

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 157/2017.

Santiago, quince de junio de dos mil diecisiete.

VISTOS:

1. A fojas 5, el 11 de febrero de 2016, el Sr. Eulogio Altamirano Ortúzar (“Demandante”) presentó una demanda, corregida a fojas 24 el 19 de febrero de 2016, en contra de la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A. (“Concesionaria”) y la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas (“MOP”), en lo sucesivo colectivamente consideradas como las “Demandadas”.

1.1. El Demandante sostiene que la Concesionaria y el MOP habrían infringido los artículos 1°, 3° y 4° del D.L. N° 211 al haber autorizado la puesta en marcha definitiva de las obras de la concesión de la obra fiscal denominada Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación (“CMVRC”), mediante la dictación de la Resolución N° 454 de la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas de 30 de enero de 2015 (“Resolución N° 454” o “Resolución”).

1.2. Explica que 20 municipalidades suscribieron un convenio de mandato con el MOP en el que cada una, individualmente, le encomendaba estudiar y realizar una licitación para la concesión de un CMVRC (“Convenio de Mandato”). El adjudicatario de esa obra fue la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A. a quien le corresponde la ejecución, conservación y explotación de los servicios de recepción, traslado, entrega (“RTE”) y custodia de vehículos por 25 años (“Concesión”).

1.3. Argumenta que el contrato de concesión contenido en el D.S. N° 136 de la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas de 15 de febrero de 2010 (“Acto Adjudicatario” o “D.S. N° 136”), cuya publicación en el Diario Oficial fue el 5 de mayo de 2010 (“Contrato de Concesión”), habría sido sólo una amenaza para las normas de la libre competencia. En efecto, la afectación se habría producido por la dictación de la Resolución N° 454, que se verificó a contar de 1 de febrero de 2015, la que autorizó la puesta en marcha de la Concesión y que llevó a la realidad de los hechos el proceso de otorgamiento de la Concesión, con lo que se permitió la ejecución de las conductas atentatorias a las normas de libre competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.4. En primer lugar, explica que la Ley N° 18.290 (“Ley del Tránsito”) establece para las municipalidades la obligación de habilitar y mantener recintos especiales para, por orden de la autoridad competente, almacenar los vehículos retirados de circulación –también conocidos como corrales municipales o centros de acopio– por infracción a las normas de tránsito vigentes contenidas en los artículos 7, 50, 82, 161, 179 y 180 de la Ley del Tránsito.

1.5. En segundo lugar, expone que las municipalidades pueden concesionar la habilitación y mantención de recintos de custodia de vehículos, para lo cual se establece un procedimiento especial de Convenio de Mandato, según lo dispuesto en el artículo 8° incisos tercero y cuarto de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695 (“LOC de Municipalidades”) y el Artículo 39° inciso segundo del D.S. N° 900/1996 Ley de Concesiones de Obras Públicas (“Ley de Concesiones”).

1.6. En este contexto, el Demandante alega que la Resolución N° 454 otorgó en concesión –adicionalmente al servicio de custodia– los servicios y cobros por retiro, traslado, entrega y otros servicios complementarios (remate, lavado, protección especial, devolución especial a sus propietarios, reparaciones mecánicas, entre otros) en calidad de operador único. Sin embargo, acusa que los servicios citados no constituyen servicios municipales ni una obra pública que pueda concesionarse por el MOP, pues, por un lado, la Ley de Tránsito –en sus disposiciones relativas al retiro de vehículos, artículos 7, 50, 82, 161, 179 y 180– solamente obliga a las municipalidades a proveer el servicio de bodegaje y custodia y, por el otro, la Ley de Concesiones sólo autoriza a concesionar obras que tengan el carácter de públicas.

1.7. Adicionalmente, el Demandante alega que dicha Resolución incorporó cobros que no forman parte de lo que la ley permite. Sólo dos de los casos de retiro de vehículos contemplados en la Ley del Tránsito autorizan a los municipios para cobrar los gastos de traslados, bodegaje y otros. En los demás casos, los servicios serían gratuitos para los usuarios o propietarios de los vehículos. Sin embargo, acusa que el Contrato de Concesión autoriza a prestar servicios complementarios que no serían del ámbito de las municipalidades, por los cuales tendrá derecho a percibir ingresos mediante el cobro de tarifas reguladas.

1.8. En primer término, argumenta que la Concesión crea un monopolio al entregar a la Concesionaria, en forma exclusiva, la prestación de servicios que no pueden ser concesionados por el Estado, cuya situación es sancionada por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el artículo 4° del D.L. N° 211. Explica que lo anterior afecta a agentes económicos que operan en la actualidad entregando similares servicios o prestaciones.

1.9. En segundo término, el Demandante expone que la citada Resolución estableció beneficios contractuales y económicos en favor del Concesionario, constituyendo una barrera de entrada por la concurrencia de las siguientes situaciones:

1.10. La Resolución le entrega a la Concesionaria la calidad de operador único para prestar los servicios concesionados.

1.11. Por medio de un simple acto administrativo se pueden anexar nuevas comunas a la Concesión que no suscribieron el Convenio de Mandato con el MOP, las que, por lo mismo, no forman parte del Contrato de Concesión.

1.12. El Concesionario goza de un ingreso mínimo garantizado del Estado ("IMG") que no tienen otros agentes económicos interesados en prestar los servicios de la misma o similar naturaleza por servicios que no son concesionables. Explica que este IMG asciende a 106.061 UF para el año 1 y 140.700 UF para el año 20 y le asegura al Concesionario un ingreso independientemente de su calidad de gestión por los años que dura la Concesión. Lo anterior es sin perjuicio de que los ingresos percibidos por sobre el mínimo garantizado sean distribuidos en partes iguales entre el concesionario y el MOP.

1.13. Por lo expuesto, el Demandante argumenta que se hace imposible que un tercero interesado pueda competir con la Concesionaria por nuevos contratos de administración de los corrales. Con ello enfatiza que se afecta a actores independientes que buscan prestar servicios similares en comunas no incorporadas en la Concesión, como empresas especializadas en transporte de vehículos y empresas de grúas; garajes con servicios de grúas; garajes con servicios anexos para vehículos, servicios de lavado y relacionados; y martilleros públicos especializados en vehículos.

