

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

RESOLUCIÓN N° 66/2021

Santiago, veintiocho de julio de dos mil veintiuno.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso

ROL: NC N° 462-20

CONSULTANTE: Fiscalía Nacional Económica

OBJETO: Solicita determinar si el Decreto N° 6.291, de 2 de mayo de 2019, de la Ilustre Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, que autoriza las Bases Administrativas Generales, las Bases Administrativas Especiales, las Bases Técnicas y las Bases Económicas de la concesión de la estación intermodal metropolitana en la comuna de Pedro Aguirre Cerda, se ajusta o no al Decreto Ley N° 211 y, en caso que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases de manera que no infrinjan las disposiciones del referido decreto ley.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. APORTANTES DE ANTECEDENTES

a) Consultante:

- Fiscalía Nacional Económica (la "Consultante", "FNE" o la "Fiscalía");

b) Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones dentro de plazo en este expediente:

- Ilustre Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda ("Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda", "Municipalidad" o "Municipio");
- Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones ("Ministerio" o "MTT");
- Sociedad de Inversiones en Infraestructura S.A. ("Infraestructura S.A."); y
- Arauco S.A. ("Arauco").

c) Otros antecedentes recibidos en virtud del artículo 31 N° 5 del D.L. N° 211:

- Antecedentes de Felipe Alexis Olivares Vergara, Harry Farinelli Ramírez y Juan Enrique Contreras Olivos, quienes se identifican como vecinos de la comuna de Pedro Aguirre Cerda.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. A folio 7, el 15 de abril de 2020, la FNE solicitó determinar si el Decreto N° 6.291, de 2 de mayo de 2019, de la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, que autoriza las Bases Administrativas Generales (“BAG”), las Bases Administrativas Especiales (“BAE”), las Bases Técnicas (“BT”) y las Bases Económicas (“BE”) de la concesión de la estación intermodal metropolitana en la comuna de Pedro Aguirre Cerda (en conjunto, “las Bases”), se ajustan al Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”) y, en caso que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases de manera que no infrinjan las disposiciones de dicho decreto ley.
2. Como primer antecedente, la FNE da cuenta de la competencia del Tribunal para conocer las bases de licitación que otorgan a un tercero la operación de infraestructura pública. Esto es particularmente relevante cuando el objeto concesionado es un insumo esencial que no tiene sustitutos relevantes, ya que el concesionario podría explotar a los usuarios o afectar mercados relacionados para alcanzar, mantener o incrementar su poder de mercado en alguno de ellos.
3. Respecto de la licitación, la Consultante señala que su objeto es adjudicar la construcción de una estación intermodal (“Intermodal PAC”), que incluye un terminal de transporte público interurbano y rural, y su explotación por 35 años. El proyecto presentado se originó en enero de 2017 en el marco del Sistema de Financiamiento Urbano Compartido (“SFUC”), regulado en la Ley N° 19.865 sobre Financiamiento Urbano Compartido (“Ley N° 19.865”) y en el Decreto Supremo N° 132, de 2003, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo que reglamenta dicho sistema (“Reglamento FUC”)
4. En cuanto a la ubicación del proyecto, este se emplazaría en un terreno ubicado entre Avenida Carlos Valdovinos y la Ruta 78 en el sector oriente del enlace entre la Autopista Central y la Autopista del Sol. Esta ubicación le otorga condiciones óptimas de acceso a través de vehículos, transporte urbano, metro y tren. También tendrá conectividad privilegiada para los servicios de transporte interurbano de pasajeros cuyo destino sea el norte o sur del país (por la conexión con la Autopista Central), como para la costa central (por la conexión con la Autopista del Sol). Lo anterior ahorraría tiempo a sus usuarios y empresas de transporte, y minimizaría el impacto ambiental y social a la comunidad localizada en el entorno.
5. En cuanto a los servicios que prestará la Intermodal PAC, la FNE expone que su infraestructura contará con 68 andenes como mínimo (42 para buses

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

interurbanos, seis para buses internacionales y 20 buses de recorrido metropolitano), y 37 boleterías.

6. Luego, indica que las Bases fueron publicadas en el Sistema de Información de la Dirección de Compras y Contratación Pública (“Mercado Público”) el 3 de mayo de 2019 y que dentro de las etapas se consideró una reunión informativa junto a una visita en terreno con potenciales oferentes (ambas de carácter obligatorio y simultáneas), las que se realizaron el 16 de mayo de 2019, asistiendo 11 interesados. Por su parte, el plazo de recepción de ofertas fue el 28 de agosto de 2019, luego de que éste se extendiera en dos oportunidades. Respecto al estado actual de licitación, ésta se encuentra cerrada a la espera de que sea adjudicada al único oferente que presentó una propuesta y la fecha límite de adjudicación era el 22 de abril de 2020.

7. A continuación, la FNE describe la industria de transporte interurbano de pasajeros, señalando como normativa relevante, en primer lugar, el Decreto Supremo N° 212, de 1992, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que rige el Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros. Este reglamento regula los servicios nacionales de transporte público remunerado de pasajeros y los clasifica en urbanos, rurales e interurbanos.

8. La FNE sostiene que los terminales pueden ser privados o públicos, según lo señala Decreto N° 94, de 1984, del MTT que aprueba la Política Nacional de Terminales para Servicios de Locomoción Colectiva no Urbana. Son terminales públicos aquellos emplazados en terrenos municipales o estatales y están expresamente obligados a dar acceso a cualquier empresa que desee prestar servicios de transporte de pasajeros, siempre que su capacidad lo permita (Punto IV, letra G del citado Decreto N° 94). Por su parte, los terminales privados no están afectos a esta obligación de acceso.

9. En cuanto a los servicios que presta un terminal para transporte interurbano de pasajeros y que pueden ser cobrados por quien lo administre, está en primer lugar, la provisión de oficinas para venta de pasajes (“boleterías”) y, en segundo lugar, un patio de maniobras para cargar y descargar pasajeros (conocido como “derecho de uso de losa”). La Fiscalía afirma que los servicios prestados por el terminal tienen impacto directo en los precios, calidad o disponibilidad del servicio de transporte.

10. En este orden de consideraciones, la FNE sostiene que los servicios que prestan los terminales corresponden a un insumo necesario para prestar los servicios de transporte de pasajeros por dos razones. La primera es porque, desde el punto de vista normativo, para que una empresa de transporte interurbano de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pasajeros pueda inscribirse en el Registro Nacional de Servicios de Transporte de Pasajeros (“RNSTP”) debe acreditar que se encuentra autorizada por la administración de un terminal para acceder a este y que cuenta con boletería en el mismo. Con ese registro la empresa puede obtener un itinerario (“cartón de recorrido”) que equivale al permiso para operar una determinada ruta, el que es otorgado por la Secretaría Regional Ministerial de Transportes respectiva. La segunda razón que justifica la relevancia de los terminales, ahora desde el punto de vista de la estructura del mercado, obedece a que un porcentaje importante de los boletos de las empresas de transporte interurbano son comercializados en los mismos terminales, lo que ha sido reconocido por este Tribunal en la Sentencia N° 134/2014 (c. 50°).

11. En cuanto al mercado en el que incide la licitación, la Fiscalía refiere que, si bien la Intermodal PAC puede influir en varios mercados, el mercado que evidentemente se vería afectado es el relacionado con los servicios que prestan los terminales de buses (mercado aguas arriba) a las empresas de transporte de pasajeros en rutas interurbanas (mercado aguas abajo). A continuación, analiza el mercado aguas arriba, que lo define como el de prestación de servicios de terminal de buses para el transporte interurbano de pasajeros en recorridos que comienzan o terminan en la Región Metropolitana. Señala que en él existen cuatro terminales que prestan servicios a empresas de transporte interurbano de pasajeros, a saber, el Terminal San Borja, el Terminal Estación Central, el Terminal Alameda y el Terminal Terrapuerto Los Héroes. Agrega que todos estos están agrupados en un radio de 1,5 km y que los tres primeros están en un radio de 500 metros en el centro de Santiago, con conexión a metro o a trenes. Sin embargo, necesitan usar calles locales para acceder a las autopistas interurbanas lo que aumenta el tiempo de viaje de sus usuarios.

12. De esos terminales, el Terminal Estación Central es público y propiedad de la Ilustre Municipalidad de Estación Central, y su explotación se encuentra concesionada a Inversiones P y R S.A. (empresa relacionada con Pullman Bus), mientras que el Terminal San Borja, si bien es propiedad de Empresa de Ferrocarriles del Estado (“EFE”) y Parque Arauco S.A., tiene una política de acceso abierto. Por su parte, el Terminal Alameda, tiene dos terminales que comparten boleterías, pero que funcionan de forma independiente; el primero es el Terminal Alameda Turbus, que es administrado por Inmobiliaria e Inversiones Ando Limitada. –parte del grupo Turbus-, y el segundo es el Terminal Alameda Pullman Bus, en el que operan buses de la sociedad de Servicios Pullman Bus Costa Central y Pullman del Sur. Ambos terminales son de uso exclusivo de las empresas relacionadas a sus operadoras. Finalmente, el Terminal Terrapuerto Los Héroes, es privado y solo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

permite ingreso a empresas que sean socias de la sociedad dueña Terminal de Buses Los Héroes S.A.

13. En ese contexto, la FNE concluye que el Terminal Estación Central y el Terminal San Borja son los únicos en la Región Metropolitana que ofrecen servicios a empresas de transporte interurbano de pasajeros que no tienen terminal propio y que tienen recorridos que comienzan o terminan en la Región Metropolitana. La Intermodal PAC sería una eventual alternativa para dichos terminales, en el entendido que es de acceso abierto.

14. Respecto de las rutas que se inician en la Región Metropolitana, la Fiscalía señala que se registran 278 ciudades o localidades como destinos finales. De estos destinos, 171 (62%) inician su ruta exclusivamente desde un terminal, mientras que los dos terminales de acceso abierto en esta región, Terminal San Borja y Terminal Estación Central, sirven en conjunto a 140 de esos recorridos y cuentan con la mayor cantidad de empresas de transporte interurbano. Además, la FNE sostiene que los terminales presentan un grado de especialización por destino. Así, el Terminal Estación Central concentra más del 83% de las salidas desde Santiago a las regiones que están ubicadas entre la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins y la Región de Los Lagos. Respecto a la Región de Valparaíso, el Terminal San Borja tiene mayor participación en las salidas que el de Estación Central. Lo anterior permitiría sostener, de acuerdo con la FNE, que el Terminal Estación Central y el Terminal San Borja no serían sustitutos perfectos entre sí.

15. Respecto de las Bases y el proceso licitatorio convocado por la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, la Fiscalía señala que la concesión contempla dos etapas, a saber: (i) la fase de construcción de la Intermodal PAC y (ii) la fase de su operación que tendría una duración de 35 años contados a partir de la recepción definitiva de las obras por parte de dicha Municipalidad.

16. En particular, la FNE da cuenta de que la licitación contempla la evaluación, en primer lugar, de una oferta técnica, que incluye, entre otros antecedentes: (i) una declaración de experiencia y certificados que la acrediten; (ii) el alcance de la obra a ejecutar, esto es, un plan de "Secuencia Constructiva de las Obras" y un plan de trabajo que explicita la estrategia y metodología de los trabajos a realizar, incluida la instalación y cuidado de las faenas; y (iii) un plan de explotación de la concesión que indique, entre otros, el tipo de servicio que se entregará a los usuarios y el plan de conservación y mantención de la infraestructura.

17. En segundo lugar, agrega que se considera una oferta económica que debe contemplar, entre otros, los siguientes antecedentes: (i) el reembolso a la empresa que propuso el proyecto por los estudios realizados de un monto total de 22.589

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

unidades de fomento (“UF”), según lo permite la Ley N° 19.865; (ii) una oferta mínima de UF 752.250 por concepto de inversión en construcción; (iii) un pago por adelantado a la Municipalidad por adjudicación, de 1.050.000.000 de pesos chilenos; (iv) una oferta mínima de 150.000.000 de pesos chilenos anuales, por concepto de pago fijo a la Municipalidad, exigible desde el inicio de la explotación; y (v) una oferta mínima de 200.000.000 de pesos chilenos anuales, por concepto de pago variable a la Municipalidad por el uso de losa, exigible desde el inicio de la explotación. Añade que, en caso de que dos ofertas obtengan el mismo resultado, se establece como mecanismo de desempate el puntaje más alto obtenido en la oferta económica.

18. Finalmente, indica que las Bases exigen garantías para asegurar la seriedad de la oferta, el fiel y oportuno cumplimiento del contrato y la correcta ejecución de obras.

19. En lo que concierne a la pauta de evaluación, la FNE señala que esta pauta evalúa solo algunos elementos de las ofertas técnica y económica, conforme a un promedio ponderado de los ítems que se indican a continuación. Cabe aclarar que el último ítem contenido en la tabla siguiente, denominado “Bonificación para el proponente del proyecto (premio)”, corresponde a un beneficio que otorga la Ley N° 19.865 en el inciso segundo de su artículo 3° (en adelante, “premio”).

Ítem a evaluar	Porcentaje
Oferta económica, desglosada en: <ul style="list-style-type: none"> • Inversión mínima 15% • Pago fijo anual a Municipalidad 10% • Pago variable anual a Municipalidad 12% • Aportes comunales 5% 	42%
Oferta técnica, desglosada en: <ul style="list-style-type: none"> • Anteproyecto de arquitectura 20% • Anteproyecto especialidades 5% • Plazo de construcción 5% • Metodología de construcción 5% 	35%
Experiencia, desglosada en: <ul style="list-style-type: none"> • Registro de contratistas 10% • Manejo de terminales 10% 	20%
Bonificación para el proponente del proyecto (premio)	3%

Fuente: Consulta (folio 7, p. 19)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20. A continuación, la FNE expone que existen algunos aspectos de las Bases que podrían afectar la libre competencia y requieren ser mitigados, los cuales se describen a continuación.

21. En primer lugar, en lo que respecta a la competencia durante la licitación, afirma que el diseño de las Bases contiene elementos que disminuyen la participación de potenciales oferentes, restringiendo la concurrencia e intensidad competitiva en la licitación, al contemplar ciertos requisitos, a saber:

21.1. El establecimiento de un plazo original muy breve, de solo dos meses para la presentación de ofertas, el que se prorrogó en dos oportunidades. En efecto, el proceso licitatorio fijó como plazo original para recibir las ofertas el 3 de julio de 2019, el que se extendió dos veces (la primera vez hasta 7 de agosto de 2019 y, luego, hasta 28 de agosto de 2019). A pesar de esas prórrogas, la FNE estima que el plazo es insuficiente en atención a los antecedentes técnicos solicitados, la envergadura y complejidad del proyecto tanto en su fase de construcción y operación, considerando que no existe un anteproyecto básico de la Intermodal PAC. Estima que el Tribunal debería establecer un plazo prudente para presentar las ofertas.

21.2. El establecimiento de un monto de UF 22.589 por concepto de reembolso a Arauco, como proponente del proyecto, sin incluir antecedentes que lo justifiquen. La Consultante señala que existe poca transparencia en el origen de monto, por lo que la Municipalidad debiera dar cuenta de los criterios que consideró para fijarlo, los costos involucrados en los estudios preliminares incurridos por Arauco y publicar un análisis que permita concluir si corresponde a precios de mercado.

21.3. Respecto de la evaluación de la experiencia, la Fiscalía indica que se permite únicamente acreditarla por la administración de terminales o estaciones intermodales, otorgando el máximo puntaje a quien administre terminales de buses de más de 20.000 m². Afirma que este criterio limita de manera innecesaria la participación de interesados, ya que la experiencia no debería ser necesariamente en ese rubro, sino también en otros análogos como la administración de infraestructuras tales como aeropuertos y centros comerciales, entre otros.

21.4. El establecimiento de una visita y reunión informativa, de carácter simultánea y obligatoria, con todos los interesados. La FNE afirma que esta instancia promueve la interacción entre interesados por la concesión antes de la presentación de las ofertas. Aduce que, con esa reunión, se sabe *ex ante* quiénes son los potenciales oferentes y se brinda una instancia de potencial coordinación entre ellos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

22. En segundo lugar, la FNE afirma que las Bases están redactadas de forma tal que no garantizan el acceso bajo condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias a un insumo necesario para la prestación de servicios de transporte interurbano de pasajeros, ni contienen resguardos para evitar posibles abusos de posición dominante, fundándose en las razones que se exponen a continuación:

22.1. El futuro concesionario tendría libertad absoluta para definir sus tarifas respecto del derecho de uso de losa y el arriendo de boleterías, ya que las tarifas no son reguladas ni tampoco se consideran como una variable de adjudicación de la licitación. Además, del texto de las Bases podría entenderse que existe espacio para discriminar entre las empresas de transporte interurbano de pasajeros. De esta manera, el concesionario podría utilizar el valor de la losa para favorecer a unos usuarios o destinos en desmedro de otros, maximizando sus ingresos y distorsionando la competencia aguas abajo. La FNE estima que las Bases deben considerar como criterio de adjudicación las menores tarifas que cobre el adjudicatario por sus servicios a las empresas de transporte interurbano de pasajeros, y que deberían definirse tarifas máximas y reservadas a ofertar por los servicios que prestará la Intermodal PAC.

22.2. También cuestiona que se otorgue puntaje dentro de la evaluación a los pagos anuales -fijo y variable- a la Municipalidad. Con ello, se incentivaría a los participantes a ofertar mayores montos para luego traspasar ese costo a los usuarios. La Fiscalía sostiene que este criterio de evaluación, sumado al régimen de libertad tarifaria contenida en las Bases actuales genera relevantes riesgos de explotación y no incentiva la eficiente asignación de recursos. Concluye señalando que los pagos a la Municipalidad contemplados en las Bases deberían ser fijos y que el Tribunal, si así lo estima, debería señalar el o los criterios para determinar el valor económico del activo entregado en concesión a efecto de determinar los montos de dichos pagos.

22.3. La Consultante cuestiona además que se evalúe en las Bases el monto total de inversión de la construcción, definiéndose que a mayor monto de inversión se obtiene un mayor puntaje. Lo anterior, a su juicio, podría generar efectos nocivos en la licitación, pues el proyecto más costoso no necesariamente será el más idóneo. Agrega que este mecanismo contraviene las recomendaciones generales sobre licitaciones públicas efectuadas por organismos internacionales, las que sugieren inicialmente se defina el proyecto por parte del ente licitante y luego se adjudique al oferente que pueda construirlo al menor precio. Solicita que el Tribunal evalúe la pertinencia de esta variable de licitación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

23. En tercer lugar, la Fiscalía afirma que las Bases no impiden que el adjudicatario de la concesión sea un actor que participe directa o indirectamente en los mercados en los que incide la licitación, lo que podría generar problemas a la competencia por las razones que se indican a continuación.

23.1. La Consultante señala que si el adjudicatario fuera una empresa con participación directa o indirecta en empresas de transporte interurbano de pasajeros que operen en el Terminal, se generarían riesgos por la integración vertical. En particular, la FNE menciona: (i) riesgos de exclusión derivados del derecho que tendría el concesionario para fijar las tarifas por uso de losa y arriendo de boleterías, definir los horarios y frecuencias de salidas de los buses, asignar las oficinas de venta de pasajes y determinar los tiempos de espera en andenes, entre otras variables de operación; y (ii) riesgos de coordinación entre competidores aguas abajo mediante la empresa administradora del terminal. De esta manera, solicita que se establezcan prohibiciones totales a la participación de empresas integradas verticalmente, o parciales si se acreditan eficiencias derivadas de la integración.

23.2. Las Bases tampoco impiden que el adjudicatario puede participar directa e indirectamente en la administración de otro terminal que preste servicios a empresas de transporte interurbano en la Región Metropolitana o en los destinos servidos desde o hacia el Terminal, lo que podría generar riesgos por la concentración en el mercado de administración de terminales. Por esta razón la FNE pide que se establezcan prohibiciones a la participación de operadores de otro terminal que preste servicios a las empresas de transporte interurbano, de manera similar con lo que se ha establecido en materia portuaria.

24. En cuanto a la plausibilidad de que se materialicen los riesgos descritos, la Fiscalía afirma que el único oferente en la licitación fue la Unión Temporal de Proveedores (“UTP”) compuesta por Arauco (la que presentó en enero de 2017 los estudios preliminares del proyecto de la Intermodal PAC) e Infraestructura S.A. (operador de terminales, del grupo Turbus). Agrega que también es parte del grupo Turbus la sociedad Inmobiliaria e Inversiones Ando Limitada, empresa que administra actualmente el Terminal Alameda de Santiago. Atendido lo anterior, concluye que el único oferente de esta licitación tiene una participación relevante en la industria de transporte interurbano de pasajeros a nivel nacional y, además, tiene empresas relacionadas en ambos mercados, por lo que existen los incentivos para materializar los riesgos descritos precedentemente.

25. Finalmente, a folio 78, la FNE presentó antecedentes complementarios relativos a la industria de transporte interurbano de pasajeros. Sostiene que la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

magnitud de los riesgos ya señalados depende del nivel de concentración en las principales rutas y destinos (número de terminales que sirven a las empresas de transporte interurbano y empresas que sirven esos destinos) y precisa que el 85,5% de los destinos tienen salidas concentradas en uno o dos terminales. Indica que el ingreso de la Intermodal PAC es una oportunidad poco frecuente para incorporar oferta de infraestructura en el mercado de transporte interurbano de pasajeros, debiendo garantizarse que su administración estará efectivamente interesada en competir contra otros terminales y disputarles flujos de pasajeros y rutas a los terminales incumbentes, para que la adjudicación no tenga efectos negativos para la libre competencia.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

26. A folio 33, el 17 de abril de 2020, se dio inicio al proceso de consulta de autos con el objeto de determinar si las Bases consultadas se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso de que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases, de manera que no infrinjan sus disposiciones (“Consulta”).

27. En dicha resolución de inicio se ordenó oficiar a la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda y al MTT, a fin de que estos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la publicación, en extracto, de la resolución en el Diario Oficial, de conformidad con el número 1 del artículo 31 del D.L. N° 211. Dicho plazo fue prorrogado, según resolución del folio 48, hasta el 7 de agosto de 2020.

28. Junto con decretar el inicio de este procedimiento, en la misma resolución se suspendió la licitación, accediendo a lo solicitado por la FNE en el segundo otrosí de su consulta.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

29. A folio 59, el 7 de agosto de 2020, la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda aportó antecedentes dando cuenta de características relevantes de la comuna de Pedro Aguirre Cerda y de la importancia del proyecto de la Intermodal PAC para ésta.

29.1. Respecto del cronograma de propuesta de la Intermodal PAC, explica que la solicitud de declaración de interés público del proyecto de Financiamiento Urbano Compartido para la propuesta de elaboración y aprobación del proyecto “Estación Intermodal Metropolitana Pedro Aguirre Cerda”, fue solicitada el 4 de enero de 2017 por Arauco. Indica que la Municipalidad aceptó la proposición y la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

valorización de los estudios realizados por el proponente, lo que se notificó a éste el 7 de abril de 2019. Luego, el 3 de mayo de 2019, se publicó en el portal de Mercado Público la licitación ID 2392-13-LR19, denominada “Concesión Estación Intermodal Metropolitana- Comuna Pedro Aguirre Cerda”. En el proceso de ofertas solo se recibió una que fue realizada por Arauco, sin perjuicio que a la reunión informativa y visita al terreno asistieron 11 interesados.

29.2. En cuanto a la Ley N° 19.865 y el Reglamento FUC, destaca que la iniciativa surge desde el privado, quien asume el riesgo de postular al financiamiento con recursos propios o gestionando su diseño como la construcción de la obra, permitiéndole recuperar su inversión mediante el otorgamiento de la concesión para el uso y explotación comercial de lo planificado y construido.

29.3. Respecto del terreno en donde se emplazaría la Intermodal PAC, aduce que corresponde a un bien nacional de uso público y afirma que hoy ese terreno no tiene una utilidad manifiesta. Refiere que sería inútil para proyectos inmobiliarios y es un lugar que pasa desapercibido para todos quienes transitan por allí. Añade que el uso de suelo de dicho terreno, según el Plan Regulador Metropolitano de Santiago, es para parque metropolitano, lo que se encuentra sin consolidar. Por su parte, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (“OGUC”) en su artículo 2.1.30 agrega que, en dicho caso, se permite la construcción de un 10% en superficie, lo que el proyecto cumple respetando el uso de suelo con programas complementarios a áreas verdes y proponiendo la totalidad del proyecto intermodal en el subsuelo. Puntualiza que el artículo 4.13.12 de la OGUC establece que las estaciones de intercambio modal pueden emplazarse en las zonas permitidas según el uso de suelo determinado en el Instrumento de Planificación Territorial correspondiente, en este caso el Plan Regulador Metropolitano de Santiago elaborado por la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y el Plan Regulador Comunal de la Municipalidad. En este caso, si bien el uso de suelo es de área verde, éste también permite actividades complementarias (artículo 2.1.30), como el equipamiento de las clases de comercios o servicios considerados en la licitación, posibilitando su emplazamiento en el terreno propuesto.

29.4. En cuanto a la importancia del proyecto en cuestión, la Municipalidad sostiene que es trascendental tener presente el contexto en que se desarrolla la Intermodal PAC, señalando que el proyecto representa una enorme oportunidad para la activación económica y generación de empleo mediante la inversión privada, además de la capitalización para la Municipalidad por 250 millones de dólares al término de la concesión. Afirma que es imposible que la Municipalidad o el Fisco puedan ser autores o financistas de un proyecto de esta envergadura.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agrega que el proyecto es parte del Plan Estratégico de Estaciones Intermodales en la Región Metropolitana, lo que sería un aporte.

29.5. Expone, además, que la propuesta que se está consultando considera aportes adicionales como buses de acercamiento donados a la Municipalidad, luminarias, vehículos de seguridad y construcción de recintos deportivos. Como se señaló, a todos estos beneficios se sumaría la recuperación de un terreno abandonado para convertirlo en un área verde útil para la comuna, la ciudad y habitantes. Finalmente, afirma que este proyecto tiene el beneplácito de las autoridades respectivas, en particular, de la Ministra de Transportes y Telecomunicaciones, así como autoridades regionales.

29.6. A continuación, se refiere al mercado en el que inciden las Bases, la distinción entre una estación intermodal y un terminal de vehículos, y la influencia en el mercado en que participa. Así, en primer lugar, señala que la estación intermodal se define como el inmueble destinado al intercambio de pasajeros entre distintos tipos de transportes, tipos de servicios o vehículos de transporte público.

29.7. En cuanto al mercado de estaciones intermodales de la Región Metropolitana, la Municipalidad precisa que está compuesto por los siguientes inmuebles: (i) Intermodal Bellavista de La Florida operada por Metro S.A.; (ii) Intermodal Lo Ovalle operada por Metro S.A.; (iii) Intermodal Pajaritos operada por Metro S.A.; (iv) Intermodal del Sol operada por Metro S.A.; (v) Intermodal Vespucio Norte operada por Metro S.A.; (vi) Intermodal Franklin operado por Metro S.A.; y, (vii) Intermodal La Cisterna operada por Sociedad Concesionaria Intermodal La Cisterna S.A., empresa privada que participó en la licitación objeto de esta consulta, asistió a la reunión informativa y a la visita a terreno, pero no presentó oferta. Por tanto, para hacer un correcto análisis de los riesgos y medidas propuestas por la FNE, no se debe considerar únicamente los Terminales de Vehículos de Estación Central y San Borja, pues se omite la existencia y relevancia de las estaciones intermodales. Sostiene que este cambio modifica el universo a considerar como mercado, su participación, eventuales posiciones dominantes e igualdad ante la ley en lo referente a la integración vertical y fijación de precios.

29.8. Adicionalmente, la Municipalidad afirma que la Intermodal PAC no solo implica la construcción del terminal sino también se consideran locales comerciales, equipamiento cultural y servicios, un parque urbano y áreas verdes, constituyendo un proyecto único en la región y en el país, y, por tanto, difícil de clasificar junto a otros terminales de buses, incluyendo estaciones intermodales y terminales de vehículos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

29.9. En cuanto a los riesgos para la competencia advertidos por la Fiscalía, señala, en primer lugar, que ésta considera que el plazo inicial para presentar ofertas fue escaso, a pesar de que se amplió ostensiblemente en el proceso. Indica que tal aseveración es subjetiva, pues no se explicita cuál sería el plazo ideal. Además, conforme a la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (“Ley N° 19.886”), y su reglamento, el D.S. N° 250 de 2004, del Ministerio de Hacienda (“D.S. N° 250”), los plazos mínimos entre el llamado y recepción de ofertas deben ser definidos por cada autoridad atendiendo el monto y complejidad de la adquisición. Ahora bien, en caso de que el monto de la contratación sea igual o superior a 5.000 Unidades Tributarias Mensuales (“UTM”), el llamado deberá publicarse en el Sistema de Información de la Dirección con una antelación de, a lo menos, 30 días corridos anteriores a la fecha de recepción de las ofertas. En este caso, la Municipalidad indica que subió las bases al sistema el 3 de mayo de 2019 y que la primera fecha de cierre de ofertas era el 7 de agosto de 2019, y que se extendió hasta el 28 de agosto de 2019, esto es más de 90 días. Además, sostiene que ninguna de las once personas naturales o jurídicas interesadas que asistieron a la reunión técnica y visita en terreno, señalaron que el plazo era insuficiente.

29.10. Respecto de la crítica sobre la falta de antecedentes que justifiquen la determinación del monto de UF 22.589 por concepto de reembolso a Arauco, señala que la Ley N° 19.865 establece que para el caso que el adjudicatario no sea el proponente, las bases de licitación pueden incluir la obligación del adjudicatario de reembolsar al proponente todo o parte de los costos de los estudios que éste debió realizar para elaborar su proposición, en la forma, modo y plazos que allí se establezcan. Señala que la única obligación que le asistía al proponente era entregar un presupuesto del valor a reembolsar, el que considera el valor de mercado de los estudios realizados, permitiéndose al Municipio restringir a una parte del total valorado el pago en cuestión.

