

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN N° 46/2015.

Santiago, veintidós de abril de dos mil quince.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.

ROL: NC N° 425-14

CONSULTANTE: Sociedad Ingeniería en Electrónica, Computación y Medicina S.A. (“ECM Ingeniería S.A.” o la “Consultante”).

OBJETO: Que este Tribunal se pronuncie acerca de si considera ajustados o no a la libre competencia los actos y contratos que pretende celebrar para la construcción y operación de estacionamientos en la comuna de Melipilla. En el caso de que este Tribunal lo estime necesario, solicita que fije las condiciones que deberán ser cumplidas.

CONTENIDO:

I) PARTE EXPOSITIVA

A. INTERVINIENTES

B. PROYECTO CONSULTADO, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES

D. AUDIENCIA PÚBLICA

E. OFICIOS

II) PARTE CONSIDERATIVA

F. OBJETO DE LA CONSULTA

G. MARCO JURÍDICO APLICABLE

H. LA INDUSTRIA DE LOS ESTACIONAMIENTOS. ANÁLISIS DEL MERCADO RELEVANTE Y CONDICIONES DE ENTRADA EN LA COMUNA DE MELIPILLA

I. RIESGOS PARA LA LIBRE COMPETENCIA Y EFICIENCIAS DEL PROYECTO PRESENTADO POR LA CONSULTANTE

J. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

III) PARTE RESOLUTIVA

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I) PARTE EXPOSITIVA

A. INTERVINIENTES

1. Consultante:

a) ECM Ingeniería S.A. (la “Consultante”);

2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones en este expediente:

a) I. Municipalidad de Melipilla (la “Municipalidad”);

b) Ministerio de Vivienda y Urbanismo;

c) Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía” o “FNE”);

d) SABA Estacionamientos de Chile S.A.; y,

e) Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

B. PROYECTO CONSULTADO, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE.

1. Según consta a fojas 43, con fecha 9 de julio de 2014, ECM Ingeniería S.A. solicita a este Tribunal que se pronuncie acerca de si considera ajustados o no a la libre competencia los actos y contratos que pretende celebrar para la construcción y operación de estacionamientos en la comuna de Melipilla; y, en caso de estimarlo necesario, que fije las condiciones al efecto.

2. Señala que es una empresa chilena, que vende productos y presta servicios en diversas áreas, entre ellas la de desarrollo urbano, lo que incluye explotación de concesiones de estacionamientos subterráneos y de superficie, remodelaciones de espacios públicos, plazas y paseos peatonales, entre otros. A partir del año 2005, comenzó a participar en procesos licitatorios para adjudicarse concesiones de estacionamientos subterráneos en bienes nacionales de uso público.

3. Indica que tiene estacionamientos concesionados en Chillán, Talca, La Serena e Iquique, y que a la fecha de la consulta se encuentra construyendo uno en Santiago y otro en Valparaíso. Además se adjudicó la licitación pública para la concesión y explotación de un edificio de estacionamientos subterráneos en la comuna de Ñuñoa.

4. La Consultante señala que la Ley N° 19.865, sobre Financiamiento Urbano Compartido (en lo sucesivo también e indistintamente la “Ley”) tiene por finalidad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

promover el desarrollo de proyectos de obras públicas mediante la captación de inversión privada. Para ello, la referida ley faculta al SERVIU y a los municipios para celebrar con particulares, previa licitación pública, contratos de participación para la ejecución de obras urbanas (“Contrato de Participación”), otorgando a cualquier persona natural o jurídica la iniciativa de manifestar su interés en que se desarrolle un determinado proyecto.

5. De acuerdo con la Consultante, el desarrollo de dichas obras urbanas comienza con la presentación del proyecto, que consiste en la exposición ante la municipalidad o el SERVIU de los antecedentes generales del proyecto. En caso de ser aceptada la presentación, el proponente tiene un plazo de hasta un año para presentar el resto de los antecedentes necesarios para la ejecución del proyecto. Una vez hecha la proposición definitiva, el servicio correspondiente determina si el proyecto tiene interés público. En caso de ser declarado el interés público del proyecto, el organismo licitante llama a licitación pública por el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido, dentro del plazo de un año contado desde la aprobación de la proposición. El postulante cuya proposición haya sido aceptada, puede presentarse a la licitación.

6. La licitación se adjudica mediante resolución del director del SERVIU o del alcalde, y el adjudicatario pasa a tomar el nombre de participante y debe otorgar las garantías exigidas por las bases de licitación. Los contratos de participación no pueden comprometer recursos financieros públicos. El proponente del proyecto no adquiere ningún derecho ni obligación por el hecho de proponer el proyecto, sin perjuicio de que se le puedan otorgar premios, como se explicará más adelante, dado que este proceso es previo a la adjudicación del contrato. En caso de que el proyecto del privado sea aceptado por el organismo respectivo, este se entenderá traspasado al servicio licitante.

7. En lo que respecta al premio en la evaluación de la oferta del proponente, la Ley contempla diferentes porcentajes según el caso de que se trate, existiendo casos en los que no se establecen premios predeterminados. El reglamento considera la posibilidad de un premio en la evaluación de la oferta del proponente, pero no es claro bajo qué condiciones existirá tal premio, ni el monto de ajuste del puntaje.

8. Además, las bases de licitación podrán establecer el reembolso por parte del adjudicatario del costo de los estudios que debió realizar el proponente, en caso de que el postulante no participe en la licitación o que ésta sea adjudicada a otro. Sin embargo, en caso que no se llame a licitación o que, habiéndose llamado, ésta resulte desierta, el proponente no puede exigir el reembolso mencionado. En caso que la licitación sea efectuada y adjudicada, será el SERVIU o el Municipio, según

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

corresponda, quien determine la valoración de los estudios y los montos afectos a reembolso.

9. De esta forma, la iniciativa privada que establece la Ley conlleva riesgos respecto de los costos iniciales de las propuestas, pues a pesar de que ésta y el reglamento consideran el reembolso de los costos de los estudios previos al contrato de licitación, éstos no son a todo evento y no existe certeza respecto de la cobertura y de los montos de los reembolsos.

10. Otro riesgo dice relación con que los privados carecen de la información disponible sobre las necesidades urbanas de la población, así como de la oferta de terrenos donde realizar las obras. Por otra parte, las municipalidades no siempre cuentan con las capacidades técnicas para evaluar proyectos de este tipo, lo que puede llevarlas a rechazar un buen proyecto.

11. Las principales contraprestaciones para el adjudicatario que en definitiva se encargará de la realización del proyecto, son las siguientes: (a) la explotación total o parcial de uno o más bienes u obras por un período determinado, pudiendo percibir los beneficios de la explotación; (b) el derecho al uso o goce de uno o más bienes muebles o inmuebles por un período determinado; y, (c) la entrega en propiedad de uno o más bienes muebles o inmuebles.

12. En términos generales, las contraprestaciones consideradas en la Ley no permiten entregar dinero al adjudicatario, limitando las posibilidades de los privados de ejecutar proyectos no rentables, cada vez que las contraprestaciones consideradas no alcancen a cubrir el costo de los proyectos. Todo ello a diferencia de la Ley de Concesiones que considera, entre otras, como posibles variables de adjudicación el menor subsidio solicitado y el menor ingreso mínimo garantizado por el Estado.

13. La Consultante explica las razones por las cuales interpone el presente asunto no contencioso, señalando que con fecha 16 de abril de 2014, presentó ante la I. Municipalidad de Melipilla antecedentes de iniciativa privada, de conformidad a la Ley, manifestando su interés en desarrollar el denominado "Proyecto de Estacionamientos Subterráneos y de Superficie para la comuna de Melipilla".

14. En respuesta a dicha solicitud, con fecha 13 de junio de 2014, mediante Oficio Ord. N° 526, el alcalde de la I. Municipalidad de Melipilla, le comunicó su decisión, declarando el interés público de dicha propuesta, a fin de que se desarrollaran los estudios necesarios para efectuar el llamado a licitación del proyecto.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

15. En el referido Ord., la I. Municipalidad de Melipilla solicitó que ECM Ingeniería S.A. profundizara cuatro aspectos particulares: alcances jurídicos de la propuesta, modelo de negocios, evaluación social y estudio de factibilidad.

16. En relación a los alcances jurídicos de la propuesta, el Ord. señala que *"se requiere contar con todos los antecedentes que permitan zanjar eventuales controversias que se puedan generar tanto en la Etapa de Licitación como durante la operación y término de una eventual Concesión"*, agregando que, en particular, *"se debe resguardar que el Patrimonio Municipal no se vea afectado por compensaciones o indemnizaciones relacionadas con errores en el Contrato de Concesión"*.