1.14. Finalmente, añade que existe una explotación abusiva de la posición dominante en el servicio de traslado y custodia de vehículos.

1.15. Por todo lo señalado, explica que los mercados afectados son los de recepción, traslado, entrega, custodia, y los servicios complementarios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.16. En mérito de lo descrito, el Demandante solicita: (i) ordenar alguna de las medidas establecidas en el artículo 26° del D.L. N° 211; (ii) revocar la autorización de funcionamiento definitivo contenida en la Resolución N° 454; (iii) ordenar la modificación del Contrato de Concesión restringiéndolo para que sólo incluya como servicio el de recinto de custodia de vehículos; y (iv) ordenar a la Dirección de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas que modifique el mecanismo de determinación del IMG, en el sentido que sólo guarde relación con el servicio de custodia de vehículos.

2. A fojas 364, el 18 de mayo de 2016, la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A. contestó la demanda solicitando su rechazo con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

2.1. Indica que la Concesión surge de la necesidad de solucionar de manera eficiente, segura y transparente el problema que aquejaba a la mayoría de los municipios, por cuanto sus aparcaderos no contaban con las condiciones adecuadas de seguridad. Diferente es lo que ocurre hoy con el CMVRC, que consta de 26 hectáreas acondicionadas con altos estándares de seguridad y tecnología y una capacidad para albergar 12 mil vehículos.

2.2. Expone que el proyecto que se cuestiona tuvo su origen en una iniciativa privada planteada por el Demandante quien, posteriormente y a través de la sociedad Custodia Santiago S.A., participó en el proceso de licitación, sin resultar ganadora.

2.3. Respecto de la legalidad de los actos, la Concesionaria indica que (i) los artículos 39, 86 y 87 de la Ley de Concesiones autorizan a los municipios a delegar mediante convenio la entrega en concesión de obras bajo su competencia, lo que fue confirmado por la Contraloría General de la República (“CGR”) en los dictámenes N° 33.192 de 2013, N° 41.596 de 2015 y N° 79.555 de 2015; (ii) el proceso de licitación pública se efectuó en conformidad al artículo 4° de la Ley de Concesiones. En él participaron cinco empresas que aceptaron el mecanismo de IMG y la Concesión fue asignada a quién presentó la mejor oferta económica y técnica; y (iii) una vez que se le adjudicó la Concesión, la Concesionaria se encuentra sometida a un régimen legal que la obliga a ejecutar el Contrato de Concesión, haciendo presente que la legalidad de este régimen se presume según lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 19.880 y su reglamento. Aclara que este último acápite no ha sido cuestionado por el Demandante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.4. A continuación, opone la excepción de falta de legitimación pasiva y activa. Respecto de la primera, argumenta que las alegaciones planteadas por el Demandante dicen relación con la regulación establecida en las bases de licitación del Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación de 27 de diciembre de 2007 (“Bases de Licitación”), tanto en lo que se refieren a los servicios de retiro, traslado y entrega como respecto de la determinación de procedencia y cuantía de los IMG, en las que no habría tenido ninguna participación. En este mismo orden de ideas arguye que, en el evento de que se la condene, se encontraría imposibilitada de poder cumplir con lo fallado por carecer de facultades y competencia para ello. Por otra parte, respecto de la falta de legitimación activa señala que sólo la Fiscalía Nacional Económica puede representar el interés público en materia de libre competencia y, en consecuencia, el Demandante no se encuentra legitimada activamente por no haber explicado el interés que podría verse afectado inmediata y directamente por la conducta de la Concesionaria.

2.5. Enseguida, alega la prescripción de la acción por cuanto las conductas supuestamente atentatorias de la libre competencia se habrían verificado al momento de dictarse el Decreto Supremo N° 136 el 15 de febrero de 2010; o al de perfeccionarse el Contrato de Concesión el 5 de mayo de 2010, y no con la puesta en marcha definitiva del servicio.

3. A fojas 424, el 18 de mayo de 2016, el MOP contestó la demanda solicitando su rechazo con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

3.1. En primer término, opone la excepción de prescripción pues señala que la afirmación de que el acto impugnado sería la Resolución N° 454 es falsa, artificiosa e incongruente, a la luz de las pretensiones de la demanda y sus fundamentos. De este modo, explica que la impugnación se dirige en contra de las Bases de la Licitación de 27 de diciembre de 2007 y el Acto Adjudicatario de 15 de febrero de 2010, cuya publicación en el Diario Oficial fue el 5 de mayo de 2010; y, en subsidio, en contra del Contrato de Concesión, el cual se perfecciona con la mencionada publicación en el Diario Oficial. Agrega que, conforme al artículo 20° del D.L. N° 211, el plazo de prescripción es de tres años, el cual se encuentra excedido computándolo a partir de cualquiera de las fechas expuestas.

3.2. En segundo término, opone la excepción de falta de legitimación activa por haber aceptado expresamente las ahora impugnadas Bases de Licitación al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

momento de presentar una oferta dentro del procedimiento licitatorio a través de Consorcio Custodia Schiappacasse, empresa en la cual el Demandante tenía participación a través Custodia Santiago S.A. Esta última sociedad, además, habría recibido un reembolso de los estudios desarrollados en la etapa de proposición de esta misma licitación.

3.3. En subsidio, controvierte expresa y formalmente todos y cada uno de los hechos de la forma en que se exponen en la demanda.

3.4. En cuanto al diseño de la licitación, explica que el Demandante participó en las tres iniciativas privadas de este proyecto: la N° 135, de 1997; la N° 189, de 2000; y la N° 206, de 2001, proponiendo en ellas la inclusión de los servicios de retiro, traslado y entrega. La última fue declarada de interés público y en 2005 aprobó los estudios. Señala que también participaron las municipalidades, Carabineros de Chile y Juzgados de Policía Local. Así, el texto definitivo de las Bases de Licitación se consolidó el 2007, y se dictaron a su respecto diez circulares aclaratorias, por lo que el 2009 llamó a licitación, el 13 de enero de 2010 se levantó el acta de adjudicación y el 15 de febrero de 2010 la empresa IAB Inmobiliaria S.A. se adjudicó la obra.