29.11. Indica también que el valor presupuestado de los estudios, los que estarían publicados en la plataforma de Mercado Público, fue incorporado en las Bases sin que fuera cuestionado por ninguna persona. Agrega que ni la Ley N° 19.865 ni su reglamento exigen que se acompañen antecedentes que justifiquen el monto de los estudios y que, además, de la naturaleza de éstos se observa que son instrumentos respecto de los cuales se aprecia el trabajo intelectual, por lo que tendrá el valor que su autor o autores estimen pertinente, siendo arbitrario cuestionar tal decisión *a priori*. Afirma que, por último, el valor del monto a reembolsar y el premio otorgado en puntaje por la licitación no serían relevantes en el proceso licitatorio, pues solo se presentó un interesado que es el mismo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proponente, no ocasionándose perjuicio alguno a otras personas naturales o jurídicas.

29.12. En cuanto a la crítica sobre los requisitos de experiencia exigidos en las Bases, la Municipalidad sostiene que se consideró que no se debía experimentar sobre la cualidad que debía presentar quien se adjudicara la licitación, atendido que se trata de una obra que luego de ser construida, será destinada única y exclusivamente a servir de terminal de transporte público terrestre. Con todo, aclara que, según la tabla de asignación, el puntaje se inicia con la experiencia obtenida en la administración de terminales con una superficie mínima (2.000 m²), por lo que dicho requisito no era excluyente. Explica que el único oferente que se presentó fue Arauco, bajo la promesa de constituir una UTP, la cual no tiene experiencia alguna en la administración de terminales, pero se asoció con una empresa que cuenta con tal experiencia, Infraestructura S.A. Lo anterior, despejaría el temor de haber restringido la participación de eventuales interesados, añadiendo que, según lo señalado por el Tribunal de Compras Públicas, la exigencia de experiencia es un requisito evaluable y que debe ser proporcional a la magnitud de la obra, bien o servicio que se requiere contratar.

29.13. En cuanto a la visita y reunión informativa obligatoria realizada durante el proceso licitatorio, las que, según la FNE habrían promovido la interacción entre interesados por la concesión antes de la presentación de ofertas, la Municipalidad señala que el objetivo de fijar este tipo de trámite en la licitación es asegurar el respeto a la transparencia, el trato igualitario y la seriedad, tanto de la entidad licitante como de los interesados. Agrega que la FNE no señala cómo la Municipalidad debió cumplir estas etapas, pero supone que sería teniendo reuniones distintas para cada interesado, lo que no sería coherente con la posición de la Contraloría General de la República (“CGR”) ni el Tribunal de Contratación Pública (“TCP”) respecto de dicha práctica.

29.14. En relación con la crítica sobre la libertad tarifaria, la Municipalidad afirma que la fijación de precios afecta el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar una actividad económica, y que solo puede regularse por ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 y N° 24 de la Constitución Política. Añade que le es imposible prever los precios máximos de derechos de losa y arrendamiento de boleterías, toda vez que las Bases se elaboraron tres años antes del inicio de funcionamiento de la Intermodal PAC. En este sentido, propone que los precios se fijen mediante un Panel de Expertos, fijado por el MTT, y no en las Bases, como se hace en el Sistema RED (del cual participaría Metro S.A.).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

29.15. A continuación, se pronuncia respecto a la eventual ausencia de garantías para el acceso en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias a un insumo que es necesario para la prestación de servicios de transporte interurbano de pasajeros. Al respecto, afirma, en primer lugar, que no hubo oportunidad de calificar esa objeción en el proceso mismo, ya que solo se presentó un interesado, quien era el proponente del proyecto; y, en segundo lugar, explica que el establecimiento de un mejor puntaje para el oferente que ofrezca un pago mayor a la Municipalidad lo considera un reflejo de la condición de transparencia e igualdad de trato de los oferentes en todo momento y, en particular, al examinar su oferta. En cuanto al temor de la Fiscalía respecto del traspaso de un mayor costo a los usuarios atendido el criterio de mayor pago a la Municipalidad señala que ello no es posible de advertir y prever en la etapa de elaboración de la licitación, pues se trata de un servicio no sujeto a tarificación, por lo que no era una variable que se podía determinar en las Bases.

29.16. Luego, respecto a la crítica acerca del monto total de inversión de la construcción como criterio de evaluación de las ofertas, señala que la afirmación de la Fiscalía respecto de que un proyecto más costoso no necesariamente será efectivamente el más idóneo, sería una posición subjetiva. Agrega que de dicha afirmación se puede interpretar como que un proyecto austero o de mínimo costo, sí daría garantías de ser más idóneo, conclusión que no resiste mayor análisis. Manifiesta que una obra pública no debe estar condicionada a ser básica o de un mínimo valor agregado, pues la población y la comunidad merecen que las obras que dependen de la Municipalidad sean de calidad e idóneas. Respecto de esto último, señala que ello se asegura al momento de presentar el proyecto definitivo a la Dirección de Obras Municipales ("DOM"). De este modo, la relación costo-idoneidad de este tipo de proyectos puede y debe ser verificada y regulada cuando se solicite el permiso definitivo de construcción a cargo de un órgano independiente en lo técnico, pero integrado a la Municipalidad, esto es, la DOM.

29.17. En cuanto al eventual problema de integración vertical, sostiene que es viable proponer una medida de mitigación, como, por ejemplo, que el operador no sea un empresario de transporte de pasajeros. En cuanto a los riesgos derivados por una eventual concentración, afirma que solo la FNE notó ese problema y que podría ser resuelto también con una medida de mitigación que se incorpore al contrato de concesión como acto terminal de esta licitación.

29.18. Por otro lado, expresa que el estudio de la FNE a las Bases no considera (i) el contexto de origen de la propuesta; (ii) que no existen recursos públicos directos ni inversión por parte de la Municipalidad, afectándose solo un retazo de terreno

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estéril ubicado en un sector sin posibilidades de plusvalía y desarrollo social o urbano, ni siquiera como área verde, pues el acceso está completamente restringido al estar rodeado de amplias avenidas o autopistas; y (iii) que las Bases no contemplaron cláusulas que limitasen por sí mismas la participación de terceros. Hace presente que la FNE no solicita que se deje sin efecto la licitación o que se retrotraiga el proceso, sino que pediría mitigaciones para asegurar que no exista infracción a las normas de la libre competencia en la implementación de la licitación o en la ejecución del contrato.

30. A folio 61, el 7 de agosto de 2020, el MTT aportó antecedentes describiendo la Consulta y detallando los elementos más relevantes de las Bases y la normativa aplicable en materia de terminales.

30.1. Da cuenta que el año 2013, se creó la mesa de estaciones intermodales liderada por el Programa de Vialidad y Transporte Urbano de SECTRA. El año 2018 esta mesa elaboró un Plan Estratégico (“Plan”) que analiza, prioriza y evalúa las inversiones requeridas en la región para mejorar la calidad de los viajes de sus habitantes.

30.2. El MTT señala que actualmente en el Gran Santiago existen nueve estaciones intermodales con infraestructura especializada para estos fines, todas ubicadas en estaciones de metro. Todas son operadas por Metro S.A., excepto las de La Cisterna y la del Aeropuerto, que funcionan bajo el modelo de concesiones. Además, afirma que existen seis terminales para buses rurales e interurbanos ubicados en el centro de la ciudad.

30.3. El Plan considera, además, de los terminales para buses rurales e interurbanos y de las estaciones intermodales del Gran Santiago señalados precedentemente, una propuesta de 37 nuevos intercambiadores distribuidos en la región, con el objetivo de mejorar la experiencia de los transbordos entre modos de transporte, generando viajes más gratos y eficientes para todos los usuarios del sistema de transporte. Indica que para la ubicación de dichos proyectos se consideraron portales de acceso al área urbana, el complemento con estaciones de intercambio modal urbanas, la incorporación de zonas de intercambio modal, que corresponde a los espacios públicos donde ocurre la intermodalidad de forma ordenada y eficiente, y la inclusión de intercambiadores externos ubicados en todas las localidades rurales de la Región Metropolitana que tengan más de 50.000 habitantes.

30.4. Añade que, como parte del desarrollo del Plan, se han evaluado diferentes tipos de negocios para asociar a cada una de las estaciones intermodales y terminales que son parte del Plan. Entre ellos, se consideró Lo Valledor, por su

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ubicación estratégica, lo que permitiría a los usuarios de transporte público y privado provenientes del sector sur y poniente de la Región Metropolitana y otras regiones, ingresar al centro y oriente de la ciudad a través del Metrotren Nos Express y Línea 6 de Metro, de forma fácil, cómoda, segura y expedita, generando una importante descongestión en el interior de la ciudad. Se estima que a través de este intercambio los usuarios de la estación intermodal podrían ahorrar casi 30 minutos en cada viaje.

30.5. A continuación, realiza un análisis técnico de los antecedentes del proceso licitatorio. Así, respecto de las Bases, señala que en la sección 2.5 de las BT se describe de forma breve y sin detalle las características que debe tener el anteproyecto, y que solo se indica el número de andenes y boleterías mínimas, sin fundamento técnico que justifique dicha cantidad. Luego, considera que los criterios de diseño que debe entregar el proponente debieran ser condiciones establecidas en los términos de referencia del proceso y no en sus BT (sección 2.6.2), para asegurar la correcta operación y uso del espacio para los buses y usuarios que utilicen la estación. También, cuestiona la sección 2.7.4.5 de las mismas bases, que establece que una vez adjudicada la concesión se debe desarrollar la ingeniería básica de un proyecto vial para la solución del enlace en la Ruta 78 con autopista General Velázquez el cual se debe basar en el anteproyecto que se presenta en la licitación. Afirma que, atendido el plazo que tuvieron los oferentes para preparar sus ofertas, no es posible asegurar que hayan realizado un análisis alternativo para la definición del anteproyecto. Por último, hace presente que la información sobre los estudios realizados para la propuesta en el marco de la Ley N° 19.865 no estuvieron disponibles para todos los oferentes interesados, esto es, no se encontraban en el portal de Mercado Público.

30.6. Respecto de los Anexos, afirma que no obstante que en el “Anexo 2: Estudio estratégico-Términos de referencia” se señala que existiría participación de los organismos públicos correspondientes, como la Secretaría Regional Ministerial del MTT, no se presentan antecedentes que avalen que éstos hayan participado o hayan sido consultados respecto de esta licitación. En cuanto al “Anexo 3: Estudio Alternativa Reordenamiento”, en primer lugar, realiza comentarios al documento denominado Diagnóstico Estratégico del segundo semestre de 2018, aduciendo que este hace referencia a planes antiguos (2013), que no considera el Plan. Además, sostiene que no se presenta un análisis adecuado para los servicios urbanos, rurales y taxis colectivos, ya que no se indican recorridos, frecuencias ni cabezales cercanos. Luego, al revisar su contenido arguye que se desprende que se trata de una primera fase de análisis, sin que se cuente con toda la información

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relativa al estudio. Finalmente, respecto del “Anexo 7: Partida general”, señala que el número de andenes y boleterías no se basa en ninguna justificación técnica.

30.7. En cuanto al anteproyecto que se solicita presentar como parte de la oferta técnica, el MTT afirma que para su correcta elaboración se requiere contar con planos de prediseño de la mejor alternativa de proyecto, según un análisis y evaluación detallada que considere todos los elementos de una estación intermodal. Sin embargo, los oferentes no habrían contado con esta información, por lo que resulta complejo que se logre un producto que cuente con todas las condiciones necesarias para una intermodal.

30.8. Respecto de la evaluación y plazos del proceso de licitación, el Ministerio indica que en la pauta de evaluación se premian las ofertas económicas que ofrezcan mayor cantidad de dinero a la Municipalidad, pudiendo traspasarse ese costo a las empresas de transporte interurbano de pasajeros, lo que desincentivaría su uso y con ello que se logre la descongestión de los sectores céntricos de la Región Metropolitana. Asimismo, señala que el plazo fue insuficiente para generar un producto de calidad, atendido que se trata de un anteproyecto de múltiples especialidades.

30.9. A continuación, destaca que del análisis técnico de los documentos que forman parte del proceso, se puede concluir que, en primer lugar, el estudio de ingeniería de la Intermodal PAC, según las Bases, se debe fundar en un anteproyecto que es parte de la oferta técnica, respecto del cual no se exigieron criterios de diseño, tuvo un plazo insuficiente para su elaboración y no contó con todos los informes preliminares de la iniciativa de la Ley N° 19.865. En segundo lugar, sostiene que es recomendable que los estudios previos permitan un desarrollo correcto del anteproyecto de la intermodal y que cuenten con participación de los organismos técnicos del Ministerio, lo que es fundamental para una correcta operación de la explotación de la Intermodal PAC, lo que no existió en este caso. En tercer lugar, afirma que no existen condiciones que aseguren la operación y carga de los buses eléctricos, lo cual es indispensable para terminales y estaciones intermodales. Por último, señala que no se asegura conexión directa con la estación del Metro Lo Valledor, que conecta a su vez con el Metrotren Nos, desde donde vendrá la mayor parte de los pasajeros que utilizarán el terminal urbano, rural e interurbano.

30.10. Luego, define los elementos mínimos que debiera considerar un anteproyecto de intermodal, entre otros, la bahía o sitio, la plataforma o andén, la zona paga, etc., afirmando que dichos componentes no están siendo completamente abordados en los antecedentes de la licitación, ni se exigiría este

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

análisis para el anteproyecto. También enumera los análisis mínimos que se debiesen realizar como parte del desarrollo de un anteproyecto considerando el diagnóstico de la intermodal, el prediseño de alternativas de proyecto y catastros para el desarrollo del anteproyecto, afirmando que de los antecedentes revisados no se cuenta con tales análisis, los que son fundamentales previo al desarrollo de todas las especialidades del anteproyecto.

30.11. En cuanto a las observaciones de la FNE, comparte que los plazos son insuficientes para participar en condiciones de igualdad y que la experiencia exigida podría considerar, también, a los operadores de grandes obras, como estacionamientos y aeropuertos, y no solo la administración de terminales. Añade que las Bases no garantizan el acceso bajo condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias a un insumo que es necesario para la prestación de servicios de transporte interurbano de pasajeros, ni contiene resguardos para evitar posibles abusos de posición dominante. En particular, plantea los siguientes cuestionamientos: (i) el futuro concesionario tendría libertad absoluta para definir sus tarifas respecto del derecho de uso de losa y canon de arriendo de boleterías; (ii) el puntaje dentro de la evaluación en base a pagos anuales a la Municipalidad incentiva a ofertar mayores montos traspasando el costo a los usuarios; y (iii) el monto total de la inversión se evalúa asignando un mayor puntaje al mayor monto, lo que podría ser nocivo porque éste no siempre es el proyecto más idóneo. Agrega que la menor tarifa debiese ser el criterio de evaluación a fin de mejorar las condiciones de los usuarios. Además, considera inconveniente la libertad tarifaria y la integración vertical, por lo que estima esencial limitar estas condiciones en las bases de licitación para asegurar la igualdad de condiciones de los distintos operadores del transporte.

30.12. En relación con lo anterior, sostiene que considera riesgoso que el adjudicatario de la concesión sea una empresa integrada verticalmente con una empresa de transportes interurbanos de participación relevante en el mercado, por lo que estima apropiado establecer un umbral máximo de un 40% a un 60%, o el límite que este Tribunal determine. En relación con la posibilidad de que el adjudicatario pueda administrar otro terminal en Santiago, señala que se produciría una concentración que podría traducirse en que los operadores generen políticas que afecten o atenten contra la libre competencia.

30.13. A modo de conclusión, señala que (i) el proceso de diseño y construcción no garantizaría una correcta operación y el mejor uso que se le puede dar al terreno; (ii) las Bases contemplarían plazos insuficientes; (iii) en el diseño de las Bases no se considerarían estaciones de carga para buses eléctricos; (iv) las Bases no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

garantizarían el libre acceso a todos los usuarios -empresas de transporte interurbano de pasajeros- y que no se encontrarían definidas las condiciones objetivas no discriminatorias para su operación; y (v) se requeriría determinar un umbral de integración vertical que asegure la mayor participación de actores en el mercado y resguarde que los mayores costos de ejecución del proyecto no sean traspasados a los usuarios del terminal y con ello se privilegie al adjudicatario del proyecto por sobre intereses sectoriales o intereses particulares.

31. A folio 62, el 7 de agosto de 2020, Infraestructura S.A., aportó antecedentes señalando que, en conjunto con Arauco, bajo el compromiso de constituir una UTP en caso de resultar adjudicados, propusieron a la Municipalidad el desarrollo de un proyecto inmobiliario denominado “Rodoviario Metropolitano de Pedro Aguirre Cerda” o “Estación Intermodal Metropolitana Pedro Aguirre Cerda”.

31.1. Señala que la propuesta, así como la licitación conducente a su adjudicación, se desarrollaron en el marco de la Ley N° 19.865, la que permite una colaboración público-privada, reconociendo ciertos derechos legales al proponente, pero garantizando también la realización de una licitación competitiva. Sostiene que su propuesta, así como su participación en la licitación ha sido siempre buscando un proceso transparente y competitivo, lo que no obsta que el proceso sea perfectible. Con todo, indica, que ello no significa que se infrinja el D.L. N° 211 o se requiera la imposición de una o más medidas solicitadas por la FNE en la presente Consulta.

31.2. Como antecedentes de la propuesta, detalla que el 4 de enero de 2017, Arauco propuso a la Municipalidad que el proyecto Intermodal PAC, a emplazarse en el bien nacional de uso público ubicado en Avenida Carlos Valdovinos N° 3493, con una extensión aproximada de 42.500 m², se declarase como de interés público en el marco de la Ley N° 19.865. El 8 de febrero de 2017, la Municipalidad accedió a lo solicitado y otorgó un plazo de 180 días para que Arauco entregara los estudios mínimos para continuar con la etapa de proposición. Dichos estudios fueron los siguientes: a) Estudio de Títulos de Dominio; b) Levantamiento Topográfico; c) Estudio de Mecánica de Suelo; d) Estudios de Infraestructura, Redes de Servicio, Capacidad y Relocalización; e) Estudio Estratégico con Reasignación (EISTU); f) Estudio alternativas para el reordenamiento de zonas uso de suelo PRC; g) Estudio sobre Incidencia en el Medio Ambiente; h) Participación ciudadana en el marco del proyecto; i) Estudio Económico y Social del Uso de Suelo; j) Estudio Alternativas Mantención Parque y Espacios Públicos; k) Alternativas de Gestión para Espacios Públicos; l) Términos de Referencia para Bases de Licitación; m) Estudio Ambiental

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Estratégico (EAE); n) Partido General; ñ) Propuesta Estudio Seccional; y o) Estudio Análisis Prospectivo Comunal del Proyecto.

31.3. Afirma que el 16 de marzo de 2017, Arauco informó a la Municipalidad la valorización de los costos de los estudios antes señalados. Luego, el 7 de abril de 2017, la Municipalidad aceptó la valorización, a fin de que estos valores fueran incluidos en las Bases y reembolsados al proponente del proyecto, si se adjudica un tercero. Destaca que dicho reembolso solo tiene como objetivo restaurar la situación de igualdad entre los participantes de la licitación, de modo que quien propuso el proyecto y financió los antecedentes para ello, se encuentre en una situación económica similar que aquellos que no lo han hecho.

31.4. Indica que el 6 de diciembre de 2018, Arauco hizo entrega a la Municipalidad de los estudios mínimos realizados y que el 19 de diciembre de ese año, ésta última declaró que los estudios se ajustaron a la Ley N° 19.865. Después, el 3 de mayo de 2019, se publicaron las Bases de Licitación en el portal de Mercado Público.

31.5. Explica que las Bases exigían que la concesionaria formara un equipo de trabajo, debiendo contar con una empresa constructora con experiencia e inscrita en los registros del Ministerio de Obras Públicas (“MOP”) y del Servicio de Vivienda y Urbanización (“Serviu”), y una empresa operadora con experiencia en la administración de terminales o estaciones intermodales de pasajeros (sección 1.4.1). Por ello, se propuso la formación de una UTP con Arauco, en calidad de empresa constructora, e Infraestructura S.A., en su calidad de administradora de terminales. Dicha UTP estaría conformada por ambas empresas con participación de un 50% cada una y se distribuirían sus responsabilidades de acuerdo con sus experiencias. Explica que, si bien no participó en la presentación de las ofertas, sí colaboró con Arauco mediante el aporte de información, así como con la entrega de recursos para la confección de los estudios mínimos referentes a sus áreas de experiencia.

31.6. Explica que Infraestructura S.A. es una empresa dedicada a la operación de terminales de transporte interurbano de pasajeros, con cerca de 20 años de experiencia. Indica que, actualmente, administra once terminales a lo largo de Chile, ninguno de ellos en la Región Metropolitana. Agrega que las Bases exigían como requisito mínimo que la concesionaria tuviera una experiencia en administración de terminales acumulando una superficie igual o superior a 2.000 m², a pesar de que podrían generarse confusiones entre lo que señalan las mismas bases en la sección 1.4.1 y lo señalado en los Criterios de Evaluación de estas. Lo anterior, pues en dicha sección se indica que el operador “*deberá contar con la experiencia de haber administrador Estación Intermodales [sic] o Terminales de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

buses a nivel Nacional [sic], acumulando como mínimo una superficie de 20.000 m² mientras que según la sección 1.13 que contiene los Criterios de Evaluación, se otorga puntaje de 100% en el ítem manejo de terminales a quienes acrediten una acumulación de superficie igual o superior a 20.000 m², y una escala de puntajes para tramos de superficie administrada menores a dicha superficie partiendo desde los 2.000 m². Aclara que, de hecho, la UTP no logró que se le reconocieran los 20.000 m², sino 10.500 m² y que, según el estudio “Análisis de Regulación de Transporte sobre Terminales de Pasajeros”, 2007, de Cis Asociados Consultores en Transporte Ltda., existían 27 terminales con una superficie superior a 2.000 m² a nivel nacional, lo que no incluye a aquellos actores que eventualmente alcanzan dicha superficie por haber administrado distintos terminales de menor tamaño.

31.7. En cuanto al desarrollo del proceso licitatorio, señala que el 28 de agosto de 2019, luego de dos prórrogas otorgadas por la Municipalidad, presentó su oferta en conjunto con Arauco. En esa misma fecha se procedió al cierre de la licitación y a la apertura de la única oferta técnica de Arauco e Infraestructura S.A. El 12 de septiembre de 2019, la comisión evaluadora emitió el acta de calificación técnica del único oferente, con una nota final de 49,70%, la que es técnicamente aceptable y que supera los requisitos mínimos contemplados en las Bases. Luego, el 25 del mismo mes, se procedió a la apertura de la única oferta económica y se emitió el acta en la que calificaron que dicha oferta cumplía con lo señalado en las Bases, pasando los antecedentes a la Comisión Evaluadora. A la fecha, la licitación no ha sido adjudicada por cuanto está suspendida.

31.8. Respecto del proyecto de la Intermodal PAC, señala que este se desarrolla en general de manera subterránea y comprende tres áreas, las que se dividen en seis niveles. La primera, que se ubica en la superficie y ocupa los dos primeros niveles, contempla la fachada formal a través de la cual se vincula con el Metro, un parque urbano, un boulevard comercial y un salón de equipamiento comunal. La segunda área, se ubica subterráneamente por debajo del boulevard comercial, ocupando el primer nivel subterráneo y comprende un centro comercial subterráneo de 12.500 m² aproximadamente y sus áreas de apoyo. La tercera área, ubicada en los tres últimos niveles subterráneos, corresponde a la estación intermodal de transporte de pasajeros y contendrá boleterías, andenes y patio de maniobras, así como los servicios y comercios de apoyo. En cuanto al área de terminales, esta tendrá 37 boleterías (aproximadamente), 70 andenes segregados del resto del inmueble por un sistema de torniquetes o líneas de control y 17 espacios para buses en espera.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

31.9. Explica que, además de las boleterías, se implementará un sistema de tótems inteligentes que, entre otras funciones, entregará información continua y actualizada del proyecto, indicando sus principales características, su organización, los servicios comerciales y operadores, horarios de funcionamiento, información de buses y un plano de ubicación interior. Asimismo, dichos tótems también permitirán informar a los pasajeros sobre las empresas de transporte que operan en el terminal y los servicios programados, permitiendo que las empresas compitan en igualdad de condiciones por el pasajero, sin importar su tamaño y cantidad de boleterías. También se podrá acceder a la venta de pasajes disponible en la página web de cada empresa (punto de venta multicompañía para los usuarios del terminal). Aclara que, dado que se accederá a la página web de cada compañía para comprar los pasajes, la Intermodal PAC no accederá a información sensible sobre las ventas de aquellas. Destaca que con el sistema de tótems todas las empresas contarán con una alternativa sin costo para la venta de pasajes en la Intermodal PAC, bajando con ello los costos del servicio de transporte interurbano de pasajeros al permitir la reducción de la cantidad de boleterías necesarias para prestar sus servicios.

31.10. En cuanto al centro comercial, señala que este tendrá aproximadamente 29 tiendas comerciales, con superficies desde 38 m² a 1.090 m², adaptándose a los requerimientos específicos de los comerciantes, y detalla que también existirán tiendas comerciales en las demás áreas de la Intermodal PAC.

31.11. Atendido lo anterior, recalca que la Intermodal PAC es un proyecto principalmente inmobiliario, en el cual se integra un importante espacio comercial (21.643 m² aproximadamente) y una estación intermodal de transporte, las que interactúan, pero cumplen funciones distintas. Así, el área del terminal cumple la función de “tienda ancla” o “producto gancho” para atraer clientela al sector comercial, que es el que representa la mayor extensión de la Intermodal PAC. Se trata, entonces, de un sistema funcionalmente integrado, pues se espera que el flujo de pasajeros represente la masa crítica que haga atractiva la oferta de locales comerciales para los posibles arrendatarios.

31.12. Indica que, a diferencia de otros terminales que también cuentan con centros comerciales, como por ejemplo el Terminal de Estación Central y el Terminal San Borja que se ubican en zonas de alto tráfico vehicular y peatonal y multiplicidad de actividades o servicios complementarios, la zona donde se emplazará la Intermodal PAC no cuenta con las características propias para un proyecto de comercio detallista. Añade que no hay centros comerciales cerca del terreno donde se emplazará la Intermodal PAC y que, si bien se encontrará cercana al Mercado Lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Valledor, este es un mercado mayorista que difícilmente es comparable con el tipo de ventas minoristas.

31.13. Concluye que la rentabilidad del sector comercial de la Intermodal PAC depende fundamentalmente del flujo de pasajeros del terminal, de modo que captar y mantener las empresas de transporte que deseen utilizar el terminal será un factor crucial para el éxito del negocio inmobiliario. Por ello el proyecto tenderá a maximizar la cantidad de operadores y de salidas de buses con el objeto de maximizar sus utilidades, tanto del sector comercial como del área de terminal. Tan relevante resulta esto que los ingresos proyectados por ventas del terminal (arriendo de boleterías y uso de losa) representan un 33% de los ingresos totales, mientras que las ventas del sector comercial corresponden al 67% restante.

31.14. Respecto de los riesgos observados por la FNE, señalan, a modo general, que discrepan de ellos y que si bien las observaciones de dicho organismo se basan en jurisprudencia de este Tribunal, ésta se refiere a mercados o a situaciones totalmente distintas al mercado relevante de autos, por cuanto dicha jurisprudencia se refiere a casos sobre instalaciones esenciales o, al menos, a concesiones que otorgan al adjudicatario un poder monopólico o una dominancia en el mercado relevante de que se trata, elementos que no concurren en este caso.

31.15. Infraestructura S.A. enfatiza que hay dos materias en las que las afirmaciones de la FNE son inconsistentes con la estructura del mercado, con la estructura del proyecto de la Intermodal PAC y con la estructura corporativa de la UTP y sus miembros.

31.16. La primera tiene que ver con la necesidad del régimen tarifario que plantea la FNE. Al respecto, señala que este régimen se justifica en circunstancias muy excepcionales respecto de instalaciones esenciales o incluso en mercados monopólicos o altamente concentrados, lo que no se da en la especie ya que la Intermodal PAC no explota una instalación esencial, no presta un servicio de carácter monopólico ni tampoco obtendrá, solo por ello, un poder de mercado del cual pueda abusar. En su parecer, dicho régimen tarifario tampoco se justifica porque se estaría en presencia de un mercado competitivo ni menos por un periodo muy extendido de tiempo (concesión es por 35 años). Reitera que la factibilidad del proyecto se basa fundamentalmente en el atractivo del área comercial, por lo que es improbable que sea económicamente beneficioso abusar de un eventual poder de mercado, el que, insiste, no existe. Añade que la Intermodal PAC sería una nueva alternativa para las empresas de transporte, que deberá desafiar a los incumbentes y, por lo tanto, se verá disciplinada por los actuales terminales en el cobro de losas y boleterías, por lo que deberá fijar sus precios por debajo de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

actualmente vigentes, de manera de atraer a los actores de la industria a operar en una zona en que actualmente no hay terminal.

31.17. La segunda materia en la que Infraestructura S.A. discrepa de la FNE dice relación con los supuestos riesgos derivados de la integración vertical y horizontal, afirmando que no son razonables y que es imposible que se materialicen en el caso de autos. Añade que los riesgos que identifica la Consultante en algunos casos son nulos y, en otros, la puesta en marcha de la Intermodal PAC no genera variación alguna de los riesgos actualmente existentes, por lo que no se justifican las medidas solicitadas.

