

ANT.: Denuncia de la I. Municipalidad de Melipilla por cláusula en contrato de concesión de estacionamientos. Rol N° 2251-13 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 10 FEB 2014

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

DE : JEFE DE UNIDAD, DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Por medio de la presente minuta, esta División informa al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad de la presentación del Antecedente, recomendando su archivo, sin instruir investigación, en virtud de los fundamentos que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 24 de septiembre de 2013, fueron presentados antecedentes ante esta Fiscalía Nacional Económica ("FNE") por parte de la I. Municipalidad de Melipilla ("**Municipalidad**"), solicitando la revisión del contrato de concesión suscrito con fecha 22 de octubre de 1997, referido a la "Concesión de instalación y explotación de parquímetros de la Comuna de Melipilla" ("**Concesión**"), por contener una cláusula que atentaría contra la libre competencia.
2. Señala la denuncia que con fecha 2 de octubre de 1997, la Municipalidad llamó a una propuesta pública para otorgar la Concesión. Las bases administrativas de la referida propuesta fueron aprobadas mediante el Decreto Alcaldicio Exento N° 864, de 6 de octubre de 1997, resultando adjudicada la empresa Servicios de Estacionamientos Controlados S.A. ("**SEC**") y

suscribiéndose, luego de la aprobación del Concejo Municipal, el contrato de concesión mediante escritura pública de fecha 16 de diciembre de 1997 por un periodo de operación de 19 años, el que fue aprobado mediante el Decreto Alcaldicio N° 011, de 16 de enero de 1998.

3. Dicho contrato estableció que la Concesión tendría el carácter de exclusiva y que por lo tanto, durante toda su vigencia, la Municipalidad no permitiría la habilitación de playas de estacionamiento o de otro tipo de instalaciones o lugares destinados a aparcamientos públicos, al interior del perímetro de las áreas concesionadas (Cláusula Décimo Séptima), bajo pena del pago del lucro cesante y daño emergente a la adjudicada.
4. La Municipalidad fundamenta su petición haciendo un análisis de jurisprudencia y doctrina referidas a exclusividades pactadas en concesiones administrativas, concluyendo que la inclusión de cláusulas de exclusividad en la operación de estacionamientos no estaría fundamentada en criterios de eficiencia económica o viabilidad técnica del proyecto, sosteniendo que, en consecuencia, la disposición aludida sería ilícita desde el punto de vista del Decreto Ley N° 211 de 1973 ("DL 211").
5. En la actualidad, la Municipalidad proyecta iniciar un proceso de licitación de estacionamientos subterráneos dentro del perímetro en que SEC ejerce la concesión sobre la superficie del subsuelo, el cual no podría llevarse a cabo, toda vez que la cláusula anteriormente descrita lo impediría.
6. Finalmente, solicita tener por interpuesta denuncia por atentado contra la libre competencia respecto de la cláusula décima séptima del contrato de concesión y además remitir consulta al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para los efectos señalados en el DL 211.

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

7. La industria de los servicios de estacionamiento se caracteriza por tener un crecimiento alineado con la expansión en el uso del automóvil y el incremento del parque automotriz. En particular, considerando este último indicador, a

nivel nacional se ha observado un incremento anual promedio cercano al 8% entre 2010 y 2012, como se detalla en la Tabla N°1.

Tabla N°1: Evolución del parque vehicular motorizado entre 2008 y 2012, total nacional.

Parque Vehículos Motorizados, Total Nacional, 2008-2012		
Año	Vehículos motorizados (Unidades)	Variación anual (%)
2008	2.955.303	6,98%
2009	3.068.220	3,82%
2010	3.299.446	7,54%
2011	3.571.219	8,24%
2012	3.885.581	8,80%

Fuente: Estadísticas Económicas Anuales, INE.

8. La comuna de Melipilla, por su parte, ha exhibido tasas de aumento del parque automotriz superiores a la media nacional durante los últimos años (Tabla N°2), constituyéndose así en una de las razones que han motivado a la Municipalidad a licitar estacionamientos subterráneos en el perímetro donde rige actualmente la zona de concesión entregada a SEC.

Tabla N°2: Evolución del parque vehicular motorizado entre 2008 y 2012, comuna de Melipilla.

Parque Vehículos Motorizados, comuna Melipilla, 2008-2012		
Año	Vehículos motorizados (Unidades)	Variación anual (%)
2008	14.967	12,75%
2009	16.246	8,55%
2010	17.918	10,29%
2011	19.406	8,30%
2012	21.249	9,50%

Fuente: Estadísticas Económicas Anuales, INE.