3.5. En lo que se refiere a la Concesión, el MOP da cuenta de que todas sus etapas fueron aprobadas por la Contraloría General de la República y explica que la LOC de Municipalidades permite a las municipalidades celebrar convenios con otros órganos de la administración del Estado para el desempeño de sus funciones y otorgar concesiones para la prestación de servicios municipales o para la administración de bienes municipales. Asimismo, indica que la Ley de Concesiones de Obras Públicas permite expresamente la concesión de servicios asociados a las obras públicas fiscales. El MOP señala que durante esta etapa el Demandante realizó diversas actuaciones administrativas en relación con esta licitación ante ella, la Contraloría General de la República y la Comisión Preventiva Central, las que fueron todas rechazadas.

3.6. De este modo, la Concesión tiene por objeto el diseño, la construcción, el mantenimiento y la explotación de la infraestructura necesaria para los servicios básicos de recepción, traslado, entrega y custodia de los vehículos retirados de circulación o de las vías públicas, por orden de la autoridad, de las 20 comunas que suscribieron el Convenio de Mandato con el MOP.

3.7. Desde el punto de vista económico, expone que, tratándose de actos discrecionales de la administración del Estado, sólo corresponde determinar la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existencia de restricciones competitivas derivadas de la Concesión y, de existir, su magnitud; los beneficios sociales de dichos actos; y si las eventuales restricciones a la competencia son necesarias para obtener los beneficios sociales.

3.8. En este contexto, el MOP explica que la Concesión contempla una etapa de construcción y otra de explotación. Indica que, en la primera, se contempló la ejecución del área de parqueadero, de edificios administrativos, de estacionamientos, de accesos vehicular y peatonal, de servicios y vialidad interna. En lo que respecta a la explotación, el proyecto contempla los servicios básicos de custodia, recepción, traslado (para lo cual debe disponer de grúas) y entrega, por los cuales cobra una tarifa; los servicios especiales obligatorios; y los servicios complementarios, por los cuales puede percibir ingresos en aplicación de la Ley de Concesiones. Entre dichos servicios complementarios se comprenden, entre otros, aquéllos de remate, lavado, protección especial, devolución especial, reparaciones; y custodia, recepción, traslado y entrega a otros municipios, a la Fiscalía, a Tribunales de Juicio Oral en lo Penal u otras instituciones. Enfatiza que para que la Concesionaria pueda prestar estos servicios debe solicitar autorización del Inspector Fiscal de la obra.

3.9. Respecto del IMG, el MOP argumenta que se incluyó para: (i) distribuir los riesgos de no obtener la demanda esperada, de modo que si los ingresos son menores al IMG, el MOP pagará la diferencia; en cambio, si los ingresos son superiores, se reparten en mitades la diferencia; (ii) contribuir a garantizar el retorno de la elevada inversión inicial; y (iii) prestar servicios con un alto estándar de seguridad y rapidez a una tarifa fija.

3.10. Por último, arguye que se ha limitado a cumplir con el principio de legalidad y de estricta sujeción a las Bases de Licitación y que no ha existido daño anticompetitivo porque la Resolución impugnada no es capaz de afectar negativamente la libre competencia.

3.11. Respecto de la alegación sobre las barreras a la entrada a los servicios concesionados, indica que éstos no configuran mercados relevantes en sí mismos, pues, por ejemplo, las grúas son demandadas por particulares para otras finalidades en la mayoría de los casos. Por otra parte, señala que la Concesión no impide la entrada de terceros, que quienes prestan estos servicios pueden seguir haciéndolo y que la Concesión obliga a cobrar tarifas reguladas, lo que previene cualquier efecto anticompetitivo. Vuelve a enfatizar que, en el caso de los servicios complementarios, la Concesionaria requiere de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

autorización del Inspector Fiscal y de la voluntad del propietario del vehículo para poder prestar otro servicio, por lo que tampoco existiría un efecto negativo en la competencia.

3.12. El MOP señala que es improcedente la alegación de anexión de nuevas municipalidades, pues ella deberá negociar con cada uno de los municipios sin excluir la posibilidad de que terceros ofrezcan mejores condiciones.

3.13. Por último, expone los beneficios de la Concesión. Replica aquéllos señalados en el Estudio de Evaluación Social y agrega, entre otros, que permite coordinar y sistematizar el procedimiento para el retiro de vehículos; optimizar el tiempo y costo que genera el actual sistema de envío; garantizar un alto estándar de seguridad; corregir una probable falla de mercado; dar trabajo; liberar recursos de espacios municipales; centralizar en un único espacio la pericia de vehículos retirados y resguardar a los usuarios debido a que las tarifas son públicas y reguladas. Finalmente, incluye como beneficio la seguridad que garantiza la Concesión.

4. A fojas 513, el 16 de junio de 2016, se dictó la resolución que recibió la causa a prueba, la que quedó firme a fojas 531 el 20 de junio de 2016. En ella se fijaron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes: *“1) Etapas del diseño del proyecto Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación y de la licitación en virtud de la cual fue concesionado. Características de la concesión. Efectividad que las partes participaron, directa o indirectamente, en el diseño del proyecto y en la licitación de la concesión; en la afirmativa, fechas y formas de participación. 2) Mercado o mercados en los que incidiría la concesión Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación. En particular, servicios comprendidos en la concesión y existencia de sustitutos a los mismos. Características que diferenciarían a los servicios de retiro, traslado y entrega de vehículos a las veinte municipalidades comprendidas en la concesión de otros servicios prestados a demandantes públicos o particulares. 3) Efectividad de que el sistema de ingresos mínimos garantizados por el Estado y la posibilidad del concesionario de prestar servicios, considerados conjunta o separadamente, a municipios de la Región Metropolitana no comprendidos originalmente en las veinte comunas de la concesión generen una ventaja infranqueable para el concesionario en la provisión de servicios de retiro, traslado, entrega y custodia de vehículos retirados de circulación a dichos municipios. 4) Beneficios sociales producidos*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por la concesión del Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación”.

