construcción de una nueva infraestructura de esta magnitud en esa zona. Sin embargo, como una alternativa, el mismo estudio muestra una mayor disponibilidad de terrenos en los sectores altos de la ciudad. Al respecto, el construir un terminal en una zona más alejada, esta Fiscalía estima que tampoco representaría una alternativa efectiva, pues como indica el mencionado estudio, Viña del Mar presenta una importante congestión vehicular en sus principales avenidas, la cual aumenta en la temporada estival, periodo en que la demanda por el uso del Terminal es aún mayor. En: MINVU. "Ciudades con calidad de vida: Diagnósticos Estratégicos de Ciudades Chilenas. Sistema Urbano Gran Valparaíso", p. 72. <http://observatoriodoc.colabora.minvu.cl/Documentos%20compartidos/ESTUDIOS%20OBSERVATORIO/Diagnostico%20CCV%20Gran%20Valpara%C3%ADso.pdf> [última visita: 24 de septiembre de 2019]

⁴⁶ La normativa que establece los requisitos para el funcionamiento de los terminales no es excesivamente compleja, pero hace intervenir a distintos actores que pueden dificultar su implementación efectiva, por ejemplo, en exigencias de plan regulador, accesibilidad, calificación de suelo. La construcción de los terminales interurbanos deberá ser autorizada por la Municipalidad respectiva y el funcionamiento de éstos deberá ser autorizado por el MTT. Ver: CIS Asociados Consultores en Transporte S.A. Informe final estudio "Análisis de Regulaciones de Transportes sobre Terminales de Pasajeros", capítulos 3.1. y 3.2. Informe solicitado por el Ministerio de Transporte. Disponible en: <http://www.subtrans.gob.cl/upload/estudios/Terminales-IF.pdf> [última visita: 24 de septiembre de 2019]

⁴⁷ Ver Supra párrafos 2 y siguientes.

existen elevados índices de concentración (IHH), muy superiores a 2500, cifra considerada por esta Fiscalía como indicativa de un mercado altamente concentrado⁴⁸. Particularmente, la ruta Santiago – Viña del Mar sólo es operada por dos empresas de transporte de pasajeros, una de las cuales tiene sobre el 70% de participación en ésta.

Tabla N° 1: Indicadores del mercado aguas abajo (julio 2017-agosto 2019)

<i>Indicador/Destino</i>	<i>Argentina</i>	<i>Los Andes</i>	<i>Norte</i>	<i>Norte Chico</i>	<i>Santiago</i>	<i>Sur</i>	<i>Total</i>
<i>Participación en el total de salidas</i>	3%	9%	8%	12%	58%	11%	100%
<i>Número de empresas de transporte⁴⁹</i>	7	2	7	4	2	7	22
<i>Participación de principal empresa de transporte</i>	42%	50%	45%	69%	71%	44%	47%
<i>Concentración (IHH)⁵⁰</i>	1318	5000	3144	5185	5901	3129	2817

Fuente: Elaboración propia en bases a datos recopilados en expediente Rol 2506-18 FNE y respuesta a Oficio Ordinario N° 1793-FNE, de 3 de septiembre de 2019.

35. En cuanto al total de salidas del Terminal, de acuerdo a la Tabla N° 2 siguiente, se puede constatar que la participación de las dos empresas de transporte más importantes suma entre el [60%-80%] de este mercado.

Tabla 2: Participación de empresas de transporte en el total de salidas del Terminal

Empresa de Transporte	Participación
TURBUS	[40-50]%
PULLMAN	[20-30]%
Buses Romani	[0-10]%
EME Bus	[0-10]%
Empresas restantes (18)	[10-20]%

Fuente: Elaboración propia en bases a datos recopilados en expediente Rol 2506-18 FNE y respuesta a Oficio Ordinario N° 1793-FNE, de 3 de septiembre de 2019.

⁴⁸ FNE, "Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales", p. 13. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>

⁴⁹ Respecto a esta tabla, se consideró una "empresa de transporte" a todas las empresas relacionadas de acuerdo al artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores y a aquellas que actúan como una sola entidad en el mercado o utilizan un mismo sistema de venta de pasajes.

⁵⁰ El índice de concentración en este caso corresponde al Índice de Herfindhal Hirschman (IHH) que se calcula sumando los cuadrados de las participaciones de mercado, en este caso el porcentaje de salidas de cada destino en particular de las distintas empresas de transporte.

36. La concentración que se observa en el mercado aguas abajo, implica que ciertos riesgos a la competencia, identificados por esta Fiscalía y que se analizan en el acápite siguiente, se vean incrementados.

III. ANALISIS DE LAS BASES DE LICITACIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA DE LIBRE COMPETENCIA

37. En función del análisis del mercado realizado y en vista de las condiciones establecidas en las Bases de Licitación para la asignación de la concesión y la operación del Terminal, esta Fiscalía considera que existen algunos aspectos que podrían afectar la libre competencia.
38. En primer lugar, las Bases de Licitación debieran tomar en consideración la posibilidad de que el adjudicatario de la concesión sea un actor verticalmente integrado con una empresa de transporte de pasajeros que opere en ese Terminal, lo que genera riesgos de exclusión y de coordinación particulares.
39. En segundo lugar, la renta requerida por la Municipalidad y establecimiento de un pago por adelantado, podría afectar la concurrencia de oferentes a la licitación.
40. Finalmente, se observan otros aspectos respecto de los cuáles sería deseable que este H. Tribunal se pronunciara, y que consisten en: (i) la exigencia de un plan de inversiones poco específico y su alta ponderación en la pauta de evaluación; (ii) la posibilidad de demostrar experiencia sólo en administración de terminales de buses; y (iii) que sea el concesionario quien deba preparar el reglamento interno de operación del Terminal.

