

C.P.C. ORD. N°

991/622 /

ANT: Consulta del Sr.
Coordinador General de
Concesiones del Ministerio de
Obras Públicas, sobre
licitaciones para la
concesión de tramos en la
Ruta 5. Rol 33-95 CPC.

MAT: Dictamen de la
Comisión.

Santiago, 22 NOV 1996

1. El Coordinador General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas (en adelante MOP), mediante oficio Ord. N° 274, de fecha 11 de Octubre de 1995, solicitó a esta Comisión Preventiva Central un pronunciamiento sobre si la decisión de no permitir a un mismo licitante adjudicarse más de tres tramos de los siete que se licitan por el MOP en la Ruta 5 entre las ciudades de La Serena y Puerto Montt, contraviene o no las normas de defensa de la competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211.

El consultante acompaña como antecedentes de su presentación, además de los textos legales y reglamentarios pertinentes, dos informes jurídicos: uno de la Cámara Chilena de la Construcción y otro de la Asesoría Jurídica de la Coordinación General de Concesiones del MOP.

1.1. El informe jurídico de la Cámara Chilena de la Construcción concluye, en primer término, que la limitación de la adjudicación a sólo tres tramos por licitante no es contraria a la Constitución Política de la República y, en segundo lugar, que su aplicación no contraviene las normas del Decreto Ley N° 211.

1.2. El informe de la Asesoría Jurídica de la Coordinación General de Concesiones del MOP contiene opiniones diversas a las contenidas en el informe de la Cámara, pues concluye que la limitación de tramos contravendría las normas de defensa de la competencia establecidas en el Decreto Ley N° 211.

2. Con fecha 27 de diciembre de 1995, la Fiscalía Nacional Económica, a solicitud de esta Comisión Preventiva Central, informó sobre la materia, en el siguiente sentido:

2.1. El mercado relevante debe definirse en términos estrictos: circunscrito sólo al transporte de pasajeros y carga por la Ruta 5, con exclusión de otras vías de comunicación que, aun cuando pueden estimarse como teóricamente alternativas, en la práctica no constituyen, al menos en el mediano plazo, un sustituto razonable del tráfico de pasajeros y carga proyectado para la Ruta 5.

2.2. Cualquiera que sea la opción final asumida por el MOP para el otorgamiento de concesiones, el adjudicatario de la misma tendrá, en la realización y explotación de la concesión, una influencia decisiva sobre el transporte de carga y pasajeros a lo largo del o de los tramos que se adjudique.

2.3. El establecimiento de un sistema de concesiones sin limitación de tramos puede llevar a una situación en la que una sola empresa o grupo de empresas llegue a controlar la totalidad de los tramos licitados.

2.4. La Fiscalía Nacional Económica concluye en su informe que el acceso a la licitación de tramos en la Ruta 5 debe limitarse a un número máximo por cada licitante, evitándose así que uno solo de ellos acceda directa o indirectamente al control de todos los tramos.

2.5. Con respecto al número máximo de tramos a licitar, la Fiscalía, de acuerdo con la consulta formulada por el MOP, considera que no debiera exceder de tres tramos por licitante, sean estos contiguos o no.

3. Con fecha 11 de enero de 1996, la Fiscalía emitió un complemento de su informe inicial, referido a las modificaciones -entonces en trámite en el Congreso Nacional- a la Ley General de Concesiones (DFL N° 164, de 1991).

3.1. El punto esencial del informe dice relación con la modificación propuesta al artículo 21 de la ley, referido a la cesión de la concesión o de sus derechos, y a la autorización del MOP para llevarla a cabo. En este sentido, el informe concluye indicando que -a la fecha de su redacción- debe velarse porque el MOP mantenga en su poder la facultad de autorizar en todo caso tal concesión, a fin de mantener un seguimiento de la estructura del mercado que habilite al Estado para velar porque se mantenga la dispersión del poder económico a lo largo de la Ruta 5.

3.2. El segundo punto tratado en el complemento del informe se refiere la tipología y características de las relaciones existentes entre las distintas empresas y consorcios que, hasta esa fecha, habían presentado ofertas para licitar otras obras públicas de relevancia.

Al respecto, se concluye por la Fiscalía que no existiría un grado significativo de concentración económica en el mercado de las licitaciones, y que tampoco se aprecian manifestaciones de acuerdos o repartos del mercado, lo que se desprendería del estudio cruzado de los datos aportados por el MOP.