5. Prueba documental:

5.1. Por parte del Sr. Eulogio Altamirano Ortúzar se acompañó: a fojas 5, la Resolución Exenta N° 454. A fojas 572 (i) 17 convenios de municipalidades con el MOP; (ii) Bases de Licitación; (iii) 10 Circulares aclaratorias a las Bases; (iv) Acta de recepción y apertura de ofertas técnicas; (v) Acta de evaluación de ofertas técnicas; (vi) Acta de recepción y apertura de ofertas económicas; (vii) Acta de calificación de ofertas económicas; (viii) Acta de adjudicación; (ix) Decreto Supremo N° 136; (x) Reglamento de servicio de la obra fiscal; (xi) Resolución Exenta N° 2790 que autoriza la puesta en marcha provisoria; y (xii) Resolución Exenta N° 454. A fojas 584, el Informe díplico de Servicio de obra concesionada de Zañartu Ingenieros Consultores SpA. A fojas 692, (i) 10 Informes díplicos de Servicio de obra concesionada, emitida por Zañartu; y (ii) Procedimiento para iniciativas privadas del sistema de concesiones de obras públicas. A fojas 788, las impresiones de página web www.gruasparachile.cl. A fojas 917, (i) Estudio "Etapas de proposición Iniciativa Privada 'Retiro y custodia de Vehículos'" de Steer Davies Gleave; (ii) Oficio N° 1004 de 28 de septiembre de 2005 del Director General de Obras Públicas a Custodia Santiago S.A.; (iii) Oficio N° 1341 de 29 de diciembre de 2005 del Director General de Obras Públicas a Custodia Santiago S.A.; y (iv) Oficio N° 2566 de 4 de agosto de 2008 del Coordinador de concesiones de la Dirección General de Obras Públicas a 20 municipalidades. A fojas 1067, (i) Copia de inscripción de Movilidad Urbana SpA en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Santiago; (ii) Fotografías de grúas de la sociedad concesionaria; (iii) Estados financieros de CMVRC e informe de auditores independientes de 31 de diciembre de 2015; (iv) Impresión de página web www.movilidadurbana.cl; (v) Ampliaciones de fotografías de grúas; (vi) Certificados de inscripción y anotaciones vigentes del Registro de Vehículos Motorizados; y (vii) Impresión de página web www.logismarket.cl. A fojas 1.101, (i) Certificados de inscripción y anotaciones vigentes del Registro de Vehículos Motorizados; (ii) Impresión de página web www.enpana.cl; y (iii) Impresión volante publicitario de Movilidad Urbana SpA. A fojas 1248, (i) Escritura de constitución de Movilidad Urbana SpA; (ii) Primera sesión de directorio de Movilidad Urbana SpA; (iii) Impresión de página web www.movilidadurbana.cl; (iv) Página de inicio Facebook Movilidad Urbana SpA; (v) Fotos Facebook Movilidad Urbana SpA; (vi) Informe mensual de compras y contrataciones del Ministerio Público de diciembre de 2015; y (vii) Informe

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mensual de compras y contrataciones del Ministerio Público de febrero a agosto de 2016. A fojas 1263, el Informe díptico de Servicio de obra concesionada de Zañartu Ingenieros SpA de agosto 2016. A fojas 1777 (i) Resolución Exenta N° 839 del MOP que crea la unidad de libre competencia y anti colusión; (ii) Resolución Exenta N° 24 del MOP que designa representante ante comité interinstitucional anti colusión; (iii) Minuta de ingresos y pagos realizados en proyecto concesionado de 12 de julio de 2016 del Inspector Fiscal; (iv) Minuta respuesta a solicitud de información en proyecto concesionado, de 29 de julio 2016 del Inspector Fiscal; (v) Dictamen N° 52.575, de 10 de noviembre de 2008; (vi) Oficio Ord. N° 959 de la Municipalidad de Santiago; y (vii) Decreto N° 1416 de la Municipalidad de Cerro Navia. A fojas 1982, nueve fotografías y una impresión de página web www.mecanix.cl. A fojas 3255, (i) Informe 1 y 2 de Proyecto para la Concesión de un Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación de Custodia Santiago; y (ii) Inscripción de IKONS ATN Inversiones Limitada. A fojas 3279, el Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional, de 30 de noviembre de 2009, entre el MOP y la Fiscalía Nacional Económica. A fojas 3568, (i) Informe de Ingeniería S.A.; (ii) Informe de Steer Davies Gleaves de 1 de marzo de 2001, 13 de mayo de 2002, 16 de mayo de 2002 y 20 de mayo de 2002; (iii) Carta de Custodia Santiago S.A., de 18 de julio de 2000; (iv) Ordinario N° 292 de la Dirección General de Obras Públicas, de 22 de marzo de 2002; (v) Cartas de 1 de junio de 2007 y de 4 de marzo de 2008, del señor José Schiappacasse; (vi) Ordinario N° 642 de la Dirección de Obras Públicas, de 12 de julio de 2007; (vii) Carta de 30 de noviembre de 2009 del Sr. Eulogio Altamirano; (viii) Recibo de pago, finiquito y renuncia de acciones de 2 de julio de 2010; (ix) Tres vale vistas, de 2 de julio de 2010; (x) Formulario de presentación de obras por concesión de 8 de julio de 1997, 10 de noviembre de 1997 y 29 de noviembre de 2001; (xi) Carta de 27 de noviembre de 2009 de Consorcio Schiappacasse Custodia; (xii) Anexo I de oferta económica de Consorcio Schiappacasse Custodia, IAB INMOBILIARIA S.A.; CONPAX Concesiones S.A. y Sociedad Concesionaria Central Metropolitana de Vehículo; (xiii) Ordinario N° 499 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas de 25 de febrero de 2008; (xiv) 29 ordinarios de municipalidades en relación con la información estadística referida al corral municipal; (xv) Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 59908, de 21 de septiembre de 2011; N° 33192, de 29 de mayo de 2013; N° 41596, de 26 de mayo de 2015; N° 79555, de 7 de octubre de 2015; y N° 52572, de 10 de noviembre de 2008; y (xvi) Resolución de archivo de la Fiscalía Nacional Económica de la denuncia Rol N° 2336-15. A fojas 3774, la ficha de identificación de la empresa BDO Auditores

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Consultores Limitada, de socios o personas relacionadas y firmas autorizadas. A fojas 3761, el Reglamento Interno de BDO Auditores & Consultores Limitada. A fojas 3873, el Informe de pasivos contingentes 2016 de la Dirección de Presupuestos. A fojas 4215, la secuencia de correos electrónicos. A fojas 4395, (i) Memorándum N° 2557; (ii) Estados Financieros de la Concesionaria al 30 de junio de 2016; (iii) Memoria Anual 2016 de la Concesionaria; (iv) Copia del expediente judicial RIT O-1547-2017 de 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago; (v) Impresión de página web de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas; (vi) Impresión de perfil profesional de Eduardo Abedrapo; (vii) Serie de correos electrónicos; y (viii) Cédulas e-Rut de la Concesionaria. A fojas 4459, (i) Informe obtenido de la plataforma Ley del Lobby; y (ii) Correos electrónicos y sus documentos adjuntos.