A. Riesgos a la libre competencia relacionados con la integración vertical

41. Como se mencionó anteriormente⁵¹, este Terminal es una infraestructura necesaria para el servicio de transporte interurbano de pasajeros⁵² y las principales rutas que se ofrecen desde y hacia el Terminal están altamente concentradas.
42. Adicionalmente, es relevante destacar que ciertas empresas, relacionadas a empresas de transporte de pasajeros, han mostrado interés en la administración del Terminal, y podrían estar en una mejor posición para realizar una oferta y adjudicarse la concesión.
43. Ello, en consideración a que la disminución de ingresos que obtendría al ofertar una tarifa más baja por concepto de derecho de uso de losa y/o arriendo de oficinas no disminuiría – al menos en parte – el total de los ingresos de la compañía verticalmente integrada, ya que estas rebajas se convierten en menores costos para la empresa de transporte de pasajeros relacionada. En cuanto mayor sea su participación de mercado en el uso del Terminal, mayor será la brecha respecto de lo que podría ofertar una empresa que no tenga relación con empresas de transporte de pasajeros. Adicionalmente, su disposición a pagar también puede aumentar si se considera que la concesión les puede otorgar una posición privilegiada en relación a sus competidores, conforme se explica en la sección siguiente.
44. En ese escenario y ante la posibilidad de que el adjudicatario de la concesión sea una empresa o persona verticalmente integrada a una o más empresas de transporte de pasajeros, esta Fiscalía considera necesario analizar los

⁵¹ Ver Supra párrafos 2 y siguientes.

⁵² El control que detenta un administrador sobre un terminal, independientemente de si está relacionado o no con empresas de transporte de pasajeros, le permite afectar el mercado aguas abajo, por ejemplo, define los horarios y frecuencias de salidas de los buses, asigna las oficinas de venta de pasajes, determina los tiempos de espera en andenes, entre otras variables de operación.

posibles riesgos de exclusión y coordinación que dicha integración generaría para la libre competencia⁵³.

45. Sin perjuicio de los esfuerzos de la Municipalidad de establecer ciertos resguardos en las Bases de Licitación, este Servicio estima que éstos serían insuficientes, aun cuando existe la obligación de otorgar acceso a las empresas de transporte de pasajeros que cumplan con la normativa vigente⁵⁴.

A.1. Riesgos de exclusión

46. Considerando que el Terminal sería una infraestructura necesaria para prestar el servicio de transportes, en el escenario en que exista integración vertical entre el concesionario y una o más empresas de transportes que operen en el Terminal, el primero tendrá el incentivo y la habilidad para realizar conductas exclusorias aguas abajo⁵⁵.
47. En este sentido, los riesgos de exclusión que trae la integración vertical en general estarían relacionados con distintas conductas que tienden a impedir la competencia efectiva, como, por ejemplo, la negativa de acceso, el sabotaje y el uso oportunista de la información que se obtiene a propósito de la administración de la infraestructura necesaria⁵⁶.
48. La negativa de acceso al Terminal por parte de un concesionario verticalmente integrado, sería una conducta de fácil identificación y fiscalización (en atención, además, a la obligación legal que tiene éste de

⁵³ En cuanto a la posibilidad de que el concesionario verticalmente integrado lleve a cabo conductas explotativas, ello se encuentra limitado en atención a que las Bases de Licitación, establecen topes en las tarifas máximas a cobrar a las empresas de transporte de pasajeros por concepto de derecho de losa y boleterías.

⁵⁴ Punto IV, letra G del Decreto N° 94, del MTT.

⁵⁵ Estos riesgos también se han observado en otras jurisdicciones, por ejemplo, en España. Ver: Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (actual CNMC), Resolución Expte. 627/07, Estación Sur de Autobuses, 2008.

⁵⁶ Unión Europea, "Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales", 2008/C 265/07, párrafo 78. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=ES) [última visita: 24 de septiembre de 2019]

permitir la operación de cualquier empresa de transporte de pasajeros). Por lo anterior, este Servicio considera que es poco probable que se presente.

49. Por el contrario, la conducta de sabotaje, entendida como la capacidad de una empresa verticalmente integrada para perjudicar a sus competidores aguas abajo, a través del deterioro de la calidad de los servicios que aquél les suministra⁵⁷, puede ser muy complejo de identificar y fiscalizar⁵⁸. Por ejemplo, el sabotaje puede concretarse mediante mecanismos sutiles, como el abuso en la aplicación de multas, cambios en los horarios de las salidas programadas, negación de salidas extraordinarias, asignación de andenes menos favorables, entre otros⁵⁹. Así, este tipo de conductas es mucho más probable que se presente.
50. Por otra parte, la información comercial de las empresas de transporte de pasajeros a la que debe tener acceso el concesionario para el cumplimiento de sus funciones y la gestión eficiente del terminal, como por ejemplo, la programación de salidas y destinos de todos los servicios ofrecidos por las empresas usuarias del Terminal, le otorga una ventaja competitiva en la toma de decisiones aguas abajo⁶⁰⁻⁶¹.
51. En este sentido, el potencial uso estratégico de la información con el objeto de excluir a los competidores, también constituye una conducta que sería difícil de identificar. Asimismo, no sería posible establecer resguardos

⁵⁷ OCDE, "Foro Latinoamericano de Competencia, 8-9 de septiembre, San José (Costa Rica), Sesión I: Principios de competencia en facilidades esenciales - Documento de base", p. 12. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2010\)10&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2010)10&docLanguage=Es) [última visita: 24 de septiembre de 2019]

⁵⁸ La FNE en mercados similares ha observado la dificultad para obtener la información básica que permita verificar el cumplimiento de las diferentes obligaciones por parte de los concesionarios. En: FNE, Informe de Archivo, Fiscalización de Frentes de Atrque de Puertos sujetos a los artículos 14 y 23 de la Ley N° 19.542, Rol N° 2315-14, pp.13-16.