Sin embargo, el informe señala que tales conclusiones deben entenderse como provisionales y sujetas a verificación mediante el estudio de la Ficha Estadística Codificada Uniforme de aquellas empresas licitantes que tengan el carácter de anónimas abiertas, y el análisis de la estructura societaria de las demás. Por lo tanto, no puede descartarse que existan estrechas relaciones de propiedad entre las licitantes, al menos con la información y antecedentes disponibles a esa fecha; y tampoco puede desecharse la posibilidad de que los consorcios y empresas que han postulado a licitaciones anteriores celebren entre sí acuerdos destinados a repartirse el mercado de las licitaciones de la Ruta 5 o a nivelar al alza las condiciones económicas ofrecidas por todos ellos en cada licitación.

4. Con fecha 7 de marzo de 1996, esta Comisión Preventiva Central confirió traslado de ambos informes de Fiscalía al señor Ministro de Obras Públicas quien, mediante oficio de fecha 14 de junio de 1996, respondió, en general, en los siguientes términos:

4.1. El MOP no comparte la opinión de que sería adecuado limitar a tres el número de tramos de la Ruta 5 a adjudicar por empresa o grupo de empresas, toda vez que existen mecanismos para evitar la colusión en el mercado, tanto al momento de la licitación como en la explotación de la concesión.

4.2. En cuanto a la delimitación del mercado relevante, el MOP señala que no debe limitarse sólo al del transporte de pasajeros y carga a lo largo de la Ruta 5, pues existe una serie de medios y vías de transporte sustitutivos de la misma. Agrega que, en este sentido, la concentración de poder de mercado se produce en cualquier evento -con o sin limitación de tramos-; que en todo caso existen medios alternativos que disminuyen o compensan tal poder; y que las propias bases de licitación contemplan los medios suficientes para evitar y sancionar eventuales abusos de posición de dominio al interior de cada tramo que se adjudique.

4.3. La limitación de tramos a tres, según el MOP, tendría por efecto favorecer la colusión entre licitantes y disminuir la competencia de tarifas en la licitación de cada tramo. Además, existirían otros medios, distintos de la limitación de tramos que, a juicio del MOP, permitirían asegurar un grado de competencia adecuado para el proceso. Tales serían, por ejemplo, la actividad del MOP tendiente a ampliar continuamente el número de licitantes para cada tramo, y la facultad que le asiste para desestimar todas las ofertas presentadas por éstos.

5. Con fecha 13 de julio de 1996, se publicó en el Diario Oficial la Ley N°19.460, que modificó la Ley General de Concesiones (DFL N°164, de 1991, del MOP), incluido el artículo 21 de la misma, que contemplaba la autorización previa del MOP para la cesión de la concesión o de sus derechos.

Con esta modificación, el legislador ha establecido en el nuevo inciso 3° del artículo 21, la regla de que la cesión o transferencia de la concesión o de los derechos de la sociedad concesionaria es libre, y que sólo requiere de autorización del MOP para efecto de que se verifiquen los requisitos formales establecidos en el inciso 4° del mismo art. 21: esto es, que la cesión sea total, que incluya todos los derechos y obligaciones del contrato de concesión, y que se haga a una persona o grupo de personas que cumpla con los requisitos para ser licitante, que no esté sujeta a inhabilidades y que dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9° de la ley.

Se establece además una norma de silencio administrativo positivo: se entiende que el MOP autoriza la cesión si no se pronuncia dentro de sesenta días de solicitada la autorización.

6. Con fecha 2 de septiembre de 1996, a solicitud de esta Comisión Preventiva Central, el Coordinador General de Concesiones del MOP informó acerca del calendario de licitaciones previsto por el Ministerio, acompañando un ejemplar de las bases de licitación del tramo Santiago-Los Vilos y un ejemplar del prospecto de inversión elaborado por el MOP para los interesados en participar en el sistema de concesiones de la Ruta 5.

7. A la vista de los antecedentes hasta aquí relacionados, de las normas de defensa de la competencia establecidas en el Decreto Ley N° 211, y del marco jurídico aplicable al régimen de concesiones viales en la Ruta 5, entre La Serena y Puerto Montt, esta Comisión Preventiva Central es de la opinión que, en general, la

limitación de tramos a un máximo de tres por concesionario, consultada por el MOP, no es contraria a la competencia, y que su establecimiento produciría efectos beneficiosos para la misma. Lo anterior, sobre la base de las siguientes razones:

7.1. El mercado relevante afectado por el proceso de licitaciones es el del transporte de pasajeros y carga a lo largo de la Ruta 5, entre La Serena y Puerto Montt, así como el de servicios anexos a la misma Ruta. Deben excluirse otras vías de comunicación que, aun cuando pueden estimarse como teóricamente alternativas, en la práctica no constituyen, al menos en el mediano plazo, un sustituto razonable del tráfico de pasajeros y carga proyectado para la Ruta 5.