17. La Consultante hace presente que, con ocasión del archivo del expediente investigativo Rol 1997-11, la FNE emitió la resolución de fecha 25 de octubre de 2012, que -entre otras cosas- señaló en su Consideración N° 4 lo siguiente: *"Que, en cuanto a la imposición de zonas de exclusión, este criterio debe ser ponderado según las circunstancias, por cuanto en algunos casos -principalmente por razones técnicas y de congestión vehicular-, la existencia de este tipo de exclusiones podría tener justificación, no resultando necesariamente contrarias a la libre competencia. Con todo, resulta adecuado que, la regla general sea que se liciten en forma separada los estacionamientos de superficie respecto de los subterráneos, y que las municipalidades se abstengan de incluir cláusulas para la eliminación de playas de estacionamientos que se encuentren legalmente establecidas"*.

18. A continuación, la Consultante agrega que los análisis preliminares de proyectos como el que pretende ejecutar, hacen improbable que la construcción y operación de los estacionamientos subterráneos en comunas de características similares a las de Melipilla resulten económicamente factibles, si ello no viene acompañado de la adjudicación, de la implementación y de la operación de los estacionamientos de superficie ubicados en la zona de influencia de tales proyectos.

19. Indica la Consultante que con fecha 6 de diciembre de 2013 (es decir, con posterioridad al pronunciamiento de la Fiscalía antes citado), la licitación para la concesión de estacionamientos subterráneos y de superficie efectuado por la I. Municipalidad de la Calera fue adjudicada a la Empresa Sociedad Inmobiliaria e Inversiones Don Javier S.A. (para ambos tipos de estacionamientos), lo que ha generado incertidumbre en el mercado, al no haber sido objeto de reproche alguno por parte de los órganos de defensa de la libre competencia. Por esta razón, y teniendo interés legítimo, señala que se requiere un dictamen de este Tribunal que otorgue parámetros y criterios que permitan desarrollar proyectos como el que consulta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20. En lo que respecta al mercado relevante, explica que en la industria de los estacionamientos pueden distinguirse dos segmentos: los estacionamientos en la vía pública (“*on-street*”) y los estacionamientos de obra (“*off-street*”). El estacionamiento *on-street* se caracteriza por ser realizado en espacios de uso público, pudiendo ser un servicio gratuito o pagado. Por su parte, el estacionamiento *off-street* se caracteriza por ser pagado y efectuarse en obras construidas precisamente para tales fines. Éstos pueden clasificarse en tres tipos: obras bajo suelo (estacionamientos subterráneos), a nivel del suelo (playas de estacionamiento) y en altura (edificios de estacionamiento).

21. Los servicios de estacionamiento factibles de ser operados a través de concesiones se circunscriben a los dos primeros: estacionamientos públicos de superficie (en la vía pública) y estacionamientos públicos subterráneos (bajo calles o plazas cuyo subsuelo ha sido concesionado para tal efecto).

22. La Consultante señala que para efectos del presente asunto no contencioso, resulta adecuado restringir el análisis del mercado relevante a los servicios de estacionamiento que pudieran ser satisfechos a través de las licitaciones, y evaluar la proximidad de sustitución entre los servicios de estacionamiento de superficie en la vía pública y los estacionamientos subterráneos.

23. Afirma que los demandantes del servicio de estacionamiento, a nivel comparado, han sido identificados como usuarios que buscan aparcar el vehículo que conducen en un lugar próximo a su destino. La disponibilidad de plazas, facilidad de acceso y el precio son las variables determinantes en su elección. La demanda es altamente atomizada y es muy diversa, ya que se trata de conductores que usan los estacionamientos tanto en forma puntal, como con carácter periódico o fijo.

24. Precisa que en otros países se distingue entre dos tipos de usuarios: aquellos que estacionan por corto plazo (típicamente de entre 30 minutos y 4 horas) y aquellos que los hacen por largo plazo (todo el día). Señala que sería razonable asumir que sólo los consumidores de largo plazo que requieran servicios ocasionales de estacionamiento en el área de referencia, podrían considerar los servicios ofrecidos en estacionamientos subterráneos concesionados como sustitutos suficientemente próximos de los estacionamientos de superficie en la vía pública.

25. Indica que para efectos del presente asunto no contencioso la demanda relevante está conformada por conductores de vehículos privados que requieran ocasionalmente estacionar en las cercanías de su lugar de destino.

26. En cuanto al área geográfica, destaca que desde el punto de vista de los consumidores, los servicios de estacionamiento sólo resultan útiles en la medida en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que se encuentren localizados en las cercanías del respectivo punto de destino. Estima que el área relevante para considerar la competencia entre estacionamientos de superficie y subterráneos se circunscribe a un radio de 200 a 300 metros de la ubicación del estacionamiento subterráneo.

27. Sostiene la Consultante que los usuarios suelen verse favorecidos cuando se establecen condiciones que permiten ampliar la oferta de servicios. El comercio y las instituciones de servicios aledañas podrían verse indirectamente beneficiados, en la medida que sus clientes dispongan de acceso a estacionamientos en mejores condiciones de calidad y precio. Por su parte, las municipalidades pueden obtener beneficios a través de los derechos cobrados a los concesionarios, así como de los mejoramientos urbanos y del desarrollo comercial de la respectiva comuna, obtenidos a través de las licitaciones. Por último, los potenciales concesionarios obtienen una oportunidad de negocios.

28. De acuerdo con la Consultante, las significativas diferencias en los costos de inversión requeridos para la prestación de servicios de estacionamientos subterráneos respecto a los ofrecidos en la vía pública, implican que en muchos casos no resultará económicamente factible complementar la oferta de estacionamientos de superficie (naturalmente limitada por los espacios disponibles), con estacionamientos subterráneos concesionados, salvo que ambos sean explotados en conjunto.

29. Sostiene que en general, en cualquier mercado relevante, se asume que cuando la oferta es generada a través de múltiples empresas independientes entre sí, se favorecen a las condiciones de competencia. Sin embargo, en el presente caso, las eventuales ventajas para la competencia de contar con oferentes independientes en la vía pública y en subterráneos concesionados, puede ser completamente anulada e incluso perjudicar la competencia, por las limitaciones que impondría la obligatoria separación de ambos tipos de concesiones en la factibilidad económica de proyectos de estacionamientos subterráneos, lo que, en definitiva, tendería a limitar la oferta total de estos servicios e incrementar la demanda insatisfecha.

30. Agrega que las limitaciones para expandir la oferta de estacionamientos podrían ir en perjuicio de la competencia en otros mercados conexos, como es el caso del pequeño o mediano comercio establecido en el sector céntrico de la comuna, que al no contar con suficientes servicios de estacionamientos cercanos perdería condiciones competitivas frente a los conjuntos comerciales (*malls*) que se establezcan en áreas más apartadas del centro.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

31. En general, las licitaciones de estacionamientos en la vía pública establecen las tarifas iniciales para estos servicios concesionados (no así para la licitación de estacionamientos subterráneos) y establecen también que las modificaciones futuras de dichas tarifas sean efectuadas de común acuerdo, o determinadas por la municipalidad.

32. Indica que aún cuando las condiciones de calidad de los estacionamientos en la vía pública difieren de los subterráneos, sus tarifas necesariamente representan un valor de referencia que impide un eventual abuso de poder de mercado obtenido a través de una concesión conjunta para ambos tipos de estacionamientos.

33. Agrega que, conforme al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, la regla general es que se pueda desarrollar toda clase de actividades económicas, de modo que, salvo que se justifiquen razones particulares para prohibir en una determinada comuna o localidad la adjudicación tanto de estacionamientos superficiales como subterráneos a una sola empresa, ésta es una alternativa natural y legítima que permite condiciones de factibilidad económica para una licitación exitosa de estacionamientos subterráneos a los privados.

34. Por lo demás, esta forma conjunta de construcción y operación de estacionamientos es la modalidad elegida por algunas municipalidades del país, entre ellas la de Melipilla, como la más adecuada para satisfacer las necesidades propias de sus respectivas comunas, de modo que no parece lógico ni eficiente prohibir a priori tal alternativa de desarrollo urbano y económico.

35. Sostiene la Consultante que diversos estudios de prefactibilidad realizados para proyectos de estacionamientos subterráneos bajo espacios públicos, demuestran que no resultan rentables para un inversionista privado, si no se consideran en conjunto con la operación de estacionamientos de superficie en la vía pública en la misma área de influencia. Afirma que el estudio que acompaña, denominado "*Licitación de Estacionamientos Subterráneos y de Superficie*", realizado por el economista Israel Mandler, demuestra que, en general para zonas céntricas de comunas de mediano tamaño, los proyectos de estacionamientos subterráneos sólo podrían alcanzar niveles de rentabilidad exigidos por inversionistas privados, si se adjudicaran simultáneamente con los estacionamientos de superficie.