⁵⁹ Declaraciones confidenciales de fechas 12 y 13 de septiembre de 2019.

⁶⁰ Así, por ejemplo, una empresa de transporte de pasajeros verticalmente integrada podría mejorar su planificación de salidas teniendo a la vista con anterioridad la programación de sus competidoras, eligiendo los mejores horarios, perjudicando a sus competidores. También esta empresa podría utilizar información programando salidas en horarios específicos de tal forma de incluir mayores salidas en los horarios de mayor demanda de la competencia y así, disminuir los ingresos de su competencia.

⁶¹ Op. cit. Nota N° 56, párrafo 78.

conductuales, pues para el concesionario, es indispensable contar con dicha información para el adecuado funcionamiento del Terminal.

A.2. Riesgos de coordinación

52. Como se indicó anteriormente⁶², el mercado aguas abajo está altamente concentrado, por lo que en caso que el concesionario esté verticalmente integrado con una o más empresas de transporte de pasajeros, los eventuales riesgos de coordinación aumentarían.
53. La integración vertical puede facilitar que las empresas en el mercado aguas abajo se coordinen. En este sentido, ésta proporcionaría las condiciones para establecer y mantener un acuerdo, ya que: (i) genera un medio eficiente para supervisar el correcto cumplimiento de los términos del acuerdo y detectar posibles desvíos; (ii) ayuda al establecimiento de un mecanismo disuasorio que pueda activarse en caso de existir un desvío del acuerdo; y (iii) condiciona los incentivos de un competidor que podría desestabilizar el cartel, inhibiéndolo de actuar agresivamente⁶³.
54. Al respecto, los terminales ya han sido utilizados como facilitadores para desarrollar un cartel. Por ejemplo, en la ruta Cartagena-Santiago-Cartagena, empresas de transporte de pasajeros celebraron un acuerdo de aumento en los precios de los pasajes, utilizando la administración del terminal como medio para comunicarse, ya que esta infraestructura estaba a cargo de una empresa relacionada a una de las empresas de transporte de pasajeros coludidas⁶⁴.
55. Otro caso conocido por este H. Tribunal fue en el Terminal Carlos Oviedo Cavada de Antofagasta, en donde se llegó a la convicción que existió una coordinación explícita entre empresas de transporte, una de las cuales estaba relacionada con el administrador de dicho terminal. En ese caso, la

⁶² Supra párrafos 34 y siguientes.

⁶³ Op. cit. Nota N° 56, párrafos 82-85.

⁶⁴ TDLC, Sentencia 136/2014, considerandos 37° y 38°.

integración vertical fue el medio que permitió la ejecución del acuerdo, el cual consistía en inhibir la entrada de un potencial competidor en esa zona, negándole el arriendo de oficinas de venta de pasajes⁶⁵.

56. En base a lo expuesto, esta Fiscalía considera que para este caso particular, difícilmente existirían resguardos conductuales que pudiesen aminorar estos riesgos.

A.3. Conclusiones

57. Como puede observarse, este Servicio identificó varios riesgos que podrían hacerse efectivos en caso de que el adjudicatario de la concesión estuviese integrado verticalmente con una o más empresas de transporte que operan en el Terminal.
58. Por todo lo anterior, esta Fiscalía considera que sería conveniente incorporar en las Bases de Licitación resguardos estructurales que permitirían minimizar los riesgos de exclusión y de coordinación analizados, los cuales se acrecientan en este caso particular, por la alta concentración en el mercado aguas abajo y la escasa competencia que se observa en los distintos destinos desde y hacia el Terminal⁶⁶.
59. Dichas medidas pueden tener distintos niveles de restricción, pasando desde la limitación parcial de propiedad en la sociedad adjudicataria a la prohibición total de participación en la licitación, por parte de aquellas empresas que participan en el mercado aguas abajo. Asimismo, la restricción puede establecerse para cualquier empresa de transportes de pasajeros o sólo para aquellas que operan en el Terminal; y en este último caso, puede aplicarse exclusivamente si alcanzan cierto porcentaje de participación, por ejemplo.

⁶⁵ Op. cit. Nota N° 17, considerando 93°.

⁶⁶ Adicionalmente, uno de los principales usuarios del Terminal está relacionado con el actual concesionario de la administración del Terminal de Estación Central en Santiago, lugar de destino de la mayor parte de las salidas del Terminal de Viña del Mar, lo que generaría riesgos adicionales al tener el control de las dos puntas de la ruta.

