

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 170/2019.

Santiago, trece de marzo de dos mil diecinueve.

VISTOS:

1. A fojas 694, el 15 de enero de 2018, Transportes Santín y Compañía Limitada (“Transportes Santín”) interpuso una demanda en contra del Fisco y el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”), acusando a éstos de ejercer actos en infracción a las normas sobre libre competencia, especialmente las que establecen los deberes de lealtad entre los competidores y respecto del rol que le cabe a la autoridad, por establecer licitaciones con pautas o criterios de evaluación que atentan contra el orden público económico y contra la libre competencia, en particular, se acusa la vulneración del artículo 3° del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”). En específico, funda su acción en los siguientes antecedentes:

1.1. Antes de exponer la imputación en particular, el demandante describe el objeto de la licitación reprochada; este corresponde a las bases para la concesión del uso de las vías de las unidades de negocios N° 1, N° 4, N° 6, N° 7, N° 8 y N° 9 para la prestación de servicios urbanos de transporte público remunerado de pasajeros mediante buses para la ciudad de Santiago, año 2017 (“Bases de Licitación del Transantiago”).

1.2. Las Bases de Licitación del Transantiago habrían sido aprobadas mediante Resolución N° 15 de 2 de junio de 2017 de la Contraloría General de la República. De acuerdo a Transportes Santín, éstas impondrían barreras a la entrada, perpetuarían a los incumbentes y generarían condiciones para celebrar acuerdos paralelos, considerando, además, las participaciones cruzadas existentes en la industria.

1.3. Respecto a las barreras a la entrada, de acuerdo a la demandante éstas se generarían principalmente por la evaluación diferenciada de experiencia entre incumbentes y entrantes, la propiedad de los activos necesarios para la operación de los terminales y el plazo acotado que tuvieron los proponentes para preparar las ofertas.

1.4. En específico, respecto a la evaluación de la experiencia, Transportes Santín señala que la diferenciación entre incumbentes y entrantes produce una discriminación arbitraria que carece de racionalidad jurídica. La discriminación, a su juicio, se fundaría en que se le asigna el mismo puntaje a quien ha operado 1 bus o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

149 buses. Asimismo, para el caso de los incumbentes, no se explicaría por qué el máximo puntaje se otorga a aquellos operadores con un ICR equivalente al 85% y no a 100%. La siguiente tabla muestra los puntajes que asignan las Bases de Licitación del Transantiago a la experiencia de los proponentes:

Índice de Cumplimiento de Regularidad (ICR)	Número de Buses	Puntaje
Desde 0 a 80	Desde 0 a 149	5
Desde 0,81 a 0,84	Desde 150 a 499	50
A partir de 0,85	A partir de 500	100

1.5. Por otro lado, respecto a la propiedad de los terminales, la demandante indica que, dado que los entrantes no tienen terminales, éstos no conocen la información necesaria para realizar la evaluación financiera del futuro costo de contar con ellos, lo que influiría en la oferta que pueden presentar. En cambio, los incumbentes, al poseer terminales, saben dicha información, lo que les permitiría presentar una mejor oferta y con ello, dicha información, constituiría una barrera a la entrada.

1.6. A lo anterior agrega que la medida del MTT de proporcionar terminales a los entrantes, generaría incertidumbre, pues a la fecha de presentación de la ofertas, no se sabía si, finalmente, los terminales serán comprados, arrendados o expropiados por parte del MTT, si es que los entrantes tendrían o no que pagar por ellos y, para el caso que tuvieran que pagar, a cuánto ascendería dicho monto. Esta confusión beneficiaría a los incumbentes. Finalmente, Transportes Santín señala que los plazos de entrega de las Bases de Licitación del Transantiago no se condecirían con el tiempo necesario para, por ejemplo, expropiar terrenos, lo que aumentaría la incertidumbre para los entrantes.

1.7. Luego, la demandante argumenta en contra de otros aspectos de las Bases de Licitación del Transantiago. Según Transportes Santín, el plazo para presentar las ofertas fue de 60 días, de los cuales los primeros 45 fueron también para el proceso de aclaraciones y rectificaciones, con lo cual los oferentes contaron solamente con 15 días de información completa para desarrollar sus ofertas. Así, dada la existencia de una asimetría de información entre incumbentes y entrantes, este corto tiempo habría afectado en mayor medida a los desafiantes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.8. A esto se sumaría que, de acuerdo a la parte demandante, la información proporcionada por el MTT en las Bases de Licitación del Transantiago fue insuficiente para la elaboración de una oferta competitiva, agudizando la asimetría de información existente.