36. Si se licitase en forma separada, subterráneo y superficie, sin aprovechar las economías de escala, el estacionamiento subterráneo sólo sería viable económicamente mediante el cobro de tarifas más altas; para ello, también la Municipalidad debiera establecer tarifas más altas en la superficie.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

37. Señala que mantener como facultad de las municipalidades la posibilidad de adjudicación conjunta de ambos tipos de estacionamientos es, en general, la alternativa más eficiente en esta industria. En cambio, establecer condiciones que impidan la licitación simultánea de estacionamientos subterráneos y de superficie para una misma área de referencia no tendría un impacto significativo en las condiciones de competencia frente a los usuarios, y generaría un efecto adverso a las condiciones competitivas frente a las municipalidades, al restringir innecesariamente los potenciales interesados en postular a las licitaciones para proyectos que incluyan únicamente estacionamientos subterráneos.

38. La Consultante señala que además hay otras eficiencias que puede generar la operación conjunta de estacionamientos subterráneos y de superficie en proyectos como el que se consulta, tales como dirección superior, gerencia general, administración, contabilidad, finanzas, atención al cliente, compras y contrataciones, nuevas tecnologías de productos y procesos.

39. La Consultante indica que no pretende que se otorguen, artificialmente, en favor de aquellas empresas que se adjudiquen alguna licitación de estacionamientos subterráneos, ciertas zonas de exclusión que impidan que otros actores puedan competir cada vez que ésta sea la alternativa más eficiente para el respectivo mercado relevante.

40. En efecto, a juicio de la Consultante, establecer condiciones que impidan la construcción y operación simultánea de estacionamientos subterráneos y de superficie para una misma área de referencia, en comunas como Melipilla, no tendría un impacto significativo en las condiciones de competencia frente a los usuarios y, por el contrario, generaría un efecto adverso en las condiciones competitivas frente a las municipalidades, al restringir innecesariamente los potenciales interesados en postular a las licitaciones para proyectos que incluyan ambas clases de estacionamientos.

41. Por todas estas razones la Consultante solicita que este Tribunal emita un pronunciamiento acerca de si los hechos, actos y contratos que ECM Ingeniería S.A. pretende celebrar se ajustan a las normas de la libre competencia y, eventualmente, disponga las condiciones que deberán ser cumplidas al efecto.

42. Documentos acompañados por la Consultante en su presentación de fojas 43:

42.1. Copia de carta de ECM Ingeniería S.A. a la I. Municipalidad de Melipilla, de 16 de abril de 2014, mediante la cual presenta antecedentes de iniciativa privada en el marco de la Ley N° 19.865, sobre Financiamiento Urbano Compartido.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

42.2. Copia de Oficio Ord. N° 526, de 13 de junio de 2014, mediante el cual la I. Municipalidad de Melipilla comunica a ECM Ingeniería S.A. su respuesta favorable a la solicitud en el marco de la Ley N° 19.865.

42.3. Listado de otros operadores de concesiones municipales de estacionamientos subterráneos y/o superficie.

42.4. Informe económico denominado “*Licitación de Estacionamientos Subterráneos y de Superficie*”, realizado por el señor Israel Mandler.

43. Según consta a fojas 212, la Consultante presentó un escrito con consideraciones adicionales, al que acompañó dos documentos:

43.1. Presentación de Proyecto mediante la Ley N°19.865, de abril de 2014.

43.2. Estudio de Prefactibilidad de Mercado, efectuado por la empresa Recursos Límbicos, por encargo de ECM Ingeniería S.A.

44. A fojas 309 efectuó una presentación en que hace observaciones a los documentos acompañados por la Fiscalía a fojas 303.

C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES.

45. Según consta a fojas 64, con fecha 15 de julio de 2014, este Tribunal admitió a tramitación esta consulta y ordenó oficiar a la FNE, al Sr. Ministro de Obras Públicas, a la Sra. Ministra de Vivienda y Urbanismo, al Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, a la I. Municipalidad de Melipilla, a la Asociación Chilena de Municipalidades, a la Cámara Chilena de la Construcción, al Servicio Nacional del Consumidor y a la Asociación de Concesionarios de Obras de Infraestructura Pública (Copsa); a fin de que éstos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la publicación de la resolución en el Diario Oficial, la que se efectuó con fecha 23 de julio de 2014, según consta a fojas 76.

46. Según consta a fojas 83, con fecha 22 de agosto de 2014, aportó antecedentes la I. Municipalidad de Melipilla, quien indica que, con miras al desarrollo urbano de la comuna, es de su interés que se implementen estacionamientos subterráneos bajo la Plaza de Armas de Melipilla. Respecto de la conveniencia de licitar conjuntamente los estacionamientos subterráneos y de superficie, indica que esto no ha sido resuelto por la Municipalidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

47. Indica que le interesa promover la participación de la mayor cantidad de postulantes posibles en la licitación, de forma de adjudicar a quien ofrezca las mejores condiciones para la Municipalidad y los usuarios, y que no pretende establecer limitaciones que impidan adjudicar ambos estacionamientos a un mismo concesionario, puesto que ello podría desincentivar la participación de postulantes.

48. Documentos acompañados por I. Municipalidad de Melipilla:

48.1. Copia de carta de ECM Ingeniería S.A. a la I. Municipalidad de Melipilla, de fecha 16 de abril de 2014, singularizada en el punto 42.1 anterior.

48.2. Copia de Oficio Ord. N°526 de la I. Municipalidad de Melipilla, de 13 de junio de 2014, singularizado en el punto 42.2 anterior.

48.3. Copia de carta de ECM Ingeniería S.A. a la I. Municipalidad de Melipilla, de fecha 10 de julio de 2014, mediante la cual presenta el detalle de costos de los estudios requeridos.

49. Según consta a fojas 88, con fecha 27 de agosto de 2014, aportó antecedentes el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, quien describe la ley de Financiamiento Urbano Compartido y su aplicación al caso en consulta, y luego señala que carece de facultades y atribuciones para pronunciarse respecto del fondo del asunto consultado, esto es, la afectación de las normas de libre competencia.

50. Según consta a fojas 95, con fecha 28 de agosto de 2014, la Fiscalía aportó antecedentes, señalando que en la industria de estacionamientos se distinguen dos segmentos: los estacionamientos en la vía pública ("*on-street*") y los estacionamientos de obra ("*off-street*"). Los primeros pueden ser gratuitos o pagados y los segundos se prestan en obras construidas para ello (en altura, a nivel de suelo y bajo suelo) y son pagados.

51. Indica la Fiscalía que el precio cobrado por el arriendo de estacionamientos es una de las variables más relevantes para la elección del usuario, y que deben considerarse también otros factores, como el grado de dificultad al estacionar, modalidad de cobro, preferencias del conductor y distancia entre el punto de destino y el punto de estacionamiento (lo que sería particularmente relevante).

52. La Fiscalía describe el mercado de estacionamientos licitados en Chile y sus participantes. Afirma que, en lo que respecta a los estacionamientos subterráneos, cada concesión licitada por municipalidades tiene capacidades de entre 200 y 1.000 vehículos livianos, existiendo más de 20 concesiones de este tipo a lo largo de Chile,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con cerca de 12.000 puestos de estacionamientos subterráneos.

53. A continuación, señala que una de las principales diferencias entre los estacionamientos de superficie y los subterráneos es el nivel de inversiones involucrado en cada caso. Las inversiones en estacionamientos de superficie tienden a ser pequeñas; en cambio, en subterráneos, corresponden a obras mayores.

54. La Fiscalía señala que, a la fecha de la consulta, la ciudad de Melipilla contaba con una concesión de estacionamientos de superficie, en un perímetro alrededor de la plaza de armas y zona céntrica aledaña. El adjudicatario (de una concesión por 19 años) es Estacionamientos Controlados S.A., empresa de la cual la Consultante es socia.

55. Explica que en la provincia de Melipilla habitan aproximadamente 140.000 habitantes, más del 40% de los cuales lo hace en zonas rurales. La ciudad es un destino natural para la realización de trámites o diligencias para los habitantes rurales. Al 2013, la comuna registraba 23.671 vehículos -20.039 de transporte particular-, y la provincia registraba 43.302 vehículos (36.145 particulares).

56. Afirma la Fiscalía que el centro cívico-comercial de Melipilla no tiene sustitutos en sus proximidades, por lo que sus habitantes estarán expuestos a la explotación por parte de un concesionario con poder de mercado, en particular si existe libertad tarifaria y si el mismo operador controla los sustitutos inmediatos. Por ello, se debe tener un mayor cuidado y efectuar un mayor análisis del diseño de las condiciones de los estacionamientos a concesionar.

57. La Fiscalía estima que para el caso en consulta, los servicios de estacionamiento de superficie y subterráneos no deberían concesionarse de manera conjunta por cuanto es factible pensar que existe sustitución entre ambos servicios. Así se evitaría otorgar monopolios injustificados, en particular cuando dicho monopolio se refuerza con zonas de exclusión en calles cercanas a la concesión subterránea, libertad de precios en estacionamientos o la promesa de modificación de los planos reguladores para impedir el desarrollo de estacionamientos privados.