Esta escasa sustituibilidad se intensifica si se considera las mejoras en infraestructura y servicio que supondrá la puesta en marcha del sistema de concesiones, lo que hará aún menos atractiva y rentable la alternativa de utilizar carreteras y caminos paralelos a la Ruta 5, salvo que se trate de recorridos entre localidades muy cercanas.

7.2. La limitación del número de concesiones afectaría por igual a todos los interesados, por lo que, en principio, no puede considerarse contraria a la competencia.

7.3. La licitación de concesiones es una alternativa a la regulación de monopolios naturales. La idea, en palabras de Chadwick (1859), es promover la competencia "por la cancha" cuando la competencia "en la cancha" no sea posible. Normalmente, la concesión se otorga al postulante que ofrece cobrar el menor precio por el servicio licitado. Una forma de licitación alternativa es que el Estado fije la tarifa y la duración de la concesión y ésta se otorgue al postulante que ofrezca el mayor pago (o demande el menor subsidio).

7.3.1. Cualquiera que sea el método utilizado, la competencia ex-ante entre los postulantes determinaría, en principio, la desaparición de las rentas monopólicas. De hecho, la tarifa que paga el usuario del servicio licitado queda determinado en la licitación.

7.3.2. El gobierno de Chile está utilizando el sistema de licitación de concesiones para extender la infraestructura vial. A través de las licitaciones busca crear competencia ex-ante en la provisión de estos servicios. Las autoridades han mostrado gran preocupación porque las licitaciones sean competitivas. Esta se ha manifestado, entre otras maneras, en el esfuerzo por atraer nuevas empresas, tanto nacionales como extranjeras, a las licitaciones.

7.3.3. Sin embargo, es necesario tener presente que los beneficios de la competencia ex-ante desaparecen cuando las condiciones iniciales bajo las cuales se adjudicó una concesión son posteriormente renegociadas. En efecto, una eventual renegociación de los contratos significaría que todos los beneficios de la competencia inicial se pierdan, pues no es posible conocer si los otros postulantes habrían realizado una mejor oferta bajo las nuevas condiciones. En este sentido, el sistema de licitación debe tender a que los contratos iniciales no sean renegociables.

7.3.4. Desafortunadamente, la experiencia internacional no siempre es alentadora en este aspecto. En México, país que a principios de esta década desarrolló un ambicioso programa de concesiones viales, el gobierno se vió obligado a renegociar las condiciones iniciales, extendiendo en algunos casos el período de la concesión a más del doble, y debiendo gastar más de dos mil millones de dólares para salvar a los concesionarios de la quiebra.

7.3.5. En consideración a los aspectos señalados, esta Comisión estima del caso declarar que, en la aplicación e interpretación de los artículos 19 y 20 de la Ley General de Concesiones vigente, debe evitarse alterar los términos originales de la concesión al punto de romper las condiciones de competencia ex-ante que llevaron a adjudicarla. En este mismo sentido, sería conveniente que, para el caso de contemplarse nuevas modificaciones a la Ley General de Concesiones, se considere la necesidad de mantener la mayor estabilidad respecto de las condiciones de competencia involucradas.

7.4. Esta Comisión es de la opinión que la posibilidad de que los términos contractuales de las concesiones sean modificados es mayor cuando el negocio de las concesiones viales está fuertemente concentrado, lo que ocurriría si un postulante se adjudicase la mayor parte de los tramos de la Ruta 5, dada la preponderancia de esta ruta en el sistema vial del país.

7.4.1. En primer lugar, si por alguna razón el negocio resulta ser menos atractivo de lo pensado inicialmente, la concentración hace más probable que las concesiones pasen por dificultades financieras que obliguen a una renegociación, o lleven a la quiebra de las empresas.

7.4.2. En segundo lugar, fruto de la concentración del negocio en manos de un solo operador, o de un número reducido de operadores, el Estado se vería enfrentado a un poder muy elevado, tanto en términos económicos como en términos de posibles alteraciones de un servicio tan vital para la economía del país como es el transporte. El detentor de ese poder podría intentar abusar del mismo

para obtener alzas en las tarifas, o renegociar condiciones más favorables a las pactadas originariamente en el contrato de concesión.