31.18. Para descartar ambos riesgos, indica que es necesario describir las reales características del mercado de terminales de transporte interurbano de pasajeros y de la Intermodal. Para ello, en primer lugar, cuestiona el mercado propuesto por la FNE, pues este estaría reducido solo por el Terminal Estación Central y el Terminal San Borja, los cuales solo competirían en algunas rutas, siendo monopolísticos en las demás. Afirma que dicha definición de mercado relevante es infundada e incorrecta, ya que, la FNE no explica adecuadamente por qué las estaciones de intercambio modales no forman parte de este.

31.19. Sostiene que la interpretación de dicho organismo sobre intermodales tiene dos problemas. Por un lado, es formalista, ya que identifica a los actores relevantes del mercado según si ellos pueden ser utilizados por la empresa de transporte para efectos de realizar su inscripción en el RNSTP, en circunstancias que lo relevante es si sirven como instalaciones para el movimiento de pasajeros para el transporte interurbano. Entonces, no se explica por qué son excluidas las Intermodales, en circunstancias que la gran mayoría de ellas realiza transporte interurbano de pasajeros, estas son Bellavista La Florida, La Cisterna, Lo Ovalle, Pajaritos y Vespucio. Destaca el caso de la Intermodal Pajaritos, que es el punto de embarque más relevante de la Región Metropolitana para rutas con destino a los principales puntos del litoral central y de la Región de Valparaíso, y que es un terminal que cuenta con cerca de 13 boleterías, 11 andenes y similar número de locales comerciales, y desde ella se inician 390 salidas diarias a los destinos del litoral central. Además, existen otras estaciones intermodales (Del Sol, Lo Valledor y Franklin), en las que, si bien actualmente se prestan únicamente servicios de transporte urbano y rurales, no existen barreras para que puedan prestar servicios de transporte interurbano de pasajeros.

31.20. Por otro lado, la interpretación de la FNE no se ajusta a la actual regulación del Decreto Supremo N° 212, de 1992, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que rige el Reglamento de los Servicios Nacionales de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Transporte Público de Pasajeros, que en su artículo 45 bis describe las estaciones intermodales como un tipo de terminal. En tal sentido, en la medida que la estación de intercambio intermodal se encuentre debidamente autorizada para realizar movimiento de pasajeros de acuerdo con el artículo 46 bis del citado decreto supremo, no existe impedimento para que sea considerada como un terminal para los efectos de realizarse la inscripción en el RNSTP.

31.21. Señala que existen servicios que inician sus recorridos en una estación intermodal, por lo que utilizan dicho punto de origen como antecedente para la obtención de RNSTP. Por lo demás, la obligación de contar con acceso a un terminal autorizado para inscribirse en el RNSTP como argumento no tiene sentido si se refiere a las estaciones intermodales, que sí son terminales para efectos de la normativa sectorial. Afirma que, lo que resguardaría la norma es que el recorrido, en ciertas ciudades pobladas, se inicie en un terminal autorizado, pero ello no impide que el recorrido se inicie en un terminal que permita el registro en el RNSTP y luego tome pasajeros en otros terminales, paradero o paradas. Dado lo anterior, el mercado relevante debe considerar, al menos, los terminales intermodales que funcionen como terminales para los servicios de transporte interurbano de pasajeros, independientemente si dicha estación intermodal ha sido o no considerada por las empresas de transporte para solicitar su inscripción en el RNSTP.

31.22. También cuestiona que la Fiscalía no explica por qué los terminales de Estación Central y San Borja, y los demás terminales de la región, no son sustitutos perfectos entre ellos, en circunstancias que son instalaciones que prestan el mismo servicio y cumplen la misma función. Según la FNE, la diferencia estaría dada por el destino de sus salidas; sin embargo, Infraestructura S.A. aduce que no justifica las razones según las cuales implicaría que uno de dichos terminales no pueda sustituir al otro, ya que si bien pueden existir diferencias en los recorridos que se inician actualmente en uno y otro, ello depende de las decisiones de la empresa de transporte y no de una característica particular o exigencia del respectivo terminal, por lo que no existiría una barrera real para que la división de salidas pueda ser modificada.

31.23. Luego, sostiene que, si bien en la Consulta no se dice de forma expresa, se trata a los terminales de pasajeros como una instalación esencial para el mercado de transporte de pasajeros o que otorgarían a su adjudicatario el poder necesario para incurrir en conductas exclusorias, como aquellas derivadas de la integración vertical. Reiterando lo expuesto, Infraestructura S.A. señala que se deberían analizar las características propias de la Intermodal PAC que permitan descartar o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

confirmar su carácter de instalación esencial o que le permitan conferir poder de mercado, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia de este Tribunal entenderían que los riesgos advertidos por la FNE relacionados con la integración vertical existen únicamente en el contexto de instalaciones o facilidades esenciales, o al menos, cuando hay dominancia, citando, al efecto, jurisprudencia relativa a puertos (Dictamen N° 1.045/1998), mercado de aeropuertos (Resolución N° 25/2008), al espectro radioeléctrico destinado a la prestación del servicio público de telefonía móvil digital avanzado -3G- (Resolución N° 27/2008) y a la red de suministro de combustible (hidratantes) en aeropuertos (Resolución N° 52/2018).

31.24. Así, arguye que este Tribunal ha definido un activo como una instalación esencial cuando concurren los siguientes elementos: *“(i) que los servicios de acceso a las instalaciones sean suministrados por una única firma presente en el mercado de aguas arriba; (ii) que la instalación no sea replicable a un costo y dentro de un plazo razonable; (iii) que el acceso a la instalación sea indispensable para participar en el mercado aguas abajo.”* (Resolución N° 52/2018, párrafo 35). Sostiene que los terminales de transporte interurbano de pasajeros no cumplen con ninguno de dichos elementos, ya que en la Región Metropolitana existen múltiples terminales, todos capaces de prestar un servicio similar al que prestará la Intermodal PAC. Agrega que, si cada terminal fuera una instalación esencial, dicho proyecto crearía un nuevo mercado, lo que no ocurre en la especie, o bien, entraría a un mercado ya existente (lo que conceptualmente es imposible si se considerasen los terminales como instalaciones esenciales).

31.25. Por otro lado, señala que los terminales son instalaciones que son razonablemente factibles de ser replicadas a un costo y dentro de un plazo razonable, por cuanto: (i) su construcción no presenta particularidades especialmente gravosas; (ii) se trata de instalaciones cuya infraestructura es relativamente simple, con escasas exigencias regulatorias (requisitos mínimos establecidos en el Decreto N° 94, de 1984, del MTT, que aprueba la Política Nacional de Terminales para Servicios de Locomoción Colectiva no Urbana). Asimismo, solo para rutas que se inician en ciertas ciudades (con más de 50.000 habitantes) un terminal es necesario para realizar la inscripción en el RNSTP, pero ello no implica que sea necesario para participar del respectivo mercado origen-destino del transporte interurbano de pasajeros, pudiendo tomar pasajeros en paraderos o paradas. De esta forma, la Intermodal PAC no puede ser calificada como una instalación esencial, por lo que los riesgos levantados por la FNE deben ser descartados y si, hipotéticamente, se asume la existencia de dichos riesgos en mercados sin instalaciones esenciales, la Intermodal PAC no otorgará dominancia a la futura UTP, por lo que también los riesgos debiesen ser descartados. Añade

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que la existencia de la Intermodal PAC implicará una ampliación de la oferta existente en el mercado de terminales en la Región Metropolitana (no la restringe ni reemplaza), en la que los usuarios podrán elegir entre este terminal y los demás.

31.26. Señala que, incluso, si se asumiera que el mercado del transporte de pasajeros es uno escasamente competitivo -lo que debiese descartarse ante la variedad de terminales existentes en la Región Metropolitana y la facilidad de replicarlos-, igualmente no se generarían los riesgos exclusorios advertidos por la FNE por cuanto, en el caso particular del proyecto, los incentivos de las partes hacen imposible su materialización. Lo anterior es relevante porque el análisis de estos riesgos no puede realizarse solo de forma abstracta, sino que se debe revisar en concreto, lo que es omitido en la Consulta. Agrega que dicho análisis es necesario por cuanto la plausibilidad de los riesgos identificados en abstracto por la Fiscalía, depende necesariamente de que los incentivos económicos existan.

31.27. Respecto de los incentivos para incurrir en las conductas exclusorias que observa la FNE, Infraestructura S.A. sostiene que dos resultan relevantes. En primer lugar, se deben analizar los efectos recíprocos de las conductas exclusorias en cada uno de los mercados involucrados. Respecto de la Intermodal PAC, considera que las ventas del sector comercial dependerán principalmente del flujo de los pasajeros del sector terminal, por lo que la disminución de ventas de pasajes afectará gravemente las ventas del sector comercial. Así, considera que el ejercicio de prácticas exclusorias por parte de la UTP tendría como efecto la salida de empresas de transporte del terminal o la disminución de sus operaciones y, por tanto, la disminución de ventas tanto en el sector terminal como en el sector comercial. En segundo lugar, señala que deben analizarse las razones por las cuales una empresa como Infraestructura S.A. decidió participar en un proyecto que tendrá como resultado un aumento en la oferta en el mercado de terminales, si lo que supuestamente pretendería con ello es reducir dicha oferta, consecuencia natural de la exclusión. Destaca que llama la atención que la FNE omita totalmente que Infraestructura S.A. y sus relacionadas no participan en el mercado relevante definido.

31.28. Afirma que una revisión de las medidas propuestas por la Fiscalía no puede pasar por alto las consecuencias prácticas que puedan tener en el desarrollo y resultado de la licitación. Destaca que en esta licitación solo hubo un participante, lo que puede deberse a supuestos elementos mejorables de las Bases, según lo que identificó la FNE, o a una realidad de mercado donde no hay más interesados (incluso antes de la grave crisis económica actual), de forma tal que si las medidas impiden la participación de la UTP y se declara desierta, se perderá la posibilidad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de aumentar la competencia, perpetuando la posición en el mercado de quienes son los únicos incumbentes en el mercado relevante identificado por la FNE.

31.29. A continuación, realiza una prevención sobre la posibilidad de que el concesionario acceda a información comercial de empresas de transporte interurbano de pasajeros. Indica que, sin perjuicio de que considera que las razones otorgadas precedentemente son suficientes para descartar los riesgos, el acceso de Infraestructura S.A. a dicha información no genera riesgos anticompetitivos, ya que, la eventual información comercialmente sensible se trataría de información pública que se encuentra permanentemente a disposición de los competidores del mercado aguas abajo; o bien se trataría de información privada carecería de todo valor competitivo.

31.30. Señala, a modo ejemplar, que la cantidad, destino y programación de las salidas de cada uno de los competidores es publicada por éstos, ya sea a través de sus plataformas digitales o boleterías, o a través de los tótems del terminal. Por su parte, respecto del sistema de control de *ticket* propuestos por la UTP (torniquetes), al que hace referencia la Consulta, aclara que tiene por objeto verificar que quien entra al área de andenes sea un pasajero, con pasaje comprado, evitando aglomeraciones por sus acompañantes. Agrega que este sistema también permite un conteo de la cantidad de pasajeros que acceden al área de andenes, sin distinguir el andén al que se dirigen, la compañía en la cual viajan ni sus destinos. Enfatiza que se trata solo de un control interno respecto a la cantidad de usuarios que acceden a un área del terminal y de una medida de seguridad. Puntualiza que debe ser rechazada cualquier interpretación que pueda concluir que la UTP obtendrá información centralizada de la venta de pasajes de las distintas empresas de transporte, por no contemplarse dicho concepto en la planificación del proyecto. En cuanto al acceso a información que no es pública, como representantes legales, patentes y registros de buses, revisiones técnicas, entre otras, aduce, como se anticipó, que aquella carece de todo valor competitivo.

31.31. Por otro lado, Infraestructura S.A. afirma que tampoco existen riesgos de coordinación, como observa la FNE. Señala que ésta no explica por qué dicho riesgo se vería incrementado por el solo hecho de existir un terminal adicional en la Región Metropolitana. De hecho, sostiene que, dada la diversidad de terminales, la construcción y operación de un nuevo terminal, si no disminuye los riesgos, al menos los mantiene. Justifica esta afirmación en dos razones. En primer lugar, si se tiene presente la estructura de la UTP y el modelo de negocios propuesto, cualquier coordinación afecta la competencia y con ello el flujo de pasajeros que son los potenciales clientes de la zona comercial del proyecto. Y, en segundo lugar,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

bajo el entendido que el mercado del transporte es altamente competitivo, las ganancias derivadas de una coordinación se verían amenazadas debido a la presión competitiva de los actuales y futuros competidores no coordinados.

31.32. Sostiene que no existen riesgos derivados de una integración horizontal ya que ni la UTP ni Infraestructura S.A. participan en el mercado relevante. De hecho, su incorporación solo implicaría un mayor dinamismo y mayor competencia en este mercado. Insiste en que el mercado de transporte es uno altamente competitivo y que, de los 13 terminales existentes, ninguno de ellos es administrado por Infraestructura S.A.

31.33. Respecto al argumento expuesto por la FNE consistente en que Infraestructura S.A. administra otros terminales fuera de la Región Metropolitana, de forma tal que podría influir en el terminal de llegada a esta región, a través de la ejecución de conductas de sabotaje para beneficiar a su terminal relacionado, Infraestructura señala que es difícil hacerse cargo de dicha acusación, pero en el improbable caso que ello ocurra, una práctica como esta sería reprimible según las normas del D.L. N° 211 y es fácilmente detectable por la vía de la denuncia de los afectados, lo que hace innecesaria la imposición de las medidas gravosas *ex ante* solicitadas por la FNE.

31.34. Infraestructura S.A. agrega que, aún en el caso que se pasen por alto las características del mercado de terminales y del modelo de negocios de la Intermodal PAC, su estructura de propiedad y la de la UTP implica una medida estructural que previene la materialización de los riesgos exclusorios derivados de la integración vertical que observa la FNE. Lo anterior por cuanto la participación de la empresa integrada verticalmente en el mercado respectivo es disciplinada por la existencia de otros socios o accionistas en la sociedad aguas arriba. En particular, sobre la UTP, señala que esta se constituye en partes iguales entre Arauco e Infraestructura S.A., y solo un 43% de la composición accionaria de Infraestructura S.A. es propiedad de las sociedades Avant Servicios Integrales S.A. e Inversiones Nuevo Siglo Ltda., con un 39,67% y un 3,33%, respectivamente. Estas últimas empresas son parte del grupo Turbus, al que pertenecen diversas empresas dedicadas al transporte interurbano de pasajeros y, por lo tanto, este grupo solo tendría un 21,5% de participación en la UTP.

31.35. A mayor abundamiento, explica que, si bien el grupo Turbus tiene el control de Infraestructura S.A., lo tiene únicamente por poseer una influencia decisiva en la administración y aclara que dicho grupo no cuenta con mayoría ni en la junta de accionistas (posee solo el 43% de las acciones con derecho a voto) ni en el directorio (solo tiene derecho a designar dos de los cinco miembros). Afirma que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

es poco probable que, con dicha participación, el grupo Turbus se encuentre en condiciones de privilegiar su propio beneficio sacrificando a los propietarios del 57% restante de Infraestructura S.A. Así, los temores de la FNE serían infundados, ya que no es lógico que un actor que representa solamente el 21,5% de la UTP pueda, en su propio beneficio, perjudicar al 78,5% de la propiedad, sacrificando con ello el éxito de su proyecto.

32. A folio 63, el 7 de agosto de 2020, Arauco aportó antecedentes señalando que, junto con Infraestructura S.A. propusieron a la Municipalidad el proyecto “Rodoviario Metropolitano Pedro Aguirre Cerda” o “Estación Intermodal Metropolitana Pedro Aguirre Cerda”, bajo el compromiso de constituir una UTP.

32.1. Explica que la propuesta se enmarca en la Ley N° 19.865 y añade que, si bien la licitación puede ser perfectible, ello no implica que esta infrinja el D.L. N° 211 o que se requiera la imposición de las condiciones o medidas solicitadas por la Fiscalía.

32.2. Detalla los antecedentes de la licitación objeto de la Consulta y los estudios que fueron presentados a la Municipalidad, sosteniendo que el reembolso que contempla la Ley N° 19.865 tiene únicamente como objetivo perseguir una situación de igualdad entre los oferentes de la licitación, de modo que el oferente que haya propuesto el proyecto y financiado los estudios necesarios para llevar a cabo la Licitación -documentos públicos que pueden utilizar los interesados-, se encuentre en una situación económica similar que aquellos que no lo han hecho.

32.3. Asimismo, afirma, al igual que Infraestructura S.A., que sin la oportunidad que se genera a partir del SFUC, este proyecto difícilmente podría haber prosperado, atendida la importante inversión privada que se requiere con el objeto de analizar su factibilidad técnica y social.

32.4. A continuación, revisa el inciso tercero del artículo 3° de la Ley N° 19.865, que establece el derecho a reembolso de los costos de los estudios que debió realizar, así como la historia fidedigna de su establecimiento, concluyendo que el objetivo era el reconocimiento de la inversión realizada por el proponente. También detalla el proceso descrito en el artículo 15 del Reglamento FUC, respecto del reembolso de los costos de los estudios. Destaca que la normativa le da a la Municipalidad la atribución de determinar los montos reembolsables e incorporarlos dentro de las bases de licitación, si así lo define, junto a la forma, modo y plazo para realizarlo si el proponente no se adjudica el proyecto.

32.5. Explica que en las Bases se estipuló que la concesionaria debía formar un equipo de trabajo con, al menos, una empresa constructora con experiencia en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

construcción de obras como la del proyecto y que estuviera inscrita en los registros del MOP y el Serviu, y una empresa operadora con experiencia en la administración de terminales o estaciones intermodales de pasajeros (sección 1.4.1). Así, Arauco aporta su experiencia como empresa constructora con vasta experiencia en obras civiles y mineras, entre otras, además de estar registrada como contratista ante el MOP, el Serviu y otros registros, e Infraestructura S.A. aporta su experiencia en la operación de terminales de transporte interurbano de pasajeros, fuera de la Región Metropolitana.

32.6. En cuanto a las observaciones de la Fiscalía, señala que, en materia de plazos para presentar ofertas, si bien las Bases son perfectibles, en este caso concreto dicho plazo se amplió de dos a cuatro meses. Respecto del monto a reembolsar y sus antecedentes, indica que, como se explicó, ello es absolutamente posible de acuerdo con la Ley N° 19.865 y su reglamento, y que dicho monto fue aprobado por la Municipalidad, cumpliéndose el procedimiento exigido por la ley.

32.7. Con respecto al factor de experiencia, que se limita solo a la administración de terminales, Arauco no considera que ello implique una barrera de entrada para la participación de oferentes, ya que existen en nuestro país un número bastante amplio de operadores y constructores. Finalmente, en cuanto a los requisitos exigidos para el operador del terminal, señala que las tablas de evaluación de las Bases de licitación indican un mínimo de 2.000 m² que se exige cumplir y permiten, además, la asociación para cumplir dicha experiencia de superficie. Afirma que existen numerosas empresas nacionales que cumplen con ello y que podrían perfectamente asociarse o constituir una UTP para la ejecución de proyectos, lo que es habitual en esta industria. De esta forma, la exigencia de experiencia para el constructor y para el operador no constituyen una barrera de entrada.

33. A folio 76, el 9 de septiembre de 2020, Felipe Alexis Olivares Vergara, Harry Farinelli Ramírez y Juan Enrique Contreras Olivos, vecinos de la comuna de Pedro Aguirre Cerda, aportaron antecedentes encontrándose fuera de plazo, los que, sin embargo, fueron agregados al expediente en virtud de la facultad que el artículo 31 N° 5 del D.L. N° 211 confiere a este Tribunal.

33.1. Los vecinos señalan, como consideraciones iniciales, que los proyectos como aquel objeto de la licitación consultada son de gran relevancia para la comunidad “aguirrina” y el resto de las comunas circundantes. Sin embargo, les preocupa, al igual que a organizaciones de base de la comuna, como lo son el Movimiento Social Aguirrino y la Defensoría Ciudadana PAC, que el cambio en el uso del suelo requerido para el desarrollo del proyecto imposibilite la realización de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proyectos complementarios a los propuestos y de necesidad de la comunidad, tanto en infraestructura comunitaria como social.

33.2. Concuerdan que los plazos iniciales de la licitación han sido acotados, en atención a la magnitud del proyecto propuesto y los costos involucrados, puntualizando que la empresa que finalmente se presentó tuvo más de un año para prepararse. Asimismo, sostienen que son evidentes las profundas restricciones de acceso de todo tipo de oferentes, lo que posibilita prácticas monopólicas, excluyentes o abusivas. Añaden que, sin desmerecer la importancia de la propuesta de Arauco, el monto a ser reembolsado debería tener directa relación con los gastos generales y no ser una fuente de enriquecimiento.

33.3. También señalan como evidencia de la falta de competencia en todo el proceso, que la propuesta realizada por la UTP participante se asemeja bastante a los montos de máxima puntuación contenidos en las Bases, los que son detallados en el siguiente cuadro:

Ítem	Monto de Máxima Puntuación	Monto Ofertado por Arauco S.A.
Inversión (UF)	950.000	951.982
Pago inicial (\$)	1.050.000.000	1.052.028.528
Pago anual fijo (\$)	550.000.000	550.999.976
Pago por losa (\$/salida)	450	451
Aporte comunal (\$)	251.000.000	587.477.146

Fuente: Elaboración propia en base al aporte de antecedentes de folio 76 (p. 3) y la sección 1.13.1 de las BAE.

33.4. Solicitan a este Tribunal que, en la evaluación de las Bases, se pondere un adecuado equilibrio entre el potencial costo de los servicios ofrecidos en el proyecto con los ingresos a percibir por la Municipalidad, ya que requieren que este proyecto sea un aporte para la comunidad, ingresando a las arcas municipales lo que racionalmente le corresponda, en proporción al conjunto de los ingresos percibidos, tomando en consideración los 35 años de concesión. Así, destacan que la licitación objeto de la Consulta no incluye la participación de la Municipalidad en todas las rentas del proyecto, tales como tarifas de estacionamiento o arriendos de locales comerciales, los que pueden constituir los ingresos principales del negocio. Además, atendido que la Intermodal PAC será de acceso abierto, es necesario que las Bases permitan una amplia oferta de servicios de transportes, en cantidad y calidad de empresas y destinos, velando por una libre competencia en sus tarifas y con una infraestructura adecuada tanto para los usuarios como para los trabajadores que en ella laboren, de modo de dar un trato digno a cada uno de ellos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

33.5. Asimismo, respecto del predio donde se emplazará el proyecto, indican que está destinado a áreas verdes en el Plan Regulador Metropolitano de Santiago y que dicha destinación es una limitación principal para construir en el terreno, desconociendo si la proponente cuenta con los permisos de edificación necesarios. En este sentido, aducen que una infraestructura de transporte de la magnitud propuesta es incoherente con el destino de área verde.

33.6. Finalmente, indican que es necesario abordar la sostenibilidad y ordenamiento del territorio comunal, especialmente en los bienes nacionales de uso público o de dominio municipal, de forma integral. Consideran necesario conocer el pronunciamiento del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región Metropolitana, el Ministerio de Bienes Nacionales, la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la Región Metropolitana y el Consejo de Defensa del Estado.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

34. A folio 64, consta la citación a la audiencia pública para el 23 de septiembre de 2020, a las 10:00 horas. El 25 de agosto de 2020, se publicó la citación en el Diario Oficial, según consta a folio 69, mientras que la publicación en la página web del Tribunal se realizó el 13 de agosto del mismo año.

35. En la audiencia pública, la que se realizó mediante videoconferencia, atendida la emergencia sanitaria imperante en el país, intervinieron los apoderados de la Consultante y, de los siguientes aportantes de antecedentes: Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, MTT e Infraestructura S.A. como consta a folio 90.

II. PARTE CONSIDERATIVA

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

1. El diseño y contenido de bases de licitación confeccionadas por organismos públicos para entregar en concesión un bien o servicio, ha sido analizado en múltiples oportunidades en esta sede, tanto en procedimientos contenciosos (por ejemplo, cuando un oferente demanda en el caso que el ente licitante no consulte), como no contenciosos (por ejemplo, cuando consulta el ente licitante o cuando se debe emitir un informe en virtud de una ley especial, como las licitaciones de frentes de atraque 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 en las más eficientes condiciones de prestación del servicio en términos de precio,*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cantidad y calidad ofrecidas” (Sentencia N° 138/2014 c. 14°). Así, en la misma sentencia se señala que se debe velar por *“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 en aquellas cláusulas de bases de licitación que eventualmente (i) faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limiten injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases.

3. En particular, la presente Consulta tiene por objeto obtener un pronunciamiento sobre la conformidad del Decreto N° 6.291 de la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, que autorizó las Bases de Licitación, con las normas contenidas en el D.L. N° 211 y, en su caso, fijar las condiciones que sean necesarias.

4. Como se señaló en la parte expositiva de esta resolución, las Bases consultadas tienen por objeto entregar en concesión el desarrollo, construcción, explotación, y entrega al uso público de la estación intermodal metropolitana en la comuna de Pedro Aguirre Cerda, terminal que sería una infraestructura de acceso abierto. Este proyecto se originó en el marco del SFUC, regulado en la Ley N° 19.865. La concesión consta de dos etapas, una de construcción cuya duración dependerá del cronograma presentado por quien se adjudique la licitación, y otra de explotación por 35 años contados desde la recepción definitiva de las obras por parte de la Municipalidad.

5. Respecto de la obra a licitar, el terreno donde se construirá el Terminal se encuentra en el área emplazada entre la Avenida Carlos Valdovinos y la Ruta 78, presentando muy buenas condiciones de acceso y una conectividad privilegiada. Para prestar los servicios a las empresas de transporte interurbano de pasajeros, la Intermodal PAC deberá contar con un mínimo de 68 andenes (42 para buses interurbanos, seis para buses internacionales y 20 para buses de recorrido metropolitano).

6. El análisis que se realizará sobre el asunto consultado se centrará en algunas exigencias, requisitos y también omisiones contenidas en las bases que podrían tener efectos en la libre competencia y que han sido planteados fundamentalmente por la FNE en su Consulta. De acuerdo con lo señalado por este organismo, las Bases de Licitación no se ajustarían al D.L. N° 211 por cuanto éstas (i) establecerían requisitos que restringen la participación de potenciales oferentes; (ii) no garantizarían el libre acceso bajo condiciones objetivas, transparentes y no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

discriminatorias; y (iii) no tomarían resguardos frente a potenciales problemas de integración vertical y horizontal. Para la debida resolución de este asunto, se deben analizar en particular aquellas cláusulas relativas a la adjudicación de la concesión (requisitos de las ofertas técnica y económica) y a la pauta de evaluación (ponderación de ambas ofertas y de la experiencia), ya que en ellas se contienen los principales cuestionamientos de la Consultante.

7. El análisis para resolver la presente Consulta se estructurará de la siguiente manera: (i) en la sección B, se indican someramente las principales normas que regulan la concesión de esta clase de obras y aquellas relativas al transporte de pasajeros; (ii) a continuación, en la sección C, se describen con un mayor detalle los antecedentes del Terminal que se entregará en concesión; (iii) luego, en la sección D, se identifican y caracterizan los mercados en los que incide esta Consulta, tanto aguas arriba como aguas abajo; (iv) en la sección E, se establecen los resguardos para proteger la competencia en la licitación para la concesión del Terminal Intermodal; (v) en la sección F se establecen los resguardos para proteger la competencia en la provisión de servicios de transporte interurbano de pasajeros desde y hacia el Gran Santiago; (vi) en la sección G, se analiza la necesidad y conveniencia de imponer restricciones a la integración horizontal o vertical del concesionario; y (vii) por último, en la parte Resolutiva, se consignarán las conclusiones y medidas de este asunto.

B. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE

8. En esta sección se revisan someramente las principales normas que regulan la concesión de esta clase de obras y aquellas aplicables al transporte de pasajeros. En particular, la Ley N° 19.865 y el Reglamento FUC; el Decreto Supremo N° 212, de 1992, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fija el Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros (“D.S. N° 212”) y el Decreto N° 94, de 1984, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que aprueba la política nacional de terminales para servicios de locomoción colectiva no urbana (“Decreto N° 94”).

9. En primer lugar, la Ley N° 19.865 regula el SFUC, a través del cual, los Serviu y las Municipalidades pueden celebrar contratos con terceros, destinados a la *“adquisición de bienes o a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, a cambio de una contraprestación, que podrá consistir en otorgar a aquellos derechos sobre bienes muebles o inmuebles, la explotación de uno o más inmuebles u obras”* (artículo 1°).

10. En cuanto a la posible ubicación de las obras que surjan por la iniciativa del SFUC, la ley indica que estas pueden ejecutarse en inmuebles que sean de dominio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del Serviu o de una Municipalidad o que sean administrados por ellos. También se permite que se construya en inmuebles de propiedad de otros órganos de la Administración del Estado, para lo cual se pueden celebrar mandatos entre dicho órgano y la Municipalidad o Serviu (artículo 5°).

11. Por su parte, en cuanto al procedimiento para optar a este sistema, en primer lugar, cualquier persona natural o jurídica puede proponer al Serviu o a la Municipalidad respectiva proyectos relacionados con las obras y acciones que regula el SFUC. Esta proposición se tramita en dos etapas, la primera denominada “Presentación”, y la segunda “Proposición”.