58. Señala además que existe espacio para la competencia entre ambas modalidades de estacionamiento, en particular en el largo plazo. En el corto plazo, los estacionamientos de superficie y subterráneos satisfacen distintos segmentos de la demanda y compiten en el margen, lo que igualmente permite disciplinar precios en ambas direcciones. En el largo plazo el incremento de la demanda hace más probable que ambos tipos de estacionamiento aumenten sus tasas de utilización, y en consecuencia, la intensidad competitiva entre ambas modalidades. Así, el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otorgamiento a un único operador de ambas concesiones priva al mercado de los beneficios de corto y largo plazo que podría entregar la competencia entre operadores independientes.

59. A juicio de la Fiscalía, si la demanda por estacionamientos no es suficiente para que los estacionamientos subterráneos puedan mantenerse de forma rentable, debería cuestionarse seriamente la instalación y ejecución de esa infraestructura, además de los estudios de tránsito realizados. En caso que el Tribunal considerara la concesión conjunta de estacionamientos de superficie y subterráneos, estima al menos necesario no permitir libertad tarifaria para la concesión subterránea, de modo de evitar eventuales abusos de poder monopólico.

60. La FNE agrega otras recomendaciones que, en su opinión, deberían observarse en la licitación futura de estacionamientos subterráneos de la comuna de Melipilla, entre ellas: (i) que la licitación contemple el criterio de menor tarifa a pagar por los usuarios como una de las principales variables a considerar en la asignación del concurso; (ii) la eliminación, en principio, de la exigencia de pagos anticipados a la Municipalidad por parte del concesionario; (iii) que se prohíba la participación de empresas relacionadas con ofertas simultáneas; (iv) que no contenga exigencias desmedidas que operen como barreras a la entrada; (v) que el periodo de concesión no sea más largo que aquel necesario para rentabilizar la inversión; (vi) que no se contemplen tarifas complementarias abusivas (como aquellas referidas a la pérdida de tickets); y, (vii) que se avance hacia el reemplazo de la tarificación por tramos hacia una por minutos.

61. Según consta a fojas 153, la Fiscalía presentó un escrito con observaciones respecto del informe acompañado por la Consultante, y efectuó ciertas consideraciones adicionales, acompañando documentos:

61.1. Set de 20 fotografías tomadas el día 5 de septiembre de 2014, en el sector de la Plaza de Armas de Melipilla.

61.2. Copia de la Transacción Extrajudicial, celebrada con fecha 23 de enero de 2014, entre la I. Municipalidad de Melipilla y Sociedad de Estacionamientos Controlados S.A.

62. A fojas 303, la FNE efectuó observaciones al mercado relevante y a las cifras presentadas por la Consultante, acompañando documentos:

62.1. Copia de un mapa donde pueden observarse calles que la Consultante habría definidos como zona de influencia para la comuna de Melipilla.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

62.2. Copia de información desplegada en la página web de la I. Municipalidad de Melipilla.

63. A fojas 349, efectuó observaciones al mercado relevante y acompañó un documento:

63.1. Copia del mapa de la comuna de Melipilla.

64. Según consta a fojas 113, con fecha 28 de agosto de 2014 aportó antecedentes SABA Estacionamientos de Chile S.A. (en lo sucesivo “Saba”), quien indica que es un operador industrial en la gestión de aparcamientos en Chile.

65. En su presentación, señala que los estacionamientos subterráneos nacen de la insuficiencia de espacios de superficie para estacionar, y que los estacionamientos de superficie entorpecen el tráfico, por lo que se debería desincentivar su uso y dar preferencia a los estacionamientos subterráneos, que facilitan la movilidad urbana.

66. Saba afirma que la existencia de una alternativa en superficie genera una competencia que va en desmedro de la factibilidad económica de los estacionamientos subterráneos. Por ello, al concesionar estacionamientos subterráneos, se generan zonas de exclusión en superficie, en un radio de 150 a 300 metros. Pero en la práctica, la solución subterránea sufre impactos por tres motivos: primero, porque en la práctica la fiscalización es poco efectiva y permite explotación informal en la calle, en zona de prohibición de estacionamiento; segundo, porque la existencia de excesivas zonas de estacionamiento de superficie (fuera de la zona de exclusión pero cerca de ella), genera automáticamente una zona de competencia fuerte, lo que aumentaría cuando la tarifa en superficie es más atractiva; y tercero, el desarrollo de la ciudad puede generar cambios en las vías de tránsito, lo que puede afectar los accesos a los estacionamientos subterráneos, los que no pueden ser adaptados a un bajo costo como los de superficie.

67. Respecto de la adjudicación conjunta de concesiones de estacionamientos de superficie y de estacionamientos subterráneos, señala que las concesiones de estacionamiento de superficie son generadoras de ingreso y las concesiones de estacionamiento subterráneo demandan cuantiosas inversiones, por lo que existe una evidente sinergia en la adjudicación conjunta de estas concesiones, gracias al equilibrio que se produce entre las dos soluciones.

68. Saba afirma que esta modalidad de adjudicación conjunta de concesiones de estacionamiento ayudará a definir una política global del estacionamiento en las municipalidades, favoreciendo la estancia de vehículos en el subterráneo y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

optimizando el espacio disponible en superficie.

69. Finalmente, recomienda considerar la implementación de tarifas diferenciadas para motivar el uso del subterráneo.

70. Según consta a fojas 126, con fecha 12 de septiembre de 2014 aportó antecedentes el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, quien indica que no existe normativa vigente que le asigne facultades que digan relación con la autorización de permisos u otorgamiento de concesiones para prestar servicios de estacionamiento.

71. Luego hace referencia al D.S. N° 83 de 1985, que define la “red vial básica”, señalando a continuación que la comuna de Melipilla no ha definido a la fecha las vías que conforman su red vial básica.

72. El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones se refiere a la normativa aplicable a paraderos en la vía pública, el sistema de evaluación de impacto al transporte urbano, efectos en la vialidad y otras normas aplicables a los estacionamientos, las que a su juicio tendrían directa relación con el asunto consultado.

D. AUDIENCIA PÚBLICA.

73. A fojas 136 consta la citación a la audiencia pública de rigor para el día 27 de noviembre de 2014, a las 10:30 horas. La publicación correspondiente se efectuó el día 7 de noviembre de 2014 en el Diario Oficial, según consta a fojas 139.

74. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de la Consultante y de la FNE.

E. OFICIOS.

75. A fojas 237, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 N° 5) del D.L. N° 211, se ordenó oficiar a la I. Municipalidad de Melipilla, para que acompañara: (a) un informe, incluyendo plano, relativo a la disponibilidad y precios actuales de estacionamientos de uso público en un radio de cinco cuadras respecto de la Plaza de Armas de dicha ciudad, incluyendo el número de cupos de calle, playas de estacionamiento, estacionamientos en edificios, malls y otros, e indicando en qué calles existe prohibición de estacionar; (b) plano regulador comunal actual y estudios relativos a sus eventuales modificaciones; (c) borrador de bases de licitación del proyecto en cuestión, si existiere; y, (d) el contrato de concesión vigente celebrado con Estacionamientos Controlados S.A. Dichos documentos fueron acompañados con

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fecha 6 de enero de 2015, según consta a fojas 347. En lo que respecta a la petición de la letra (c) precedente, la Municipalidad informó que “no existen bases de licitación del proyecto, toda vez que aún no se ha efectuado llamado a licitación”.

II) PARTE CONSIDERATIVA

F. OBJETO DE LA CONSULTA.

76. El objeto de esta consulta es obtener un pronunciamiento de este Tribunal acerca de si el proyecto presentado por ECM Ingeniería S.A. a la Municipalidad de Melipilla, consistente en la construcción y operación conjunta de estacionamientos subterráneos y de superficie en el centro de dicha ciudad infringe o no las disposiciones del D.L. N° 211 y, en su caso, fije las condiciones que deberían ser cumplidas en la licitación que al efecto debe realizarse para que dicha construcción y operación conjunta de estacionamientos cumpla con la normativa de libre competencia.

77. De acuerdo con el proyecto de la Consultante que se encuentra acompañado a fojas 2 y siguientes de este expediente, éste tiene por objeto construir y operar un estacionamiento subterráneo bajo la Plaza de Armas de dicha ciudad, bajo la calle Ortúzar, con entrada y salida por la misma, con un total de 200 cupos. Para que este proyecto sea atractivo para los inversionistas privados, se propone sumar a la operación del proyecto subterráneo la del estacionamiento de superficie, en un perímetro alrededor de la referida Plaza de Armas y la zona céntrica aledaña, actualmente adjudicada a una empresa relacionada a la Consultante denominada Sociedad Servicios de Estacionamientos Controlados S.A. (SEC S.A.). El área de influencia del proyecto estará enmarcada por las avenidas América y Colón, y las calles San José y Barros Arana. El proyecto propone un plazo de 40 años para la operación y explotación conjunta de ambos tipos de estacionamientos. Por último, se plantea que el nivel y estructura tarifaria sea libre y no se contemplan subsidios.