1.9. Un segundo gran aspecto que el demandante critica de las mencionadas bases es que incentivarían a acuerdos colusivos entre los oferentes. Según Transportes Santín, las empresas que operan en el mercado tendrían numerosas relaciones cruzadas de propiedad e *interlocking*, lo cual facilitaría posibles acuerdos colusorios. De esta manera, las relaciones directas e indirectas entre las tres empresas incumbentes que presentaron ofertas (Metbus, STP, Vule) habrían influenciado la modalidad de las ofertas. Así, por ejemplo, Metbus ofertó sólo por la Unidad 1, mientras que Vule, con quien su presidente tiene relación de propiedad, ofertó sólo para la Unidad 9. Además, los demandantes indican que no sería posible competir en igualdad de condiciones con otros actores que tienen información, no sólo de sus recorridos, sino también de otros posibles oferentes con los cuales está relacionado.

1.10. A continuación, Transportes Santín describe que en el año 2003, dos incumbentes habrían celebrado un acuerdo para realizar una “distribución cualitativa de los cupos a repartirse en términos de troncales como alimentadores”. Estos hechos habrían sido investigados por la Fiscalía Nacional Económica, pero la investigación habría sido archivada debido a que las acciones se encontraban prescritas.

1.11. En específico, la demandante critica el punto 5.1. de las Bases de Licitación del Transantiago porque presuntamente induciría a las empresas relacionadas a actuar coordinadamente, ya que en él se establece que éstas no pueden participar en una misma unidad de negocio pero sí pueden hacerlo en varias distintas, lo que obligaría a acordar entre las empresas relacionadas la unidad objeto de su oferta.

1.12. A juicio de Transportes Santín, el análisis relevante para la licitación no es el de cada unidad de negocio específica, sino que debe realizarse uno que considere a la industria completa. Siguiendo con esta línea, la demandante identifica que el mercado relevante es toda la licitación.

1.13. Finalmente, la demandante solicita que se declare que las demandadas han infringido el artículo 3 del D.L. N° 211, lo que debe ser sancionado conforme al artículo 26 del mencionado decreto, declarando que las demandadas han llevado a cabo actos licitatorios contrarios a la libre competencia, ordenando al MTT poner

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

término inmediato al proceso de licitación y dejar sin efecto el proceso de licitación. Además de imponer la multa que el Tribunal estime y condenar en costas a las demandadas.

1.14. Cabe señalar que Transportes Santín solicitó, en el primer otrosí de su presentación que, en razón de los mismos argumentos expuestos en lo principal, la declaración de la medida precautoria consistente en la suspensión del proceso licitatorio correspondiente a la Licitación 2017.

2. A fojas 721, el 25 de enero de 2018, se dio curso a la demanda y se accedió a la medida solicitada, en atención a que era necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de las conductas sometidas a conocimiento del Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del D.L N° 211. Dicha resolución fue objeto de recurso de reposición y a fojas 1056, el 13 de marzo de 2018, resolviendo dicho recurso, se accedió parcialmente a él, pero se mantuvo la medida cautelar sólo respecto de las unidades de negocios N° 1 y N° 9.

3. A fojas 918, el 21 de febrero de 2018, el Consejo de Defensa del Estado ("CDE") en representación del Fisco y del MTT contestaron la demanda, solicitando que esta fuera rechazada, con costas.

3.1 El CDE comienza aclarando que las Bases de Licitación del Transantiago promoverían la libre competencia y mejorarían el servicio público de transporte. En específico, en esta nueva licitación se (i) modificaron las líneas de negocios para generar paquetes de servicios en territorios más pequeños con lo cual se facilitaría la operación de los concesionarios y se disminuiría la flota de buses (y con ello el terreno del terminal); (ii) limitaron la antigüedad de los buses usados; (iii) incorporaron pagos por cuota de flota, otorgando una facilidad adicional a nuevos actores para armar su flota; (iv) eliminó el requisito de que el oferente tuviera terrenos propios para el uso de terminales, estableciendo un sistema para proporcionar terrenos a los entrantes; (v) establecieron mecanismos de evaluación de experiencia que favorecen a los entrantes (ya que a los incumbentes se los evalúa por la calidad de servicio efectivamente prestado); (vi) sus contenidos técnicos fueron puestos en conocimiento con anterioridad a la licitación; y (vii) exigen un capital mínimo equivalente al 5-10% de la inversión, bastante menor a lo exigido en la generalidad de los contratos de este tipo.