7.5. A juicio de esta Comisión Preventiva Central, la limitación de tramos consultada por el MOP conlleva además una serie de beneficios competitivos, a saber:

7.5.1. Mediante la limitación de tramos se habilitaría al usuario de la Ruta 5 para comparar la calidad del servicio prestado por cada concesionario en relación a la tarifa pagada, con el consiguiente beneficio en términos de transparencia e información de mercado.

7.5.2. La existencia de un mayor número de concesionarios aumentaría el grado de competencia al volver a licitar las vías al término de los períodos de las concesiones iniciales, si el gobierno optase por este camino, pues de lo contrario habrían pocas firmas con experiencia en el negocio de administrar vías capaces de participar en la nueva licitación.

7.5.3. La presencia de varios concesionarios distintos permitiría la comparación de aspectos que, si bien debieran quedar estipulados contractualmente, son de difícil fiscalización, como son la calidad y el precio de los servicios anexos y el estado de mantenimiento de la carretera, especialmente cuando se acerca el término de las concesiones.

7.6. En cuanto a la posibilidad de que un concesionario adquiera con posterioridad el control de algunos o de todos los demás tramos de la Ruta 5, a través de fusiones, adquisiciones, acuerdos, o por cualquier otro medio, esta Comisión es de la opinión que, habida cuenta del texto actual del artículo 21 de la Ley General de Concesiones (DFL N° 164, de 1991, modificado por la Ley N° 19.460), que establece un sistema de autorización meramente formal por parte del MOP para la cesión de la concesión o de los derechos de la misma, sería conveniente que ese Ministerio pusiera en conocimiento de esta Comisión aquellas solicitudes de autorización de que tuviere conocimiento en el futuro, a fin de analizar y determinar, en cada caso, si la referida cesión es o no susceptible de incrementar el grado de concentración económica y de negociación en la Ruta 5.

Lo anterior, sin perjuicio de las facultades que el Decreto Ley N° 211 atribuye a los órganos de defensa de la competencia para investigar y controlar en el mercado relevante respectivo aquellos hechos, actos o convenciones que tiendan a impedir la competencia, tanto en el proceso de licitación como en la explotación de las concesiones.

8. En definitiva, y al tenor de todos los antecedentes y argumentos que preceden, esta Comisión Preventiva Central concluye lo siguiente:

8.1. Se absuelve la consulta del Coordinador General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, declarando que la limitación de tramos a adjudicar por concesionario a lo largo de la Ruta 5 no resulta contraria al Decreto Ley N° 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia. Asimismo, se estima que el establecimiento de normas que limiten la concentración en el mercado de las concesiones viales es beneficioso para la competencia y en general para la economía del país.

8.2. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario que el Ministerio de Obras Públicas defina el programa de licitaciones de tal manera que se maximice el número de interesados, con el fin de incrementar la competencia ex-ante en cada tramo.

8.3. Por último, se deben evitar las posibilidades de renegociación que alteren los resultados de la competencia ex-ante, en los términos del acápite 7.3.3. del presente Dictamen.

Se previene que el integrante señor Serra estuvo por agregar, como conclusión del presente Dictamen, lo siguiente: "Es necesario tener presente que si el número de interesados en participar en las licitaciones es escaso, la limitación de tramos puede reducir la competencia ex-ante en cada licitación. Por esta razón, es el Ministerio de Obras Públicas el que, en definitiva, debe decidir acerca del número máximo de tramos que puede quedar en manos de cada postulante".

Notifíquese el presente Dictamen al consultante y al señor Fiscal Nacional Económico. Transcribáse a los señores Ministros de Obras Públicas, y de Economía, Fomento y Reconstrucción; y a la Cámara Chilena de la Construcción.

El presente Dictamen fue acordado en sesión de fecha veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y seis, de esta Comisión Preventiva Central, por la unanimidad de sus miembros presentes, señores Juan Manuel Cruz Sánchez, Presidente; Pablo Serra Banfi; Emanuel Friedman Corvalán; Juan Manuel Baraona Sainz; y Jorge Seleme Zapata.

No firma el señor Seleme, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente.

The image shows three handwritten signatures in black ink. The first signature on the left is 'P. Serra', the middle one is 'E. Friedman', and the right one is 'J. Seleme'. There are also some scribbles and lines below the signatures.