60. Sin bien, a juicio de este Servicio, lo óptimo sería establecer una restricción total a la integración vertical entre empresas de transporte de pasajeros interurbanos que utilizan el Terminal y su concesionario, en caso de que este H. Tribunal pudiese, por ejemplo, identificar eficiencias derivadas de esta integración vertical, puede también evaluarse establecer otro tipo de medidas intermedias.
61. Al respecto, y en la misma línea, la Comisión Preventiva Central, conociendo de una serie de denuncias de empresas de transporte de pasajeros que prestaban sus servicios en terminales de propiedad de la Ilustre Municipalidad de Santiago, señaló que *“uno de los medios eficaces para precaverse de dichos arbitrios [abusos unilaterales] es excluir la participación de las licitaciones de los terminales a las personas que sean empresarios de buses usuarios de estos terminales, o que lo sean sus socios, pues al evitarse la confusión en unas mismas personas de las calidades de administradores y usuarios de los terminales, se impedirían maniobras atentatorias de las libertades de comercio y trabajo”*⁶⁷.
62. Por otra parte, en materia de aeropuertos, el Dictamen N° 1004, de 1997, de la Comisión Preventiva Central, impuso la prohibición absoluta a la participación de aerolíneas comerciales en todas las concesiones aeroportuarias, debido al alto riesgo de conductas discriminatorias en contra de la competencia aguas abajo que generaría la integración vertical⁶⁸.
63. También puede mencionarse el Dictamen N° 1045, de 1998, de la Comisión Preventiva Central que establece limitaciones a las empresas que presenten un grado de integración vertical relevante con la actividad portuaria, como la prohibición de poseer más de un 40% de participación en la sociedad concesionaria administradora del puerto. Restricciones similares y adaptadas

⁶⁷ Comisión Preventiva Central, Ord. N° 337/636 de 1982, considerando 4°.

⁶⁸ El referido Dictamen N° 1004 fue revisado por este H. Tribunal en virtud de la Resolución N° 25/2008, la cual indicó que la limitación de dicho dictamen no se extiende a la participación en concesiones aeroportuarias a empresas cuyo giro sea el transporte aéreo con naves pequeñas o su giro sea el combate de incendios forestales, trabajos agrícolas u otros servicios aerocomerciales menores; y siempre que no usen una proporción relevante de las instalaciones aeroportuarias. Ver: TDLC, Resolución 28/2008, considerandos 9.1 a 9.5.

a condiciones particulares de cada terminal portuario han sido establecidas por este H. Tribunal en diversos Informes⁶⁹.

64. En suma, resulta necesario que este H. Tribunal evalúe la pertinencia de establecer medidas de carácter estructural para estas Bases de Licitación en particular, ya sea prohibiendo completamente la participación de empresas de transporte que utilicen el Terminal, o limitando dicha participación al cumplimiento de ciertas condiciones.
65. Lo anterior, es sin perjuicio de las posibles prevenciones que este H. Tribunal podría poner en función a los cambios que podrían presentarse en las condiciones de competencia en el mercado en comento. De tal forma si, por ejemplo, el Terminal deja de ser una infraestructura necesaria para el servicio de transporte interurbano de pasajeros de las rutas que inician, terminan o realizan paradas en Viña del Mar, podría prescindirse de una restricción estructural⁷⁰.

B. Renta exigida por la Municipalidad

B.1. Valor económico del Terminal

66. Tal como se indicó en los antecedentes de esta presentación⁷¹, las Bases de Licitación establecen un pago por adelantado a la Municipalidad de 127.000 UF⁷² a pagar una vez iniciada la concesión y, adicionalmente, una renta anual de 9.000 UF exigible a partir del noveno año, lo que corresponde a valor

⁶⁹ Ver: Informe N° 10/2014, Informe N° 11/2014, Informe N° 14/2019.

⁷⁰ Ver Supra párrafo 29 y siguientes.

⁷¹ Supra párrafo 26.

⁷² Las bases de licitación utilizadas en el proceso licitatorio del año 2018 exigían un pago por adelantado de 185.000 UF. La diferencia en relación con las Bases de Licitación sometidas a consulta, en parte pudo deberse a que el actual proceso licitatorio excluyó la totalidad del segundo piso del Terminal, el cual contemplaba un espacio de 1208 m² destinado a actividades complementarias como, por ejemplo, un patio de comida, encontrándose a la fecha el archivo municipal. En: Bases de Licitación, anexo N° 7, p. 44.

presente -utilizando una tasa del descuento del 6%⁷³- a un monto total de 172.536 UF.

67. Al respecto, este TDLC, ha dicho que “[d]e existir algún pago por concepto de bienes entregados para ejecutar el proyecto, el mismo debería estar preestablecido en las Bases, y ser determinado en función del valor económico de los activos que ésta entregue para desarrollar el proyecto”⁷⁴ (énfasis añadido).
68. Sobre esta materia, existen distintas definiciones sobre lo que se entiende por valor económico de un activo. Así, en las concesiones de terminales portuarios, la ley ha definido qué valor económico debe ser utilizado como referencia para efectos de determinar la renta por el arriendo de éstos⁷⁵. Para ello, el Reglamento que regula los procesos de licitación de puertos⁷⁶, en su artículo 6° prescribe que el valor económico de los activos a licitar, por defecto, equivale a la suma de los valores libro vigentes para los mismos y, en caso de que el ente licitante estime que ese monto difiere significativamente del valor económico de éstos, se podría realizar un estudio o peritaje que sirva de fundamento para establecer una nueva base de cálculo.
69. De forma similar, el Decreto N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que fija la Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyo artículo 7° indica que, en aquellos casos en que el Estado entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión, si las bases de licitación contemplan

⁷³ Se utiliza una tasa del 6% al ser la tasa de descuento para proyectos de inversión pública establecida por el Ministerio de Desarrollo Social, de acuerdo al Sistema Nacional de Inversiones de dicho ministerio. En: Ministerio de Desarrollo Social, “Precios Sociales 2018”, disponible en <http://sni.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/download/precios-sociales-vigentes-2017/?wpdmdl=2392> [última visita: 24 de septiembre de 2019]

⁷⁴ Resolución N° 46/2015, considerando 126°. Ver también: Resolución 13/2006, considerando 9°.