12. En la etapa de Presentación, el proponente presenta un proyecto para que el organismo correspondiente evalúe si es de interés público conforme a los requisitos señalados en el artículo 10 del Reglamento FUC. Los proyectos se clasifican según las prestaciones y contraprestaciones definidas y de acuerdo a los montos de inversión presupuestada en proyectos de tipo 1, estos son aquellos que solo contemplan la entrega en propiedad de bienes, derechos o dinero como prestación y la entrega de bienes o derechos como contraprestación, y de tipo 2, que son aquellos en los que se contemple la ejecución, operación y mantención total o parcial de una obra o la explotación de uno o más bienes y obras por un período determinado. En este último caso, se contemplan diversas categorías (letras A hasta la E, según el monto de inversión, artículo 11 del Reglamento FUC). Para efectos de que el Municipio o el Serviu evalúe si existe interés público, puede consultar antecedentes con otros ministerios u organismos públicos. La declaración de interés público solo reconoce que existe interés de conocer el proyecto en detalle. Así, en el oficio de respuesta del organismo, se detallan los estudios mínimos que debe entregar el proponente, su forma y especificaciones, y los plazos de entrega. A continuación, en la etapa de Proposición, el proponente debe acompañar los estudios necesarios para que el Serviu o el Municipio pueda evaluar la iniciativa privada dentro del plazo fijado por el organismo, indicando que la proposición debe contener todos los estudios ejecutados, así como los antecedentes que se mencionan en el artículo 10 del Reglamento FUC.

13. Tanto la Ley N° 19.865 como el Reglamento FUC permiten que el proponente solicite el reembolso de los costos de los estudios realizados. Así, en caso de que el adjudicatario no sea el proponente, se puede incluir en las bases de la licitación correspondiente la obligación de reembolsar todo o parte de los costos de los estudios que debió realizar para elaborar su proposición. Para definir dicho monto, el artículo 15 del Reglamento FUC señala que el Municipio o Serviu determinará los montos afectos a reembolso. Para ello, el proponente debe entregar un presupuesto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del valor de los estudios mínimos y, en caso de estudios adicionales, tiene un plazo más extenso para presentar el presupuesto. Luego, el organismo correspondiente deberá valorar los estudios mínimos y adicionales, a criterio de mercado y resolverá para cada caso el valor que pudiere ser susceptible de reembolso. Solo respecto de los estudios adicionales, exigidos por el Serviu o la Municipalidad, se establece que se debe reembolsar el total de su valor. Por su parte, el artículo 16 señala que en caso de que no se realice la licitación o que ésta se declare desierta, el proponente no podrá exigir el reembolso mencionado ni compensación alguna de parte del Serviu o la Municipalidad.

14. Enseguida, el artículo 3° de la Ley dispone que las Bases de Licitación pueden considerar un puntaje adicional en la evaluación de la oferta del proponente, el cual se denomina premio en la evaluación de la oferta, regulado en los artículos 8° y 19 del Reglamento FUC.

15. El Serviu o la Municipalidad, deben responder fundadamente a la proposición, debiendo remitir antes dichos antecedentes al Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo o al Consejo Municipal, según corresponda. En caso de que se acepte la propuesta, se entiende que la iniciativa pertenece al organismo público correspondiente, a cambio del premio antes señalado, debiendo llamar a licitación pública, dentro de un año desde la aprobación de la proposición (artículo 17 del Reglamento FUC).

16. El artículo 27 del Reglamento FUC, por su parte, establece el contenido mínimo de las bases de licitación, a saber: a) Las condiciones, modalidades y etapas del proceso de licitación; b) Los procedimientos para efectuar consultas y aclaraciones sobre las bases de licitación; c) Los factores específicos de evaluación de las ofertas y los procedimientos de adjudicación de la licitación; d) El plazo para la calificación de las ofertas; e) El régimen de garantías, con indicación de su naturaleza y cuantía, plazos en que deben constituirse, plazos para su devolución, forma y oportunidad en que se harán efectivas; f) El régimen económico del contrato de participación y el reajuste de tarifas, en su caso; g) El plazo de vigencia del contrato de participación; h) Las normas que rigen la participación del acreedor de la prenda especial regulada por la Ley N° 19.865, cuando corresponda; i) La naturaleza y singularización de la prestación que el licitante que se adjudique la licitación deberá entregar al Serviu o a la Municipalidad, según corresponda. Si la prestación ofrecida es un factor a considerar para la adjudicación, deberá indicarse el mínimo solicitado; j) La naturaleza y singularización de la contraprestación que se otorgará al licitante que se adjudique la licitación. Si la contraprestación es un factor a considerar para la adjudicación, deberá indicarse el máximo ofrecido; k) La

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

titularidad del dominio de los bienes involucrados y su régimen de administración; l) Los seguros que debe tomar quien se adjudique la licitación, sus coberturas, montos y plazos; m) Los procedimientos de control del cumplimiento del contrato de participación; n) Monto, modalidades y alternativas de la indemnización señalada en el artículo 25 de la Ley N° 19.865; ñ) El régimen de sanciones y multas aplicables en caso de incumplimiento del contrato de participación; o) Las causales de suspensión y extinción del contrato de participación; p) La forma en que se continuará con la mantención y explotación de la obra, según corresponda, en el evento de producirse alguna de las causales de suspensión o extinción del contrato de participación; q) Si se trata de una obra a ejecutarse en diversas etapas, deberá indicarse a cuál de ellas corresponde la licitación; r) Si será obligación del licitante constituir una sociedad que cumpla con las características señaladas en el artículo 40 del Reglamento FUC; s) Si se trata de un proyecto de iniciativa privada, la identidad del postulante, el premio al que tiene derecho en la evaluación de la oferta si correspondiere y el reembolso de los costos de los estudios si procede; y t) Toda otra estipulación que sea necesario o conveniente incluir en virtud de lo establecido en la Ley N° 19.865 y en el Reglamento FUC.

17. Los artículos 29 y siguientes del citado reglamento regulan la oferta, la que está compuesta por la Oferta Técnica, que contiene antecedentes generales y técnicos exigidos por las bases, y la Oferta Económica, que contiene la proposición y las condiciones bajo las cuales el licitante está dispuesto a entregar la prestación. En cuanto a los factores de adjudicación, señala que se deberán considerar uno o más de los siguientes: (i) monto de la inversión; (ii) plazo de contrato; (iii) estructura tarifaria; (iv) la calificación técnica del licitante; (v) la calificación de otros servicios adicionales ofrecidos; (vi) el presupuesto detallado del proyecto y análisis de flujo de caja; (vii) los riesgos derivados de caso fortuito o fuerza mayor que el licitante se comprometa a asumir; (viii) consideraciones de carácter ambiental y ecológico (v.gr. belleza escénica, flora, impacto al medio ambiente durante ejecución de obras, entre otras); (ix) puntaje adicional para el proponente; o (x) beneficios sociales netos del proyecto (diferencia entre los beneficios brutos obtenidos y los costos para la Municipalidad o el Serviu).

18. La Ley N° 19.865 denomina “contrato de participación” (en adelante, el “contrato de concesión” o la “concesión”) a aquel celebrado entre la Municipalidad o Serviu con el particular y, para ello, se exige que se llame previamente a una licitación pública. En el caso de las Municipalidades, además se exige que el Alcalde cuente con el acuerdo del Concejo en los casos que corresponda (artículo 2°).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

19. Dentro del contrato de concesión, el Serviu o la Municipalidad podría recibir una o más de las siguientes prestaciones, a cambio de la construcción, mantención u operación de las obras: (i) ejecución, operación o mantención total o parcial de la obra, por un período determinado; (ii) la entrega en propiedad de bienes inmuebles; (iii) la entrega en propiedad de bienes muebles; (iv) el uso o goce de uno o más bienes inmuebles, por un periodo determinado; (v) el uso o goce de uno o más bienes muebles que estén destinados a los fines del contrato de concesión, por un periodo determinado; o (vi) una suma de dinero (artículo 6° Ley N° 19.865). Por su parte, la Municipalidad o el Serviu respectivo, podrán entregar como contraprestación una o más de las siguientes: (i) la explotación total o parcial de uno o más bienes u obras por un período determinado, pudiendo percibir los beneficios de la explotación; (ii) el derecho al uso o goce de uno o más bienes muebles o inmuebles por un periodo determinado; o (iii) la entrega en propiedad de uno o más bienes muebles o inmuebles. Ahora bien, estos contratos no podrán comprometer los recursos financieros públicos, actuales o futuros, ni podrán realizar otras contraprestaciones distintas.

20. El adjudicatario de la licitación se denomina “participante” (en adelante e indistintamente, el “adjudicatario” o el “concesionario”), quien deberá dar cumplimiento a las siguientes obligaciones: (i) constituir las garantías exigidas por las Bases; (ii) constituir una sociedad de giro exclusivo, cuyo objeto sea la ejecución, operación, mantención y/o explotación de las obras; y, (iii) suscribir ante notario dos transcripciones de la resolución que adjudica la licitación, en señal de aceptación. El contrato se entenderá perfeccionado una vez publicada en el Diario Oficial la resolución de adjudicación del Director del Serviu o del Alcalde, según corresponda (artículo 15 Ley N° 19.865). Se permite la transferencia del contrato, previa autorización.

21. Le corresponde a la Municipalidad o al Serviu la inspección y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión y la aplicación de sanciones y multas. Todo incumplimiento parcial del concesionario será sancionado con multas que van desde el 5% al 20% del valor total del proyecto.

22. Respecto de las controversias que se produzcan entre las partes con motivo del contrato de concesión, se establece que éstas se someterán al conocimiento y resolución de una Comisión Conciliadora integrada por un profesional designado por el Alcalde o el Director del Serviu, otro nombrado por el concesionario y otro designado de común acuerdo. En los artículos 21 y 22 se regula la forma de constitución de esta comisión, su modo de operar y también se contempla la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posibilidad de designar un interventor si el concesionario abandonara la obra o interrumpiere el servicio injustificadamente.

23. Finalmente, el Reglamento FUC en su artículo 7° describe el marco regulatorio al que están sujetos los contratos de concesión celebrados por los Serviu y las Municipalidades. Dicho marco comprende el Decreto con Fuerza de Ley N°1/19.704 que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades; la Ley N° 19.865; el Reglamento FUC, salvo sus títulos V y VII; las bases de licitación y sus aclaraciones; y la oferta presentada por el adjudicatario. A estas normas se debe agregar la Ley N° 19.886, solo respecto del Capítulo V, Del Tribunal de Contratación Pública, y la aplicación supletoria del resto de sus disposiciones a los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas que se suscriban de conformidad con la Ley N° 19.865 (artículo 3°, letra e), párrafo tercero).

24. En lo pertinente a este caso, el artículo 7° de la Ley N° 19.886 define licitación o propuesta pública, señalándose que en ella cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento. Por su parte, su reglamento, el D.S. N° 250, en su artículo 25, establece plazos mínimos entre el llamado de la licitación y la recepción de las ofertas, señalando que éstos se definen por cada entidad atendiendo el monto y complejidad de la adquisición, y considerando particularmente el tiempo requerido para que los proveedores preparen sus ofertas; con todo, establece un plazo mínimo de 30 días corridos desde la publicación del llamado a licitación en el portal de Mercado Público hasta la recepción de las ofertas para el caso de una contratación igual o superior a 5.000 UTM, siendo aplicable dicho plazo a la licitación de la Intermodal PAC.

25. Por otra parte, el D.S. N° 212 es aplicable a los servicios de transporte nacionales de pasajeros, colectivo o individual, público o remunerado, 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.

26. El D.S. N° 212 está dividido en siete títulos: “Del Registro Nacional de Servicio de Transportes de Pasajeros”; “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,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se describirán someramente las principales normas contenidas en los dos primeros títulos.

27. El RNSTP es llevado por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones 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.

28. El RNSTP se divide en tres secciones según la clasificación de los servicios: en urbanos, rurales o interurbanos (artículo 19). Los servicios urbanos de transporte público de pasajeros son aquellos prestados al interior de ciudades o conglomerados de ciudades. Los servicios rurales de transporte público de pasajeros son aquellos que, sin superar los 200 km de recorrido, exceden el radio urbano. 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.

29. También se regulan los requisitos para inscribirse en el RNSTP, distinguiendo entre los antecedentes del interesado y aquellos relativos a los vehículos, conductores y al servicio. En estos últimos, se distingue entre el tipo de servicio y, en especial, para el caso de los servicios interurbanos de transporte público de pasajeros prestados por buses, se exigen para su registro: los itinerarios, la ubicación del o de los terminales autorizados acreditando que el interesado se encuentra habilitado para su uso, la ubicación de las oficinas de ventas de pasajes y la tarifa a cobrar por el servicio.

30. En el párrafo 3° “Del transporte colectivo rural e interurbano” del mismo título, no contempla una clasificación de los terminales, como se observa en el artículo 45 bis del párrafo 2° “Del transporte colectivo urbano”. Tampoco se exige un informe favorable del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, como sí se establece para los servicios de transporte colectivo urbano de conformidad al artículo 45 bis A. Ahora bien, el artículo 54 del señalado párrafo 3°, exige que la locomoción colectiva rural inicie o finalice el servicio desde recintos especialmente habilitados para ello, los que deberán encontrarse fuera de la vía pública en ciudades con más de 50.000 habitantes. Mientras que, en ciudades con menos de 50.000 habitantes, podrán iniciar o terminar sus servicios en la vía pública siempre que cuenten con la autorización municipal. En su inciso final, señala que dichas reglas no rigen si una resolución fundada del Secretario Regional determina que los servicios rurales deben iniciarse o terminarse desde recintos especialmente habilitados fuera de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vía pública o desde terminales, según sea el caso, pudiendo, además, prohibir la circunvalación de los vehículos con que se prestan dichos servicios en ciudades sin consideración al número de sus habitantes.

31. Finalmente, en lo que resulta pertinente, el artículo 58 señala que, en ciudades de más de 50.000 habitantes, la locomoción colectiva interurbana deberá contar con terminales que cumplan con las disposiciones que les sean aplicables. Mientras que, en ciudades con menos de 50.000 habitantes, dicha locomoción debe disponer, a lo menos, de una oficina de venta de pasajes próxima al lugar de estacionamiento donde inicien el servicio, el que debe estar autorizado por la municipalidad respectiva.

32. Por último, se revisará el Decreto N° 94 que corresponde, según su artículo 1°, al marco de referencia para las autoridades y orientación para la actividad privada en relación con los terminales para los servicios públicos de locomoción colectiva no urbana que, de conformidad al párrafo 28 *supra*, incorporaría a los terminales rurales e interurbanos. En dicha política se observan principios básicos, objetivos y políticas generales, y políticas específicas (artículo 2°).

33. 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 serán 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 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.

34. En la sección de políticas generales se define la labor 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.

35. 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 y de la Municipalidad respectiva. Añade que la ubicación del terminal debe considerar su accesibilidad, las condiciones de uso de suelo y de edificación, además de las demás disposiciones urbanísticas establecidas en la legislación vigente. Se indican los elementos mínimos con los que debe contar el terminal (sala de espera, servicios higiénicos, áreas de colocación y maniobras, entre otros). Respecto al diseño de las obras de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

construcción del terminal, 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 ministerio y a aquellas específicas contempladas en las ordenanzas municipales. En esta sección, se establece 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.

C. ANTECEDENTES DE LA ESTACIÓN INTERMODAL DE PEDRO AGUIRRE CERDA

36. Las Bases objeto de este procedimiento consultivo contemplan el desarrollo, construcción y explotación de la Intermodal PAC. De esta forma, mediante el Decreto N° 6.291 de 2 de mayo de 2019 de la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, se autorizó el llamado a la licitación pública denominada “Concesión Estación Intermodal Metropolitana comuna de Pedro Aguirre Cerda”, ID. 2392-13-LR19, conforme con la Ley N° 19.865 y se aprobó el calendario y las Bases. En dicho decreto se definió, entre otros, que las Bases se pusieran a disposición de los interesados el 3 de mayo de 2019 mediante el portal Mercado Público, mientras que las consultas se realizarían entre el 4 de mayo de 2019 y el 30 de mayo de 2019. Asimismo, se fijó una reunión y visita obligatoria a terreno para el 16 de mayo de 2019 a las 10:00 horas y se fijó el acto de apertura económica electrónica para el 18 de julio de 2019.

37. Conforme con el artículo 1° de las BAG, la Intermodal PAC se construirá y explotará en un bien de uso público entregado a la administración de la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, ubicado en Avenida Carlos Valdovinos, esquina Nororiente de la Avenida Buzeta. Agrega que el terreno se encuentra entre el ramal de salida de Autopista del Sol hacia General Velásquez y Enlace General Velásquez de Autopista Central y entre Autopista del Sol y Carlos Valdovinos. También las Bases contemplan el reembolso de los estudios preliminares realizados por Arauco, proponente del proyecto, por un valor de UF 22.589 en caso de que dicha empresa no resulte adjudicataria de la concesión, conforme con la regulación de la Ley N° 19.865 y un premio a la idea de iniciativa privada, consistente en un aumento de un 3% del puntaje de la oferta económica del proponente, cuya propuesta de iniciativa privada ha sido aceptada por la Municipalidad, de conformidad con el artículo 8° de dicha ley.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

38. Por su parte, las obras que comprende la concesión de la Intermodal PAC se describen en la sección 2.5 “Descripción de las obras de la concesión” de las BT. En dicha sección se establece que el concesionario deberá realizar todas las obras necesarias para prestar el nivel de servicio exigido en el contrato de concesión, desarrollándose luego una enumeración no taxativa de las obras y equipamiento mínimo a ejecutar y proveer. Dentro de las obras más importantes destacan las siguientes:

- a) La construcción de un edificio de pasajeros de alto estándar, el que deberá considerar áreas de servicio, áreas de concesiones, hall de público, equipamiento electromecánico, mobiliario, instalaciones de servicios tales como agua potable, alcantarillado, red eléctrica, entre otros. Adicionalmente se indica que el edificio deberá contar con un diseño sustentable, lo que deberá ser respetado por el concesionario tanto en su etapa de construcción como en su explotación.
- b) La construcción de vialidad de acceso a la Intermodal PAC hacia autopistas aledañas, la construcción de la vialidad de circulación al interior de dicha estación, tanto vehicular como peatonal, y un sector de estacionamientos públicos para vehículos y para transporte de pasajeros.
- c) Obras complementarias, tales como tratamiento paisajístico, cierres perimetrales y de seguridad, drenajes, saneamiento, circulación peatonal y la construcción de un edificio e instalaciones para una subestación eléctrica independiente que atenderá solamente las necesidades del área pública entregada al concesionario.

39. A continuación, en la misma sección de las BT, se incorpora, una tabla que contiene el programa mínimo de obras que deberá contener el anteproyecto de la Intermodal PAC que presenten los participantes del concurso (sección 2.5, p. 3). En ella se contempla un mínimo de 42 andenes para buses interurbanos, 20 andenes para buses de recorrido metropolitano y seis andenes para buses internacionales. Respecto de las boleterías, se contempla un mínimo de 30 boleterías para buses interurbanos e internacionales y siete boleterías como mínimo para buses con recorrido metropolitano. En la misma tabla se enumeran otras instalaciones que deberán estar contenidas en el anteproyecto respecto de las cuales no se enumera un mínimo, sino que quedan a definición del proponente. Estas otras instalaciones corresponden a: (a) oficinas de administración; (b) oficinas administrativas para empresas de buses; (c) recintos de aseo y seguridad; (d) instalaciones para el personal y seguridad; (e) servicios de baños VIP; (f) zona de descanso y baños para choferes y auxiliares; (g) custodia de equipajes; (h) oficinas para Sernatur; (i) oficinas para Carabineros; (j) oficinas para Policía de Investigaciones; (k) oficinas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fiscalización Ministerio de Transporte; (l) estacionamientos para vehículos particulares, taxis y otros vehículos; y (m) comercio que se divide entre instalaciones comerciales, cajero automático, kioscos y un área artística cultural.

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

40. Para efectos de evaluar si las Bases de la Intermodal PAC vulneran la normativa de libre competencia y, en su caso, si se deben establecer condiciones que aseguren el cumplimiento con el D.L. N° 211, resulta necesario determinar el mercado relevante en el cual incide la licitación objeto de esta Consulta, y los mercados relacionados que puedan verse afectados por sus resultados.

41. De acuerdo con los antecedentes aportados en estos autos y según se expondrá a continuación, es posible identificar dos mercados afectados por las Bases. Por una parte, un mercado aguas arriba, consistente en los servicios prestados por los concesionarios de terminales de pasajeros que permitan el transporte interurbano de pasajeros desde y hacia el Gran Santiago. Por otra parte, existe un mercado conexo aguas abajo que abarca los servicios de transporte interurbano de pasajeros desde y hacia el Gran Santiago. De este modo, resulta evidente que la delimitación de cada uno de dichos mercados debe considerar su relación e interdependencia por los efectos que podrían tener las referidas Bases en la competencia del mercado conexo aguas abajo.

D.1. Mercado relevante aguas arriba y sus condiciones de ingreso

42. Respecto del mercado relevante aguas arriba, la Consultante considera que un terminal es un insumo necesario para prestar el servicio de transporte interurbano de pasajeros, ya que cualquier empresa que desee inscribirse en el RNSTP para obtener un “cartón de recorrido”, debe acreditar que se encuentra autorizada por la administración de un terminal y, a su vez, que cuenta con una boletería en el mismo. Respecto de esta última exigencia, tal como se indicó en el párrafo 31 *supra*, solo es necesario indicar la ubicación de la boletería u oficina, pudiendo estar en las cercanías de un terminal y no necesariamente dentro de él. Sin perjuicio de lo anterior, la FNE, al analizar lo que denomina estructura económica del mercado, destaca que un porcentaje importante de los boletos son comercializados en los terminales, por lo que contar con una boletería dentro de un terminal resulta, a su juicio, esencial (FNE, folio 7, pp. 11 y ss.).

43. De este modo, la Fiscalía argumenta que en este mercado solo debiesen ser considerados los terminales públicos o privados que tengan una política de acceso abierto según se describió en el párrafo 35 *supra*, por cuanto los demás terminales

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

privados no ofrecen sus servicios a otros operadores de buses, ya sea incumbentes o entrantes, distintos de sus dueños. Por lo anterior, la Fiscalía define el mercado relevante como el de la prestación de servicios de terminal de buses para el transporte interurbano de pasajeros, bajo régimen público o privado, ambos de acceso abierto. En este mercado identifica dos actores relevantes: el Terminal Estación Central y el Terminal San Borja. El primero de ellos concentra más del 83% de las salidas desde Santiago a las regiones comprendidas entre la región del Libertador General Bernardo O'Higgins y la región de Los Lagos, mientras que el Terminal San Borja tiene una mayor participación en salidas a la Región de Valparaíso. Lo anterior, arguye, incidiría en que ambos terminales no sean sustitutos perfectos entre sí.

44. De acuerdo con los antecedentes que obran en el proceso, en la actualidad, en la Región Metropolitana existen tres terminales privados -uno de ellos de acceso abierto- y un terminal público. El detalle se muestra en la Tabla N° 1 que sigue.

Tabla N°1: Terminales de Buses en la Región Metropolitana con servicios de transporte interurbano de pasajeros.

Terminal	Propietario	Régimen de uso	Superficie (m²)	N° de empresas que operan	N° Boleterías	N° de andenes
San Borja	EFE ⁽¹⁾	Privado de acceso abierto	25.521	29	75	87
Estación Central	Municipalidad de Estación Central ⁽²⁾	Público	9.600	86	165	48
Alameda	Ando S.A. ⁽³⁾	Privado de uso privado	10.940	4	42	50
Los Héroes	Privado ⁽⁴⁾	Privado de uso privado	4.850	3	5	12

(1) En comodato a Parque Arauco S.A. operado por Rodovías. (2) Operado por Inmobiliaria P&R S.A. (3) Incluye los terminales Turbus Alameda y Pullman Bus Alameda (folio 78), ambos privados de uso privado. Operado por Turbus y Pullman Costa. (4) No se contiene información en el expediente de la identidad de la empresa operadora de este terminal.

Fuente: Elaboración propia en base a la Consulta (folio 7, pp. 13 y 15).

45. A folio 59 (p. 7), la Municipalidad de PAC afirma que la Intermodal PAC no solo implica la construcción del terminal sino también considera locales comerciales, equipamiento cultural y servicios, un parque urbano y áreas verdes, siendo un proyecto único en la región y en el país, y, por tanto, difícil de clasificar junto a otros terminales de buses, aun incluyendo estaciones intermodales y terminales de vehículos. Esta afirmación estaría dando cuenta que el mercado relevante sería más restringido aún, al no contar con sustitutos cercanos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

46. Por su parte, a folio 62, Infraestructura S.A. aduce que la definición de mercado relevante de la FNE es formalista y restrictiva, pues no considera a las estaciones de intercambio modales o intermodales (“EIM”), ni a los terminales privados -salvo el Terminal San Borja-, en circunstancias que lo relevante es si dichas infraestructuras sirven como instalaciones para el movimiento de pasajeros del transporte interurbano. Para graficar lo anterior, señala que existen servicios de transporte interurbano de pasajeros que inician sus recorridos en una EIM, por ejemplo, en la EIM Pajaritos hacia el litoral central.

47. En específico, respecto de las EIM, en audiencia pública de la causa, Infraestructura S.A. afirmó que, en el caso de la EIM Pajaritos, una proporción importante de pasajeros con destino a la Región de Valparaíso prefiere embarcar en dicha intermodal en vez de hacerlo en el terminal de origen del recorrido. Sin embargo, no existen más antecedentes en autos que permitan confirmar esta aseveración que, por lo demás, solo ocurriría con seis de las 15 empresas que tienen salidas a la Región de Valparaíso, que inician recorrido en un terminal y utilizan la Ruta 68. Adicionalmente, se debe considerar que aproximadamente un 50,4% de todas las salidas desde el Gran Santiago tuvieron como destino la Región de Valparaíso; que el 71,5% de dichas salidas corresponde a terminales privados, y; que, actualmente, la mitad de las empresas con servicios al litoral central desde la EIM Pajaritos pertenecen al mismo grupo económico “Pullman”, que concentró más del 90% de dichos servicios con origen en dicha EIM (datos determinados a partir del archivo Excel “Base_de_Datos_PAC_TDLC.xls” elaborado por la FNE y acompañado a folio 78).

48. Por su parte, en términos de acceso y conectividad, algunas EIM pueden ejercer cierto grado de presión competitiva en el mercado aguas arriba, en la medida que dispongan de patio de maniobras y se encuentren autorizadas como puntos de origen y destino del transporte interurbano de pasajeros, ya que de esta manera pueden competir con los terminales interurbano de pasajeros. Las diferencias que existen entre unos y otros se vinculan, principalmente, con el diseño de los terminales y de las EIM, con los tiempos de traslado para acceder a ellos y con la mayor o menor conectividad. En el mercado aguas arriba, es razonable pensar que las empresas de transporte interurbano de pasajeros privilegiarán puntos estratégicos de acceso, según su cartón de recorrido, con tal de enfrentar la menor congestión posible, pues eso les permitiría cumplir con sus itinerarios y reducir los costos de tiempo a sus usuarios.

49. En este orden de consideraciones, el principal acceso a los Terminales de Estación Central y San Borja es a través de la Autopista Central, eje General

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Velásquez y sus calles aledañas que, en tiempos de mayor demanda por transporte interurbano de pasajeros, generan una alta congestión, mermando, así, la calidad del servicio ofrecido para el mercado conexo aguas abajo. Como se señaló en el párrafo anterior y de acuerdo con la información allegada al proceso, es posible concluir que en este mercado no solo se deben incluir los terminales públicos y privados de acceso abierto, sino que también habría que incluir a algunas de las EIM, mas no a todas como plantea Infraestructura S.A.

50. Las actuales EIM de la Región Metropolitana se describen en la tabla siguiente. Según consta en la presentación de la FNE a folio 78, tres de ellas están registradas como punto de origen para salidas de servicios de transporte interurbano de pasajeros, pero la única empresa que operaba en la EIM Lo Ovalle dejó de hacerlo en marzo de 2018. Por consiguiente, las empresas de transporte interurbano de pasajeros que operan en las EIM Pajaritos y Bellavista de La Florida no requerirían de otro terminal para inscribirse en el RNSTP. En tanto, el resto de las EIM, operarían como estructuras que permiten el trasbordo de pasajeros entre distintos medios de transporte urbanos y rurales.

Tabla N° 2: Estaciones Intermodales de la Región Metropolitana.

EIM	Propiedad	Servicio Interurbano (Útil para RNSTP)	Destinos [DTPM] ⁽⁷⁾	N° de andenes ⁽⁸⁾
Intermodal La Cisterna ⁽¹⁾	MOP	No	El Bosque y San Bernardo	19
Vespucio Norte	Metro S.A.	No	Lampa, Colina, Quilicura y Til Til	9
Bellavista de La Florida	Metro S.A.	Si	Mostazal, Graneros, Rancagua, Talagante, El Monte, El Paico, San José de Maipo y parte del Litoral Central	15
Del Sol	Metro S.A.	No	Malloco, Talagante, El Monte y El Paico	13
Lo Ovalle ⁽²⁾	Metro S.A.	Si	Rio Clarillo, Los Magnolios y Litoral Central	14
Pajaritos	Metro S.A.	Si	Región de Valparaíso	11
Lo Valledor ⁽³⁾	Metro S.A.	No	-	(9)
Franklin ⁽⁴⁾	Metro S.A.	No	-	(9)
Aeropuerto ⁽⁵⁾	MOP	No	Valparaíso y Viña del Mar	(9)
Los Libertadores ⁽⁶⁾	Metro S.A.	No	-	(9)

(1) Administrada por Sociedad Concesionaria Intermodal La Cisterna S.A., empresa privada en la que además ya no existen las instalaciones destinadas a salidas de buses interurbanos según consta en la presentación de la FNE a folio 78. (2) El único operador registrado por la empresa estatal Metro S.A. dejó de operar en marzo de 2018 según consta en la presentación de la FNE a folio 78. (3) El portal del Directorio de Transporte Público Metropolitano (“DTPM”) indica que “Lo Valledor” es una EIM actualmente operativa que no permite el servicio de transporte interurbano de pasajeros (recuperado de <http://www.dtpm.gob.cl/index.php/infraestructura/estaciones-de-intercambio-modal> [última vista: 21 de octubre de 2020]). (4) Según indica la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda a folio 59 (p. 7), “Franklin” es una actual EIM. (5) Según consta en el informe del MTT a folio 61 (p. 5), el “Aeropuerto” Nuevo Pudahuel también es una EIM. (6) Esta nueva estación intermodal aún no entra en operación según consta en la presentación de la FNE a folio 78. (7) La DTPM enlista destinos comunales que denomina interurbanos, pero dicha definición no necesariamente coincide con la expuesta en esta resolución pues considera transporte urbano, intercomunal y rural. (8) Estudio “Análisis del Plan Estratégico de Estaciones Intermodales en la R.M.” (“Informe SECTRA 2018”, recuperado de:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

<http://www.sectra.gob.cl/biblioteca/detalle1b.asp?mfn=3479> [última vista: 21 de octubre de 2020]).