9. En pronunciamientos previos de esta Fiscalía¹ se han distinguido al menos dos segmentos dentro de la industria de los estacionamientos: aquellos localizados en la vía pública ("*on-street*") y estacionamientos de obra ("*off-*

¹ Así, por ejemplo en la resolución de inadmisibilidad de 25 de octubre de 2012 por la admisibilidad "Denuncia reservada por eventuales conductas anticompetitivas en licitaciones de concesiones municipales para estacionamientos". Rol N° 1997-11 FNE (I).

street”). El estacionamiento *on-street* se caracteriza por efectuarse en espacios de uso público, pudiendo ser un servicio gratuito o pagado. En este tipo de estacionamientos se compatibiliza la equitativa distribución de los estacionamientos entre todos los usuarios, con la necesaria fluidez que requiere el tráfico vehicular y el uso peatonal de las calles. Por su parte, el estacionamiento *off-street* se caracteriza por ser pagado² y efectuarse en obras construidas para tales fines. Estos, a su vez, pueden agruparse en tres tipos: obras bajo suelo (estacionamientos subterráneos), a nivel del suelo (playas de estacionamiento) y en altura (edificios de estacionamiento).

10. Desde el lado de la demanda, el servicio de estacionamiento es requerido por usuarios que buscan aparcar el vehículo que conducen en un lugar próximo³ a su destino. Así, la disponibilidad de plazas, la facilidad de acceso y el precio, son variables determinantes en la elección de este servicio. La demanda es altamente atomizada y muy diversa, al tratarse de conductores que pueden requerir los estacionamientos ya sea en una ocasión puntual; o bien, en forma periódica o fija⁴.
11. En relación con la duración en el uso del servicio, a grandes rasgos, es posible distinguir dos tipos de usuarios: aquellos que estacionan por un período breve y aquellos que lo hacen por un período extenso. En este último caso, el uso del espacio será generalmente durante todo el día, por ejemplo mientras el dueño del vehículo se encuentra trabajando. Dicho usuario puede requerir de este tipo de servicios regularmente o de forma ocasional. El consumidor que utiliza el servicio de estacionamiento por un período breve, en cambio, puede requerirlo por razones personales - trámites, compras, visita a personas, asistencia a un evento, etc.-, o por razones laborales - por ejemplo, en el caso de vendedores, visitantes o agentes, proveedores, transportistas de especies u otros similares -. La duración de la “estadía breve” en estacionamientos no puede ser definida con precisión dadas las características no uniformes de la

² Salvo en aquellos casos en que se acceda a servicios de estacionamientos *off-street* prestados gratuitamente al acudir a recintos tales como centros comerciales, supermercados y otros.

³ Con una distancia a destino máxima tolerable definida por el propio usuario.

⁴ Servicio de Defensa de la Competencia. Informe en causa N-04061: Cintra/Eguisa, España, 2004.

demanda, pero se ha estimado que oscila típicamente entre 30 minutos a 4 horas⁵.

12. Los oferentes del servicio de estacionamiento, por su parte, son principalmente empresas privadas, que prestan el servicio a través de la explotación de un edificio o de una playa privada de estacionamientos; o bien a través de la administración de una concesión. Por su parte, los municipios administran los estacionamientos *on-street* de pago que se emplazan dentro de sus comunas, u otorgan en concesión la explotación de dicho servicio por un período determinado.

III. MERCADO RELEVANTE

13. La FNE define el mercado relevante como aquel de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal, tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado.
14. La FNE entiende que conforman un mismo mercado relevante el producto o grupo de productos que sus consumidores consideren sustitutos suficientemente próximos⁶.
15. En relación al mercado geográfico, este es de carácter local y dependiente del destino del automovilista. Así, los consumidores, ante un pequeño pero significativo aumento no transitorio de los precios de estacionamiento cerca de sus lugares de destino, no preferirían desplazarse hacia estacionamientos más lejanos en un número suficiente, que convierta al aumento de precio como no lucrativo⁷. Atendido lo anterior, es que se ha señalado que sólo los estacionamientos relativamente cercanos son sustitutos entre sí, desde el punto de vista del usuario⁸.

⁵ Comisión de Comercio de Nueva Zelanda, Decision N° 290: Wilson Parking New Zealand LTO and the Wellington City Council; 1997.

⁶ Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. FNE, octubre 2012.

⁷ División de Antitrust, Requerimiento del Departamento de Antitrust en la causa civil N° CIV-99 00652: United States of America versus Central Parking Corporation and Allright Holdings, Inc.; 1999.

⁸ Servicio de Defensa de la Competencia. Informe en causa N-04061: Cintra/Eguisa, España, 2004.

16. Así, en el caso al que se refiere la denuncia, el mercado relevante de producto consistiría en la provisión del servicio de estacionamientos en el centro de la ciudad de Melipilla.