⁷⁵ Así, el inciso tercero del artículo 7° de la Ley N° 19.542 que moderniza el sector portuario estatal, señala que, para el establecimiento del monto mínimo de la renta o canon de la concesión portuaria, servirá de referencia el valor económico del activo objeto de la misma.

⁷⁶ Decreto N° 104, de 1998, del MTT.

pagos ofrecidos por el oferente, el valor de aquéllos se determinará mediante un estudio o peritaje previamente contratado por el Ministerio⁷⁷.

70. Por otra parte, sobre este punto, este H. Tribunal ha indicado que *“(…) lo relevante desde el punto de vista de la libre competencia es que el canon anual diga relación con el costo de reposición de los activos que se entregan en concesión. Por esta razón, el monto del canon anual debe contribuir a facilitar que las ganancias en eficiencia del concesionario se puedan traducir en mejores condiciones del precio, cantidad y calidad para todos los usuarios, y no en un eventual traspaso de rentas monopólicas desde el concesionario a la empresa portuaria”⁷⁸ (énfasis añadido).*
71. Si bien la Municipalidad no contempla en este caso el monto ofrecido por concepto de la renta anual y pago por adelantado como factores de adjudicación⁷⁹, esta Fiscalía estima pertinente consultar a este H. Tribunal sobre los criterios que debiese utilizar la Municipalidad para definir el valor económico del Terminal y, de esta forma, estimar las rentas a solicitar en las Bases de Licitación.
72. A juicio de este Servicio, si la renta es fijada de forma discrecional, es posible que el Municipio la fije en el valor de las rentas que podría obtener una empresa monopólica no regulada. Así, el concesionario actuaría como un intermediario que cobraría tarifas monopólicas a las empresas de transporte de pasajeros del Terminal, con el objeto de pagar la renta a la Municipalidad.
73. Finalmente, considerando que en este proceso licitatorio, las tarifas por uso de losa y arrendamiento de boleterías tienen establecidos valores máximos,

⁷⁷ Sobre este punto y en relación al nuevo Fondo de Infraestructura (Ley N° 21.082) ver: González, Aldo, *“El Fondo de Infraestructura en Chile”*, Revista Estudios de Políticas Públicas, 4(2): julio-noviembre, 2018, pp. 174-186.

⁷⁸ Siguiendo así lo establecido en esta materia por este H. Tribunal en su Informe N° 10/2014, punto 8.2, (iv).

⁷⁹ Lo anterior, tiene sustento en los criterios establecidos por el TDLC: (i) el pago al ente licitante debiese ser un valor fijo para todos los participantes y no otorgar puntaje dentro de la evaluación; (ii) este valor debe estar en función del valor económico del bien licitado. Ver: Resolución N° 13/2006, considerando 9°.

podría suceder que ningún oferente se presente a la licitación en razón que la renta exigida se encuentra por encima de lo que dichas tarifas máximas le permite pagar⁸⁰. Otro posible resultado que podría presentarse, es que solo los oferentes verticalmente integrados a empresas de transporte de pasajeros se interesen en la concesión, considerando las ganancias que podrían generar al excluir a su competencia aguas abajo.

74. En suma, respecto de las Bases de Licitación consultadas, esta Fiscalía considera relevante que este H. Tribunal fije el criterio para determinar el valor económico del activo a concesionar. Asimismo, este Servicio estima pertinente que estos criterios simulen condiciones competitivas, lo que significaría excluir las rentas monopólicas que potencialmente puede generar esta infraestructura.
75. Así, una opción a considerar sería tomar como criterio para definir el valor económico, el avalúo fiscal del Terminal⁸¹ considerando la tasa de descuento para proyectos de inversión pública⁸². En este escenario, la renta por la concesión ascendería a un total de 100.982 UF, cuyos pagos debiesen idealmente ser anuales⁸³.

B.2. Pago por adelantado

76. Dentro de la renta exigida por la Municipalidad, las Bases de Licitación contemplan un pago por adelantado de 127.000 UF, pagadero en dos cuotas dentro de los primeros 240 días corridos contados desde la firma del contrato de adjudicación de la concesión.

⁸⁰ Declaración confidencial de fecha 13 de septiembre de 2019.

⁸¹ El avalúo fiscal total ascendería a \$4.590.797.716, de acuerdo al Certificado de Avalúo Fiscal de fecha 3 de julio de 2019, Rol 655-1. El actual valor corresponde al resultado del proceso de reavalúo del Terminal efectuado por el Servicio de Impuestos de Internos el año 2018.

⁸² Op. cit. Nota N° 73.

⁸³ Incluso, si se aumenta el avalúo fiscal en un 50%, usando la misma tasa, se obtiene una renta de 151.473 UF, cifras que difieren a las solicitadas por la Municipalidad en las Bases de Licitación.