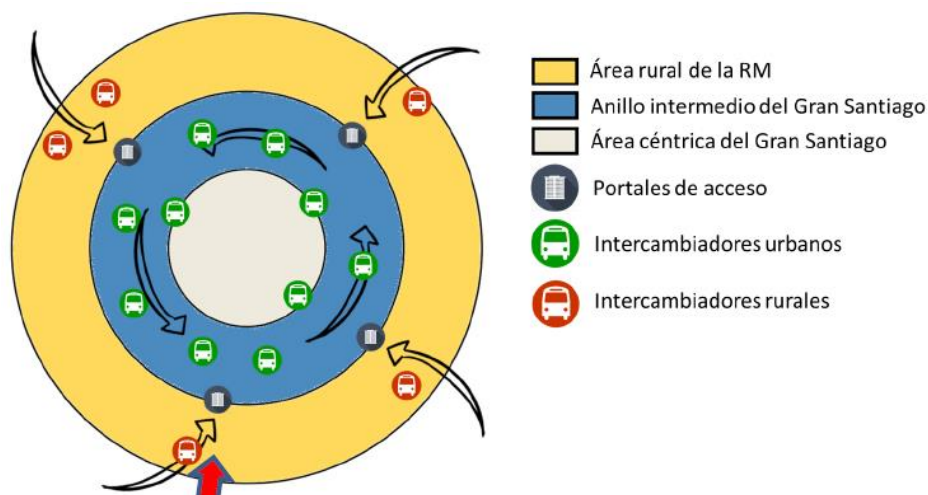
(9) No se contiene información en el expediente.

Fuente: Elaboración propia en base a la información que consta en autos indicada precedentemente, en la página web de la DTPM y en el Informe SECTRA 2018.

51. Adicionalmente, en lo relativo a los EIM, a folio 61 (p. 6), el MTT menciona un diseño o instrumento de política pública de transporte interurbano de pasajeros en el cual se destacan puntos estratégicos de acceso a la Región Metropolitana, denominados “Portales de Acceso” que permitirían reducir las externalidades de la conectividad urbana – rural/interurbana. Dicha estrategia consta en el Informe SECTRA de 2018 titulado “Análisis de Plan Estratégico de Estaciones Intermodales en la RM” cuyo objetivo fue “[e]laborar un Plan Estratégico de desarrollo de intercambiadores modales para la Región Metropolitana, basado en la demanda de viajes urbanos, rurales e interurbanos que deben atender, definiendo tipologías de intercambiadores, la localización, el diseño y los modelos de negocios asociados”.

52. Este Plan Estratégico considera diversas categorías de conectividad intermodal. Los “Portales de Acceso” corresponden a la Categoría C3, es decir, intercambiadores ubicados en el anillo intermedio de la ciudad que minimizarían el impacto urbano y vial de los sectores más congestionados, y que, a su vez, potenciarían sectores no consolidados. Dichos Portales de Acceso difieren de aquellos intercambiadores que facilitan tan solo los intercambios modales de carácter urbano correspondientes a las categorías C4 y C5, y de los intercambiadores externos ubicados en comunas con más de 50.000 habitantes y que están fuera del Gran Santiago (véase Informe SECTRA 2018, pp. 472 y ss.). Un esquema que ayudaría a comprender este Plan Estratégico es el que se propone a continuación:

FIGURA N° 1: Esquema conceptual del Plan Estratégico



Fuente: Informe SECTRA 2018, p. 473.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

53. De este modo, el Plan Estratégico identifica cinco intercambiadores privilegiados que conformarían los Portales de Acceso identificados por el DTPM, ya que contarían con ventajas en términos de acceso, demanda y factores costo-económicos de construcción y operabilidad que los dejarían en mejor posición respecto de otros intercambiadores. En concreto, dichos Portales de Acceso serían: (i) EIM Bellavista de La Florida; (ii) EIM Pajaritos; (iii) EIM Los Libertadores; (iv) Lo Valledor; y (v) Nos. En términos de sustituibilidad, según lo indicado en la Tabla N° 2, en Lo Valledor ya existe una EIM, pero ésta no contaría con las condiciones de infraestructura necesarias para ejercer presión competitiva en el mercado aguas arriba de terminales. Ahora bien, la Intermodal PAC estaría ubicada en las inmediaciones de Lo Valledor, área identificada como Portal de Acceso al Gran Santiago que contaría con las citadas ventajas viales y económicas en términos de infraestructura y operación, por lo que sería un portal de acceso y daría lugar a la posibilidad de registro en el RNSTP. Por tanto, en términos de acceso y conectividad, en principio, solo estas EIM identificadas como Portales de Acceso contarían con ventajas que las diferenciarían de otras EIM y tendrían la aptitud de ejercer una mayor presión competitiva en el mercado aguas arriba, siempre y cuando permitan a una empresa inscribirse en el RNSTP y cuenten con la infraestructura necesaria, lo que se examinará en el párrafo siguiente. De la Tabla N° 2 anterior, no serían Portales de Acceso, y por lo tanto no habría que incorporarlas dentro del mercado relevante las EIM de: La Cisterna, Vespucio Norte, Del Sol, Lo Ovalle, Franklin y Aeropuerto.

54. Respecto de las EIM que son calificadas como Portales de Acceso y que, por tanto, podrían constituir posibles sustitutas, la EIM Los Libertadores y Nos, en la actualidad, no permiten el registro en el RNSTP para las empresas de transporte interurbano de pasajeros, por lo que no pertenecerían al mismo mercado relevante del producto (folio 78, p. 3). En relación con las restantes EIM indicadas en el párrafo precedente, estas permitirían el registro de RNSTP y, de acuerdo con información pública relativa a su ubicación (recuperado de <https://goo.gl/maps/Baq1Q8nLrDaknNmD8> y <https://goo.gl/maps/6BZDGrXbtrBMMJ7E9> [última vista: 20 de julio de 2021]), la EIM Pajaritos conecta con la Ruta 68 a Valparaíso, Viña del Mar e intermedios, mientras que EIM Bellavista de La Florida se encuentra cercana a la Autopista Vespucio Sur Express y, por ende, con conectividad a la Ruta del Maipo - Acceso Sur a Santiago por lo que ambas EIM gozarían de una ubicación privilegiada en términos de acceso respecto de las demás, al igual que los terminales interurbanos señalados –Estación Central y San Borja– lo que las convierte en potenciales competidoras y por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consiguiente, pueden considerarse parte del mismo mercado relevante del producto.

55. Por todo lo anterior, atendidas las características de la Intermodal de PAC establecidas en las Bases, este Tribunal considera que el mercado de producto aguas arriba estaría delimitado por los servicios prestados por los terminales de buses, públicos y privados de acceso abierto, y por aquellas EIM de acceso abierto que permiten el transporte interurbano de pasajeros y dan conexión a la conurbación de Santiago o Gran Santiago, como se explica a continuación, tanto hacia el norte como hacia el sur y a las zonas costeras. Dichos terminales serían los de Estación Central y San Borja, y las EIM Bellavista de La Florida y Pajaritos.

56. Finalmente, cabe destacar que tanto la Consultante como Infraestructura S.A. coinciden en que el mercado relevante geográfico corresponde a la Región Metropolitana. Sin embargo, este Tribunal considera que su delimitación corresponde a la conurbación de Santiago o Gran Santiago (véase INE, 2018, “Metodología para medir el Crecimiento Urbano de las Ciudades de Chile”, p. 58. Recuperado de: <https://geoarchivos.ine.cl/File/geo/metodologia-para-medir-el-crecimiento-urbano-de-las-ciudades-de-chile.pdf> [última vista: 20 de julio de 2021]). Lo anterior, por cuanto las empresas que ofrecen el servicio de transporte interurbano de pasajeros difícilmente escogerían locaciones fuera de dicha conurbación -por ejemplo, Melipilla- ante un pequeño pero significativo y no transitorio aumento de los precios por uso de losa y arriendo de boleterías, por las evidentes economías de escala y ventajas comparativas que representa la densidad poblacional e infraestructura de conectividad, respectivamente, presentes en esta delimitación.

57. Respecto de las condiciones de ingreso al mercado aguas arriba, no existen antecedentes en autos sobre otros permisos sectoriales, adicionales al RNSTP (por ejemplo, medio ambientales o de uso de suelo) que se necesiten para instalar un terminal de buses, como tampoco el tiempo y los costos que involucra su construcción, por lo que no se pueden extraer conclusiones sobre la factibilidad de una entrada oportuna y eficiente para un entrante.

58. Respecto de las EIM, no existen impedimentos desde el punto de vista regulatorio para que estas estaciones puedan entrar a competir en el mercado aguas arriba si es que cumplen con la normativa vigente, esto es, contar con sala de espera, servicios higiénicos, áreas de colocación y maniobras de los vehículos, andenes e infraestructura para su administración y control, entre otros, y que permitan a las empresas de transporte interurbano de pasajeros inscribirse en el RNSTP.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

D.2. Mercado conexo aguas abajo

59. En relación con la definición del mercado relevante aguas abajo, existe consenso entre los aportantes de que se trata de los servicios de transporte interurbano de pasajeros ofrecidos por empresas de buses, que comienzan o terminan en el Gran Santiago. En relación con la existencia de otros medios de transporte distintos de los buses que ofrezcan este tipo de servicio y puedan disciplinarlos, no se acompañaron antecedentes en autos que permitan incluirlos.

60. De acuerdo con la información ofrecida por la FNE a folio 78, más de 100 empresas prestan servicios de transporte interurbano de pasajeros en uno o más terminales del Gran Santiago en el año 2019. De ellas, los grupos Turbus y Pullman Bus concentran la mitad del total de salidas desde el Gran Santiago, y sobre el 67% de las salidas con destino a la Región de Valparaíso.

61. Respecto de las salidas desde cada terminal, tal como se enunció en el párrafo 43 *supra*, la sustitución entre el Terminal de Estación Central y el Terminal San Borja es limitada pues se enfocarían en destinos distintos (folio 7, p. 16, párrafo 43). Por otra parte, se reitera que solo dos EIM registran inicios de recorrido, según lo revisado en el párrafo 50 *supra*, representando una fracción menor de las salidas de transporte interurbano de pasajeros desde la RM (antecedentes a folio 78, pp. 2 a 4), según se evidenciará, además, en la Tabla N° 3.

62. En particular, según complementa la FNE, durante el año 2019 se registró un total aproximado de 741.000 salidas desde los terminales de la Región Metropolitana, considerando a las EIM Pajaritos y Bellavista de La Florida. Dichas salidas, a su vez, se distribuyeron entre 196 destinos finales nacionales, de los cuales 184 son ciudad o comuna, y el 43% de ellas correspondió a terminales privados. En la Tabla N° 3 se ilustra la proporción de salidas por terminal, según región de destino, para el año 2019.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 3: Distribución de salidas y destinos finales por terminal según región en 2019.

REGIÓN	T. Estación Central		T. San Borja		T. Alameda Turbus		T. Alameda Pullman Bus		T. Los Héroes		EIM Bellavista de La Florida		EIM Pajaritos	
	% del total de salidas desde la RM	N° de destinos finales	% del total de salidas desde la RM	N° de destinos finales	% del total de salidas desde la RM	N° de destinos finales	% del total de salidas desde la RM	N° de destinos finales	% del total de salidas desde la RM	N° de destinos finales	% del total de salidas desde la RM	N° de destinos finales	% del total de salidas desde la RM	N° de destinos finales
Arica y Parinacota	.	.	1,48%	1	0,05%	1
Tarapacá	.	.	0,25%	1	0,05%	1
Antofagasta	0,00%	1	1,11%	2	0,09%	3
Atacama	.	.	0,95%	2	0,14%	4
Coquimbo	.	.	3,52%	5	0,20%	3
Valparaíso	4,30%	15	7,82%	9	10,35%	15	17,33%	7	8,35%	1	0,47%	1	1,78%	4
O'Higgins	9,35%	25	0,68%	1	3,17%	5	1,01%	1	.	.
Maule	8,50%	25	0,00%	1	0,51%	1
Ñuble	1,67%	18	.	.	0,00%	2
Biobío	6,13%	25	0,00%	1	0,61%	5
La Araucanía	3,28%	31	0,01%	1	0,52%	9
Los Ríos	1,45%	11	0,64%	1	0,26%	5
Los Lagos	2,02%	18	0,61%	2	0,46%	2	.	.	0,89%	1
Aysén	0,00%	2
Magallanes	0,00%	1
Participación del Terminal	36,69%	171	17,07%	27	16,40%	56	17,33%	7	9,24%	2	1,48%	2	1,78%	4

Fuente: Elaboración propia en base a los antecedentes acompañados por la FNE a folio 78 que corresponde a información de salida o inicio de servicio.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

63. Como se puede observar en la Tabla precedente, todos los terminales y EIM que registran inicios de recorrido, tuvieron servicios hacia la región de Valparaíso en 2019. Por su parte, resulta evidente que el terminal de Estación Central concentra sus salidas hacia las zonas centro y sur del país, con una participación del 79,25% respecto de las salidas hacia el sur de la Región Metropolitana. Por otra parte, el terminal San Borja concentra sus salidas hacia las zonas centro y norte del país, con una participación del 93,24% respecto de las salidas hacia las regiones de Coquimbo hacia el norte. Respecto del terminal Alameda Turbus, si bien presentó salidas a 13 regiones del país, más del 80% de sus salidas son hacia las regiones de Valparaíso y del Libertador General Bernardo O'Higgins. Por otra parte, tal como indica la FNE (folio 78, p. 28), aproximadamente el 85% de los destinos tiene salidas concentradas en uno o dos terminales.

64. Adicionalmente, la FNE señaló que hay pocas empresas participantes por cada destino, lo que redundaría en altos índices de concentración. Con la información acompañada, como se puede apreciar en la Tabla N° 4, se pudo determinar que el Índice de Herfindahl-Hirschman ("HHI") promedio ponderado asciende a los 4.930 puntos según salidas desde el Gran Santiago a destinos nacionales fuera de la Región Metropolitana. La siguiente Tabla muestra los índices de concentración promedio ponderado por región determinados según la participación en salidas segmentado entre el grupo "Turbus", "Pullman" y el resto de las empresas de transporte interurbano de pasajeros por destino (s_{ij}) y la ponderación en salidas a cada destino en su respectiva región (w_{jk}):

$$HHI_k = 10.000 \times \sum_{j=1}^{196} \sum_{i=1}^{98} s_{ij}^2 \times w_{jk}$$

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 4: Índices de concentración por destino y región para el año 2019

Región de destino	HHI de destinos por grupo empresarial				Total destinos	HHI Ponderado
	[0 - 1500]	[1500 - 2000]	[2500 - 5000]	[5000 - 10000]		
Arica y Parinacota			1		1	3.567
Tarapacá				1	1	7.233
Antofagasta		1	1	2	4	4.925
Atacama				4	4	6.993
Coquimbo	1		1	4	6	4.118
Valparaíso		1	4	17	22	5.340
O'Higgins		2	4	21	27	5.380
Maule	1	1	4	19	25	4.668
Ñuble			7	11	18	4.540
Biobío		1	5	19	25	5.401
La Araucanía	2	3	12	14	31	2.919
Los Ríos		2	6	3	11	2.401
Los Lagos		3	7	8	18	2.055
Aysén				2	2	10.000
Magallanes				1	1	10.000
Total	4	14	52	126	196	4.930

Fuente: Elaboración propia en base a los antecedentes ofrecidos por la FNE a folio 78.

65. Como se observa en la Tabla anterior, el nivel de concentración en el mercado relevante por salidas a cada región de destino es alto, exceptuando las regiones de Los Ríos y de Los Lagos que presentan índices moderados de concentración.

66. Respecto de las condiciones de ingreso a este mercado, como se expuso en la sección B, una empresa que desea competir en la prestación de servicios de este tipo de transporte debe contar con acceso a un terminal que le permita inscribirse en el RNSTP. Para cumplir con ello, puede construir su propio terminal de buses, o bien, solicitar el acceso a un terminal de pasajeros existente.

67. En cuanto a la posibilidad de acceso a otro terminal o a una EIM que pueda registrar servicios de transporte interurbanos de pasajeros como punto de origen o destino, tal como se ha expuesto, solo los terminales públicos o privados de acceso abierto tienen la obligación de dar llegada a las empresas que lo soliciten, en la medida que cuenten con capacidad para ello. Respecto de los terminales privados sin política de acceso abierto, es razonable pensar que un operador privado integrado verticalmente aguas abajo podría limitar el acceso a otras empresas si cuenta con un número suficiente de pasajeros que demanden sus servicios aguas abajo, incidiendo directamente en los niveles de competencia en este mercado aguas abajo. En conclusión, se presentan dificultades a la entrada del mercado aguas abajo, de servicios de transporte interurbano de pasajeros ofrecidos por empresas de buses que comienzan o terminan en el Gran Santiago, debido a la existencia de un número reducido de terminales de acceso abierto que permiten el

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

registro en el RNSTP y por la imperfecta sustituibilidad de los mismos, derivado de la alta concentración de las salidas por destino que evidenciaría este mercado.

68. Por tanto, la alta concentración del mercado, las características de acceso y conectividad de la Intermodal PAC, y la alta participación de las dos principales empresas del rubro de transporte interurbano de pasajeros, al menos en el par origen-destino Santiago-Valparaíso (tramo que tiene un número significativo de salidas según se señala en el párrafo 63 *supra*), son factores que este Tribunal tendrá en consideración a efectos de analizar los eventuales resguardos a la competencia que deban implementarse en las Bases de Licitación de la Intermodal de PAC.

E. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN PARA LA CONCESIÓN DE LA ESTACIÓN INTERMODAL DE PEDRO AGUIRRE CERDA

E.1. Descripción de los criterios de evaluación contenidos en las Bases

69. De acuerdo con la sección “1.13 Criterios de Evaluación” de las BAE, la adjudicación de la concesión se basa en criterios económicos, técnicos, de experiencia y una bonificación o premio solo para la empresa que originalmente propuso el proyecto a la Municipalidad. Cada uno de estos ítems se pondera según el porcentaje que se detalla en el siguiente cuadro. Así, la oferta económica pondera un 42%, la oferta técnica un 35%, la experiencia un 20% y el premio un 3%.

Tabla N° 5: Criterios de evaluación contenidos en las BAE

ITEMS	CRITERIO	TOTAL %
1	Oferta Económica	42%
2	Oferta Técnica	35%
3	Experiencia	20%
4	Bonificación Proponente (Premio)	3%
TOTAL		100%

Fuente: BAE, sección 1.13 “Criterios de Evaluación”, p. 71.

70. La oferta económica se desglosa en cuatro subfactores: (a) Inversión Mínima (15%); (b) Pago Fijo Municipalidad (10%); (c) Pago Variable Municipalidad (12%); y (d) Aportes Comunales (5%). Para cada subfactor se considera un puntaje específico según un rango de montos que se muestra en el siguiente de cuadro:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 6: Tabla de evaluación de la oferta económica

Inversión Mínima	752.250 a 799.999 UF	800.000 a 849.999 UF	850.000 a 899.999 UF	900.000 a 949.999 UF	>950.000 UF
Puntaje inversión	50%	60%	70%	80%	100%
Nota por inversión comprometida					

Pago Fijo Anual Municipalidad	150 a 249 MM\$	250 a 349 MM\$	350 a 449 MM\$	450 a 549 MM\$	>550 MM\$
Puntaje pago fijo	50%	60%	70%	80%	100%
Nota por pago fijo anual					

Pago Anual Variable Municipalidad (mínimo 200 MM\$)	250 a 299 \$/salida	300 a 349 \$/salida	350 a 399 \$/salida	400 a 449 \$/salida	>450 \$/salida
Puntaje pago variable	50%	60%	70%	80%	100%
Nota por pago variable					

Aportes Comunales	50 a 100 MM\$	101 a 150 MM\$	151 a 200 MM\$	201 a 250 MM\$	>251 MM\$
	50%	60%	70%	80%	100%
Nota aportes comunales					

Fuente: BAE, sección 1.13.1. "Oferta económica (42%)".

71. Ahora bien, las BE establecen, a su vez, que la oferta económica, deberá contemplar, entre otros un(a):

- a) Oferta de inversión mínima por construcción de UF 752.250. Dicho monto corresponde a la valorización económica del terreno, el cual considera su tasación y la valoración del suelo según su destinación de uso (17,70 UF/m² para un total de 42.500 m²) (véase sección 1.1. de las BE).
- b) Pago por adelantado a la Municipalidad por adjudicación, de \$1.050.000.000 (mil cincuenta millones de pesos chilenos);
- c) Pago fijo anual a la Municipalidad, exigible desde el inicio de la explotación, de al menos \$150.000.000 (ciento cincuenta millones de pesos chilenos). Cabe tener presente que el plazo de la concesión es de 420 meses (35 años) a partir de la recepción definitiva de las obras por parte de la Municipalidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

d) Pago variable a la Municipalidad por concepto de uso de losa, exigible desde el inicio de la explotación, por al menos \$200.000.000 (doscientos millones de pesos chilenos) anuales.

e) Aportes al desarrollo comunal para obras en beneficio de la comuna, como compensaciones u otros aportes o beneficios para el adulto mayor debidamente inscrito. El monto de obras comprometidas con el Municipio deberá quedar especificado en la oferta económica.

72. Por su parte, la oferta técnica, considera, entre otros antecedentes:

a) Anteproyecto de arquitectura: el cual pondera un 20% y se evaluará de acuerdo con los metros cuadrados proyectados, obteniendo mayor puntaje la oferta que presente una mayor cantidad de metros cuadrados.

b) Anteproyecto de especialidades: pondera un 5% y se evaluará de acuerdo con el número de anteproyectos de especialidades presentados. A mayor número, mayor puntaje. Entre las especialidades se encuentran: anteproyecto de arquitectura con sus respectivos planos de planta, elevaciones y cortes; anteproyecto de cálculo estructural; anteproyecto de saneamiento y drenaje; anteproyecto eléctrico; de paisajismo; de climatización; anteproyecto de transporte vertical; de detección y extinción de incendios; de alarmas perimetrales; de instalaciones sanitarias, alcantarillado y gas; de eliminación de residuos; de señalética y de vías de circulación y obras de "EISTU".

c) Plazo de construcción: pondera un 5% y se otorga un puntaje mayor si las obras se construyen en menos tiempo. Así, se otorga un puntaje de un 100% si las obras se construyen en menos de 18 meses.

d) Metodología de construcción: pondera un 5% y se evaluará de acuerdo con el número de productos que deben estar presentes en su oferta técnica. A mayor número de productos, mayor puntaje. Dentro de los productos se menciona: descripción del método constructivo, programa de construcción de obra en proyecto, organización para la obra y currículos de profesionales propuestos, histograma de personal y equipos, esquema de instalación de faenas, plan de contratación de mano de obra, plan de seguridad y salud ocupacional, plan de manejo ambiental, plan de aseguramiento de calidad y certificaciones. Si se presentan más de nueve de estos productos se le otorga el 100% de puntaje al oferente en este ítem.

73. Por último, el ítem experiencia, que pondera un 20%, se divide en un 10% para el ítem registro de contratistas y en un 10% para manejo de terminales. Así, se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otorga mayor puntaje a las empresas que estén inscritas en los registros de contratistas del MOP y del Serviú (ponderadas en un 60% y un 40%, respectivamente) y que tengan experiencia en la operación y administración de terminales o estaciones intermodales de pasajeros. En cuanto a este último subfactor, se observa una inconsistencia entre lo señalado en la sección “1.13.3 Experiencia (20%)” de las BAE, en donde se indica que este subfactor se evaluará de acuerdo a la experiencia en este rubro y se incorpora una tabla que establece puntajes por rango de cantidad de m² de terminales administrados, que inicia con un 50% del puntaje en caso de manejo desde 2.000 m² a 4.999 m², por lo que la primera cifra (2.000 m²) sería el mínimo para postular; mientras que en la sección 1.4.1 de las mismas bases, pareciera exigirse contar con una experiencia mínima de manejo de terminales de 20.000 m², por cuanto indica que “[e]n cuanto al Operador, deberá contar con la experiencia de haber administrado Estación Intermodales o Terminales de buses a nivel Nacional, acumulando como mínimo una superficie de 20.000 m²”. En cada una de las secciones se solicitan los certificados que acrediten la experiencia respectiva.

74. Adicionalmente, como se señaló en el párrafo 37 *supra*, las Bases establecen un reembolso mínimo de UF 22.589 a la empresa que propuso el proyecto por concepto de los estudios preliminares realizados, en caso de que el adjudicatario sea una empresa distinta a la proponente del proyecto (artículo 1° del Capítulo I, BAG).

75. Las Bases también exigen garantías para asegurar la seriedad de la oferta, el fiel y oportuno cumplimiento del contrato y la correcta ejecución de obras. Junto con esto, la Municipalidad exige para todos los oferentes un acta de la visita al terreno y el haber participado en una reunión informativa previa y única. Dicha reunión y visita a terreno, como se ha señalado, se realizó el 16 de mayo de 2019 a las 10:00 horas.

76. Como se expuso en la sección 1.5.5 de las BAE, solo aquellas ofertas que sean técnicamente aceptables y cumplan con lo establecido en las BT podrán seguir en las etapas de evaluación siguientes. Por último, se establece como mecanismo de desempate en caso de igualdad de resultado, el puntaje más alto obtenido en la oferta económica.

E.2. Revisión de las cláusulas de las Bases que podrían generar riesgos para la libre competencia

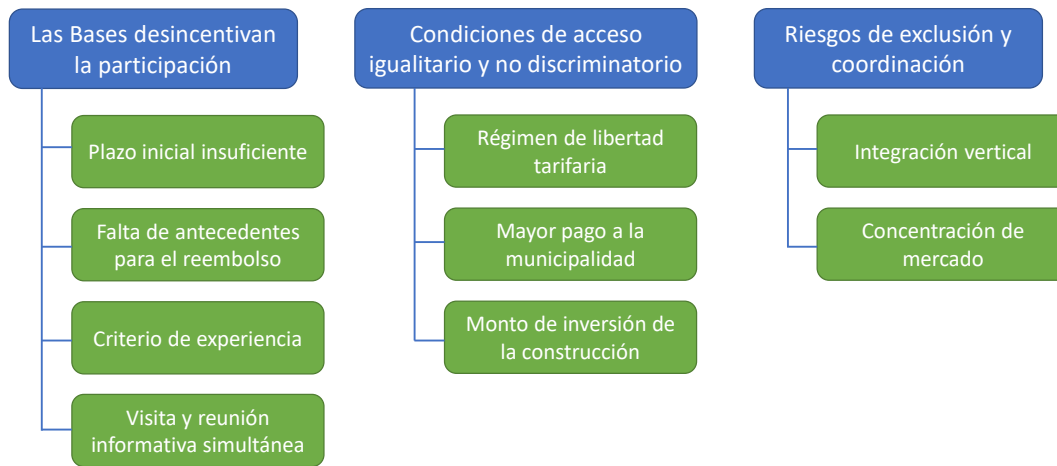
77. En lo que sigue, se analizarán las cláusulas contenidas en las Bases que la Consultante propone revisar a fin de comprobar si ellas resguardan o no la libre competencia dentro del marco de la licitación. Dentro del análisis, también se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

formularán las observaciones a dichas cláusulas que, a juicio de este Tribunal, debieran incorporarse con el objeto de que las Bases se ajusten al D.L. N° 211.

78. Los riesgos observados por la FNE se pueden resumir en la figura que se inserta a continuación.

Figura N° 2: Riesgos observados por la FNE



Fuente: Elaboración propia conforme a lo señalado a la Consulta (folio 7).

a) Riesgos relacionados con una posible reducción injustificada de potenciales oferentes a la licitación

79. La FNE considera que existen algunos elementos de las Bases que desincentivan la participación de potenciales oferentes en la licitación y que, de este modo, podrían restringir la concurrencia e intensidad competitiva en ésta, afectando con ello la libre competencia. Estos riesgos se refieren a: (i) el plazo para la presentación de las ofertas; (ii) el monto del reembolso a la empresa que presentó el proyecto por la Ley N° 19.865 al Municipio; (iii) las exigencias en cuanto a experiencia del nuevo concesionario; y (iv) la obligatoriedad de una visita y reunión informativa previa simultánea para todos los interesados. Por lo anterior, solicita en esta Consulta, la fijación de condiciones para mitigar estos riesgos, los que se analizan a continuación.

Plazo para presentar ofertas

80. La Consultante observa que se estableció un plazo original muy breve para presentar ofertas, de solo dos meses, a pesar de las altas exigencias y de la complejidad del proyecto a licitar, lo anterior incluso considerando las dos prórrogas que se otorgaron, las que modificaron la fecha original de recepción de ofertas del 3 de julio de 2019 al 28 de agosto de 2019. La FNE también destaca que, dentro de los antecedentes del proceso licitatorio, en particular, las preguntas realizadas por los interesados se presentaron cuatro solicitudes de ampliar el plazo original (folio 7, pp. 24 y 25). En su concepto, este plazo sería insuficiente para preparar ofertas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y podría dejar fuera a posibles interesados u oferentes. De hecho, Arauco e Infraestructura S.A., que elaboraron el proyecto FUC, fueron la única proponente que presentó una oferta a la Municipalidad, en calidad de UTP. Por esta razón, la FNE solicita que se establezca un plazo prudente para la presentación de las ofertas, inquietud que es compartida por MTT (folio 61, p. 14). Por el contrario, la Municipalidad considera que el plazo fue suficiente (folio 59, pp. 8 y ss.) y que, además, hubo dos prórrogas. Por su parte, si bien Arauco afirma que los plazos son perfectibles, destaca que el plazo se amplió de dos a cuatro meses (folio 63, p. 8).