5.2. Por parte de Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A.: a fojas 2247, el Certificado de inscripción y anotaciones del Registro de Vehículos Motorizados y Reporte gestor de la Concesionaria. A fojas 3632, la Carta de BDO Auditores & Consultores Limitada que incluye Anexo I de 28 de diciembre de 2016. A fojas 3661, 21 certificados de Inscripción y Anotaciones Vigentes del Registro de Vehículos Motorizados. A fojas 3729, (i) Decreto N° 2678 de 28 de diciembre de 2015 de la I. Municipalidad de San Joaquín; (ii) Bases administrativas y especificaciones técnicas de la licitación pública de la I. Municipalidad de San Joaquín; (iii) Informe de la Comisión Evaluadora de la I. Municipalidad de San Joaquín; (iv) Resolución de acta de adjudicación de la I. Municipalidad de San Joaquín; (v) Bases administrativas y especificaciones técnicas de la licitación pública de la I. Municipalidad de Quinta Normal; (vi) Resolución de acta de Deserción de la I. Municipalidad de Quinta Normal; (vii) Bases administrativas de la licitación pública de la I. Municipalidad de Lo Espejo; (viii) Informe de evaluación de ofertas de la I. Municipalidad de Lo Espejo; (ix) Resolución de acta de adjudicación de la I. Municipalidad de Lo Espejo; y (x) Formulario de oferta económica SP 1006 de la I. Municipalidad de Maipú. A fojas 4492, (i) Sentencia Excelentísima Corte Suprema, causa Rol N° 25477, de 2015; y (ii) Sentencias Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, causas Rol N° 6427, de 2003; Rol N° 2605, de 2002; Rol N° 2656, de 2002; Rol N° 2660, de 2002; Rol N° 6135, de 2005; y Rol N° 23247, de 2014.

5.3. Por parte del MOP: a fojas 2232, el Informe de Pasivos Contingentes 2015 de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. A fojas 3109, (i) Ordinario N° 1277 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas dirigido

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

al Seremi de Vivienda y Urbanismo de 29 de marzo de 2007; (ii) Ordinario N° 1251 del Ministerio de Hacienda de 26 de diciembre de 2007; (iii) Gabinete Presidencial N° 1998 de la Presidencia de la República de 26 de diciembre de 2007; (iv) Resolución N° 385 de la Dirección General de Obras Públicas de 27 de diciembre de 2007; (v) Ordinario N° 653 de la Dirección General de Obras Públicas de 8 de julio de 2008 dirigida al Contralor General de la República; (vi) Resoluciones N° 108, 213, 296, 446, 21, 116, 188, 240 y 260 de la Dirección General de Obras Públicas; (vii) Ordinario N° 545 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas de 28 de febrero de 2008; (viii) Carta de la Comisión de Evaluación de la Licitación “Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación” de 23 de noviembre de 2009; (ix) Decreto Supremo N° 136 del Ministerio de Obras Públicas de 15 de febrero de 2010; (x) Ordinario N° 55 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas de 13 de enero de 2009; (xi) Ordinario N° 4.183 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas de 22 de diciembre de 2009; (xii) Ordinario N° 1408 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas de 22 de diciembre de 2009; (xiii) Ordinario N° 2133 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas de 2 de julio de 2010; (xiv) Memorandum N° 65 de 14 de mayo de 2001 del MOP; (xv) Convenio de Mandato entre la I. Municipalidad de Lo Barnechea y el Ministerio de Obras Públicas; (xvi) Convenio de Mandato entre la I. Municipalidad de Ñuñoa y el Ministerio de Obras Públicas; (xvii) Ordinario Alcaldicio N° 4/250/2008 de la I. Municipalidad de Vitacura; (xviii) Ordinario Alcaldicio N° 1800/508 de la I. Municipalidad de Peñalolén; (xix) Ordinario N° 1100-48/2008 de la I. Municipalidad de Conchalí; (xx) Ordinario N° 1603/1133/3652 de la I. Municipalidad de La Pintana; (xxi) Ordinario N° 1100/165 de la I. Municipalidad de La Reina; (xxii) Ordinario N° 2091 de la I. Municipalidad de Lo Prado; (xxiii) Memorandum N° 27 de la I. Municipalidad de Peñalolén; (xxiv) Protocolo de Acuerdo suscrito entre Carabineros de Chile y el MOP de 8 de mayo de 2008; (xxv) Oficio N° 687 de Carabineros de Chile de 29 de mayo de 2007; y (xxvi) Ordinario N° 1224 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas. A fojas 3799, un dossier de prensa. A fojas 4151, (i) Ordinario N° 380 de la Municipalidad de Puente Alto dirigido al Sr. Altamirano; (ii) Ordinario N°36/0298 de la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda dirigido al Sr. Altamirano; (iii) Ordinario N° 1900/0717 de la Municipalidad de La Pintana; (iv) Ordinario N° 164 de la Municipalidad de Lo Barnechea; (v) Copia de Estatutos Custodia Santiago S.A.; (vi) Publicación en el Diario Oficial del extracto de escritura social de Custodia Santiago S.A.; (vii) Ordinario N° 2126 de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas; (viii) Ordinario N° 2566 de la Coordinación de Concesiones de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Obras Públicas; (ix) Ordinario N° 725/15 del Inspector Fiscal de explotación de la Concesión; (x) Convenio entre las Fiscalías Regionales Metropolitanas y la Concesionaria; (xi) Set de 8 fotografías de corrales municipales; (xii) Tabla de registro de aparcaderos municipales de la Región Metropolitana; (xiii) Tablas de estadísticas de tiempo promedio de retiro por comunas, ingreso de vehículos retirados por inspectores municipales entre 2014 y 2016, de explotación entre 2015 y 2016, de pagos a municipios por concepto de apoyo a la Inspección fiscal de 2014 y 2015, ingresos Contrato de Concesión de 2014 a 2017, inventario del CMVRC; (xiv) Informes ejecutivos N° 25 a 30; y (xv) Convenios de prestación de servicios complementarios entre la Concesionaria y la I. Municipalidad de Huechuraba, Quinta Normal, Macul, La Granja, Pudahuel y Quilicura.