78. Para efectos del análisis que debe efectuar este Tribunal sobre los hechos, actos y contratos por celebrarse y que son objeto de esta consulta, adoptará la siguiente metodología: (i) en primer lugar, revisará las normas pertinentes que permiten a los privados hacer inversiones en obras urbanas, como son los estacionamientos que se proponen construir; (ii) en segundo lugar, describirá los principales aspectos de la industria de la construcción y operación de estacionamientos, determinando en este caso particular el mercado relevante del producto y geográfico respectivo, así como las condiciones de entrada al mismo; (iii) en tercer lugar, evaluará los riesgos que para la libre competencia podría conllevar la operación conjunta de los estacionamientos subterráneos y de superficie en el centro

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la ciudad de Melipilla; y, (iv) finalmente, emitirá sus conclusiones al respecto, fijando las condiciones que deberán ser cumplidas en caso de ser necesario.

G. MARCO JURÍDICO APLICABLE.

79. Como se ha dicho, la principal normativa que rige esta materia está contenida en la Ley N° 19.865, sobre Financiamiento Urbano Compartido (la “Ley”). De acuerdo con lo señalado en el artículo 1°, su objeto es establecer y regular *“el sistema de financiamiento urbano compartido, en adelante el Sistema, mediante el cual los Servicios de Vivienda y Urbanización y las Municipalidades podrán celebrar con terceros contratos de participación, 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 aquéllos derechos sobre bienes muebles o inmuebles, la explotación de uno o más inmuebles u obras”*.

80. La forma cómo se concreta la participación de terceros en la ejecución, operación y mantenimiento de obras urbanas es a través de licitaciones públicas, las que deberán cumplir con las normas contenidas en el Título II de dicha ley, que establece, entre otras condiciones, quiénes pueden participar en la licitación, las garantías que deben presentar los interesados, el contenido de las bases y los factores de adjudicación.

81. La Ley prevé que dicha licitación se puede gatillar por la presentación de proyectos en forma previa por parte de privados, como ocurre en la especie. En efecto, el artículo 3° dispone que *“cualquier persona natural o jurídica podrá proponer a los organismos señalados en el artículo 1° proyectos relativos a las obras y acciones a que alude el mismo precepto, los que serán estudiados y resueltos en la forma, plazos y condiciones que determine el reglamento. La decisión favorable no relevará a dichos organismos de la obligación de llamar a licitación para adjudicar el respectivo contrato de participación”*.

82. En estos casos, el proponente del proyecto presenta o expone ante la Municipalidad o el Serviu los antecedentes generales del mismo y, en caso de ser aceptado, tiene un año para presentar la proposición definitiva, evento en el cual el organismo respectivo debe determinar si el proyecto tiene interés público. En el presente caso, la Municipalidad de Melipilla mediante Oficio Ord. N° 526 declaró de interés público el proyecto presentado por la Consultante, razón por la cual se desencadenó el proceso respectivo que debe terminar en el llamado a licitación pública de conformidad con lo dispuesto en la Ley.

83. El proponente del proyecto puede participar o no en la licitación. De hacerlo, la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ley establece que las respectivas bases pueden considerar un puntaje adicional en la evaluación de la oferta del proponente que participe en el proceso de licitación, de acuerdo a lo que establezca el reglamento. Asimismo, de acuerdo con el citado artículo 3°, una vez adjudicada la licitación y *“para el caso que el adjudicatario no sea el proponente, las bases de la licitación podrán 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. El proponente no podrá exigir otras compensaciones al Serviu o a la Municipalidad, según corresponda”*.

84. El artículo 6° señala que el sistema de financiamiento urbano compartido permite al Municipio recibir del participante adjudicatario una o más prestaciones, entre las cuales se contempla la ejecución y operación de la obra, la entrega en propiedad de bienes muebles o inmuebles o su uso y goce, o el pago de una suma de dinero.

85. Por su parte, el artículo 7° establece los beneficios que al privado puede reportar su participación en el proyecto, dentro de los que destaca aquel que permite al participante explotar, total o parcialmente, las obras por un período determinado, pudiendo percibir los beneficios de dicha explotación. Recordemos que en este caso el proyecto contempla que el adjudicatario de la construcción y operación conjunta de estacionamientos subterráneos y de superficie del centro de Melipilla, puede explotar dichas obras, mediante el cobro de las correspondientes tarifas a los usuarios, por un período de 40 años.

86. Finalmente, una vez adjudicada la licitación, el adjudicatario y la Municipalidad deben suscribir un Contrato de Participación, regulado en los artículos 13 y siguientes, *“cuya finalidad es contribuir al desarrollo urbano. Mediante aquél las partes se obligan recíprocamente a entregarse una o más de las prestaciones señaladas en el artículo 6° y una o más de las contraprestaciones señaladas en el artículo 7°, durante un plazo determinado”*. Para estos efectos, el adjudicatario debe dar cumplimiento a una serie de condiciones tales como constituir las garantías exigidas en las bases y formar una sociedad de giro exclusivo, entre otras.

H. LA INDUSTRIA DE LOS ESTACIONAMIENTOS. ANÁLISIS DEL MERCADO RELEVANTE Y CONDICIONES DE ENTRADA EN LA COMUNA DE MELIPILLA.

87. Tanto la Consultante en su escrito de fojas 43 y siguientes, como la Fiscalía en su escrito en que aporta antecedentes, que rola a fojas 95 y siguientes, señalan que la industria de estacionamientos de uso público se puede dividir entre los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estacionamientos en la vía pública (“*on-street*”) y los estacionamientos de obra (“*off-street*”). Los primeros pueden ser gratuitos o pagados –mediante el sistema de parquímetros–, mientras que los segundos son ofrecidos en obras construidas para esos fines y son siempre pagados. Los estacionamientos *off-street*, a su vez, pueden dividirse entre subterráneos, a nivel de suelo –como las playas de estacionamientos– o en altura.

88. La Consultante, al definir el mercado relevante, afirma que los “*demandantes del servicio de estacionamiento, a nivel comparado, han sido identificados como usuarios que buscan aparcar el vehículo que conducen en un lugar próximo a su destino. La disponibilidad de plazas, facilidad de acceso y el precio, son las variables determinantes en su elección*” (fojas 55). Señala luego que para efectos del presente proceso, “*la demanda relevante estará conformada por conductores de vehículos privados que requieran ocasionalmente estacionar en las cercanías de su lugar de destino*” (fojas 56).

89. Por su parte, la Fiscalía señala que, desde el punto de vista de la demanda, “*a grandes rasgos, las necesidades de uso de estacionamiento pueden clasificarse en: (i) estacionamiento con el objeto de realizar trámites o compras de bienes y/o servicios, en lugares cercanos a comercios u oficinas públicas; (ii) estacionamiento requerido por personas que acuden a su lugar de trabajo en su vehículo particular; y (iii) estacionamientos para vehículos en lugares cercanos a residencias particulares*” (fojas 115).

90. A juicio de este Tribunal, los estacionamientos *on-street* y los estacionamientos *off-street* difieren en diversos aspectos. Por una parte, se observan diferencias en los precios de las distintas alternativas de estacionamiento. Los estacionamientos *on-street* varían entre estacionamientos gratuitos y un precio máximo de \$800 por hora, según lo informado por la I. Municipalidad de Melipilla a fojas 341. En esta materia, por ejemplo, los estacionamientos concesionados actualmente controlados por SEC S.A. tienen un precio de \$317 por cada media hora o fracción (fojas 251). Además, existen diferencias en cuanto al nivel de seguridad, el que sería mayor en los estacionamientos *off-street* que en aquellos *on-street*.

91. Por las razones expuestas en el párrafo anterior, los estacionamientos *on-street* y *off-street*, pese a no ser sustitutos perfectos, son lo suficientemente cercanos como para que los precios de un tipo de estacionamiento puedan ejercer presión competitiva sobre el otro.

92. Desde el punto de vista geográfico, este Tribunal concuerda con lo indicado en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el informe que rola a fojas 14 y siguientes, que señala que, “desde el punto de vista de los consumidores el servicio de estacionamiento sólo resulta útil en la medida en que se encuentre localizado en las cercanías del respectivo punto de destino. Se estima que la cercanía requerida exige que el lugar de estacionamiento no alcance una distancia superior a los 200 o 300 metros de dicho punto. En consecuencia, el área geográfica relevante para considerar la competencia entre estacionamientos de superficie y subterráneos se circunscribe a un radio de 200 a 300 metros de la ubicación del estacionamiento subterráneo”. Esta apreciación es consistente tanto con lo señalado por la Consultante, como con el “área de influencia” del proyecto de estacionamientos subterráneos presentado por ECM a la I. Municipalidad de Melipilla; esto es, una distancia de dos cuadras desde la Plaza de Armas de dicha ciudad (ubicación propuesta para el proyecto en comento).