81. En forma previa a evaluar si la cláusula de las Bases que establece el plazo para la presentación de ofertas puede infringir la libre competencia, se revisará si la regulación respecto a la licitación de las obras sujetas al SFUC contiene alguna norma en esta materia.

82. Como se indicó en los párrafos 23 y siguientes de la sección B, si bien la Ley N° 19.865 no contempla un plazo mínimo para la presentación de las ofertas, la aplicación supletoria de la Ley N° 19.886 y su reglamento, permiten afirmar que existe un plazo mínimo para la presentación de las ofertas de 30 días corridos según el artículo 25 del D.S N° 250. Con todo, la misma norma indica que el plazo para presentar las ofertas debe considerar el monto y complejidad del bien o servicio involucrado, y considerando particularmente el tiempo requerido para que los proveedores preparen sus ofertas. Lo que también fue destacado por la FNE (folio 7, p. 25).

83. Atendido lo anterior, si bien es cierto que la Municipalidad actuó conforme a la regulación aplicable, se debe considerar que el plazo definido por el D.S. N° 250 es mínimo. Así, en los casos de licitaciones públicas que impliquen altas inversiones y la construcción de obras de costos relevantes y un nivel de complejidad significativo, como la de autos, parece pertinente que el ente licitante considere un plazo superior al mínimo establecido en las normas aplicables para evitar que posibles interesados queden afuera por no alcanzar a elaborar su oferta, más aún si uno de los potenciales oferentes -el proponente del proyecto- puede contar con un tiempo adicional considerable (alrededor de un año) para elaborar los estudios preliminares una vez que su propuesta es aceptada, lo que implica una ventaja relevante frente a los demás proponentes en tanto conoce el proyecto y sus particularidades desde antes, además de los resultados de dichos estudios, antes del llamado a licitación. Junto con lo anterior, se debe tener en cuenta lo que señala la FNE, esto es, la inexistencia de un anteproyecto básico de la Intermodal PAC (folio 7, p. 25), porque éste debe elaborarse por los interesados en la licitación y se considera parte de la oferta técnica.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

84. Por tanto, debido a los argumentos antes expuestos, la Municipalidad deberá realizar un nuevo llamado a licitación y extender el plazo mínimo para presentar las ofertas entre el llamado a la licitación y la recepción de las ofertas considerando, al menos, seis meses de plazo, con posibilidad de prórroga de considerarse necesario.

Monto de reembolso por elaboración de estudios preliminares

85. En segundo lugar, la FNE cuestiona el monto de reembolso por los estudios preliminares, contemplado en el artículo 1° de las BAG. Como se ha señalado, si el adjudicatario resulta ser un oferente distinto de quien propone el proyecto a la Municipalidad (en este caso Arauco S.A.), deberá pagar a este último un monto de UF 22.589 en un plazo de 120 días desde que se adjudica la concesión, por concepto de reembolso de los estudios preliminares del proyecto.

86. La FNE señala que existe poca transparencia en el fundamento de dicho monto, dado que no se incluyen antecedentes que lo justifiquen y que, por tanto, esta asimetría de información entre participantes de la licitación puede desincentivar la concurrencia a ésta (folio 7, p. 21). Por ello, propone que se debieran justificar los costos en que incurrió el proponente del proyecto. En particular, estima deseable la publicación de: (i) los criterios que fueron considerados por la Municipalidad para la fijación de dicho monto; (ii) todos los documentos que respalden los gastos incurridos; y (iii) un análisis sobre si los montos informados por Arauco corresponden a valores de mercado según exige la misma Ley N° 19.865 (folio 7, p. 27). Esta aprehensión también es compartida por el MTT (folio 61, p.14). A su vez, el MTT señala que no todos los estudios que dan lugar al reembolso se encontraban disponibles para los oferentes en el portal de Mercado Público y que habría existido un problema de asimetría de información (folio 61, p. 9).

87. Por el contrario, la Municipalidad, Infraestructura S.A. y Arauco aducen que dicho reembolso está permitido por la Ley N° 19.865, la cual permite considerar el total o parte del valor de los estudios en los que incurrió el proponente, lo que se cumplió en este proceso licitatorio (folio 59, pp. 9 y 10; folio 62, p. 6; folio 63, pp. 3 y ss.). Por su parte, la empresa Arauco indica que la Municipalidad tuvo la oportunidad de rechazar u objetar la valorización que se hizo de dichos estudios mínimos (folio 63, p.8).

88. Revisados los antecedentes aportados al proceso, efectivamente no se allegaron aquellos que permitan verificar los costos ni el valor de los estudios en los que incurrió Arauco al presentar su proyecto o que permitan justificar el monto solicitado. Tampoco la Municipalidad acreditó que éstos fueran valorizados según criterio de mercado de acuerdo con lo que establece el artículo 15 de la Ley N° 19.865. Solo existe información sobre el porcentaje del monto solicitado para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

financiar los estudios preliminares realizados por Arauco (UF 22.589) de la inversión total mínima que se le exige al concesionario, el que asciende a un 3%. De este modo, la falta de transparencia sobre los fundamentos de los costos de los estudios realizados por el proponente, junto con los altos montos que se deben pagar a la Municipalidad por otros conceptos y cuya justificación se analizará más adelante, podrían plausiblemente haber desincentivado o desincentivar la participación de interesados en esta licitación. Por lo anterior, se ordenará que el ente licitante justifique el monto de los estudios, así como el monto de reembolso y velar porque estos estudios se encuentren disponibles para todos los interesados en el portal de Mercado Público desde el llamado a licitación, en conjunto con las nuevas bases de licitación que la Municipalidad deberá elaborar en relación con lo que se señala en esta resolución (en adelante, “Nuevas Bases”).

Experiencia del oferente

89. Un tercer elemento que observa la FNE recae sobre la evaluación del ítem de experiencia, puesto que, tal como se señala tanto en la sección 1.4.1 y 1.13.3 de las BAE, se permite únicamente acreditarla por la administración de terminales de buses o estaciones intermodales, otorgando el máximo puntaje a aquel que haya administrado terminales o estaciones intermodales de buses de más de 20.000 m² (folio 7, p. 28). De acuerdo con la Consultante, esta exigencia sería restrictiva por cuanto la experiencia también se podría acreditar por la administración de grandes superficies como aeropuertos, centros comerciales y otros, tal como se ha dispuesto previamente en esta sede (Sentencia N° 77/2008, c. 55°; Resolución N° 63/2021, párrafo 59). Siguiendo la jurisprudencia citada y atendido que, al menos en este mercado, no se requiere un *know how* sofisticado para construir y operar el proyecto, se ordenará modificar las Bases con el objeto de ampliar los criterios asociados al factor de experiencia, de tal manera que ésta no recaiga exclusivamente en la administración de terminales, sino que considere también aquella que pueda tener un oferente en la administración de otro tipo de infraestructuras, tales como aeropuertos, puertos y centros comerciales, entre otros.

90. Adicionalmente, es preciso subrayar que la OCDE ha entregado lineamientos en materia de experiencia de los oferentes que se consideran atingentes a la presente Consulta. En específico, destacan aquellos que recomiendan que se exija 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 (2014), *Hearing on the use of tenders and auctions*, DAF/COMP/WP2(2014)15, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, p. 5).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

91. En este sentido, la Municipalidad deberá definir en las Nuevas Bases un número de años de experiencia mínima, el cual no podrá superar los cinco años, experiencia que deberán acreditar todos quienes estén interesados en la licitación. En consecuencia, las ofertas formuladas por quienes no cumplan con los requisitos indicados en los párrafos anteriores, esto es, experiencia al menos en administración de determinadas infraestructuras como las citadas, y un mínimo de años de experiencia, no podrán ser admitidas.

92. También, respecto del ítem experiencia, en las BAE no existe claridad respecto a cuál sería la superficie mínima que permite obtener puntaje en el subfactor de manejo de terminales o de infraestructura análoga que se incorpore, según el párrafo 89 *supra*. Dicha inconsistencia está explicada en el párrafo 73 *supra* y deberá ser corregida en las Nuevas Bases.

Reunión y visita informativa obligatoria y simultánea

93. Un cuarto elemento que según la FNE genera riesgos para la libre competencia es la reunión y visita previa, obligatoria y simultánea de los interesados al terreno, según lo señalado en las BAG (folio 7, p. 17). A juicio de la FNE, esta instancia promueve la interacción entre los interesados por la concesión antes de la presentación de ofertas, lo cual aumenta el riesgo de coordinación o colusión entre ellos y, además, el conocer *ex ante* quiénes son los potenciales oferentes, reduciría la intensidad competitiva del proceso licitatorio, ya que los oferentes podrían utilizar dicha información para adecuar sus ofertas (folio 7, pp. 30 y 49).

94. Por su parte, la Municipalidad (folio 59, p. 11) argumenta que esta reunión y visita previa se contempló para resguardar la transparencia, el trato igualitario y la seriedad tanto de la licitante como de los potenciales oferentes, pues realizar estas reuniones por separado o después de la presentación de las ofertas podría dar pie a cuestionamientos sobre probidad administrativa. Afirma también que la interpretación de la FNE iría en contra de dictámenes de la CGR y del TCP, sin hacer referencia a ninguno en particular. Así, en ciertos dictámenes, la CGR no habría cuestionado que se realicen visitas obligatorias simultáneas de los oferentes e incluso habría sostenido, respecto a unas bases que consideraban una eventual segunda visita a terreno a coordinar con el funcionario encargado, que corresponde que se agregue que dicha visita debía ser publicada en el portal de Mercado Público, “*a fin de que los demás interesados puedan asistir a la misma y así resguardar la igualdad de los oferentes y transparencia del proceso licitatorio*” (Dictamen N° 44.386-12).

95. No obstante la importancia del resguardo del principio de transparencia y de igualdad de concurrencia de los interesados en los procesos licitatorios realizados

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por los organismos públicos, tal como lo ha sostenido la CGR, en este caso, la exigencia de reuniones simultáneas y obligatorias pueden facilitar la colusión al permitir instancias de coordinación entre los interesados en una misma licitación, lo que corresponde a la infracción más grave a la libre competencia, como se ha señalado en reiteradas oportunidades por el Tribunal (Sentencia N° 119/2012, c. 95°; Sentencia N° 175/2020, c. 135°). En ese sentido, es necesario limitar la comunicación entre interesados durante el proceso de presentación de ofertas (OCDE (2012), *Recomendaciones del Consejo OCDE para combatir la colusión en la contratación pública*, p. 9. Recuperado de: <https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf> [última vista: 27 de julio de 2021]). En ese contexto y ponderando los bienes jurídicos en juego y sus implicancias, se considera necesario prohibir que dicha instancia tenga calidad de obligatoria y simultánea. En consecuencia, se ordenará a la Municipalidad que elimine de las Nuevas Bases, la obligatoriedad de que todos los interesados tengan que asistir a la reunión y a la visita a terreno simultánea con la Municipalidad (BAG artículo 7°, c.2) y a), pp. 16 y 17), sin perjuicio de las medidas que debe adoptar para asegurar la igualdad de los oferentes.

b) Riesgos de conductas abusivas ex post por el adjudicatario de la licitación

96. La FNE también cuestiona las Bases por estar redactadas de forma tal que no garantizan el acceso bajo condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias a un insumo necesario para la prestación de servicios de transporte interurbano de pasajeros, ni contiene resguardos para evitar posibles abusos de posición dominante en la etapa de explotación de la concesión (folio 7, pp. 22, 31 y ss.). Lo anterior por cuanto (i) se confiere libertad al futuro concesionario para que fije sus tarifas; (ii) se establece como criterio de adjudicación el mayor pago a la Municipalidad; y (iii) se establece como criterio de adjudicación el mayor costo de construcción. Estas observaciones se analizan a continuación.

Libertad Tarifaria y desarrollo de un Índice Tarifario

97. Como se anticipó, conforme a las Bases, el futuro concesionario tendría libertad absoluta para definir sus tarifas respecto del derecho de uso de losa y el canon de arriendo de boleterías. Así, se observa en las BAE, las que señalan “*el concesionario tendrá derecho a cobrar las tarifas que determine para los servicios que explote*” (sección 1.10.7, B.1), por lo que estas no son una variable de adjudicación de la licitación. Además, del texto de las Bases podría entenderse que existe espacio para discriminar entre usuarios de diferentes categorías. En efecto,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se señala que “[e]l Concesionario, en cada servicio, no podrá cobrar tarifas discriminatorias a usuarios de la misma categoría, entendiéndose por ella, aquella que incluye un mismo tipo de usuario y servicio, hora, día de la semana, y época del año, siempre y cuando el operador que realice el servicio sea el mismo, en caso de ser distintos cada uno podrá fijar su tarifa en forma independiente” (BAE, sección 1.10.7, B.2.).

98. Dado que la discriminación solo se prohíbe dentro de una misma categoría y no de modo “intercategorías” de usuarios, el concesionario podría utilizar el valor de la losa para favorecer a unos usuarios o destinos por sobre otros, maximizando sus ingresos y distorsionando la competencia aguas abajo. El MTT coincide con que esto significará un traspaso de mayores costos para los usuarios, todo lo cual encarecerá el servicio (folio 61, p. 14). Por esta razón, la FNE señala que las tarifas del derecho de uso de losa y arriendo de boleterías deberían ser una variable de licitación y deberían tener un valor máximo, de carácter reservado.

99. Respecto de estas consideraciones, este Tribunal coincide con las aprehensiones de la FNE en cuanto a que la Intermodal PAC se trataría de un insumo necesario, por cuanto la infraestructura a licitar tiene un carácter estratégico y permitirá al concesionario prestar servicios en condiciones monopólicas dentro de dicha infraestructura. Por otra parte, el acceso a un terminal constituye un requisito para que potenciales competidores en el mercado conexo de servicios de transporte interurbano de pasajeros accedan al RNSTP y a las ventajas de conectividad que representa esta EIM. Por lo mismo, el concesionario gozará de una posición dominante en cuanto concesionario que le permitirá eventualmente abusar de ella mediante el cobro de precios por los servicios que prestará en condiciones monopólicas en la etapa de explotación de la concesión. Por este motivo, se ordenará que se modifiquen las Bases en el sentido de incluir como variable de adjudicación el menor Índice Tarifario por los servicios sujetos a tarifa máxima que preste el concesionario de la Intermodal PAC, incluyendo los servicios de estacionamientos públicos para vehículos particulares en general o usuarios, dentro del área de concesión (según se define en la sección 1.10.6 letra i. de las BAE). Cabe considerar respecto de este último servicio que la FNE, en mayo de 2019, recomendó a organismos públicos que otorgan concesiones para la prestación de los servicios de estacionamientos que, en los procesos licitatorios, para adjudicarlas, coloquen énfasis en aquellas ofertas que dispongan un menor pago por parte del usuario final (Investigación por eventual abuso de tarifas de estacionamiento, Rol FNE N° 2426-17).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

100. En consecuencia, se considerarán como servicios sujetos a la regulación de una tarifa máxima, los servicios por uso de la Intermodal PAC para el transporte interurbano de pasajeros, es decir, el pago por derecho de uso de losa, el canon de arriendo de la infraestructura para boleterías (en términos de m²) y los estacionamientos para vehículos particulares en general. La ponderación de dichas tarifas en el Índice Tarifario estará determinada por el factor “ α ”, que representa la proporción esperada de ingresos por derechos de uso de losa, por el factor “ β ” que representa la proporción esperada de ingresos por el arriendo de boleterías y por el factor “ γ ” que representa la proporción esperada de ingresos por los estacionamientos. En particular, el derecho de uso de losa, “ α ” no podrá representar menos de un 40% del Índice Tarifario. En cualquier caso, el arriendo de boleterías “ β ” y el estacionamiento “ γ ” no podrán representar, cada uno, menos del 10% del Índice Tarifario.

$$\text{Índice} = \alpha * \text{derecho de losa} + \beta * \text{arriendo de boleterías} + \gamma * \text{estacionamientos}$$

101. Por su parte, las Nuevas Bases deberán considerar como criterio de desempate la presentación de una nueva oferta final que mejore la oferta original por parte de los oferentes cuyas ofertas hayan empatado, la que no podrá contener tarifas más altas que las inicialmente ofertadas, adjudicándose la concesión aquel que presente el menor índice respecto de los servicios sujetos a tarifa máxima. Si utilizando el mecanismo precedente en dos oportunidades, no se logra obtener el desempate, la Municipalidad deberá elegir, entre las ofertas finales, al oferente que proponga la menor tarifa por uso de losa.

Renta de la Concesión y pagos a la Municipalidad

102. A folio 7, p. 34, la FNE cuestiona que se otorgue puntaje dentro del criterio de adjudicación a los mayores pagos anuales -fijo y variable-, que el concesionario debe pagar a la Municipalidad, pues se incentiva a los interesados a ofertar mayores montos para adjudicarse la obra y luego traspasar ese costo a los usuarios a través del cobro de tarifas más altas. Este criterio de evaluación, a su juicio, acrecienta los riesgos de abuso de posición dominante en la etapa de explotación de la concesión y no incentiva la eficiente asignación de recursos. La FNE señala que los pagos a la Municipalidad debieran ser fijos para todos los participantes de la licitación, sin otorgar un puntaje en la evaluación de las ofertas.

103. Los mayores pagos al ente licitante como criterio de evaluación ha sido un elemento cuestionado en la jurisprudencia de esta sede en casos similares a la presente Consulta, especialmente cuando se adjudica un bien que puede conferir una posición dominante en uno o más mercados (v.gr. Resolución N° 63/2021,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

párrafo 43; Resolución N° 46/2015, párrafo 126). Lo anterior, atendido los eventuales efectos negativos que podría generar en las ofertas económicas que presenten los interesados, por cuanto éstas podrían buscar aproximarse al monto máximo de los precios permitidos en las Nuevas Bases, con el único fin de cubrir los pagos a la Municipalidad, por lo que el resultado de la licitación quedaría definido por variables no relacionadas con el funcionamiento del transporte interurbano de pasajeros. Asimismo, estos mayores montos pueden ser traspasados a los usuarios aguas abajo mediante tarifas más altas, no siendo, entonces, un criterio que incentive la asignación eficiente de los recursos.

104. En el caso de la licitación de la Intermodal PAC, estos pagos representan el 42% de la evaluación que hace el Municipio de la oferta económica para adjudicar el proyecto. Dichos pagos son los siguientes: (i) un pago *ad front* (“pago *up front* o por adelantado”) al momento de ser adjudicada la concesión de 1.050 millones de pesos chilenos; (ii) un pago fijo anual al municipio más alto, una vez iniciada la etapa de explotación del proyecto, cuya duración es de 35 años, el cual al menos será de 150 millones de pesos chilenos anuales; (iii) un mayor pago variable a la Municipalidad por concepto de uso de losa, exigible desde el inicio de la explotación, por al menos 200 millones de pesos chilenos anuales; (iv) aportes al desarrollo comunal para obras en beneficio de la comuna, los cuales deberán quedar especificados en la Oferta Económica; y (v) otros aportes voluntarios en beneficio de la comunidad a modo de compensación al municipio, así como otros aportes o beneficios para el adulto mayor debidamente inscrito.

105. En relación con los pagos que se describen en el párrafo anterior, se ordenará a la Municipalidad lo siguiente:

- a) En primer lugar, de acuerdo con el razonamiento descrito en el párrafo 103 *supra*, se ordenará eliminar como criterio de evaluación y adjudicación de la oferta económica los mayores pagos a la Municipalidad por concepto de pago fijo anual, pago variable y aportes al desarrollo comunal para obras en beneficio de la comuna, establecidos en los puntos (ii), (iii) y (iv) del mismo párrafo 104 *supra*.
- b) En segundo lugar, el pago *up front* o por adelantado, el pago fijo anual, el pago variable, los aportes al desarrollo comunal y las compensaciones, establecidos en los puntos (ii), (iii), (iv) y (vi) del párrafo anterior, deberán estar justificados, quedar previamente determinados en las Nuevas Bases y todos los oferentes deberán conocerlos al momento de presentar sus ofertas.
- c) En tercer lugar, en cuanto al monto del pago *up front* o por adelantado de 1.050 millones de pesos chilenos considerado en las Bases, indicado en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

párrafo 104 *supra*, el cual representaría alrededor de un 4,7% del monto mínimo de la inversión total del proyecto establecido en la sección 1.2 de las BE de UF 752.250; este Tribunal considera que el cobro de un porcentaje inferior al 5% como pago *up front* al Municipio sería adecuado. Sin embargo, este monto debería calcularse sobre la tasación mínima de los activos entregados en concesión, en los términos que se señalan en los párrafos 108 y 109 *infra*, y no sobre el monto mínimo de la inversión total del proyecto. Este pago debe realizarse al momento de ser adjudicada la concesión, tal como se propone en las BE.

106. Los fundamentos de las medidas establecidas en el párrafo anterior se explican a continuación.

107. En cuanto a lo ordenado en la letra a) del párrafo 105 *supra* se debe tener en consideración que las ponderaciones que asignan las Bases a cada uno de estos pagos generan incentivos inadecuados (para su análisis véase la Tabla N° 6, *supra*). Por ejemplo, por cada UF 50.000 -alrededor de 1.500 millones de pesos chilenos- de inversión adicional, el licitante gana 10 puntos en la ponderación de su oferta económica. Mientras que, por cada 100 millones de pesos chilenos en pago al Municipio, gana el mismo puntaje. En consecuencia, es evidente que el interesado maximizará la probabilidad de adjudicación aumentando el monto a pagar a la Municipalidad. Solo llegando al máximo de pago habrá competencia por la variable inversión, que es la más importante para asegurar competencia, junto con las ofertas por los servicios sujetos a tarifas máximas (en la licitación o por el mercado).

108. En relación con el pago *up front* o por adelantado y los pagos anuales, tal como se ha determinado en casos anteriores (Resolución N° 63/2021, párrafo 46), se debiera considerar el valor económico de los activos entregados en concesión. Para estos efectos, la Municipalidad deberá utilizar como insumo la tasación de menor valor o tasación mínima entre aquella que contrató y que determinó el valor económico del metro cuadrado de área verde en el lugar donde se emplazará la Intermodal PAC, contenida en las BE y la de un tasador independiente.

109. Ahora bien, en particular, sobre la renta anual fija a pagar a la Municipalidad por cada año que dure la concesión, a contar de la explotación de la concesión, el pago anual del primer año debiera, al menos, incorporar su 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, la que usualmente se utiliza para evaluar la rentabilidad social de los proyectos de inversión pública. Esto permitirá al Municipio recibir una especie de renta de arrendamiento anual por la concesión. Dado que, en este caso, existen

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dudas respecto de la tasación, como se especificó en el párrafo anterior, este Tribunal solicitará al Municipio contratar a un tasador independiente que realice una segunda tasación, debiendo optar por aquella de menor valor. De esta manera, se solicitará al Municipio que esta renta quede determinada según la siguiente expresión:

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

110. Adicionalmente, la Municipalidad podrá cobrar un pago variable anual a partir del segundo año de operación y durante los años que se extienda la concesión. Esta renta no podrá ser superior al 12% de los ingresos brutos, por concepto de derecho de uso de losa, arrendamiento de boleterías y cobro de estacionamientos a particulares, obtenidos por el concesionario durante el año anterior al pago.

Monto de inversiones en construcción del proyecto como criterio de evaluación

111. Las Bases contemplan un valor mínimo de la inversión en construcción de UF 752.250. Asimismo, se evalúa el monto total de inversión de la construcción, definiendo que a mayor monto se obtiene un mayor puntaje de la oferta. Ello corresponde a un 15% del puntaje total de la evaluación de la oferta económica.

112. Respecto de dicho monto mínimo y la metodología utilizada para obtenerlo por parte de la Municipalidad, esto es, la multiplicación de los metros cuadrados del terreno por 17,70 UF/m², que corresponde a un valor referencial establecido en los informes trimestrales de precios de oferta de sitios elaborado por la Cámara Nacional de Servicios Inmobiliarios A.G. según lo señalado en la sección 1.1 de las BE, la Consultante sostiene que, desde un punto de vista económico, no existiría evidencia de que la valoración del terreno donde se emplazará la Intermodal PAC esté relacionada con la inversión requerida para la ejecución del proyecto a licitar y, por tanto, la metodología de evaluación de la inversión y el monto de inversión mínima definido por la Municipalidad no serían adecuados ni estarían justificados (folio 7, p. 37).

113. Este Tribunal concuerda con la Consultante en cuanto a que no hay evidencia de que el valor del terreno donde se emplazara la Intermodal PAC esté relacionado con la inversión requerida para la ejecución del proyecto. Por este motivo solicitará al Municipio que determine en las Bases el monto de inversión mínimo que deberá realizar el adjudicatario de la licitación, el que no deberá estar relacionado con la tasación del terreno como se propone en las bases.

114. Por otra parte, el esquema que supone otorgar más puntaje al mayor monto ofrecido para la construcción del proyecto podría generar efectos nocivos en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitación, pues el proyecto más costoso no necesariamente será efectivamente el más idóneo. La FNE agrega que este mecanismo iría en sentido contrario a las recomendaciones generales sobre licitaciones públicas hechas por organismos internacionales, que sugieren que el organismo que licita defina previamente el proyecto y luego se adjudique al oferente que pueda construirlo al menor costo posible (folio 7, p. 37).

115. En efecto, el mayor puntaje que se plantea conferir al proyecto que tenga mayores costos o considere inversiones más cuantiosas, puede generar un beneficio a los postulantes con mayor posibilidad de financiamiento en desmedro de otros participantes igualmente eficientes. Adicionalmente incentiva la presentación de ofertas abultadas y la posterior renegociación de estas, una vez adjudicado el proyecto, lo cual no solo puede tener efectos en los mayores costos de operación de la Intermodal PAC, sino que también afecta el proceso competitivo.

116. Por lo anterior, se le ordenará a la Municipalidad no incluir en las Nuevas Bases el mayor monto de la inversión a ejecutar como parte de la evaluación de la oferta, a pesar de que se encuentre considerado como un criterio de adjudicación en la Ley N° 19.865, por cuanto conlleva el riesgo de alzas en los precios a pagar por los usuarios de los servicios que brinde la Intermodal PAC. De esta manera, se propondrá que la variable de adjudicación considere solo la estructura tarifaria.

117. Por otra parte, el MTT sostiene que el diseño del proyecto no debería entregarse como parte del anteproyecto, sino que deberían ser incorporados como términos de referencia de la licitación para *“asegurar la correcta operación y uso del espacio para los buses y usuarios que utilicen la EIM”*, lo que se suma al cuestionamiento respecto de que para la elaboración de dicho anteproyecto *“se tuvo un plazo insuficiente y falta de información de los estudios preliminares de la iniciativa FUC”* (folio 61, pp. 8 y 12). Añade que es recomendable que los estudios previos que permitan el desarrollo del anteproyecto cuenten con participación de los organismos técnicos de dicho Ministerio, con el objeto de garantizar una óptima operación de la Intermodal PAC en su etapa de explotación (folio 61, p. 12).

118. Respecto de lo propuesto por el MTT, al no presentarse antecedentes que den cuenta de cómo la ausencia de participación de dicho Ministerio en los estudios previos al anteproyecto podría infringir el D.L. N° 211, no se emitirá un pronunciamiento al respecto.

Ámbito de discrecionalidad en la adjudicación

119. En la letra h) del artículo 8° de las BAG se señala que la Municipalidad podrá, fundándose en el informe de evaluación, rechazar todas las ofertas, si es que el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estudio de la adjudicación así lo aconseja, para la satisfacción de sus intereses. Luego, se establece que el llamado a propuesta pública puede ser declarado inadmisibles o desierto, mediante decreto, en caso de no presentarse ofertas o si todos los oferentes que se presenten son declarados inadmisibles, que sería el caso contemplado anteriormente.

120. Sin embargo, las Bases no explicitan las razones por las cuales la Municipalidad podría rechazar la oferta ni a cuáles intereses se refiere. Lo anterior podría disminuir los incentivos a participar en el proceso licitatorio y con ello la libre competencia, ya que tal nivel de discrecionalidad aumenta el riesgo de un comportamiento arbitrario de la Municipalidad.

121. En consecuencia, se ordenará a la Municipalidad que en las Nuevas Bases se establezca claramente bajo qué circunstancias o causales una oferta puede quedar fuera de bases o ser rechazada. Además, las decisiones que adopte la Municipalidad en las que estime 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.

Garantías solicitadas

122. Las Bases consideran garantías para asegurar la seriedad de la oferta, el fiel y oportuno cumplimiento del contrato y la correcta ejecución de obras (BAG, artículos 18 y siguientes). Al respecto, y desde el punto de vista de la libre competencia, este Tribunal ha considerado que es *“deseable que las garantías no sean excesivas, esto es, que no disuadan innecesariamente la participación de los interesados, para lo cual su monto no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una”* (Informe N° 18/2020, párrafo 140).

123. En este caso, las Bases establecen un Garantía de Seriedad de la Oferta de: UF 5.000; una Garantía de Fiel Cumplimiento de la Etapa de Diseño/construcción de UF 37.613 para la etapa de Explotación y UF 37.613 para la etapa de Construcción. Y finalmente, una garantía para la correcta ejecución de las obras, por el 2% del presupuesto de la obra. La FNE no observa problema alguno respecto de estas garantías, y este Tribunal tampoco en cuanto son proporcionales a la envergadura del proyecto.

F. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE INTERURBANO DE PASAJEROS DESDE Y HACIA LA REGIÓN METROPOLITANA

124. A continuación, se señalan las condiciones bajo las cuales el concesionario debe prestar los servicios de administración de la Intermodal PAC, además de su obligación de cobrar una tarifa máxima y uniforme por el derecho de uso de losa, otra por el arriendo de boleterías y por el servicio de estacionamientos a particulares. Como se señaló (sección E), las tarifas máximas de estos servicios quedarán determinadas al momento de adjudicar la concesión, según el menor Índice Tarifario ofertado. Lo anterior pretende emular un mercado competitivo aguas abajo *ex post*, en términos de precio, cantidad y calidad, y evitar, en general, comportamientos anticompetitivos por parte del concesionario en la etapa de explotación de la concesión.

F.1. Libre acceso

125. La Consultante señala que de los requisitos técnicos establecidos en las Bases y del resultado de las diligencias investigativas realizadas, se desprende que la Intermodal PAC sería de acceso abierto. Por su parte, en la sección 1.10.10 de las BAE se establece la obligación de dar un servicio público y no discriminatorio. De esta manera, indican que la obra entregada en concesión es un servicio público por lo cual el concesionario está obligado a prestar los servicios ininterrumpidamente salvo situaciones excepcionales, y sin discriminación de ninguna especie a los usuarios siempre que éstos cumplan con el reglamento de servicio y con las normas vigentes de la Municipalidad. Atendido lo anterior, las Nuevas Bases deberán indicar que la Intermodal PAC deberá dar acceso abierto a todas las empresas de transporte interurbano de pasajeros que lo soliciten, en la medida que sea factible.

F.2. No discriminación

126. Según se indica en las BAE (sección 1.10), durante la etapa de explotación de la concesión el concesionario podrá cobrar a terceros una tarifa por arriendo de infraestructura (para estacionamientos, oficinas, locales comerciales, restaurantes, etc.) y otras por uso de la Intermodal PAC. También podrá cobrar tarifas por publicidad y explotar otros servicios como custodia, sellado y embalaje de equipaje, servicios a pasajeros como salones VIP, arriendo de salas para conferencias, servicios de *courier*, encomiendas, entre otros. Según se establecerá en las Nuevas Bases, todas las tarifas de estos servicios serán determinadas libremente por el concesionario salvo aquellas tarifas correspondientes al derecho de uso de losa, arriendo de boleterías de la Intermodal PAC y el servicio de estacionamientos a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

particulares, que estarán sujetas a los valores máximos ofertados por quien se adjudique el proyecto según el menor Índice Tarifario ofertado, tal como se indicó en el párrafo 99 *supra* de esta resolución.

127. Con todo, las BAE (sección 1.10.7, B. 2) establecen que el concesionario no podrá discriminar precios o tarifas en los servicios que otorgue a usuarios de una misma categoría, lo que deberá mantenerse en las Nuevas Bases de licitación. Además, se solicitará que el Municipio incorpore en las Nuevas bases que el concesionario tampoco podrá discriminar precios de manera arbitraria entre usuarios de categorías diferentes.

128. En relación con esta materia, se prohibirán las ventas atadas de servicios sujetos a tarifa máxima, esto es, el derecho de uso de losa, arriendo de boleterías y el servicio de estacionamientos a particulares, con otros servicios que preste directamente el concesionario y que no están sujetos precios máximos. Ello, con el fin de evitar posibles abusos de posición dominante por parte del concesionario durante la etapa de explotación de la obra.

F.3. Reglamento Interno de Operación de la Intermodal PAC

129. Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo 125 *supra*, para hacer efectiva la obligación del concesionario de otorgar acceso abierto a todas las empresas que prestan el servicio interurbano de transporte de pasajeros, es conveniente que la Intermodal PAC cuente con directrices en esta materia en un reglamento dictado al efecto, el que debe ser elaborado por la Municipalidad y no por el concesionario como establecen las Bases.

130. La FNE también expresa esta preocupación (folio 7, p. 41) y manifiesta aprehensiones por las facultades reglamentarias del futuro concesionario de la Intermodal PAC, ya que las Bases señalan que éste deberá dictar un reglamento que tiene por objetivo, entre otros, regular los aspectos necesarios para la prestación y explotación de cada servicio de la etapa de explotación, sin detallar si la Municipalidad tendrá injerencia en la elaboración, dictación y/o control del mismo.

131. En efecto, la sección 2.9.3 de las BT establecen que el concesionario deberá confeccionar un “Reglamento de Servicio de la obra”. Este reglamento deberá ser confeccionado conforme al documento “Aspectos Mínimos a Considerar en la Elaboración del Reglamento de Servicio de la Obra y Manual de Operaciones para la Concesión”. No obstante, dicho documento no se encuentra dentro de los antecedentes de estos autos. El reglamento señalado precedentemente deberá ser presentado para la aprobación del inspector municipal.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

132. Las materias mínimas que debería contener este reglamento según dicha sección de las BT, se subdividen, primero, en un Manual de Operación para la prestación y explotación de cada servicio comercial y no comercial, el que debe incluir, a lo menos: (i) la descripción de los servicios que prestará el concesionario incluyendo la individualización de los recintos y/o terrenos destinados a la prestación de dichos servicios; (ii) mecanismos para medir la calidad y gestión de todos los servicios anteriormente señalados, en especial, se deben definir los estándares de operación cualitativos y cuantitativos, mecanismos de evaluación de desempeño, mecanismos de control y supervisión, derechos y obligaciones, procedimientos, relación con el inspector municipal, entre otros; (iii) Plan de seguridad y vigilancia; (iv) Plan de prevención de incendios; (v) Plan de aseo; (vi) Plan de coordinación con la Municipalidad, subcontratistas y otros que se interrelacionan en el área de la Intermodal PAC; y (vii) Sistema de reclamos de los usuarios. La segunda parte del reglamento se refiere a la organización para la prestación del servicio, debiendo definirse: (i) la organización; (ii) la dotación mínima de personal; (iii) la calificación del personal; (iv) horario de funcionamiento; (v) transporte para el personal; (vi) equipamiento; y (vii) espacio físico que requerirá para uso permanente del personal dentro de los edificios u otros sectores.

133. Dado que la propuesta anterior puede generar equívocos y coincidiendo por lo expuesto por la FNE en este punto, se ordenará que la Municipalidad elabore un reglamento interno referido a la prestación del servicio de terminales para la Intermodal PAC (“Reglamento Interno de operación de la Intermodal PAC”), el que deberá someterse a consulta pública en forma previa a su aprobación, a través de su sitio web, y luego ser informado a la FNE para su aprobación, antes de incluirlo en las Nuevas Bases. El reglamento deberá ser vinculante para el concesionario y el público, y estar a libre disposición de cualquier interesado. Su principal objetivo será establecer criterios generales y uniformes, orientados a dar acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios con tarifa máxima regulada de la Intermodal PAC. Para ello, deberá contener, al menos, los elementos descritos a continuación:

a) Reglas de asignación de boleterías y andenes

134. 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.

135. Además, en relación con la asignación de andenes, el reglamento interno deberá incluir un procedimiento que regule la frecuencia del servicio de transporte (horarios de salida y llegada de buses), en especial, ante escasez de andenes disponibles o solicitudes de llegadas o salidas extraordinarias.

b) Tiempo máximo de permanencia en los andenes

136. 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

137. El reglamento interno deberá establecer que el concesionario no podrá discriminar arbitrariamente entre las empresas de transporte interurbano de pasajeros, en el cobro de las tarifas 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 máximas ofertadas por quien se adjudique la licitación para cada ítem del Índice Tarifario.

d) Mecanismo de solución de controversias

138. El reglamento interno deberá contener un mecanismo de solución de controversias entre el concesionario y los usuarios, es decir, las empresas de transporte interurbano de pasajeros. En efecto, la FNE nota esta falta y señala: *“Finalmente, tampoco se contempla un mecanismo de resolución de conflicto en caso de cualquier dificultad que surja entre los participantes del mercado aguas abajo y el concesionario. Así, por ejemplo, el futuro adjudicatario podría establecer sanciones o multas excesivas por incumplimientos a las empresas de transporte interurbano que operen en el Terminal, quienes no contarían con un proceso imparcial para solucionar este o cualquier otro inconveniente que se presente”* (folio 7, p. 42).

139. Este Reglamento Interno será complementario al previsto en la sección 2.9.3. de las BT, denominado “Reglamento de Servicio de la obra”, el que deberá dictar el concesionario que se adjudique la obra. Con todo, este último deberá adecuarse a lo señalado en el Reglamento Interno elaborado por la Municipalidad.

F.4. Multas o sanciones por incumplimiento del contrato de concesión

140. El artículo 69 del Capítulo IX “Multas” de las BAG señala que, en caso de incumplimiento de las obligaciones del concesionario, el inspector municipal notificará la infracción detectada y propondrá la aplicación, si es el caso, de las multas que se estipulan en una tabla que se inserta en las BAE. A su vez, en la sección 1.8.5 de estas últimas bases, en relación con los tipos de infracciones y multas, se indica que el incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de cualquiera de las obligaciones del contrato de concesión, será causal de sanciones y multas. Luego, en la sección 1.8.5.1 se hace referencia a la “Tabla N° 2: Infracciones y Multas a la Concesionaria”, la que se contiene en un archivo Excel

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

externo a las bases que detalla los incumplimientos y diferentes montos de las multas asociados a ellos.

141. Al respecto, la existencia de multas específicas y diversas en función de la entidad de cada tipo de incumplimiento es conveniente pues logran un equilibrio entre la proporcionalidad y la disuasión eficaz del incumplimiento de las obligaciones por parte del futuro concesionario. Con todo, el monto de estas no debe ser excesivo para no desincentivar la participación de interesados en la licitación.

F.5. Causales de término y modificación del contrato

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

143. De acuerdo con el artículo 14 “Causales de término del contrato” de las BAG, la Municipalidad puede poner término anticipado al contrato en los casos señalados en dicho artículo, indicándose expresamente que no es un listado taxativo.

144. Este listado incluye las siguientes hipótesis: (a) Si el contratista no entregase la garantía por correcta ejecución del servicio en el plazo correspondiente; (b) Si el contratista fuere sometido a un procedimiento concursal de liquidación; (c) Si el contratista es declarado en quiebra, solicita su quiebra o inicia proposiciones de convenio con sus acreedores, o si ha llegado a un arreglo de traspaso de todo o parte de sus bienes en favor de sus acreedores; (d) Si ha acordado llevar el Contrato a un comité de inspección de sus acreedores; (e) Si el Contratista es una sociedad y va a su liquidación; (f) Si el contratista fuere condenado por algún delito que merezca pena aflictiva, o algún socio de una empresa constituida en forma distinta a una sociedad anónima, o si lo fuere, el gerente o alguno de los directores de dicha sociedad anónima; (g) Si el contratista no concurriere, dentro de la fecha establecida en las bases, a la entrega del terreno en caso de que procediere o no iniciare las obras o servicios dentro del plazo que se hubiere estipulado en las bases; (h) Por errores graves o actos, maliciosos de la empresa adjudicada, que afecten el normal funcionamiento de la obra o concesión, si el contratista ha hecho abandono de las obras sin notificación que justifique dicho acto; (i) Si el servicio o los servicios, se paralizaren sin causa justificada; (j) La utilización de materiales de calidad inferior a la especificada, y, en general, cualquier otro caso de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de parte del contratista; (k) Si por errores del contratista los servicios que quedaren con defectos graves no pudieren ser reparados y dichos defectos impidan el normal funcionamiento de la concesión; (l) Por subcontratación total del servicio materia del contrato, sin comunicación previa a la Municipalidad; (m) Incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante y que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sean de su única y exclusiva responsabilidad; (n) En caso de muerte del contratista o socio que implique término de giro de la empresa constructora; (o) Estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato; (p) Resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes; (q) Si a raíz de modificaciones de cualquier naturaleza introducidas en cualquier parte del proyecto adjudicado, el contratista se negare a efectuar a su costa las rectificaciones pertinentes; y (r) Si el contratista, no está ejecutando los servicios de acuerdo al Contrato o, en forma reiterada o flagrante no cumple con las obligaciones estipuladas.

145. Las BAG también contemplan causales de término del contrato adicionales en el caso de que la adjudicataria sea una UTP, listado que tampoco tiene un carácter taxativo: (s) La constatación de que los integrantes de la UTP constituyeron dicha figura con el objeto de vulnerar la libre competencia. De verificarse tal circunstancia, se remitirán los antecedentes pertinentes a la FNE; (t) Si uno de los integrantes de la UTP se retira de esta, y dicho integrante reuniese una o más características objeto de la evaluación de la oferta. En caso de ocurrir, la concesionaria deberá buscar un reemplazo u otro integrante que cumpla con características similares al integrante retirado. Dentro de un plazo a acordar con el Municipio; (u) Ocultar información relevante para ejecutar el contrato, que afecta a cualquiera de sus miembros; (v) La inhabilidad sobreviniente de alguno de sus integrantes, en la medida que la UTP no pueda continuar ejecutando el contrato con los restantes miembros, en los mismos términos adjudicados; y (w) La disolución de la UTP.

146. En ambos casos, la Municipalidad se encuentra facultada para calificar los hechos que constituyan un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato por parte del contratista o cualquiera de las causales de término citadas precedentemente (artículo 14 de las BAG).

147. También en este ámbito de materias, el artículo 67 del Capítulo “De la ejecución de las obras o servicios” de las BAG contempla la posibilidad de resciliación del contrato de común acuerdo.

148. Finalmente, en el Capítulo X “La resolución del contrato” de las BAG, en su artículo 71, se establece la resolución del contrato *ipso facto*, sin forma de juicio y sin derecho a indemnización de ningún tipo, singularizando las causales de incumplimiento en un listado que tampoco es taxativo. De tal forma, las causales contempladas en este artículo son: (a) Si el adjudicatario queda afecto a procedimiento concursal, cualquiera sea su origen o forma, conforme a la Ley N°

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20.720; (b) Si hay orden de ejecución y embargo de todo o parte de sus bienes y esto afecta el normal funcionamiento del proyecto; (c) Si ha llegado a un arreglo de traspaso de todo parte de sus bienes en favor de sus acreedores; (d) Si ha acordado llevar el contrato a un comité de inspección de sus acreedores; (e) Si el adjudicatario es una sociedad y va a su liquidación; (f) Si el adjudicatario fue condenado por algún delito que merezca pena aflictiva, o algún socio de una empresa constituida en forma distinta a una sociedad anónima, o si lo fuere, el gerente o alguno de los directores de dicha sociedad anónima; (g) No se está ejecutando el contrato de acuerdo a lo estipulado en las bases o en forma reiterada o flagrante no cumple con las obligaciones estipuladas; (h) Si por errores del adjudicatario o defectos técnicos, el equipamiento no fuera de la calidad requerida y comprometida, será de su exclusiva responsabilidad y costo cumplir con lo contratado; (i) En caso de muerte del adjudicatario o socio que implique término de giro de la empresa; (j) Si el adjudicatario lo solicita por causas de fuerza mayor; y (k) Si el adjudicatario es un consorcio formado por personas naturales o jurídicas dedicados a cualquier actividad o giro, para todos los efectos de aplicación de esta cláusula se considerará como adjudicatario el conjunto y a cada uno de los miembros que integran el consorcio.

149. Al analizar las causales de término del contrato, puede observarse que existen algunas reiteradas en el artículo 14 y en el artículo 71, como, por ejemplo, la causal contemplada en la letra b) del artículo 14 y la letra a) del artículo 71; así también son coincidentes aquellas contenidas en las letras c), d), e) y f) de ambos artículos y la señalada en la letra h) del artículo 14 y la de la letra i) del artículo 71. Por otra parte, la causal contemplada en el artículo 71 letra h) no pareciera una causal de resolución sino más bien una obligación del concesionario.

150. Por su parte, en la sección 1.11 de las BAE se contempla la extinción de la concesión por tres causales: (i) cumplimiento del plazo máximo de concesión, señalado en la sección 1.6.1 de dichas bases; (ii) incumplimiento grave de las obligaciones impuestas a la Concesionaria, para lo cual se establece un procedimiento previo a la declaración de dicho incumplimiento grave (sección 1.11.3); y (iii) por la extinción de la concesión por mutuo acuerdo.

151. Por otra parte, el artículo 30 de la Ley N° 19.865 establece que el contrato de concesión se extinguirá por expiración del plazo de su vigencia; acuerdo mutuo de las partes; incumplimiento grave de las obligaciones de las partes; y por cualquier otra causa prevista en las bases de licitación. El artículo 31 establece que la declaración de incumplimiento grave deberá ser solicitada a la Comisión Conciliadora regulada en los artículos 21 y siguientes de la misma ley.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

152. En relación con el término y extinción del contrato de concesión, es conveniente que las causales por las cuales procede uno u otro, se establezcan de manera taxativa en las Bases, de manera de reducir la incertidumbre y, con ello, incentivar una mayor participación en la licitación. Además, no deberían ser reiteradas, pues ello puede generar confusiones. Por lo anterior, se ordenará que se establezcan listados de esa naturaleza en las Nuevas Bases y que se aclaren o eliminen las reiteraciones que se presentan.

153. Respecto de eventuales modificaciones al contrato, en primer lugar, el artículo 9° del Capítulo IV “Del contrato y modificaciones” de las BAG, señala que cualquier observación o reparo formulado por la CGR será causal expresa de modificación del contrato en los términos que señale tal autoridad, precisando que, en este caso, son aplicables a la suscripción de las eventuales modificaciones las mismas exigencias establecidas para el contrato original. Luego, el artículo 16 del mismo capítulo establece que no corresponde, por regla general, la modificación del contrato por mutuo acuerdo, en atención al principio de estricta sujeción a las bases y de igualdad a los oferentes, salvo la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor que hubiere afectado por igual a todos los interesados o que en las bases y demás documentos se prevean expresamente situaciones excepcionales que lo permitan. Sin embargo, en su inciso final señala que no es aplicable a proyectos con financiamiento propio o concesiones.

154. Por su parte, el artículo 58 del Capítulo VIII “De la ejecución de las obras o servicios” de las BAG, señala que los inspectores municipales podrán autorizar cambios y ordenar modificaciones al proyecto solo en circunstancias justificadas y con la autorización del Director de la Unidad Técnica Municipal, siempre que dichas modificaciones no produzcan mayores costos dentro del proyecto, o generen cambios económicos en la explotación. Sin embargo, no se detalla si ello pueda implicar modificaciones al contrato mismo. Tampoco el contratista puede modificar el servicio o materiales por iniciativa propia, sino que requiere autorización del Director de la Unidad Técnica Municipal (artículo 59 de las BAG).

155. Finalmente, el artículo 61 del capítulo citado, indica que se pueden aumentar los servicios y las obras siempre que estas no superen el 30% del monto o del plazo del contrato inicial. Con todo, se explicita que, en el caso de contratos o proyectos financiados con recursos externos a la Municipalidad o de concesiones, cualquier aumento o disminución del contrato, se puede realizar solo en la medida que dicha modificación no afecte el funcionamiento posterior del servicio o signifique cambios a las condiciones económicas de la concesión.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

156. Respecto de esta materia, y al igual que en casos anteriores (Resolución N° 63/2021, párrafo 97), la modificación de aspectos establecidos en el contrato de concesión que digan relación con materias relevantes de la licitación, solo 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 máximas a cobrar por derecho de uso de losa, arriendo de boleterías y estacionamientos a particulares.

F.6. Deberes de transparencia e información

157. Con el objeto de reducir las asimetrías de información entre agente y principal (el concesionario y el municipio, respectivamente en este caso), las Nuevas Bases deberán determinar la periodicidad con la cual el concesionario le deberá entregar información a la Municipalidad relativa a la capacidad disponible de la Intermodal PAC, sus nuevas sociedades relacionadas, sus cambios de control, la transferencia de acciones o de derechos de los socios o accionistas y, en general, cualquier modificación relativa 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. NECESIDAD DE IMPONER RESGUARDOS ESTRUCTURALES

G.1. Integración Vertical

158. Los riesgos de la integración vertical en industrias que necesitan el acceso a instalaciones necesarias para que las empresas puedan prestar sus servicios, han sido descritos en anteriores decisiones de este Tribunal, fundamentalmente en los sectores portuario y aeroportuario (v.gr. Informe N° 6/2009; Informe N° 18/2020; Dictamen N° 1.004/1997; Dictamen N° 1.014/1997; Resolución N° 10/2005; Resolución N° 25/2008). Si bien se trata de industrias distintas al servicio de transporte interurbano de pasajeros, los riesgos que se presentan para la libre competencia son los mismos, vale decir, la negativa de acceso al terminal, la discriminación entre sus usuarios y las prácticas de sabotaje (lo que fue reconocido en la Resolución N° 63/2020 relativa a un terminal para el transporte interurbano de pasajeros, párrafos 99 y ss.). En materia portuaria, se han establecidos límites a este tipo de integración para mitigar estos riesgos, por cuanto (i) se ha considerado que los resguardos conductuales no son suficientes toda vez que para fiscalizar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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); y (ii) a pesar de que podrían existir eventuales eficiencias producto de dicha integración -y, como consecuencia, la existencia de economías de escala y de ámbito-, éstas deben ser probadas con antecedentes empíricos.

159. En este orden de ideas, la FNE sostiene que aquellas cláusulas que consideran la posibilidad que el adjudicatario de la concesión sea un actor que participe directa o indirectamente en los mercados en los que incide la licitación son un riesgo presente en las Bases objeto de esta Consulta. Lo anterior, por cuanto permiten la integración horizontal entre administradores de distintos terminales interurbanos emplazados en el Gran Santiago o en los lugares donde terminan los viajes iniciados en dicha área y, además, la integración vertical entre el administrador de la Intermodal PAC y las empresas de transporte interurbano de pasajeros.

160. En efecto, tal como lo indican las BAE (sección 1.10.6, letra I), refiriéndose a los servicios de transporte público y sus áreas de estacionamiento, se indica que “[e]l Concesionario deberá explotar y disponer las áreas de Estacionamiento para vehículos de transporte de pasajeros (buses, minibuses y taxis) claramente señalizadas y de acuerdo a las necesidades de la Estación Intermodal. Para el servicio de transporte de pasajeros, el Concesionario podrá explotar directamente o a través de un tercero dicho servicio”.

161. La Consultante ha planteado que la eventual adjudicación de la concesión a una empresa integrada verticalmente con otra que participa en el mercado de transporte interurbano de pasajeros no solamente genera riesgos de exclusión, sino que también riesgos de coordinación. Respecto de este tema, solo Infraestructura S.A., la Municipalidad y el MTT se pronunciaron, en tanto que Arauco refuta las medidas propuestas por la FNE, pero no aportó antecedentes en materia de integración vertical u horizontal del concesionario. Tampoco se observan comentarios en el aporte recibido de un grupo de vecinos de la comuna.

162. En forma previa a evaluar los riesgos propiamente tales, conviene analizar las relaciones de propiedad que existen entre los actores que participan en el mercado aguas arriba. Como se señaló en el párrafo 55 de la sección D, el mercado relevante aguas arriba ha sido definido en esta Consulta como el de la prestación de servicios de terminales de buses para el transporte interurbano de pasajeros, en régimen público y privado de acceso abierto, lo que habilitaría al operador para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

inscribirse en el RNSTP, para recorridos que comienzan o terminan en el Gran Santiago.

163. En dicho mercado es posible identificar a los siguientes competidores, con sus propietarios:

Tabla N° 7: “Terminales de Buses del Gran Santiago con servicios de transporte interurbano de pasajeros de acceso abierto”

Terminal	Propietario	Régimen de uso	N° de destinos	N° de empresas que operan	N° Boleterías	N° de andenes
San Borja	EFE ⁽¹⁾	Privado de acceso abierto	75	29	75	87
Estación Central	Municipalidad de Estación Central ⁽²⁾	Público	214	86	165	48
EIM Bellavista de La Florida	Metro S.A.	Público	Región de O'Higgins y Litoral Central	1	⁽³⁾	15
EIM Pajaritos	Metro S.A.	Público	Región de Valparaíso	4	⁽³⁾	11

(1) En comodato a Parque Arauco S.A. operado por Rodovías. (2) Operado por Inmobiliaria e Inversiones P y R S.A. empresa relacionada con Pullman Bus (según se indica en el párrafo 12 de la parte expositiva), quien se adjudicó la concesión el 2015 por 20 años. (3) No se contiene información en el expediente.

Fuente: Elaboración propia en base a la información aportada en autos a folio 7 y 78.

164. Como se mencionó en la sección D sobre el mercado relevante, existen otros dos terminales privados de uso privado, que prestan servicios de terminal para el transporte interurbano de pasajeros a sus operadores relacionados:

Tabla N° 8: “Terminales privados de acceso privado”

Terminal	Propietario	Régimen de uso	N° de destinos	N° de destinos exclusivos	N° de empresas que operan	N° Boleterías	N° de andenes
Alameda	Ando S.A. ⁽¹⁾	Privado de uso privado	117	28	4	42	50
Los Héroes	Privado ⁽²⁾	Privado de uso privado	20	3	3	5	12

(1) Operado por Turbus y Pullman Costa. (2) No se contiene información en el expediente de la identidad de la empresa operadora de este terminal.

Fuente: Elaboración propia en base a los antecedentes a folio 7 y 78.

165. De lo expuesto en la sección D, en particular de la Tabla N° 4 es posible concluir que en este mercado existe un alto nivel de concentración, ya que un mismo grupo económico –grupo Pullman–, participa con empresas de transporte interurbano de pasajeros, y opera uno de los terminales públicos (Terminal Estación Central), además de su terminal de uso privado (Terminal Alameda).

166. En este sentido, la FNE argumenta que si el adjudicatario de la licitación objeto de esta Consulta, fuera una empresa con participación directa o indirecta en empresas de transporte interurbano de pasajeros que operen en la Intermodal PAC, se generarían riesgos derivados de la integración vertical, tanto de coordinación como unilaterales. Por lo anterior, solicita que se establezcan prohibiciones totales

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a la participación de empresas integradas verticalmente, o restricciones de participación parciales si se acreditan eficiencias derivadas de la integración.

167. En cuanto a los riesgos de conductas unilaterales derivados de una integración vertical del concesionario de la Intermodal PAC, la FNE sostiene que el control que este adquirirá le permitiría afectar el mercado aguas abajo, no solo respecto de la fijación de las tarifas por uso de losa y arriendo de boleterías, sino también definirá los horarios y frecuencias de salidas de los buses, asignará las oficinas de venta de pasajes, determinará los tiempos de espera en andenes, entre otras variables de operación. Ello le permitiría, una vez adjudicada la concesión, incurrir en prácticas exclusorias como negativa de acceso, discriminación y, sobre todo, sabotaje (folio 7, pp. 38 y ss.). Además, a su juicio, la empresa de transporte interurbano de pasajeros integrada verticalmente con el concesionario de la Intermodal PAC podría obtener información sensible de sus competidores y usarlo de manera oportunista, lo que podría hacerla incurrir en prácticas más sutiles de exclusión como, por ejemplo, utilizar dicha información para mejorar su planificación de salidas.

168. Infraestructura S.A., por el contrario, sostiene que respecto del riesgo de sabotaje -es decir, el riesgo de que beneficie a su terminal relacionado por el hecho de administrar otros terminales fuera de la Región Metropolitana-, no sería insalvable por cuanto sería una conducta sancionable por el artículo 3° del D.L. N° 211 de fácil detección, por lo que las imposiciones ex ante solicitadas por la FNE son innecesarias y resultan gravosas (folio 62, p. 33).

169. Por su parte, la Municipalidad sostiene que la FNE no especifica de qué modo o forma debiesen las Bases haber previsto tal situación y que, en todo caso, podría considerarse como una medida de mitigación que el operador no sea un empresario de transporte de pasajeros (folio 59, p.16). Finalmente, el MTT señala que es esencial limitar la integración vertical en las Bases a un umbral de entre 40% a un 60%, a fin de asegurar la igualdad de condiciones de los distintos operadores del transporte (folio 61, p. 15).

170. Respecto de los riesgos de coordinación, la FNE sostiene que al permitir la integración vertical entre el concesionario de la Intermodal PAC y empresas que prestan servicio de transporte interurbano de pasajeros, se facilitaría la supervisión del cumplimiento de un eventual acuerdo, la detección de desvíos y se inhibirían posibles conductas de competidores que persiguieran desestabilizar el cartel. Para estos efectos, cita jurisprudencia en la que se ha declarado que los terminales pueden ser utilizados como facilitadores para desarrollar un cartel en el mercado aguas abajo (Sentencia N° 134/2014; Sentencia N° 136/2014).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

171. En tanto, Infraestructura S.A. sostiene que no existen los riesgos de coordinación como observa la FNE y que ésta no explica por qué los mismos se verían incrementados por la sola existencia de un nuevo terminal en la región. Además, destaca que cualquier coordinación afectará la competencia y con ello el flujo de pasajeros que son los potenciales clientes de la zona comercial del proyecto (y de la cual se esperan los mayores ingresos).

172. En cuanto a la plausibilidad de que se produzcan los riesgos descritos, la FNE señala que el único oferente en la licitación fue la UTP compuesta por las empresas Arauco e Infraestructura S.A. (esta última, operadora de terminales y perteneciente al grupo Turbus). Atendido lo anterior concluye que el único oferente de esta licitación tiene una implicancia relevante en la industria de transporte interurbano de pasajeros a nivel nacional y, además, tiene empresas relacionadas en ambos mercados, generando la capacidad e incentivos para materializar los riesgos descritos precedentemente (folio 7, p. 48).