77. Al respecto, este Servicio no considera que la solicitud de un pago por adelantado en las licitaciones sea, por sí misma, una restricción significativa a la libre competencia, en la medida que -tal como lo ha señalado este H. Tribunal- este pago esté razonablemente justificado y asociado a costos producidos por el mismo proceso licitatorio, tales como financiar un estudio de ingeniería, de demanda, de evaluación de alternativas de constructibilidad, entre otros⁸⁴.
78. Ello no ocurre en este caso. La existencia de un pago por adelantado podría tener efectos sobre la libre competencia, en al menos dos dimensiones. Por un lado, si este valor es excesivamente alto, limitaría la concurrencia al proceso licitatorio, ya que potenciales oferentes podrían verse inhibidos de participar por no tener liquidez o no tener acceso a una fuente de financiamiento que provea de los recursos necesarios para poder ofertar.
79. Por otro lado, este pago también podría afectar el resultado del proceso licitatorio, pues los potenciales oferentes que sí puedan participar del mismo, incrementarán el valor de su oferta económica -acercándose a las tarifas máximas permitidas-, ya que probablemente deberán costear el valor del financiamiento que estos fondos requieren⁸⁵.
80. Sobre este punto, considerando que el pago por adelantado exigido equivale al 74% del total de la renta municipal -traída a valor presente-, esta Fiscalía no observa que se encuentre justificado en costos producidos por el mismo proceso licitatorio, de forma que amerite incurrir en los riesgos señalados anteriormente.
81. A mayor abundamiento, las bases de licitación del proceso licitatorio convocado el año 2018 establecieron un pago por adelantado de 185.000

⁸⁴ Op. cit. Nota N° 78, punto 8.2., (v).

⁸⁵ De las diligencias realizadas, se pudo observar que la tasa de interés para un financiamiento de estas características estaría entre el 4,5%-5,5%, además de la exigencia de garantías reales. En: Declaración confidencial de fecha 13 de septiembre.

UF, lo que podría haber influido en el hecho de que no se presentaron oferentes a la licitación⁸⁶.

82. Del análisis previamente realizado, este Servicio considera que, en este caso en particular, no se justificaría la exigencia de un pago por adelantado. Asimismo, para lograr la máxima concurrencia al proceso licitatorio, esta Fiscalía estima deseable considerar sólo pagos anuales a la Municipalidad, para evitar que los oferentes tengan que incorporar en sus ofertas económicas costos financieros adicionales.

C. Otros aspectos de las Bases de Licitación

C.1. Plan de inversiones

83. Como se indicó anteriormente, las Bases de Licitación exigen un plan de inversión cuyos requisitos mínimos serían:
- *“Remodelación de baños públicos: como cambio de grifería, artefactos, dispensadores, etc.*
 - *Todas las obras necesarias para la accesibilidad universal del edificio.*
 - *Pintado interior y/o exterior del terminal Rodoviario⁸⁷.*
84. Estas obras deben ejecutarse dentro de los dos primeros años de duración de la concesión, pudiendo cualquier oferente presentar un proyecto de inversión mayor, que debiese ejecutarse en el mismo periodo. Este plan es parte de la pauta de evaluación y representa un 25% de la misma, obteniendo mayor puntaje la oferta que presente un mayor monto.
85. Asimismo, las Bases de Licitación: (i) no contemplan mayor detalle de las inversiones exigidas; (ii) no indican la forma en que se hará seguimiento a la ejecución de éstas; y (iii) no fijan criterios para evaluar la pertinencia de inversiones que sean distintas a las mínimas exigidas.

⁸⁶ Declaraciones confidenciales de fechas 12 y 13 de septiembre de 2019.

⁸⁷ Bases de Licitación, numeral 6.3.3., letra B), p. 5.

86. A juicio de esta Fiscalía, lo anterior otorga un alto grado de discrecionalidad a la Municipalidad para evaluar este ítem, lo que podría reducir el incentivo a participar en el proceso licitatorio, considerando que la exigencia de un plan de inversiones representa un porcentaje relevante en la evaluación.
87. En virtud de lo anterior, este Servicio considera relevante que este H. Tribunal analice la forma en que deberá ser considerada y evaluada la oferta de plan de inversión contenida en los numerales 6.3.2 letra B) y 9.3. letra D) de las Bases de Licitación.

C.2. Acreditación de experiencia en administración de terminales de buses

88. Conforme al numeral 6.3.2 letra C), cada oferente, en caso de contar con experiencia en administración de terminales dentro de los últimos 15 años, deberá presentar documentos que acrediten la misma. El numeral 9.3 letra C) de las Bases de Licitación establece que el criterio de experiencia tiene una ponderación del 10% en la pauta de evaluación y determina una escala de puntaje que va de 1 a 7 puntos de acuerdo al número de años de experiencia⁸⁸.
89. Respecto a lo anterior, restringir la experiencia evaluable sólo a aquella obtenida en razón de la administración de terminales de buses, podría limitar la concurrencia a la licitación de forma injustificada. A juicio de esta Fiscalía, existe otro tipo de experiencia que podría ser relevante como, por ejemplo, aquella en administración de infraestructuras similares tales como aeropuertos, estacionamientos o centros comerciales⁸⁹.

⁸⁸ A modo de ejemplo, el puntaje máximo de 7 puntos se obtiene con 15 años o más de experiencia; 4 puntos se obtienen con 5 a 6 años 11 meses de experiencia; 1 punto se obtiene si no se cuenta con experiencia alguna. En: Bases de Licitación, numeral 9.3, letra C), p. 9.

⁸⁹ Esto está en concordancia con recomendaciones en otras jurisdicciones y por organismos internacionales, que establecen que los entes licitantes deben ser cuidadosos a la hora de imponer este tipo de cláusulas, debiendo siempre prevalecer el principio de establecer las condiciones mínimas necesarias a fin de maximizar en lo posible la libre concurrencia a la licitación. Así, por ejemplo, la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de España establece que la "solvencia es el elemento que mide la aptitud de las empresas, mientras que los criterios de evaluación han de medir las características de la oferta. En consecuencia, la experiencia de los licitadores no puede

90. Ello, en consideración a que no se requieren conocimientos técnicos especiales, herramientas ni habilidades de alta complejidad que justifiquen limitar la experiencia aceptable sólo a aquella que otorga la administración en terminales de buses.
91. Por lo anterior, con el objeto de maximizar la concurrencia de oferentes aptos para la administración del Terminal, esta Fiscalía considera deseable ampliar la experiencia aceptable a toda aquella adquirida por administración de infraestructuras similares.