5.4. Oficios y documentos acompañados por terceros: a fojas 80, la I. Municipalidad de La Florida; a fojas 293, la I. Municipalidad de San Miguel; a fojas 347, la I. Municipalidad de La Reina; a fojas 1944, la I. Municipalidad de La Granja; a fojas 2234, la I. Municipalidad de Las Condes; a fojas 2254, la I. Municipalidad Recoleta; a fojas 2256, la I. Municipalidad Cerro Navia; a fojas 2322, la I. Municipalidad de Ñuñoa; a fojas 2369, la I. Municipalidad de María Pinto; a fojas 2371, la I. Municipalidad de Lo Prado; a fojas 2385, la I. Municipalidad de Colina; a fojas 2397, la I. Municipalidad de Vitacura; a fojas 2437, la I. Municipalidad de Quilicura; a fojas 2443, la Secretaría General de Carabineros; a fojas 2487, la I. Municipalidad de San Joaquín; a fojas 2491, la I. Municipalidad de Talagante; a fojas 2496, la I. Municipalidad de Santiago; a fojas 2546, la I. Municipalidad de La Cisterna; a fojas 2548, la I. Municipalidad de Providencia; a fojas 2679, la I. Municipalidad de Cerrillos; a fojas 2810, la I. Municipalidad de Lo Espejo; a fojas 2812, la I. Municipalidad de Peñalolén; a fojas 2815, la I. Municipalidad de Macul; a fojas 2812, la I. Municipalidad de Peñalolén; a fojas 3782, la I. Municipalidad de El Bosque; a fojas 3884, el Ministerio Público.

5.5. Exhibiciones de documentos: a fojas 1859 el Sr. Eulogio Altamirano exhibió (i) Contrato de gestión a comisión entre la Concesionaria y Sr. Eulogio Altamirano; (ii) Contrato de prestación de servicios entre la Concesionaria y Sr. Eulogio Altamirano; y (iii) Carta de la Concesionaria a Sr. Eulogio Altamirano poniendo término a contrato de prestación de servicios; y el MOP exhibió (i) Carta de Sr. Eulogio Altamirano al Coordinador general de concesiones de 3 de abril de 2009; (ii) Correo electrónico de 29 de septiembre de 2008; (iii) Carta de 26 de mayo de 2008 de la Concesionaria a la Directora General de Obras Públicas; (iv) Circulares aclaratorias N° 5 y N° 7 de las Bases de Licitación; (v) Memorandum

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

N° 51/714 del Ministerio de Planificación; (vi) Proyecto para la concesión de un centro metropolitano de vehículos retirados de circulación; (vii) Ordinario N° 65 de 18 de mayo de 2005 del Coordinador de desarrollo y gestión de proyectos del MOP; y (viii) Carta de 6 mayo de 2009 de Sr. Eulogio Altamirano a Directora General de Obras Públicas. A fojas 2507, Movilidad Urbana SpA exhibió: (i) Primera sesión de directorio Movilidad Urbana SpA; (ii) Contrato de servicio de traslado e ingreso de vehículos al área de protección especial del CMVRC celebrado entre Movilidad Urbana SpA y el Ministerio Público de 26 de noviembre de 2015; (iii) Contrato de prestación de servicios de grúas celebrado entre Movilidad Urbana SpA y la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A. de 16 de febrero de 2015; (iv) Escritura pública “Novación, cesión de derechos de contrato de arrendamiento, Banco del Estado de Chile y Movilidad Urbana SpA y Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A.” de 2 de enero de 2015, repertorio N° 11-2015; (v) Facturas electrónicas que se singularizan a continuación: 3981507; 3981508; 3986161; 4005608; 4022159; 4042273; 4063050; 4084142; 4105955; 4127534; 4149768; 4173220; 4196471; 4219799; (vi) Escritura pública “Novación, cesión de derechos de contrato de arrendamiento, Banco del Estado de Chile y Movilidad Urbana SpA y Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano De Vehículos Retirados De Circulación S.A.”, de 2 de enero de 2015, repertorio N° 10-2015; (vii) Facturas electrónicas que singularizan a continuación: 3982424; 3982425; 4005612; 4005972; 4022161; 4042275; 4063053; 4084144; 4105952; 4127088; 4149770; 4173222; 4196473; (viii) Escritura pública “Novación, cesión de derechos de contrato de arrendamiento, Banco del Estado de Chile y Movilidad Urbana SpA y Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano De Vehículos Retirados De Circulación S.A.”, de 2 de enero de 2015, repertorio N° 07-2015; (ix) Facturas electrónicas que singularizan a continuación: 3981918; 3981919; 4005611; 4005973; 4022160; 4042274; 4063052; 4084143; 4105953; 4127087; 4173221; 4196472; 4219800; (x) Cuadro consolidado de ingresos desde noviembre 2014 hasta febrero 2016, desglosado por tipo de ingreso; y (xi) Estados financieros auditados al 31 de diciembre de 2015 y 2014.

5.6. Percepción documental de evidencia electrónica: a fojas 3891 se efectuó la audiencia de percepción documental solicitada por el MOP en relación con el documento electrónico contenido en el disco compacto acompañado a fojas 3886.

6. Informes en derecho, económicos o técnicos acompañados por las partes:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.1. Por parte del Sr. Eulogio Altamirano Ortúzar a fojas 4191 “Alcances jurídicos del Contrato de Concesión de obra fiscal denominado Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación”, de Juan Carlos Flores Rivas.

6.2. Por parte del MOP a fojas 2363 "Análisis Económico y Financiero de la Concesión del Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación”, elaborado por JLLR Consultores. A fojas 4191 “La regularidad jurídica de la concesión de obra pública denominada Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación a la luz del derecho público chileno”, de Juan Carlos Ferrada Bórquez.

7. Inspección personal del Tribunal: a fojas 966 se efectuó la inspección personal del Tribunal solicitada a fojas 770.

8. Prueba testimonial rendida por las partes:

8.1. Por parte del Sr. Eulogio Altamirano: (i) a fojas 1892, la declaración testimonial del señor Tao Cristóbal Medina Quintanilla; (ii) a fojas 1903, la declaración testimonial del señor Jorge Quiroz Castro; (iii) a fojas 1915, la declaración testimonial del señor Gian Manuel Rivera Errázuriz; y (iv) a fojas 1917, la declaración testimonial del señor José Miguel Muñoz Fuentes.