173. Infraestructura S.A. aduce que la estructura de propiedad de la UTP que se adjudicaría la licitación (esto es, un 50% Arauco y un 50% Infraestructura S.A.), hace imposible la ocurrencia de los riesgos descritos en abstracto por la FNE, ya que la participación de la empresa integrada verticalmente es disciplinada por la existencia de otros socios o accionistas. A su vez, solo el 43% de Infraestructura S.A. es propiedad de sociedades del grupo Turbus (ejerciendo control debido a poseer influencia decisiva). En consecuencia, dicho grupo tendría indirectamente un 21,5% de participación en la UTP (reconociendo un 43% del 50%). Por tanto, a su juicio, no tiene sentido pensar que ésta cederá a los intereses del grupo Turbus en desmedro de los demás socios o accionistas de la empresa. Finalmente, indica que dicha estructura cumple a cabalidad con criterios de integración vertical aplicados en concesiones portuarias (folio 62, pp. 33 y ss.).

174. Expuesto todo lo anterior y tal como se ha argumentado en casos relativos a materias similares (v.gr. Informe N° 6/2009; Informe N° 18/2020; Resolución N° 63/2020), para establecer una restricción a la integración vertical 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 resguardos conductuales establecidos en la sección F para evitar conductas discriminatorias, subsidios cruzados y sabotaje; (iii) los efectos de dicha restricción en el número de oferentes en la licitación; y (iv) las eficiencias propias de la integración vertical en esta industria.

175. Primero, en cuanto a las condiciones de competencia en el mercado relevante en el que incide esta Consulta, como se observa en las Tablas N° 7 y 8

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

anteriores, en este mercado existen dos terminales privados de uso privado, los cuales no formarían parte del mercado relevante, pero se deben considerar en el análisis de propiedad porque en ellos operan sus empresas relacionadas de transporte interurbano de pasajeros relevantes en el mercado aguas abajo; un terminal público, uno privado de acceso abierto y tres estaciones intermodales que permitirían la inscripción de los operadores aguas abajo en el RNSTP, tal como se indica en los párrafos 48 y siguientes de la sección D.

176. Por su parte, en el mercado aguas abajo, existen 109 operadores en competencia con origen o destino en la Región Metropolitana; sin embargo, como se expuso supra, el grupo Turbus y el grupo Pullman concentran el 47% de las salidas desde la Región Metropolitana y el 67% de las salidas con destino a la Región de Valparaíso (folio 78, p. 9). El HHI promedio ponderado por el número de salidas de cada destino alcanza a 4.915 puntos, índice muy superior a los 2.500 puntos que la FNE considera como indicativa de un mercado altamente concentrado. Más aun, 84 destinos (86,6% del total) presentan altos grados de concentración, y 53 de ellos son servidos por dos o menos empresas equivalentes que representan el 41% del total de salidas reportadas (folio 78, p. 22). También es importante destacar que el 85,5% de los destinos tiene salidas concentradas en uno o dos terminales desde la Región Metropolitana (folio 78, p. 28). Por último, como se indicó, el grupo Turbus también tendría injerencia directa en la UTP que se adjudicaría esta licitación, dado que Infraestructura S.A. está relacionada con la empresa Turbus, de dicho grupo, y administra ocho terminales en regiones distintas a la RM, por lo que puede influir en el terminal de llegada -como un mercado conexo- y así beneficiar a su terminal relacionado (FNE, folio 7, p. 48).

177. Segundo, en relación con la suficiencia de los resguardos conductuales que se establezcan para evitar conductas discriminatorias, subsidios cruzados y sabotaje, existen medidas conductuales que deberían mitigar dichos riesgos, como, por ejemplo, la exigencia de un Reglamento Interno de la operación de la Intermodal PAC que debe establecer condiciones de atención no discriminatorias, objetivas y transparentes. Sin embargo, la capacidad de monitoreo del Municipio es limitada, debido a las asimetrías de información que existen entre las partes sobre las variables que debe fiscalizar este. Como se ha indicado en jurisprudencia reciente *“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”* (Resolución N° 63/2020, párrafo 107), por lo que es necesario imponer de forma adicional resguardos estructurales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

178. En particular, los resguardos conductuales que pueden mitigar los riesgos de conductas exclusorias descritos no son suficientes para concluir que no deba imponerse una restricción a la integración vertical, por las siguientes razones:

a) Las medidas conductuales que buscan prevenirla y que se materializarán, fundamentalmente, en el Reglamento y Manual de Operaciones no impiden que conductas de exclusión, derivadas de la negativa de venta, discriminación y sabotaje, puedan producirse. En efecto, los costos de información y de supervisión que implica una fiscalización efectiva siguen siendo altos, ya que existen prácticas sutiles de discriminación y sabotaje que son muy difíciles de detectar y sancionar, como se citaron en el Informe N° 6/2009 e Informe N° 18/2020. Entre otras, se pueden mencionar dentro de dichas prácticas la asignación de andenes, dar mejor calidad de servicio a las empresas integradas, y la determinación y orden de los horarios de salida de los buses.

b) El menor Índice Tarifario que se ordena incluir en las Nuevas Bases, según dispone el párrafo 99 *supra*, efectivamente puede prevenir el cobro de precios abusivos, pero no así la comisión de conductas discriminatorias ni prácticas de sabotaje.

c) En el mismo sentido, la prohibición de realizar ventas atadas no asegura que éstas no se produzcan porque, al igual que la discriminación y el sabotaje, pueden ser de difícil fiscalización y detección.

d) Como se expondrá en el párrafo 181 *infra*, no existe evidencia relativa a las mayores eficiencias que derivarían de una integración vertical que podría darse en la industria de administración de terminales y del transporte interurbano de pasajeros, amén de que éstas tampoco han sido demostradas en este proceso.

e) En cuanto a una eventual restricción del número de oferentes en la licitación, se debe tener en consideración que en este informe se está ordenando modificar el requisito de experiencia, precisamente, con el objetivo de que aumente el número de interesados en participar de este proceso de licitación.

f) Los resguardos conductuales que se establecen en la sección F en ningún caso previenen los riesgos de facilitar la coordinación de empresas que participan en el mercado aguas abajo -transporte interurbano de pasajeros-, como tampoco del acceso a información privilegiada de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aquellos competidores que no están integrados verticalmente con el administrador del terminal.

g) Por último, un antecedente significativo son los casos de colusión en la industria del transporte de pasajeros que se han sancionado en esta sede (Sentencia N° 133/2014; Sentencia N° 136/2014; Sentencia N° 137/2014), como también de conductas exclusorias de administradores de terminales (Sentencia N° 134/2014).

179. Adicionalmente, de existir capacidad excedentaria hay menos incentivos a excluir porque el concesionario tiene interés en rentabilizar los activos existentes y utilizar dicho excedente de capacidad para ello.

180. Tercero, respecto a los efectos de la regla de experiencia mínima en el número de oferentes en la licitación, al modificarse el requisito existente de experiencia tan solo en la administración de terminales, como se propondrá, podría haber un mayor número de interesados, lo que también reduce la posibilidad de que postulen oferentes integrados verticalmente.

181. Finalmente, en lo que se refiere a las eficiencias de la integración vertical propias de esta industria, se debe tener presente que, al menos en la industria marítima y portuaria, la evidencia muestra que se ha tenido éxito en cuanto al establecimiento de integración vertical. Por lo mismo, es común observar integración vertical entre las navieras y los operadores del terminal portuario, puesto que las líneas navieras tienen como objetivo obtener el control sobre los costos totales de transporte y eliminar los costos de transacción de la contratación externa, además de ganarle a la competencia -y mantener su cuota de mercado-, extender su cobertura geográfica y aprovechar las economías de ámbito o de alcance. Sin embargo, respecto de la industria de administración de terminales y del transporte interurbano de pasajeros, no se aportaron antecedentes al expediente que den cuenta de eventuales eficiencias de la integración vertical.

Restricción a la Integración Vertical

182. En consideración a las razones antes expuestas, se impondrá la siguiente restricción a la integración vertical en la concesión de la Intermodal PAC: 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.

G.2. Integración Horizontal

183. También existen riesgos para la libre competencia derivados de una eventual integración horizontal del futuro adjudicatario con una empresa que administre, directa o indirectamente, otro terminal en el Gran Santiago.

184. Al igual que en el caso de la integración vertical, existen pronunciamientos previos de este Tribunal en esta materia en el sector portuario. Así, se ha señalado que *“los riesgos de la integración horizontal en la industria naviera se relacionan con la posibilidad de eventuales coordinaciones entre los terminales portuarios del mercado. En el mismo sentido, al permitir que un actor del mercado participe de la licitación, disminuye la cantidad de actores independientes en comparación al escenario de prohibición absoluta de la integración horizontal y, por lo tanto, disminuye la competencia ex post”* (Informe N° 18/2020, párrafo 217).

185. La Consultante ha planteado que la eventual adjudicación de la concesión a alguno de los actuales administradores de terminales de la Región Metropolitana mantendría una alta concentración en el mercado aguas arriba lo que sería *“especialmente relevante en atención a que un porcentaje importante de rutas se inician por las empresas de transporte interurbano exclusivamente en solo un terminal”* (folio 7, párrafo 140). Agrega que este incremento de la concentración aguas arriba aumentaría los riesgos de exclusión aguas abajo, sin entregar mayores explicaciones y antecedentes. Finalmente, sostiene que podrían aumentar los incentivos a eventuales coordinaciones en el mercado de los terminales, y solicita que se establezcan prohibiciones para la participación de otros operadores de terminales en la Región Metropolitana, de manera similar con lo que se ha establecido en materia portuaria.

186. Por su parte, Infraestructura S.A. señala que el mercado de terminales es un mercado competitivo, en donde no existen barreras relevantes para la entrada de nuevos actores y ni ella ni la UTP participan en el mercado relevante aguas arriba, por lo que no habría riesgos de integración horizontal (folio 62, pp. 31 y ss.). La Municipalidad, por su parte, afirma que se puede incluir una medida de mitigación en el contrato de concesión (folio 59, p.16). Finalmente, el MTT afirma que se puede generar una concentración tal que permita a los operadores generar políticas que afecten la libre competencia (folio 61, p. 15).

187. Los argumentos esgrimidos por Infraestructura S.A. para no establecer una regla que impida la integración horizontal no son atendibles por las siguientes razones:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a) En primer lugar, el reducido número de actores que participan en el mercado relevante aguas arriba, el que se concentraría aún más si se permite este tipo de integración, aumentaría los riesgos de coordinación al disminuir la cantidad de actores independientes.

b) En segundo lugar, en el mercado de administración de terminales no se vislumbran eficiencias producto de una eventual integración horizontal. A diferencia de lo que ocurre en materia portuaria, en este caso no se aprecian economías de escala asociadas al uso compartido de activos indivisibles por cuanto no existirán terminales contiguos a la Intermodal PAC, como tampoco se aportaron antecedentes de dichas eficiencias al proceso.

c) En tercer lugar, tal como se ha razonado a propósito de los informes emitidos con ocasión de las licitaciones de terminales portuarios, permitir la integración horizontal puede producir un efecto adverso en la competencia *ex ante*, al existir el riesgo de que nuevos entrantes se inhiban de participar si creen que los incumbentes pueden realizar mejores ofertas que ellos en la licitación. Esta situación se explica porque un incumbente tiene una mayor valoración por la nueva concesión, ya que de adjudicársela -aunque sea en un porcentaje- aumenta su participación de mercado y restringe la intensidad competitiva en el mismo, en comparación al escenario donde la licitación se adjudica a un entrante independiente.

d) En cuarto lugar, una regla que prohíba la integración horizontal tampoco afectará significativamente la participación de oferentes en esta licitación, ya que, como se ha señalado, se ordenará eliminar el requisito de experiencia exclusivamente en administración de terminales para participar en el proceso licitatorio.

188. Al ponderar en su conjunto los elementos anteriores con los antecedentes que obran en el proceso, se concluye que la prohibición absoluta a la integración horizontal es un resguardo necesario para prevenir la comisión de prácticas anticompetitivas principalmente la colusión y fomentar la competencia en la licitación.

Restricción a la Integración Horizontal

189. La sociedad que se adjudique la concesión de la Intermodal PAC y sus personas relacionadas no podrán participar directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro terminal de pasajeros incluido en el mercado relevante definido en esta causa, -es decir, en otro terminal sea este público o privado de acceso abierto, en el Gran Santiago-.

G.3. Reglas comunes para las restricciones a la integración vertical y horizontal

190. Atendido que se han establecido restricciones a la integración vertical y horizontal, se establecen las siguientes reglas comunes a tales restricciones, referidas a los siguientes aspectos: a) personas relacionadas y b) medidas ante un eventual exceso de participación.

a) Personas relacionadas

191. Para los efectos de las restricciones anteriores, se tendrá por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045, sin perjuicio de las facultades de la Comisión para el Mercado Financiero para dar por establecida tal relación.

b) Medidas ante un eventual exceso de participación

192. Tanto, los estatutos de la sociedad concesionaria y el contrato de concesión deberán establecer que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que supere los umbrales de participación permitidos en las restricciones de integración vertical o incumpla la restricción de integración horizontal antes indicada, deberá enajenar en un plazo de seis meses dicho exceso de participación o desvincularse, contado desde que se advierte dicho exceso. Para ello, los accionistas acordarán la manera para realizar tal enajenación mediante los pactos que celebren, otorgándose en todo caso poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a esa enajenación, por medio de una bolsa de valores, si pasados 45 días desde que venció el plazo indicado, este exceso de participación no fuere enajenado.

193. Las Nuevas Bases y el contrato de concesión deberán establecer que, si pasados seis meses desde que se hubiere requerido por la Municipalidad, la enajenación del exceso o participación en la forma establecida en dicho contrato, no se ha procedido a enajenarla a un tercero no sujeto a inhabilidad, se entenderá por ese solo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, y la Municipalidad tendrá derecho a poner término a la concesión conforme a lo señalado en el artículo 30 de la Ley N° 19.865, que establece que el contrato de concesión se extinguirá, entre otros, por incumplimiento grave de las obligaciones de las partes.

G.4. Participación de los incumbentes en la Licitación

194. Ningún interesado estará impedido de participar en la licitación de la Intermodal PAC.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

195. Los controladores y accionistas de una sociedad concesionaria de un terminal de transporte interurbano de pasajeros que sean parte del mercado relevante definido en la sección D y que pudieren verse afectados por la restricción horizontal establecida precedentemente, podrán participar en la licitación de la Intermodal PAC, pero, en caso de adjudicarse la concesión, deberán optar entre la concesión de la Intermodal PAC y aquella de la que son titulares. De este modo, dichas sociedades concesionarias o sus personas relacionadas, que opten por sustituir la participación o vinculación que tengan en un terminal, por una participación o vinculación en la Intermodal PAC, deberán enajenar su participación o desvincularse de la sociedad que administra el terminal a la que actualmente estuvieren ligados, según corresponda, dentro del plazo de 18 meses contados desde que se ejerza tal opción. Las Nuevas Bases deberán señalar cuando se entienda ejercida dicha opción.

G.5. De la cesión de la concesión y de la transformación, fusión y cambios en la administración de la concesionaria

196. Las BAE contemplan en la sección 1.6.4 que, para la transformación, fusión y cambios en la administración, el concesionario deberá solicitar a la Municipalidad, su aprobación para la modificación de los estatutos, la que será autorizada siempre y cuando sea conforme a derecho. Por su parte, en la sección 1.6.5 de dichas bases, se establece la posibilidad de ceder la concesión. Para ello el concesionario debe presentar una solicitud a la Municipalidad individualizando al cesionario y las circunstancias de la cesión. Por su parte, la Municipalidad autorizará dicha transferencia mediante un decreto alcaldicio que se dictará una vez acreditado el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en las Bases.

197. Atendido las condiciones establecidas en la presente resolución, las Nuevas Bases deberán disponer que, para una eventual transferencia de la concesión o para la modificación de los estatutos de la concesionaria conforme se describe en el párrafo anterior, se deberán cumplir los requisitos exigidos en las Nuevas Bases, así como lo señalado en esta resolución, especialmente respecto de los resguardos estructurales.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1º, 18 y 31 del D.L. N° 211,

SE RESUELVE:

1. Declarar que el asunto consultado por la Fiscalía Nacional Económica, relativo al Decreto N° 6.291, de 2 de mayo de 2019, de la Ilustre Municipalidad de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Pedro Aguirre Cerda, que autoriza las Bases Administrativas Generales, las Bases Administrativas Especiales, las Bases Técnicas y las Bases Económicas de la concesión de la estación intermodal metropolitana en la comuna de Pedro Aguirre Cerda se ajustan al D.L. N° 211 siempre y cuando cumplan con las siguientes condiciones, cuya descripción detallada está contenida en la parte considerativa, por cuanto la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda deberá llamar nuevamente a licitación e incluir dichas condiciones en las Nuevas Bases:

A. Condición primera: Plazo para presentar ofertas en la nueva licitación

2. La Municipalidad deberá considerar un plazo entre el llamado de la nueva licitación y la recepción de ofertas, de, al menos, seis meses, con posibilidad de prórroga de considerarse necesario.

B. Condición segunda: Justificación del monto a reembolsar conforme a lo dispuesto en la Ley N° 19.865

3. En cuanto al monto de reembolso por la elaboración de estudios preliminares por parte de Arauco S.A., la Municipalidad deberá justificar el monto de los estudios, así como el monto del reembolso y velar porque todos los estudios se encuentren disponibles para todos los potenciales oferentes en el portal de Mercado Público desde el llamado a licitación.

C. Condición tercera: Sobre admisibilidad de las ofertas

4. La Municipalidad 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 en la admisibilidad de las ofertas, según se especifica a continuación y se detalla en la parte considerativa:

a) Exigir en las Nuevas Bases –como máximo– cinco años de experiencia mínima del oferente en administración de infraestructuras, que incluya, por ejemplo, terminales, aeropuertos, estacionamientos y centros comerciales, entre otros. Adicionalmente, se debe evitar cualquier inconsistencia respecto de la superficie mínima exigida.

b) Establecer en las Nuevas Bases las circunstancias por las cuales una oferta puede ser declarada fuera de bases o rechazada por algún órgano evaluador o adjudicador. Además, si la Municipalidad 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.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6. La Municipalidad no deberá incluir en las Nuevas Bases instancias en donde los potenciales interesados pueden conocerse y, potencialmente, coordinar la presentación de ofertas. Por tanto, no podría exigir la asistencia a reuniones y visitas simultáneas con todos los interesados.

D. Condición cuarta: Criterios de adjudicación

7. La Municipalidad no podrá incluir en las Nuevas Bases el mayor monto de la inversión a ejecutar como parte de la evaluación de la oferta, ni ningún otro pago a la Municipalidad. A su vez, el Municipio deberá determinar el monto de inversión mínimo que deberá realizar el adjudicatario de la licitación, el que no deberá estar relacionado con la tasación del terreno como se propone en las bases.

198. La Municipalidad deberá establecer como única variable de adjudicación de la oferta económica, el menor Índice Tarifario ofertado, de conformidad a lo señalado en los párrafos 99 y 100 *supra*. Adicionalmente, las Nuevas Bases deberán considerar como criterio de desempate la presentación de una nueva oferta final que mejore la oferta original por parte de los oferentes cuyas ofertas hayan empatado, la que no podrá contener tarifas más altas que las inicialmente ofertadas, adjudicándose la concesión aquel que presente el menor índice respecto de los servicios sujetos a tarifa máxima. Si utilizando el mecanismo precedente en dos oportunidades, no se logra obtener el desempate, la Municipalidad deberá elegir, entre las ofertas finales, al oferente que proponga la menor tarifa por uso de losa.

E. Condición quinta: Renta de la concesión

8. La Municipalidad podrá cobrar, como pago por adelantado, una vez adjudicada la concesión, un monto máximo equivalente al 5% de la menor tasación del inmueble. Para efectos de la tasación señalada para el pago por adelantado, así como para la renta anual fija que trata la letra a) del párrafo siguiente, la Municipalidad deberá contratar a un tasador independiente que realice una segunda tasación, debiendo optar por aquella de menor valor.

9. La Municipalidad deberá considerar el siguiente esquema de pago, por concepto de renta de la concesión, para el período de explotación de esta:

- a) Una renta fija anual, que se deberá pagar a contar del primer año de explotación del proyecto, en unidades de fomento, determinada según la expresión:

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

b) Una renta anual variable, como complemento a la renta anual fija de la concesión, durante los años que ésta se extienda a partir del segundo año de la explotación del proyecto, no superior al 12% de los ingresos brutos, por concepto de uso de losa, arrendamiento de boleterías y estacionamientos a particulares, obtenidos por el concesionario durante el año anterior al pago.

10. Asimismo, la Municipalidad podrá considerar aportes al desarrollo comunal y pago de compensaciones siempre que estos sean justificados y sus montos sean previamente determinados en las Nuevas Bases y conocidos por todos los interesados.

F. Condición sexta: Libre acceso y no discriminación

11. Las Nuevas Bases deberán incorporar expresamente que la Intermodal PAC es de acceso abierto y que el concesionario no podrá discriminar en el cobro de sus tarifas. Asimismo, se debe incluir la prohibición de ventas atadas entre servicios sujetos a tarifa máxima y otros servicios que preste el concesionario y no estén sujetos a una tarifa máxima.

G. Condición séptima: Reglamento Interno de operación de la Intermodal PAC

12. La Municipalidad debe elaborar un Reglamento Interno de Operación de la Intermodal PAC, someterlo a consulta pública en forma previa a su aprobación, a través de su sitio web, y luego ser informado a la FNE para su aprobación, antes de incluirlo en las Nuevas Bases.

13. El principal objetivo de dicho reglamento debe ser establecer criterios generales, orientados a dar acceso igualitario y no discriminatorio a los servicios de la Intermodal PAC, por lo que debe contener los siguientes elementos cuya descripción detallada se consigna en la sección F.3: a) reglas de asignación de boleterías y andenes; b) tiempo máximo de permanencia en los andenes; c) monto a cobrar por derecho de uso de losa y arrendamiento de boleterías; y d) mecanismo de solución de controversias.

14. Además, este debe ser público y estar a libre disposición de cualquier interesado.

15. El Municipio deberá contemplar la elaboración de un reglamento por parte del concesionario en las Nuevas Bases de Licitación, el que deberá adecuarse en lo que corresponda al Reglamento Interno de operación de la Intermodal PAC elaborado previamente por el Municipio.

H. Condición octava: Resguardos conductuales en las Nuevas Bases

16. Los resguardos de la competencia que deben ser incluidos, adicionalmente, en las Nuevas Bases son los siguientes: en primer lugar, el monto de las multas establecidas no debe ser excesivo para no desincentivar la participación de interesados en la licitación; en segundo lugar, todas las causales de término del contrato y modificación del mismo deben estar taxativamente señaladas en las Nuevas Bases y no deben ser redundantes para evitar confusiones, 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, arriendo de boleterías y de estacionamientos a particulares. Y, en tercer lugar, el Municipio deberá determinar en las Nuevas Bases la periodicidad con la cual le corresponderá al concesionario entregarle información relativa a la capacidad disponible la Intermodal PAC, sus 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.

I. Condición novena: Resguardos estructurales en las Nuevas Bases

17. Las Nuevas Bases deberán 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.

18. Asimismo, las Nuevas Bases deberán prohibir que la sociedad que se adjudique la concesión de la Intermodal PAC, y sus personas relacionadas participen directa o indirectamente, en la sociedad concesionaria de otro terminal de pasajeros incluido en el mercado relevante definido en esta causa, es decir, en otro terminal público o privado de acceso abierto en el Gran Santiago.

19. Para los efectos de las restricciones anteriores, se tendrá por personas relacionadas las calificadas como tales por la Ley N° 18.045, sin perjuicio de las facultades de la Comisión para el Mercado Financiero para dar por establecida tal relación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20. Asimismo, los estatutos de la sociedad concesionaria y el contrato de concesión deberán establecer que cualquier accionista o conjunto de accionistas (incluyendo sus respectivas personas relacionadas) que supere los umbrales de participación permitidos en las restricciones a la integración vertical, o incumpla la restricción a la integración horizontal señaladas, deberá enajenar en un plazo de seis meses dicho exceso de participación o desvincularse, contado desde que se advierte dicho exceso. Para ello, los accionistas acordarán la manera para realizar tal enajenación mediante los pactos que celebren, otorgándose en todo caso poder irrevocable al directorio de la sociedad concesionaria para proceder a esa enajenación, por medio de una bolsa de valores, si pasados 45 días desde que venció el plazo indicado, este exceso no fuere enajenado.

21. Las Nuevas Bases y el contrato de concesión deberán establecer que, si pasados seis meses desde que se hubiere requerido por la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, la enajenación del exceso de participación en la forma establecida en el contrato de concesión, no se ha procedido a enajenarlo a un tercero no sujeto a inhabilidad, se entenderá por ese solo hecho un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, y la Municipalidad tendrá derecho a poner término a la concesión conforme a lo señalado en el artículo 30 de la Ley N° 19.865, que establece que el contrato de concesión se extinguirá, entre otros, por incumplimiento grave de las obligaciones de las partes.

J. Condición décima: Participación de incumbentes en la licitación

22. Ningún interesado estará impedido de participar en la licitación de la Intermodal PAC.

23. Los controladores y accionistas de una sociedad concesionaria de un terminal de transporte interurbano de pasajeros que sean parte del mercado relevante definido en la sección D y que pudieren verse afectados por la restricción horizontal establecida precedentemente, podrán participar en la licitación de la Intermodal PAC, pero, en caso de adjudicarse la concesión, deberán optar entre la concesión de la Intermodal PAC y aquella de la que son titulares.

K. Condición undécima: Transferencia de la concesión o modificación de estatutos de la concesionaria

24. Las Nuevas Bases deben disponer que, para una eventual transferencia de la concesión o para la modificación de los estatutos de la concesionaria, se deben cumplir los requisitos exigidos en éstas, así como lo señalado en esta resolución, especialmente respecto de los resguardos estructurales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Se previene que los Ministros Sra. Domper y Sr. Barahona estuvieron por exigir adicionalmente al Municipio, respecto a lo señalado en la Condición Cuarta, que incorporase en las Nuevas Bases un Índice Máximo de Tarifas (“Imax”), de carácter reservado, por los servicios sujetos a tarifa máxima que preste la Intermodal PAC, de forma tal que, aquellas ofertas que superen dicho Imax quedarían fuera del concurso, tal como lo ha solicitado la Consultante (folio 7, p. 33). Dicho Imax podría haber sido calculado por el propio Municipio, o bien, este podría haber encargado su determinación mediante un estudio económico independiente.

Se previene, además, que los Ministros Sr. Paredes y Sr. Barahona estuvieron por establecer un mecanismo de participación en reemplazo de la restricción a la integración vertical contenida en la Condición Novena, conforme a las siguientes consideraciones:

- 1) En el concurso suspendido solo se presentó un consorcio, que incluía dentro de sus socios a un operador de transporte interurbano de pasajeros;
- 2) En el proyecto que se revisa, por la conformación de un consorcio como el mencionado, la generación de flujos de pasajeros es clave para la rentabilización de la parte comercial e inmobiliaria que es complementaria a la del transporte y así, del proyecto en su conjunto. Ello sugiere que particularmente los socios no vinculados al operador de transporte debieran ejercer un rol de control que evite conductas exclusorias de líneas de buses competidoras. Específicamente, la UTP propuesta originalmente se constituye en partes iguales entre Arauco e Infraestructura S.A., y solo un 43% de la composición accionaria de Infraestructura S.A. es propiedad de las sociedades Avant Servicios Integrales S.A. e Inversiones Nuevo Siglo Ltda., y que son parte del grupo Turbus;
- 3) En un contexto en el que un eventual comportamiento exclusorio es difícil de detectar y corregir *ex post*, establecer una restricción estructural a la integración vertical efectivamente puede acotar riesgos de exclusión a rivales aguas abajo. Sin embargo, el hecho que en el caso de autos se haya presentado solo un consorcio y que este haya sido integrado, hace que una restricción como la planteada aumente significativamente la probabilidad de terminar con un proceso sin interesados;
- 4) Por su parte, el costo de declarar desierto el proceso por falta de interesados significaría la inexistencia de la provisión de un bien valorado determinando, desde la perspectiva de los consumidores, y una peor situación que una en la cual se le asigna la concesión a un operador integrado verticalmente. Ello es particularmente relevante en el caso de autos, en la que no hubo empresas desintegradas verticalmente con interés en participar;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 5) Existen maneras de minimizar el riesgo de declarar desierto el proceso y, a la vez, privilegiar la entrada de nuevos operadores no relacionados verticalmente con los operadores de transporte interurbano de pasajeros. Esto ha sido considerado previamente por el Tribunal en el caso de la participación de operadores portuarios incumbentes (v.gr. Informe N° 8/2012; Informe N° 11/2014);
- 6) Una modalidad que da preferencia a operadores desintegrados, pero que en el caso que no existan este tipo de operadores interesados en participar no excluye a los integrados, es que la Municipalidad efectuara un proceso con dos universos de propuestas, asociadas a los agentes integrados verticalmente (Grupo 1) y quienes no están integrados verticalmente (Grupo 2); y
- 7) Bajo este esquema, todas las ofertas competirían entre sí, lo que conlleva el efecto de incrementar la competencia por la cancha. Resultaría adjudicado directamente un postulante que tenga el mayor puntaje u oferta de adjudicación según el mecanismo general establecido en el concurso si es que, de acuerdo con las Nuevas Bases, éste pertenece al Grupo 2. No obstante, en caso de que la mejor oferta corresponda a un participante del Grupo 1, de haber ofertas en el Grupo 2, el mejor de esos oferentes podrá, en un plazo prudente previamente definido en las Nuevas Bases, manifestar si está dispuesto a mejorar su oferta económica de modo que el puntaje total de su licitación iguale al mayor puntaje del oferente del Grupo 1. De hacerlo, la adjudicación será para este operador no integrado.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Consultante y a los aportantes de antecedentes, salvo que estos 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, versión consolidada de 12 de julio de 2021, 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° 462-20

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. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.