C.3. Reglamento interno de operación del Terminal

92. Finalmente, cabe señalar que dentro de las obligaciones del concesionario, en el numeral 20.3 letra a) de las Bases de Licitación se encuentra la elaboración de un reglamento interno de operación de Terminal, el cual tiene por objeto establecer las normas de operación de éste y regular la relación entre las empresas de transporte de pasajeros y el concesionario. Dicho reglamento debe contener al menos los temas definidos en las Bases de Licitación⁹⁰ y ser aprobado por la Municipalidad.

ser considerada como un parámetro puntuable a efectos de obtener la adjudicación. Debe entenderse pues, que todas las empresas que acrediten la solvencia requerida están igualmente capacitadas para ejecutar el contrato y, en consecuencia, la adjudicación debe realizarse en función de otros criterios". En: CNC (actual CNMC), Guía sobre Contratación Pública y Competencia, p. 17. Ver también: Estache, A. and Atsushi Iimi (2009) "Auctions with Endogenous Participation and Quality Thresholds: Evidence from ODA Infrastructure Procurement", Policy Research Working Paper 4853, The World Bank. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/776651468166767698/pdf/WPS4853.pdf> [última visita: 24 de septiembre de 2019]; OCDE, "Hearing on the use of tenders and auctions, Working Party N° 2 on Competition and Regulation", diciembre 2014, p. 5. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2\(2014\)15&doLanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2(2014)15&doLanguage=en) [última visita: 24 de septiembre de 2019]

⁹⁰ Las Bases de Licitación señalan que este reglamento debe contemplar al menos:

- La forma en la que el concesionario deberá asignar las oficinas a las distintas empresas.
- El límite máximo de oficinas a ocupar por cada empresa y por grupo empresarial de acuerdo a lo establecido en las Bases de Licitación.
- El procedimiento a seguir en caso de que no hubiere disponibilidad suficiente de oficinas, debiendo establecerse un mecanismo para compartirlas.
- La forma en la cual el concesionario deberá asignar los andenes, tanto para los buses que llegan a dejar pasajeros, como aquellos que inician un recorrido en el Terminal.
- El tiempo máximo de permanencia de los buses en los andenes.
- El procedimiento para regular los horarios de salida y llegada de los buses en caso de que no haya andenes disponibles para aceptar todos los horarios solicitados.

93. La propuesta de reglamento presentada por el concesionario deberá ser evaluada por un economista independiente con conocimientos en materia de libre competencia, seleccionado por la Municipalidad de una terna elaborada por el concesionario⁹¹. Una vez aprobado el reglamento, la Municipalidad remitirá a la FNE copia del mismo.
94. Al respecto, esta Fiscalía considera positivo contar con un marco normativo específico para la operación del Terminal que vele por los principios generales de la libre competencia.
95. Sin perjuicio de lo anterior, este Servicio considera necesario que este H. Tribunal evalúe lo siguiente:
- a. En primer término, si sería deseable elegir a un profesional con conocimientos de la industria y de libre competencia, más allá de una profesión específica.
 - b. En segundo lugar, si sería deseable que el informe de evaluación tuviese algún carácter vinculante para el concesionario; y en ese caso, cuál sería el rol que cumpliría la aprobación de la Municipalidad.
 - c. En tercer lugar, la pertinencia de los aspectos mínimos que debiese considerar el reglamento.
96. Por último, esta Fiscalía estima que su participación⁹² en el proceso de elaboración de este reglamento no es procedente. En este sentido, las atribuciones de este Servicio se encuentran establecidas en el DL N° 211 y también pueden ser fijadas por este H. Tribunal o la Excma. Corte Suprema.

-
- El mecanismo para solicitar salidas y llegadas extraordinarias, no consideradas en la programación mensual, incluyendo un tiempo mínimo de antelación para que sean admitidas.

⁹¹ De acuerdo a las Bases de Licitación, el informe realizado por el economista será financiado por el concesionario. En: Bases de Licitación, numeral 20.3, letra a), p. 20.

⁹² Las Bases de Licitación establecen que la FNE conoce del Reglamento con posterioridad a su aprobación, pero en la etapa de preguntas y respuestas, en la pregunta N° 76, la Municipalidad respondió: "(...) En el caso que la Fiscalía Nacional Económica haga observaciones al proyecto de Reglamento Interno, éste deberá ser corregido, antes de su aprobación final". En: <http://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=offWg/ExGrr7S0uyNbuZUg==> [última visita: 24 de septiembre de 2019]

No obstante no corresponde que otros organismos le atribuyan competencias. En atención a ello, se solicita a este H. Tribunal que elimine la intervención de la FNE en este proceso, salvo que a su mejor parecer, considere que la participación de la FNE en el proceso de elaboración del reglamento interno de operación del Terminal es necesario.