3.2 Con respecto a las barreras a la entrada, las demandadas indican que éstas son inexistentes. En específico sobre la evaluación de la experiencia, el CDE da cuenta que consiste en un criterio de evaluación exigido por la ley por lo que debe

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estar presente en las bases y su exigencia es razonable y objetiva. Asimismo, consistiría en un ítem irrelevante en términos del puntaje final de la licitación y, por tanto, no sería idóneo para afectar la libre competencia. Este criterio tendría una ponderación de un 30% de la oferta técnica. A su vez, la oferta técnica representaría tan solo un 5% del criterio final de adjudicación. Así, el ítem experiencia correspondería a 1,5% de la evaluación total.

3.3 Continúa su análisis destacando que en el caso de los oferentes no incumbentes, evaluar la experiencia en razón del tamaño de la flota operado con anterioridad, sería un método correcto y que los favorecería por sobre el criterio del ICR. A esto se agregaría que los rangos establecidos en las Bases de Licitación del Transantiago tendrían por objeto reconocer distintas escalas de operación de los proponentes que fueran entrantes.

3.4 A continuación, el CDE se refiere a la disponibilidad de terrenos para los terminales y recalca que esto no configuraría una barrera a la entrada ni implicaría una discriminación arbitraria. Por el contrario, el Estado se habría comprometido a entregar a los oferentes 12 inmuebles; 2 por cada unidad de negocio, reduciendo los costos y riesgos de participar en la licitación y nivelando la cancha entre entrantes e incumbentes.

3.5 En este sentido, las demandadas destacan que en estas bases se habrían rediseñado las unidades de negocios para hacerlas más atractivas, se habría elaborado un estudio donde se evaluó la existencia de terrenos alternativos a los actuales para la ubicación de terminales y se habría iniciado un proceso para adquirir una proporción relevante de inmuebles, los que serían entregados en usufructo al adjudicatario o en arriendo (con subsidio). A su vez, para los casos donde el MTT no haya podido adquirir o arrendar terrenos, las Bases de Licitación del Transantiago establecerían el otorgamiento de un subsidio para que el adjudicatario encuentre otro terreno. Así, quien no contaba con terreno podía igualmente ofertar.

3.6 Respecto a la imputación sobre el desconocimiento del costo de los terrenos, el MTT habría hecho un estudio que concluyó que los terrenos para terminales representarían, en promedio un 1,96% de los costos operacionales y un 1,32% de los costos totales. Finalmente, la unidad de negocio que presentaría mayor dificultad para encontrar terrenos (N°4) fue en la que más oferentes hubo y la unidad de negocio que mayor disponibilidad de terrenos tendría, fue la única que tuvo solo un oferente (N°7).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.7 Luego, el CDE argumenta que los plazos de la licitación fueron razonables: empresas distintas a las incumbentes sí habrían presentaron ofertas dentro de plazo. Asimismo, la licitación tuvo amplia publicidad y difusión y se habría proporcionado toda la información necesaria a los interesados.

3.8 A continuación, las demandadas niegan la acusación acerca de que las Bases de Licitación del Transantiago fomentan los acuerdos colusorios y señalan que deben ser denunciados expresamente. En la misma línea, las demandantes, también, contradicen el reproche realizado a la cláusula 5.1. De acuerdo al CDE, el poder participar por más de una unidad de negocios aumenta la rivalidad competitiva, por lo que se habría buscado que existan más oferentes por cada unidad de negocio. Además, la licitación asume como premisa que cada unidad de negocio es objeto de un mecanismo licitatorio propio e independiente.

4. A fojas 1088, el 10 de abril de 2018, se citó a las partes a una audiencia de conciliación. A fojas 1103, el 27 de agosto de 2018, y luego de que fracasara el trámite de conciliación, se dictó la resolución que recibió la causa a prueba. En dicha resolución, además, se alzó la medida cautelar decretada.

4.1 Se establecieron como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes: (i) Efectividad de que las Bases de Licitación Pública para la Concesión del Uso de las Vías de las Unidades de Negocio N° 1, N° 4, N° 6, N° 7, N° 8 y N° 9, para la Prestación de Servicios Urbanos de Transporte Público Remunerado de Pasajeros Mediante Buses. Licitación de Vías 2017 han privilegiado injustificadamente la participación en ella de los actuales operadores del sistema, o incumbentes, por sobre nuevos operadores. Lo anterior, en especial, como consecuencia de: a) la evaluación diferenciada de la experiencia que poseen los incumbentes y los operadores potenciales; y b) la administración y operación de los terminales de buses y los terrenos necesarios para éstos; (ii) Efectividad de que las restricciones establecidas en el punto 5.1 de las Bases de Licitación inducen a empresas relacionadas a actuar coordinadamente durante el proceso de licitación.