8.2. Por parte del MOP: (i) a fojas 767, la declaración testimonial de la señora Paula Margarita Diez Cortés; (ii) a fojas 769, la declaración testimonial del señor René Ismael Román Bustamante; (iii) a fojas 1984, la declaración testimonial del señor Pablo Fernando Basoalto Toledo; (iv) a fojas 1993, la declaración testimonial del señor Rodrigo Campos Torres; (v) a fojas 2367, la declaración testimonial del señor John Norman Díaz Antillanca; (vi) a fojas 2494, la declaración testimonial del señor José Luis Lima Reina; y (vii) a fojas 2544, la declaración testimonial del señor Leonel Edmundo Vivallos Medina.

9. Observaciones a la prueba: (i) a fojas 4403, el Sr. Eulogio Altamirano observó la prueba rendida en autos; y (ii) a fojas 4321, MOP observó la prueba rendida en autos.

10. A fojas 3885, con fecha 23 de marzo de 2017, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó en la audiencia del 3 de mayo de 2017, según consta en el certificado que rola a fojas 4464.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, según ha sido descrito en la parte expositiva, el Demandante imputa al MOP y a la Concesionaria la ejecución de actos contrarios a la libre competencia con ocasión de la dictación y la ejecución de la Resolución N° 454, que autorizó la puesta en marcha definitiva de los servicios de la concesión de la obra pública “Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación”. En resumen, el Demandante argumenta que la resolución infringiría el D.L. N° 211 de dos formas: (i) porque otorga una concesión a un solo operador para explotar los servicios básicos de RTE y otros complementarios, los cuales por ley no serían concesionables, permitiéndole además cobrar por ellos, infringiendo así el artículo 4°; y (ii) porque, además de otorgar la calidad de operador único de dicho centro, permite al Concesionario anexar nuevas municipalidades y le otorga un IMG, infringiendo con ello los artículos 1° y 3°;

Segundo: Que, como también se consigna en la parte expositiva, tanto la Concesionaria como el MOP contestaron la demanda solicitando su rechazo con costas. La primera sostiene, en suma, que las Bases de Licitación gozan de una presunción de legalidad, ratificada por la CGR, y que la licitación cumplió con la normativa existente en la materia. Además, opone las excepciones de falta de legitimación pasiva y activa, y de prescripción. Por su parte, el MOP opone las excepciones de prescripción y de falta de legitimación activa y pasiva, y en subsidio, indica que su propio actuar se ajustó plenamente a los principios de legalidad y juridicidad que se exigen a la actuación administrativa, por lo que no podría exigírsele una conducta distinta a la ejecutada en conformidad a la ley;

Tercero: Que en forma previa a analizar si las demandadas incurrieron en las conductas que les han sido imputadas y si estas últimas constituyen una infracción a la libre competencia, serán resueltas las excepciones de prescripción opuestas por ambas demandadas;

Cuarto: Que el inciso tercero del artículo 20° del D.L. N° 211 dispone que, en el caso de conductas distintas a la colusión, las acciones para perseguirlas prescriben en el plazo de tres años contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que ellas se fundan;

Quinto: Que, para efectos de contar el plazo, es preciso determinar, primero, cuándo deben entenderse ejecutadas las supuestas infracciones a la libre competencia en que se funda la demanda. En el caso de autos, es necesario establecer si las infracciones imputadas en la demanda fueron cometidas al momento de ser dictada la aludida Resolución N° 454, como sostiene el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Demandante, o bien si las mismas habrían sido cometidas con ocasión de la aprobación de las Bases de Licitación, el Acto de Adjudicación o el Contrato de Concesión por las que se concesionó dicha obra pública, como alegan las demandadas;

Sexto: Que la Resolución N° 454 indica en su parte resolutive lo siguiente:

“1. Autorízase, a partir de las 00:00 hrs. del día siguiente a la total tramitación de la presente Resolución, la Puesta en Servicio Definitiva de las Obras, de la obra pública fiscal denominada ‘Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación’. 2. Déjese constancia que el monto total de la inversión realizada por la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A., entre agosto de 2010 a agosto de 2014, asciende a la suma de UF 264.546,53. 3. Comuníquese la presente Resolución a la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A., a la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, a la División Construcción de Obras Concesionadas, a la División de Explotación de Obras Concesionadas, a la División Jurídica de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, al a Fiscalía MOP, al Inspector Fiscal de la obra y demás servicios que corresponda. Anótese y comuníquese.”;

Séptimo: Que al analizar el contenido de la Resolución N° 454, se observa que no existe en ella ninguna referencia relativa a las infracciones imputadas por el Demandante. Es decir: (i) no se otorga una concesión para prestar en forma exclusiva los servicios básicos RTE ni los servicios complementarios (servicio complementario de custodia y RTE de anexión a otras municipalidades, remate de vehículos, lavado, protección especial, devolución especial y reparaciones), ni tampoco se establece allí la facultad de cobrar por ellos; (ii) no se indica la posibilidad que el Concesionario pueda anexar nuevas comunas; y (iii) tampoco se menciona en ella el IMG;

Octavo: Que, en cambio, todas las infracciones imputadas por el Demandante sí se encuentran contenidas expresamente en las Bases de Licitación, según se muestra a continuación;

Noveno: Que, en efecto, los servicios básicos y complementarios que no serían concesionables según el Demandante están contemplados en los siguientes artículos de las Bases de Licitación, acompañadas a fojas 572: artículo 1.10.2 letra a) recepción, traslado y entrega de vehículos al CMVRC; y artículo 1.10.4 letras a) servicio complementario de custodia y traslado de vehículos, b) servicio de remate de vehículos, c) servicio de lavado, d) servicio de protección especial, e) servicio de entrega especial, f) servicio de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

reparaciones y g) otros (fojas 125 y siguientes del cuaderno de documentos públicos del Sr. Eulogio Altamirano);