IV. CONCLUSIONES

97. Del análisis previamente presentado, esta Fiscalía estima que existirían ciertos riesgos de competencia que surgen de las condiciones establecidas en las Bases de Licitación.
98. En relación a la posibilidad de que el adjudicatario de la concesión se encuentre integrado verticalmente con una o más empresas de transporte interurbano de pasajeros, se observa que ello generaría riesgos de exclusión y de coordinación.
99. Sobre los riesgos indicados en el párrafo anterior, este Servicio estima que no todos serían evitables a través de resguardos conductuales, ya que este tipo de resguardos imponen obligaciones de fiscalización que, como se indicó anteriormente, son de difícil ejecución y/o altamente costosas, especialmente respecto a conductas de sabotaje. Adicionalmente, el concesionario requerirá de una cantidad de información considerable para poder administrar el Terminal, información que pueden ser utilizada en favor de sus relacionadas en el mercado aguas abajo. Por último, se observa que los riesgos de coordinación no son suficientemente aminorados con imposición de este tipo de restricciones.
100. Por lo anterior, esta Fiscalía considera pertinente que se evalúe la pertinencia de establecer medidas de carácter estructural para estas Bases de Licitación en particular, ya sea prohibiendo completamente la participación de empresas de transporte que utilicen el Terminal, o estableciendo límites objetivos y verificables a la integración vertical, en razón a las condiciones

específicas de operación de este Terminal, ya sea en relación con la participación de mercado total y/o por rutas específicas de empresas de transporte interurbano, y/o respecto del capital, derechos de voto o derechos a las utilidades que estas empresas puedan tener en la sociedad concesionaria.

101. Conforme a lo anterior, si este H. Tribunal define fijar límites, también se hace necesario determinar los mecanismos adecuados de verificación y cumplimiento en caso de superarse los umbrales que se pudiesen establecer a estos efectos.
102. En cuanto a la renta solicitada por la Municipalidad en las Bases de Licitación, se considera relevante determinar los criterios que deben ser considerados para establecer el valor económico del activo y la renta que podría obtener el municipio a partir de ésta.
103. Asimismo, este Servicio considera que, en este caso particular, no se observa que el pago por adelantado se encuentre debidamente justificado. Conforme a ello, esta Fiscalía estima deseable que este H. Tribunal evalúe si debiesen fijarse sólo pagos anuales a la Municipalidad.
104. Por otro lado, resulta relevante que el H. Tribunal analice la forma en que deberá ser considerada y evaluada la oferta de plan de inversión contenida en los numerales 6.3.2 letra B) y 9.3. letra D) de las Bases de Licitación.
105. A su vez, esta Fiscalía considera que debiesen ampliarse los criterios asociados al factor de adjudicación de experiencia. Al respecto, sería conveniente que este H. Tribunal determine los criterios generales y la forma en que debería ser evaluada la exigencia de experiencia contenida los numerales 6.3.2 letra C) y 9.3. letra C) de las Bases de Licitación
106. Finalmente, en relación a la exigencia de un reglamento interno de operación del Terminal, se pone en consideración a este H. Tribunal para que evalúe la

pertinencia del proceso de elaboración del reglamento, intervinientes del mismo y contenido mínimo exigido en las Bases de Licitación para este documento. Asimismo, se solicita eliminar la participación de la FNE en el proceso de elaboración de este reglamento, a menos que este H. Tribunal establezca que este Servicio debe ser interviniente en aquél.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 18 N° 2, 31 y 32 del DL N° 211,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA:
Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes en el procedimiento de consulta de autos.

PRIMER OTROSÍ: En atención a lo dispuesto en el numeral 3° del texto vigente del Auto Acordado N° 5 de este H. Tribunal, solicito al H. Tribunal declarar expresamente la suspensión del procedimiento licitatorio convocado por la Municipalidad con fecha 29 de mayo de 2019, a través de la publicación de las Bases de Licitación en Mercado Público, bajo el N° ID 3929-21-LR19, en tanto no sea resuelta la presente consulta, y comunicar dicha suspensión por la vía más expedita a la I. Municipalidad de Viña del Mar.

En el presente caso, la suspensión del procedimiento licitatorio es la vía idónea para evitar que se materialicen los riesgos expuestos por esta Fiscalía, toda vez que el plazo fatal para presentar ofertas es el día 6 de noviembre de 2019, estimándose como fecha de adjudicación el 31 de diciembre de 2019.

De no acogerse esta solicitud, existe la presunción grave de que se consoliden dichos riesgos por todo el plazo de la concesión (16 años) o se incrementen los costos de retrotraer sus efectos.

SEGUNDO OTROSÍ: De conformidad a lo establecido por el H. Tribunal en el Auto Acordado N° 16/2017, sírvase H. Tribunal tener presente que esta Fiscalía remitirá a la Sra. Secretaria, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.

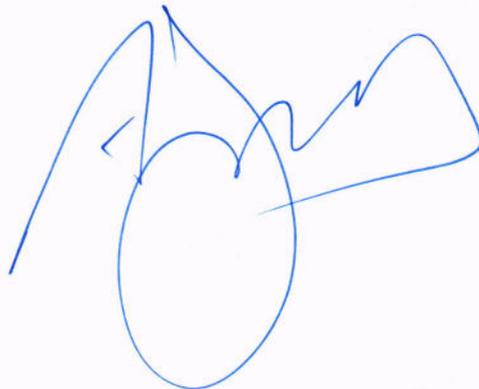
135

TERCER OTROSÍ: Sírvase el H. Tribunal, tener presente que mi personería para representar a la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** se sigue de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley N° 18.834 que "aprueba Estatuto Administrativo", y en el Decreto N° 158, de 11 de diciembre de 2018, que da cuenta de mi nombramiento en el cargo de Fiscal Nacional.

Asimismo, solicito se tenga presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en la presente gestión judicial. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a las abogadas habilitadas para el ejercicio de la profesión doñas Julie Massmann Wyneken y Sofía Salvo Méndez, y al abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, don Alejandro Domic Seguich, todos de mí mismo domicilio, quienes podrán actuar de forma conjunta, separada e indistintamente conmigo y con todos los apoderados de esta causa.



Salvo Méndez



Autorigo po autos.



Santiago, 4 de junio 2019