93. De este modo, este Tribunal considera que el mercado relevante para efectos de la presente consulta corresponde al de los servicios de estacionamientos de uso público *on-street* y *off-street* localizados en un radio de dos cuadras a la redonda contados desde la Plaza de Armas de la ciudad de Melipilla.

94. El estudio de proyección de demanda acompañado por ECM a fojas 212, señala que la oferta actual de estacionamientos de uso público en el mercado relevante sería de 1.315 cupos. De éstos, actualmente 382 son administrados por SEC S.A. que, como se dijo, está relacionada con la Consultante. Por consiguiente, considerando la definición de mercado relevante efectuada por este Tribunal, ECM controlaría hoy el 29% del total de cupos de estacionamientos de uso público, según se observa en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 1

Oferta actual de estacionamientos de uso público

Tipo de estacionamiento	Número de cupos	% del total
Estacionamientos libres en vialidad	197	15%
Estacionamientos pagados en vialidad	382	29%
Estacionamientos en playas de estacionamiento	280	21%
“Estacionamientos destacados” (Tottus, Falabella)	456	35%
Total	1.315	100%

Fuente: Elaboración propia, basado en “Estudio de Prefactibilidad de Mercado, abril de 2014”, acompañado por la Consultante a fojas 212.

95. De licitarse los 382 cupos de estacionamientos de superficie administrados por SEC S.A. conjuntamente con los 200 cupos que contempla el proyecto de estacionamientos subterráneos propuesto a la Municipalidad, la empresa que ganase la licitación pasaría a controlar un 39% del total de cupos de estacionamientos en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

área de influencia de este proyecto o, dicho en otras palabras, en el mercado relevante aquí determinado.

96. En cuanto a las condiciones de entrada al mercado de los estacionamientos de uso público, los principales obstáculos que puede enfrentar un entrante al mismo dicen relación con la disponibilidad de terrenos, las restricciones de uso contenidas en los planes reguladores, el potencial comportamiento estratégico de los incumbentes y las eventuales limitaciones a la entrada establecidas en las bases, entre otros.

97. Sin embargo, en autos se aportaron escasos antecedentes sobre esta materia. En efecto, se encuentra acompañado a fojas 341 el Plan Regulador de Melipilla publicado en el Diario Oficial del 3 de julio de 2002, que divide el centro de la ciudad en 3 zonas (ZCM 1, ZCM 2 y ZE-AV), que comprenden parte del mercado relevante determinado en estos autos. En cada una de dichas zonas se permite el uso de suelo y la edificación para desarrollar las actividades que taxativamente se enumeran, señalándose en las zonas 1 y 2 (ZCM1 y ZCM 2) que constituyen usos prohibidos aquellos no indicados en los usos permitidos. Al analizar las actividades permitidas, ninguna de ellas se refiere expresamente a la construcción de estacionamientos o al uso de suelos para prestar servicios de aparcamiento, como ocurre en otras zonas del referido plan regulador.

98. Adicionalmente, en lo que se refiere a otras limitaciones a la entrada, existen antecedentes en el proceso que darían cuenta de exclusividades que habrían sido otorgadas por el Municipio al actual concesionario de los estacionamientos de superficie que impedían la entrada de nuevos competidores que quisieran prestar dicho servicio en el centro de Melipilla sin que existiera una justificación razonable para ello. En efecto, a fojas 318 rola el contrato de concesión municipal denominado “*Concesión de instalación de parquímetros en la comuna de Melipilla*”, celebrado entre la Ilustre Municipalidad de Melipilla y Sociedad Servicios de Estacionamientos Controlados S.A. En la cláusula decimoséptima de dicho contrato, se establecía que: “*la presente concesión tiene un carácter de exclusiva, por lo tanto, durante toda la vigencia de este contrato, la Municipalidad no podrá permitir la habilitación de playas de estacionamientos o de otro tipo de instalaciones o lugares destinados a estacionamiento, al interior del perímetro de las áreas concesionadas*”.

99. Esta limitación, sin embargo, fue subsanada al eliminarse la cláusula referida, tal como consta del documento denominado “*Transacción extrajudicial y modificación de contrato de concesión ‘Concesión de instalación de parquímetros en la comuna de Melipilla’ Ilustre Municipalidad de Melipilla y Sociedad Servicios de Estacionamientos Controlados S.A.*” de fecha 23 de enero de 2014, que rola a fojas 332. El número siete

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de su cláusula segunda establece que, “[s]e *elimina íntegramente el texto de la cláusula décimo séptima (...) y se reemplaza por el que sigue: ‘La Municipalidad de Melipilla se obliga a ordenar y fiscalizar eficientemente las prohibiciones contenidas en el plano regulador de la comuna o cualquier otro cuerpo normativo de playas y edificios de estacionamientos en el sector concesionado’*”.

100. Además, en el referido número siete de la cláusula segunda, SEC S.A. renuncia a la exclusividad respecto de concesiones de estacionamientos en otras zonas y lugares de la comuna de Melipilla. De esta forma, habiéndose eliminado las limitaciones establecidas en el contrato de concesión vigente, actualmente las únicas restricciones están dadas por el plan regulador acompañado por la Municipalidad a fojas 341. Éste establece restricciones a la instalación de playas de estacionamiento en la zona inmediatamente adyacente a la Plaza de Armas (una cuadra a la redonda, según modificación del plano regulador de la ciudad de Melipilla, publicada en el Diario Oficial de 3 de julio de 2002). Esta zona restringida es de menor extensión que la comprendida en el contrato de concesión original (“*perímetro de las áreas concesionadas*”), por lo que este Tribunal entiende que la modificación del contrato referido redujo una barrera a la entrada.

I. RIESGOS PARA LA LIBRE COMPETENCIA Y EFICIENCIAS DEL PROYECTO PRESENTADO POR LA CONSULTANTE

101. Como se señaló en la parte expositiva de esta Resolución, la Consultante formuló la presente consulta con el objeto de determinar si la construcción y operación conjunta de ambos tipos de estacionamientos resultaba o no contraria a las normas de libre competencia y, en su caso, establecer las condiciones que fueran pertinentes para mitigar los eventuales riesgos que pudieran afectarla.

102. Según la Consultante, la construcción y operación conjunta de ambos tipos de estacionamientos es indispensable en el presente caso, ya que “*los análisis preliminares de proyectos como el que en este caso pretende ejecutar ECM Ingeniería S.A. hacen improbable que la construcción y operación de los estacionamientos subterráneos en comunas con características similares a las de Melipilla resulten económicamente factibles, si es [sic] ello que no viene acompañado con la adjudicación también de la implementación y operación de los estacionamientos de superficie ubicados en la zona de influencia de tales proyectos*”.

103. Las aprehensiones de la Consultante sobre la rentabilidad del proyecto gozan de respaldo en los antecedentes que obran en este proceso no contencioso. Así, la Fiscalía indica a fojas 157 que: “*el proyecto de estacionamiento de superficie*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propuesto por ECM para Melipilla considera una inversión incremental de sólo \$36.000.000, es decir, un 1,11% del monto involucrado en la construcción del estacionamiento subterráneo incluido en el mismo proyecto". Así, podría resultar necesario para lograr el desarrollo del proyecto que se licite en conjunto la operación de estacionamientos subterráneos y de superficie, dado que de esta forma se volvería económicamente viable.

104. En consecuencia, la referida licitación conjunta de estacionamientos subterráneos y de superficie implica que existirán subsidios cruzados entre los ingresos de los estacionamientos de superficie y los ingresos de los estacionamientos subterráneos. Estos subsidios cruzados se infieren del informe económico acompañado por la Consultante a fojas 14. En el mismo se presenta un modelo general que busca evaluar la factibilidad económica de un proyecto de estacionamientos subterráneos en la zona centro de una comuna de tamaño medio, concluyendo que, de ser licitados por separado los estacionamientos de superficie y los subterráneos, el valor actual neto –VAN, esto es, el valor presente de los flujos futuros proyectados– del proyecto que incluye sólo estacionamientos subterráneos resulta negativo con una tasa de descuento de 9% anual y con una tarifa de \$980 por hora. Por el contrario, de licitarse los estacionamientos subterráneos conjuntamente con los de superficie –con igual tasa de descuento y precio para los estacionamientos subterráneos, y considerando una tarifa de \$700 por hora para los estacionamientos de superficie–, se obtiene un VAN positivo; es decir, el proyecto conjunto sería rentable mientras que aquél que sólo involucra estacionamientos subterráneos no lo sería.