5. En estos autos se acompañó la siguiente prueba instrumental: Transportes Santín: A fojas 694 acompañó: (i) factura electrónica N° 101, emitida por la Subsecretaría de Transportes; (ii) artículo de prensa, diario La Tercera, “solo siete empresas postularon a nuevas zonas del Transantiago”, de 27 de diciembre de 2017; (iii) artículo de prensa, diario La Tercera, “los nexos entre las firmas chilenas que postulan a la licitación del Transantiago”, de 29 de diciembre de 2017; (iv) copia simple de documento denominado “acuerdo” celebrado el 10 de diciembre de 2004;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(v) copia resolución de archivo de la FNE de denuncia 2108-2012, de 5 de marzo de 2013; (vi) documento “contenido esencial bases de licitación concesión de uso de vías 2017” de Secretaría Técnica de Estrategia y Planificación. Directorio de Transporte Público Metropolitano; (vii) Bases de Licitación de Transantiago. A fojas 832, acompañó la publicación en Diario Financiero de 9 de febrero de 2018. A fojas 909 acompañó: (i) copia simple de información de 19 de febrero de 2018 obtenida de página web de la comisión para el mercado financiero que da cuenta de accionistas y ejecutivos de Buses Metropolitana S.A.; (ii) copia simple de información de 19 de febrero de 2018 obtenida de página web de la comisión para el mercado financiero que da cuenta de accionistas y ejecutivos de Servicio de Transporte de Personas Santiago S.A.; y (iii) copia simple de información de 19 de febrero de 2018 obtenida de página web de la comisión para el mercado financiero que da cuenta de accionistas y ejecutivos de Buses Vule S.A.

5.1 Demandadas: A fojas 735 acompañaron: (i) noticia diario La Tercera “Transantiago gobierno asumo la posibilidad de no terminar la licitación”; (ii) carpeta preguntas y respuestas proceso de licitación Transantiago 2017; (iii) carpeta información relevante, estudios e informes; (iv) carpeta actividades de promoción que contiene dos sub carpetas, a) su carpeta Road Show 2017 y b) sub carpeta de seminario de electromovilidad en el transporte público; (v) índices de evasión trimestrales años 2015, 2016 y 2017 (julio a septiembre); (vi) ranking calidad de servicio trimestrales años 2015, 2016 y 2017 (julio a septiembre); y (vii) Informe Ejecutivo Estudio Vaar, cuya información fue decretada confidencial. A fojas 840 ofrecieron, un disco compacto con I. Antecedentes Confidenciales, en el que se contienen 12 documentos y otro disco compacto con II. Antecedentes Públicos, que contiene 9 documentos, dicho disco fue nuevamente ofrecido a fojas 866. A fojas 870, acompañaron: (i) copia del documento simulación de evaluación de oferta técnica; (ii) copia del documento simulación de evaluación de oferta técnica. Ejemplificación”; (iii) oficio reservado N° 3, informe técnico de evaluación técnica emitido por la Comisión Evaluadora del Proceso de licitación, cuya información fue decretada confidencial. A fojas 1049 acompañaron la copia simple impresa y su versión digital, del informe de la CEPAL, Boletín FAL No. 212-Edición Abril 2004 “Planificación del transporte y su incidencia en la competitividad de las ciudades”. A fojas 1084 acompañaron la Resolución Exenta N° 1126 de 29 de marzo de 2018 que desestima todas las ofertas presentadas y declara desierta la Licitación Pública para la concesión del uso de las vías de las Unidades de Negocio N°1, N°4, N°6, N°7, N°8 y N°9, para la prestación de servicios de transporte público de pasajeros mediante buses en la Providencia de Santiago y comunas de San Bernardo y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Puente Alto. A fojas 1118 acompañaron: (i) Resolución Exenta N° 2995 de 9 de octubre de 2018 dictada en forma conjunta por el MTT y el Ministerio de Hacienda, que revoca la Resolución N° 15 de 2 de junio de 2017, que autorizó el llamado a la Licitación y aprobó las Bases de Licitación de Transantiago y sus anexos; y (ii) publicación en el Diario Oficial del extracto de la Resolución Exenta N° 2995 de 9 de octubre de 2018, efectuada el 12 de diciembre de 2018.