Décimo: Que, a su vez, los cobros que a juicio del Demandante la ley no autorizaría a percibir al Concesionario, están contemplados en los artículos 1.10.2 y 1.10.4 de las Bases de Licitación, en virtud de los cuales la Concesionaría tiene derecho a cobrar una tarifa a los usuarios y a percibir ingresos por los mismos, respectivamente (fojas 125 y siguientes del cuaderno de documentos públicos del Sr. Eulogio Altamirano);

Undécimo: Que, enseguida, la facultad de anexar otros municipios de la Región Metropolitana también se encuentra establecida en el artículo 1.10.4 letra a) de las Bases de Licitación, según el cual *“el Concesionario podrá prestar el servicio de Traslado y Custodia, para los vehículos retirados de circulación y/o de las vías o espacios públicos por orden de la Autoridad, a los Municipios no contemplados dentro de los señalados en el artículo 1.2.5 de las presentes Bases”* (fojas 134 y siguientes del cuaderno de documentos públicos del Sr. Eulogio Altamirano);

Duodécimo: Que, por último, el IMG fue incorporado en las Bases de Licitación por medio de la Circular Aclaratoria N° 7 de 20 de mayo de 2009 como un nuevo artículo 1.12.11, bajo el título *“Distribución de Riesgos de Demanda y de Cobro entre el Concesionario y el Estado”* (fojas 293 y siguientes del cuaderno de documentos públicos del Sr. Eulogio Altamirano);

Decimotercero: Que, por su parte, el Decreto N° 136, que adjudica la Concesión y que fuera publicado en el Diario Oficial de 5 de mayo de 2010, indica en su numeral dos que forman parte integrante de dicho decreto tanto las Bases de Licitación aprobadas por Resolución DGOP N° 385 de 27 de diciembre de 2007, como la Circular N° 7 aprobada por Resolución DGOP N° 116 de 20 de mayo de 2009 (fojas 334 del cuaderno público de Eulogio Altamirano). A mayor abundamiento, este Decreto de Adjudicación hace expresa referencia al artículo 1.10 de las Bases de Licitación, al señalar que la Concesionaria está obligada a prestar los servicios impugnados por el Demandante, volviendo a singularizarlos;

Decimocuarto: Que, en suma, resulta evidente que las eventuales infracciones alegadas por el Demandante se habrían materializado en las Bases de Licitación previas a la Resolución N° 454;

Decimoquinto: Que, sin embargo, el Demandante señala que tanto las Bases como el Acto de Adjudicación sólo constituían una mera “amenaza” y que, por tanto, la infracción a la libre competencia sólo habría sido materializada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cuando se dictó la mencionada Resolución N° 454, esto es, el 1 de febrero del 2015. Con todo, más allá de la afirmación (cuyo argumento no desarrolla), correspondía al Demandante demostrarla durante el transcurso del proceso, cuestión que no hizo, al no aportar antecedente probatorio alguno a este respecto;

Decimosexto: Que, de todos modos, resulta conveniente reiterar que cuando las bases de licitación contienen cláusulas que limitan, restringen o entorpecen la libre competencia o tienden a producir dichos efectos, no se está ante una amenaza de este bien jurídico, sino que frente a una infracción a la misma. Por ello, en estos casos, no es necesario esperar la dictación de los actos administrativos posteriores para que se entienda cometida la infracción. En este sentido, la jurisprudencia en materia de libre competencia ha sido consistente en señalar que *“las actuaciones estatales materializadas durante la etapa de diseño de las bases de licitación sí son, de modo más general, materia de escrutinio por parte de este Tribunal, por cuanto existe en este caso una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello”* (Sentencia N° 138/2014, consideración 13°);

Decimoséptimo: Que el cómputo del plazo de tres años debe hacerse desde que se ejecuta la conducta. En esta materia, existen numerosos pronunciamientos relativos a cuándo debe entenderse que se ha ejecutado la conducta (por ejemplo, Sentencias N°s 43/2006, 55/2007, 57/2007, 59/2007, 60/2007, 62/2008, 66/2008, 70/2008, 75/2008, 76/2008, 83/2009, 96/2010, 109/2011, 112/2011, 123/2012, 126/2012, 141/2014), pues el término o fin de dicha ejecución señala el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, distinguiendo las infracciones a la libre competencia que tienen un carácter permanente de aquéllas que se realizan en un solo acto;

Decimooctavo: Que en los casos de cláusulas anticompetitivas contenidas en bases de licitación, la conducta contraria a la libre competencia se entiende ejecutada una vez que se fija el texto definitivo de dichas bases. Es decir, una vez que se ha completado el proceso aclaraciones y rectificaciones. Por consiguiente, en el presente caso, la conducta se ejecutó cuando se incorporó la última rectificación al texto de las bases, esto es, al dictarse la Circular Aclaratoria N° 10 el 14 de octubre de 2009;

Decimonoveno: Que de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 20 del D.L. N° 211, la prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante este Tribunal. En este sentido, siguiendo las reglas generales sobre la materia, no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

basta con la mera presentación de la demanda para entender interrumpido el plazo de prescripción de la acción, sino que debe notificarse legalmente al o los demandados. La demanda de autos fue notificada legalmente al MOP el día 19 de abril de 2016, en tanto que la misma fue notificada en forma legal a CMVRM el día 25 de abril del mismo año, por lo que se hicieron fuera del plazo establecido en la ley para que pudieran haber interrumpido el plazo de prescripción;

Vigésimo: Que, por todo lo anterior, será acogida la excepción de prescripción opuesta por las demandadas y, en consecuencia, se rechazará la demanda de autos, siendo innecesario pronunciarse sobre las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva, y sobre el fondo del asunto;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 19º y siguientes del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

- 1) Acoger las excepciones de prescripción opuestas por la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículo Retirados de Circulación S.A. y por el Ministerio de Obras Públicas, deducidas a fojas 364 y 406, respectivamente;
- 2) Rechazar la demanda interpuesta por el Sr. Eulogio Altamirano Ortúzar en contra de la Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículo Retirados de Circulación S.A. y el Ministerio de Obras Públicas, que rola a fojas 5 y siguientes, en todas sus partes; y
- 3) Condenar en costas al Sr. Eulogio Altamirano Ortúzar por haber sido totalmente vencido y no haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 307-16

Pronunciada por los Ministros Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y Sr. Jaime Arancibia Mattar. Autorizada por la Secretaria Abogada María José Poblete Gómez.