105. La FNE, en su escrito de fojas 157, replica dicho ejercicio de simulación manteniendo la tasa de descuento del 9%, pero utiliza una tarifa de \$900 por hora para los estacionamientos de superficie y una tarifa de \$1.300 por hora para los estacionamientos subterráneos. Con estos nuevos valores, concluye que *"el proyecto que sólo contempla el estacionamiento subterráneo pasa de una TIR [Tasa Interna de Retorno: tasa de interés o de descuento a la cual el VAN del proyecto es igual a cero] de 4,7% a una de 7,1%, mientras que el proyecto que incluye estacionamientos subterráneos y de superficie ahora obtiene una TIR de 14,3% en contraste con la inicial de 9,9%"*.

106. Este Tribunal comparte el análisis efectuado por la FNE, en el sentido que: (i) la rentabilidad del proyecto en evaluación es altamente sensible a las tarifas que se cobren por los distintos tipos de estacionamiento; y, (ii) aun con una tarifa proyectada de \$1.300 por hora, el proyecto de estacionamientos subterráneos por sí solo no resultaría rentable considerando una tasa de descuento de 9%, que es la utilizada por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la Consultante.

107. Replicando los estudios desarrollados por la Consultante y la FNE, pero aplicando la tasa social de descuento de 6% anual que es aquella que se utiliza en proyectos del sector público (fuente: “*Precios sociales vigentes 2015*”, Ministerio de Desarrollo Social, disponible en <http://sni.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/fotos/Precios%20Sociales%20Vigentes%202015.pdf>), se puede observar que el VAN del proyecto también es altamente sensible a la tasa de descuento. De hecho, si se evalúa el proyecto de estacionamientos subterráneos por sí solo, con una tasa de descuento de 6% -y manteniendo constantes los demás parámetros de la evaluación de la consultante-, el precio mínimo por hora de los estacionamientos que se requeriría para que el VAN del proyecto fuese cero es de \$1.151. A juicio de este Tribunal, esto es una muestra de que la viabilidad económica del proyecto de estacionamientos subterráneos por sí mismo es incierta y depende de dichos parámetros (tarifa a cobrar, demanda estimada, tasa de descuento).

108. Dada la falta de información respecto de la viabilidad económica del proyecto de estacionamientos subterráneos por sí solo, la comparación relevante sería, al menos en el corto y mediano plazo, entre un operador sólo de estacionamientos de superficie y uno de ambos tipos de estacionamientos, y no entre uno operando conjuntamente ambos tipos de estacionamientos y dos operadores independientes.

109. Por lo anterior, en lo que sigue este Tribunal se abocará a determinar los riesgos para la libre competencia que puede conllevar la administración, por parte de un solo operador, de los dos tipos de estacionamientos antes referidos y propondrá las medidas o remedios pertinentes para eliminarlos o mitigarlos.

110. Para estos efectos se debe tener presente que el proyecto consultado presenta similitudes con la asignación de un derecho exclusivo o de un monopolio para su explotación. En esos casos, la labor de los organismos de defensa de la libre competencia es cautelar que se produzca una efectiva competencia por la cancha (competencia *ex ante*), ya que posteriormente no habrá suficiente competencia en la cancha (*ex post*). De esta manera, es crucial asegurar que la licitación mediante la cual se asigna el privilegio o el derecho preferente sea lo más competitiva posible, eliminando barreras innecesarias para que participe la mayor cantidad de interesados posibles y que se fijen criterios de adjudicación en las bases de licitación que importen un traspaso de los beneficios de esta competencia *ex ante* a los futuros usuarios del servicio. De esta forma, se busca emular en el mercado *ex post* las condiciones que podrían existir en un mercado con competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

111. Si bien es cierto en este caso no se está otorgando un monopolio, ya que el futuro adjudicatario pasaría a controlar el 39% de los cupos de estacionamientos que forman parte del mercado relevante, existiendo alternativas a los estacionamientos licitados, éste adquiere poder de mercado y por eso es importante que el diseño de la licitación contemple condiciones que aseguren un adecuado nivel de competencia por la posibilidad de que el futuro controlador pueda abusar de dicho poder de mercado.

112. En efecto, en su aporte de antecedentes de fojas 95, la Fiscalía señala que uno de los principales riesgos del proyecto consultado radica en la inexistencia de estacionamientos sustitutos a los que se propone licitar conjuntamente en el centro cívico de Melipilla, lo que llevaría, a su juicio, a que los habitantes estén expuestos a una explotación del poder de mercado del adjudicatario. La FNE, en consecuencia, no considera que el resto de los estacionamientos de uso público de la ciudad de Melipilla sean sustitutos suficientemente cercanos como para disciplinar el comportamiento *expost* del adjudicatario.

113. Con anterioridad a esta consulta, la FNE ya había identificado el riesgo de abuso que se podría generar en este mercado. Es así como en el año 2013 inició la investigación Rol FNE N° 2251-13 respecto de la concesión de estacionamientos de superficie vigente a esa fecha en la ciudad de Melipilla, la cual finalizó con la renuncia a la exclusividad por parte de la empresa SEC S.A. a que se hizo referencia en el párrafo N° 100, que se materializó mediante la transacción extrajudicial señalada. En dicha investigación (archivada con fecha 19 de febrero del 2014), la FNE identificó el potencial carácter excluyente de la cláusula de exclusividad que dicho contrato contenía.

114. A fojas 303, la Fiscalía solicitó a este Tribunal tener presente que ECM S.A. estima en su estudio de prefactibilidad acompañado a fojas 185, una oferta futura de estacionamientos de 1.038 cupos en el área de influencia para el año 2023, la que es inferior a la oferta inicial porque el proyecto supone que se suprimirán ciertas playas de estacionamientos y los estacionamientos libres en el futuro. Dada esta disminución en la oferta de estacionamientos, indica la Fiscalía, el nuevo operador controlaría, al cabo de 9 años, el 56% de la oferta en el mercado de estacionamientos de uso público en el área de influencia (382 de superficie y 200 subterráneos).

115. Como ha sido señalado precedentemente, el mayor riesgo que vislumbra la Fiscalía dice relación con el poder de mercado que podría obtener el nuevo adjudicatario y con la posibilidad de que abuse de él. Lo anterior, a juicio de dicha entidad, sería posible porque el proyecto -junto con proponer la construcción y operación conjunta de ambos tipos de estacionamientos- establece un régimen de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tarifas libres, lo que es más probable aún con el actual plan regulador que rige el uso de suelo en el centro de la ciudad de Melipilla, según se indicó en el párrafo 97.

116. La Fiscalía también agrega (a fojas 95) que *“el otorgamiento conjunto de las concesiones en superficie y subterráneos podría tener como único propósito salvaguardar o asegurar la rentabilidad y justificar así proyectos mal evaluados”*. A su juicio, en el largo plazo, un aumento de la demanda y la mayor probabilidad de congestión podrían aumentar la intensidad competitiva entre los estacionamientos de superficie y los subterráneos, con lo cual los primeros disciplinarían a los segundos en el margen. En consecuencia, adjudicar los estacionamientos de superficie y subterráneos a un solo operador, privaría al mercado de los beneficios de corto y largo plazo que podría generar la competencia entre operadores.

117. Este Tribunal concuerda, en general, con los riesgos identificados por la FNE a que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores. Efectivamente, un actor que pasará a tener entre el 39% y el 56% de la oferta disponible de estacionamientos en el mercado relevante así determinado, y que participa de una licitación en que la variable de adjudicación no es la menor tarifa a cobrar a los usuarios, podría reducir significativamente las condiciones de competencia afectando los precios o la calidad del servicio. Este riesgo sería mayor en la medida que las posibilidades de entrada al mercado sean menos favorables como consecuencia de los inconvenientes que este Tribunal describió en el párrafo 96.

118. Por consiguiente, si se desea desarrollar conjuntamente el proyecto de estacionamientos subterráneos y de superficie en el centro de la ciudad de Melipilla, es indispensable que se fijen condiciones a la licitación de los mismos con el fin de evitar o minimizar los riesgos para la competencia descritos.

119. Dichas condiciones se establecerán sin perjuicio de los beneficios y eficiencias que algunos intervinientes han señalado que traería aparejada la construcción y operación conjunta de ambos tipos de estacionamiento, pues dichos beneficios no dicen relación con la mitigación o eliminación de los riesgos identificados precedentemente. Por ejemplo, el Ministerio de Transportes en su presentación de fojas 126 señala que la existencia de estacionamientos subterráneos y de restricciones para el desarrollo de estacionamientos de superficie permitiría despejar las calles, haciendo más expedito el tránsito en la ciudad, lo que, a su vez, facilitaría el uso del transporte público considerado como más eficiente desde el punto de vista urbanístico y de transportes.

J. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

120. El hecho, acto o contrato consultado, esto es, el proyecto presentado por ECM Ingeniería S.A. a la Municipalidad de Melipilla, consistente en la construcción y operación conjunta de estacionamientos subterráneos y de superficie en el centro de dicha comuna por un plazo de 40 años y con tarifas libres puede producir los efectos señalados en el artículo 3° del D.L. N° 211 dado el mayor poder de mercado que adquiriría la empresa que se adjudique la respectiva licitación (en lo sucesivo, la “Licitación”, y sus bases las “Bases”), el que podría no ser suficientemente disciplinado por la competencia residual que actualmente existe en el mercado relevante.

121. Por otra parte, consta de la información disponible en el expediente que la envergadura de la inversión requerida para desarrollar y construir los estacionamientos subterráneos proyectados es alta, razón por la cual es razonable que se contemple la posibilidad de que un mismo adjudicatario pueda explotar conjuntamente los estacionamientos de superficie actualmente concesionados y los futuros estacionamientos subterráneos.

122. Por las razones expuestas y dado que el objetivo de la Municipalidad de Melipilla es *“dotar a la comuna (...) de un sistema de estacionamientos que beneficie el desarrollo de la ciudad”* (fojas 85), en el evento de que se decida licitar de manera conjunta ambos tipos de estacionamientos, dicha Licitación deberá establecer las condiciones que sean necesarias para asegurar una efectiva competencia *ex ante*, eliminando barreras innecesarias para que participe la mayor cantidad de interesados posible. Asimismo, el criterio de adjudicación de dicha Licitación deberá contemplar las condiciones necesarias para que la competencia producida en la Licitación se traduzca también en condiciones competitivas en la cancha, es decir, se traspasen las mejores condiciones a los usuarios de los estacionamientos que se licitarán, evitando o mitigando la probabilidad de que la empresa adjudicataria pueda abusar de su poder de mercado.

123. En este orden de consideraciones, en casos similares, relacionados con la asignación de exclusividad por vía de una licitación, este Tribunal ha considerado que *“desde el punto de vista de la libre competencia, es imprescindible que el factor determinante de la adjudicación sea el menor índice tarifario de los servicios básicos ofrecidos a los usuarios, esto es, el menor promedio ponderado de las tarifas por los servicios sujetos a valores máximos (Índice de Adjudicación). Las tarifas de cada servicio con las cuales resulte adjudicada la Licitación, se constituirán en la tarifa máxima aplicable al correspondiente servicio básico, o bien se emplearán para construir los índices máximos aplicables a cada uno”* (Informes N° 5/2009, N° 6/2009,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

N° 9/2013, N° 10/2014, N° 11/2014).

124. Por las razones anteriores, y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley -que indica que “... *la Municipalidad adjudicará el contrato de participación de acuerdo con el sistema de evaluación de las ofertas que se establezca en las bases respectivas, en el cual se atenderá, entre otros, a uno o más de los siguientes factores... (c) Estructura tarifaria*”-, a juicio del Tribunal, la variable de adjudicación debería ser la menor tarifa -o estructura tarifaria, entendiendo por ello el promedio ponderado de las tarifas- a cobrar a los usuarios, teniendo presente los mecanismos de ponderación y reajuste que contemplen las Bases.

125. Respecto al plazo de duración del Contrato de Participación, en informes anteriores de este Tribunal se ha señalado que “*la extensión de estos plazos puede, por un lado, contribuir a incrementar el número de interesados dispuestos a realizar inversiones, no obstante, también puede incrementar el eventual daño a la libre competencia que podría ocasionar una asignación inadecuada*” (Informes N° 5/2009 y N° 10/2014). Teniendo en consideración las fuerzas opuestas en juego, este Tribunal considera que la Licitación en cuestión no debiese tener un plazo superior a 30 años.

126. Por otra parte, y coincidiendo con lo indicado por la FNE a fojas 95, el pago anual o por una sola vez a la Municipalidad no puede ser una variable de adjudicación de la Licitación. De existir algún pago por concepto de bienes entregados para ejecutar el proyecto, el mismo debería estar preestablecido en las Bases, y ser determinado en función del valor económico de los activos que ésta entregue para desarrollar el proyecto.

127. Adicionalmente, las Bases de Licitación no deben contemplar cláusulas que establezcan barreras a la entrada, como por ejemplo: contar con un capital mínimo que no guarde relación con las inversiones requeridas para desarrollar el proyecto; otorgar puntajes o premios a operadores por el mero hecho de ser incumbentes u operadores históricos -salvo el puntaje a asignar al proponente del proyecto, de acuerdo a lo indicado en el inciso tercero del artículo 17 del Reglamento del Sistema de Financiamiento Urbano Compartido-; exigir garantías que superen lo necesario para cubrir los respectivos riesgos; y, en general, entregar ventajas artificiales y discriminatorias a unos participantes sobre otros.

128. Asimismo, los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes y las razones por las que una oferta pueda ser desestimada o por las que la Licitación o cualquiera de sus etapas puedan ser declaradas desiertas, deberán ser objetivos, estar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecidos con claridad en las Bases de Licitación y ser conocidos por los postulantes.

129. Por último, este Tribunal estima que cuando se asignan derechos exclusivos, como en la especie, la introducción de cláusulas de exclusividad en favor del adjudicatario participante puede generar riesgos para la libre competencia. Sin embargo, en ocasiones dicha exclusividad podría ser necesaria para asegurar la viabilidad del proyecto. Por lo anterior, las Bases de Licitación, el Contrato de Participación y sus eventuales modificaciones, sólo podrán contener cláusulas de exclusividad que estén justificadas en la evaluación financiera del proyecto.

130. Lo anterior, sin perjuicio de que en otros documentos, como el plan regulador, y por razones distintas del establecimiento de barreras de entrada, pueda establecerse zonas de exclusión o restricciones al ingreso de competidores.

III) PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1º, 3º, 18º y 31º del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Declarar que el asunto consultado por ECM Ingeniería S.A. a fojas 43, relativo al proyecto presentado por dicha empresa a la I. Municipalidad de Melipilla, consistente en la construcción y operación conjunta de estacionamientos subterráneos y de superficie en el centro de dicha ciudad, se ajusta a las normas del Decreto Ley N° 211 siempre que la Licitación cumpla con las siguientes condiciones:

1. CONDICIÓN PRIMERA: criterio de adjudicación.

La Licitación deberá adjudicarse al postulante que ofrezca el menor promedio ponderado de las tarifas de los servicios de estacionamientos subterráneos y de superficie, teniendo presente los mecanismos de ponderación y de reajuste que contemplen las respectivas Bases.

2. CONDICIÓN SEGUNDA: plazo del contrato.

El plazo de vigencia del Contrato de Participación que emane de la Licitación no deberá superar los 30 años.

3. CONDICIÓN TERCERA: pagos a la Municipalidad.

En caso de contemplarse uno o más pagos a la Municipalidad, los mismos deberán estar preestablecidos en las Bases de la Licitación y ser determinados en función del valor económico de los activos que ésta entregue para desarrollar el proyecto.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Dichos pagos no podrán ser una variable de adjudicación de la Licitación.

4. CONDICIÓN CUARTA: condiciones de participación en la Licitación.

4.1. Las Bases de Licitación no deberán contener exigencias que importen barreras a la entrada, como por ejemplo: contar con un capital mínimo que no guarde relación con las inversiones requeridas para desarrollar el proyecto; otorgar puntajes o premios a operadores por el mero hecho de ser incumbentes u operadores históricos -salvo el puntaje a asignar al proponente del proyecto, de acuerdo a lo indicado en el inciso tercero del artículo 17 del Reglamento del Sistema de Financiamiento Urbano Compartido-; exigir garantías que superen lo necesario para cubrir los respectivos riesgos; y, en general, entregar ventajas artificiales y discriminatorias a unos participantes sobre otros.

4.2. Los criterios de evaluación de las propuestas o antecedentes y las razones por las que una oferta pueda ser desestimada o por las que la Licitación o cualquiera de sus etapas puedan ser declaradas desiertas, deberán ser objetivos, estar establecidos con claridad en las Bases de Licitación y ser conocidos por los postulantes.

5. CONDICIÓN QUINTA: cláusulas de exclusividad.

Las Bases de Licitación, el Contrato de Participación y sus eventuales modificaciones, sólo podrán contener cláusulas de exclusividad que estén justificadas en la evaluación financiera del proyecto.

Notifíquese personalmente o por cédula a todos los intervinientes y a la I. Municipalidad de Melipilla, y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 425-14

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sr. Enrique Vergara Vial, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra y Sr. Javier Tapia Canales. Autorizada por la Secretaria Abogado, Srta. Carolina Horn Küpfer.