6. A fojas 113, el Tribunal declaró vencido el término probatorio y ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó en la audiencia del día 13 de febrero de 2019, según consta en certificado que rola a fojas 1122.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que en la demanda de autos se acusa al Fisco y al MTT de ejecutar actos en infracción a las normas sobre libre competencia, especialmente las que establecen los deberes de lealtad entre los competidores y respecto del rol que le cabe a la autoridad, en atención a que las Bases de Licitación del Transantiago, elaboradas por ella, contendrían disposiciones que establecerían barreras a la entrada y fomentarían los acuerdos entre competidores. Las demandadas, por su parte, niegan estas acusaciones señalando, en lo medular, que las Bases de Licitación del Transantiago promoverían la libre competencia y mejorarían el servicio público de transporte;

Segundo: Que, ante todo, para resolver el presente litigio se debe considerar que cualquier acción que da origen a un proceso debe tener tres elementos: los sujetos, el objeto o *petitum* y la causa de pedir. Los sujetos de la acción corresponden a la persona que deduce la acción (sujeto activo) y la persona contra quien se dirige la acción (sujeto pasivo); el objeto corresponde al beneficio jurídico o tutela concreta que se espera obtener con la acción; y la causa de pedir corresponde al fundamento inmediato del derecho deducido en juicio;

Tercero: Que, en este caso, el objeto de la acción deducida por Transportes Santín es la obtención de un pronunciamiento acerca de si las Bases de Licitación del Transantiago infringen las normas que regulan la libre competencia en los mercados, solicitándose además que se ordene al MTT poner término inmediato al proceso de licitación y le sean impuestas las multas correspondientes;

Cuarto: Que, a fojas 1118, las demandadas acompañaron a estos autos copia de la Resolución Exenta N° 2995, de 9 de octubre de 2018, dictada en forma conjunta por el MTT y el Ministerio de Hacienda, que revocó la Resolución N° 15 de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2 de junio de 2017, que autorizó el llamado a la Licitación y aprobó las Bases de Licitación de Transantiago y sus anexos;

Quinto: Que, por lo anterior, consta en autos que el acto administrativo que contiene las Bases de Licitación del Transantiago fue revocado, lo que importa la extinción de sus efectos debido a que estos resultan inoportunos o inconvenientes por ser contrarios al interés público (véase Juan Carlos Flores, “La potestad revocatoria de los actos administrativos”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 24, N°1, 2016, pp. 194-195 y 199). En este sentido, se ha fallado en esta sede que “*la revocación de actos administrativos, regulada en el artículo 61 de la ley N° 19.880, constituye una potestad de los órganos de la Administración del Estado para revisar y extinguir actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin perjuicio de que éstos hayan sido válidamente emitidos*”, por lo que “[...] *el objeto de la acción deducida ya no existe, toda vez que las bases de licitación que se impugnan perdieron existencia jurídica en virtud del mencionado acto revocatorio*” (Sentencia N° 162/2018, c. 5° y 6°);

Sexto: Que, en consecuencia, serán rechazadas todas aquellas pretensiones contenidas en la demanda relacionadas con las Bases de Licitación del Transantiago, especialmente las de dejarlas sin efecto u ordenar al MTT y al Fisco su modificación;

Séptimo: Que en lo que respecta a las imputaciones que dicen relación con reconocer la responsabilidad infraccional de los demandados y condenarlos al pago de una multa, cabe señalar que el demandante no rindió prueba alguna en el proceso que permitiera dar por acreditada la conducta infraccional que acusa, así como las circunstancias que se consideran para determinar el monto de una eventual multa y con ello, poder evaluar su pretensión sancionatoria;

Octavo: Que, a mayor abundamiento, consta a fojas 1084 la Resolución Exenta N° 1126 de 29 de marzo de 2018, acompañada por las demandadas, que desestimó todas las ofertas presentadas y declaró desierta la Licitación Pública para la concesión del uso de las vías de las Unidades de Negocio N°1, N°4, N°6, N°7, N°8 y N°9, para la prestación de servicios de transporte público de pasajeros mediante buses en la Providencia de Santiago y comunas de San Bernardo y Puente Alto. Por tanto, es posible concluir que las Bases de Licitación del Transantiago no generaron efectos;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18 N° 1 y 19 y siguientes del D.L. N° 211,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de autos,

CONDENAR EN COSTAS a Transportes Santín y Compañía Limitada.

Notifíquese personalmente o por cédula y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 342-18

Pronunciada por los Ministros Sr. Javier Tapia Canales, Presidente (S), Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.