IV. MÉRITO DE LA DENUNCIA

17. Respecto de la denuncia, la investigación se circunscribió al análisis de la exclusividad entregada por la cláusula décimo séptima del contrato ya mencionado, la que impediría a la Municipalidad llamar a licitación pública para operar estacionamientos en el subsuelo del área de la actual concesión, teniendo por tanto un potencial carácter excluyente.
18. Para tal efecto, se ofició tanto a la Municipalidad como a la empresa concesionaria, y además se tuvo a la vista casos similares analizados en el derecho comparado.
19. En consonancia con lo anterior, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha señalado que: *"(...) las cláusulas insertas en los contratos de concesión de estacionamientos subterráneos, en virtud de las cuales una Municipalidad se obliga a eliminar las autorizaciones para explotar estacionamientos en las respectivas áreas de restricción son contrarias a las normas de la libre competencia pues, en el evento de modificarse la normativa urbana aplicable a esta actividad, la obligación contractual del Municipio subsistiría sin existir una base legal o normativa que la sustente, todo lo cual, vulneraría el artículo 4° del texto en vigor del Decreto Ley N°211"*⁹.
20. De la lectura del contrato de la Concesión se constata efectivamente que la cláusula décimo séptima se refiere a la exclusividad de la concesión dentro del perímetro de prestación de servicio (definido en el contrato):

"DÉCIMO SÉPTIMO: Se deja expresa constancia 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 al estacionamiento, al interior del perímetro de las áreas concesionadas".

⁹ Considerando Octavo de la Sentencia N° 20/2005, de 23 de junio de 2005. Denuncia de Nain Rostion Allel y otros contra la I. Municipalidad de Santiago.

21. Dicha cláusula, además de ser lo suficientemente amplia como para en el extremo impedir *cualquier* tipo de infraestructura dedicada a estacionamientos¹⁰, constituye también una restricción impuesta por la Municipalidad, que no estaría fundada en razones de urbanismo, tránsito u otras, y que podría impedir el desarrollo de estacionamientos subterráneos y/o edificios de estacionamientos, distintos a los contemplados en la concesión.
22. Con fecha 4 de octubre de 2013, en el marco de la indagatoria de los hechos denunciados por la Municipalidad de Melipilla, prestó declaración ante la FNE don Cristián Coronel Dubreuil, representante de la empresa SEC, quien, al ser consultado por esta Fiscalía, manifestó su plena conformidad con la posibilidad de eliminar la cláusula décimo séptima del contrato objeto de la denuncia.
23. De dicha forma, ello se materializó en el documento denominado 'Transacción Extrajudicial y Modificación de Contrato de Concesión "Concesión de Instalación de Parquímetros en la Comuna de Melipilla"', celebrado entre la Municipalidad de Melipilla y SEC, de fecha 23 de enero de 2014, ante el Notario Público de Melipilla, don Javier Contreras Miranda.
24. En dicho documento las partes acordaron varias materias referidas a la Concesión, y en lo que compete a la presente admisibilidad, el acuerdo Segundo, denominado *Modificación a Cláusulas del Contrato de Concesión*, en su numeral Siete, denominado *Modificación de la cláusula décimo séptima*, señala:

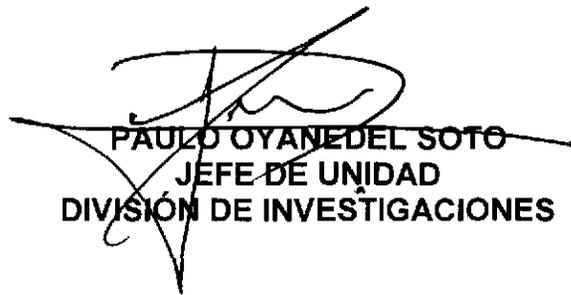
"Se elimina íntegramente el texto de la cláusula décimo séptima del contrato individualizado en la letra b) de la cláusula, y se reemplaza por el que sigue: "*La Municipalidad de Melipilla se obliga a ordenar y fiscalizar eficientemente las prohibiciones contenidas en el plano regulador de la comuna o cualquier otro cuerpo normativo, de playas y edificios de estacionamientos en el sector concesionado. Por su parte, la empresa SEC S.A., viene en este acto en renunciar a la exclusividad estipulada en el contrato que por este acto se modifica, respecto de otorgar concesión de estacionamientos en otras zonas y lugares de la comuna de Melipilla*".

¹⁰ De acuerdo a ella, es posible prever que el Concesionario incluso podría buscar impedir la instalación de comercios que ofrecieran estacionamientos a sus propios clientes.

V. CONCLUSIÓN

25. De conformidad a la naturaleza de los hechos denunciados y fundamentalmente considerando el acuerdo extrajudicial alcanzado entre la I. Municipalidad de Melipilla y la concesionaria Servicios de Estacionamientos Controlados S.A., que se ha traducido en la eliminación de la cláusula de exclusividad objeto de la denuncia, se recomienda al Sr. Fiscal (S) -salvo su mejor parecer- decretar el archivo de los antecedentes.

Saluda atentamente a usted,


PAULO OYANE DEL SOTO
JEFE DE UNIDAD
DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

POS