

Santiago, veintinueve de marzo del año dos mil seis.

Vistos: En estos autos rol N°383-06 se trajeron los autos en relación, para conocer del recurso de reclamación interpuesto a fojas 352 por la apoderada de la I. Municipalidad de Cauquenes, en contra de la sentencia definitiva N°34/2005 pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con fecha siete de diciembre del año dos mil cinco, y que rola a fs.328. En el fallo que se impugna se acogió la demanda de fojas 117 interpuesta por la Empresa Nacional de Servicios de Aseo S.A., ENASA, en contra de la I. Municipalidad de Cauquenes, en la cual la actora solicitó que se deje sin efecto el contrato celebrado en virtud de la adjudicación de los Servicios de Recolección de Residuos Domiciliarios, Limpieza y Barrido de Calles y Disposición Final de Residuos Domiciliarios de la Comuna de Cauquenes. El procedimiento se inició mediante la referida demanda que realizó la empresa reclamante. Esta se funda, en síntesis, en que el proceso de adjudicación resultante de este llamado a propuesta privada, está viciado, ello por cuanto se cambiaron las reglas de las anteriores licitaciones públicas declaradas desiertas lo que, en su opinión, fue sólo para adjudicar el contrato a la Sociedad Lara y García Ltda. A fojas 309 la Municipalidad de Cauquenes contestó la demanda, pidiendo el rechazo de la misma por las razones de hecho y de derecho que menciona. A fs.322 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estimó que no era necesario recibir la causa a prueba, y fijó la audiencia para la vista de la causa. La sentencia objeto del aludido recurso de reclamo, determina acoger la demanda de fojas 117 interpuesta por ENASA en contra de la I. Municipalidad de Cauquenes, ordenando a esta última la realización de un nuevo proceso de licitación, en un plazo no superior a dos años desde la notificación de la misma, incorporando en sus bases cláusulas compatibles con los criterios señalados en la misma. Además, luego de adjudicada la licitación ordenada en el resuelto precedente, debe dejar sin efecto el contrato suscrito entre la demandada y la empresa Himce Ltda. como consecuencia de la licitación privada realizada en autos. A fojas 352 la Municipalidad de Cauquenes interpuso recurso de reclamación para ante esta Corte Suprema. Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

1º) Que en lo principal de fs.117 La Empresa Nacional de Servicios de Aseo S.A. ENASA dedujo demanda contra la Municipalidad de Cauquenes, por hechos o actos que, a su juicio, impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, solicitando que se deje sin efecto el contrato celebrado en virtud de la adjudicación de los servicios de recolección de residuos domiciliarios de dicha comuna.

2º) Que el fallo reclamado, en su motivación décima segunda, considera incompatible con la libre competencia, el hecho de haberse incluido en las bases del llamado a licitación la cláusula que motivó la exclusión de la actora, puesto que reduce injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva;

3º) Que en el fundamento décimo octavo de la sentencia impugnada se dice que la cláusula 8º de las bases corresponde a una atribución discrecional y anticompetitiva de la demandada, pues resulta inaceptable, desde la óptica de la libre competencia, que se deje sin efecto una licitación antes de la apertura de las propuestas, sin expresión de causa alguna, razón por la cual los sentenciadores acogen esta parte de la demanda;

4º) Que también se reclamó por la demandante respecto de la cláusula 21.2 de las Bases Administrativas Especiales, que establece el derecho de la Municipalidad a poner término al contrato de disposición final, en forma unilateral, sin necesidad de justificación y sin que de origen a reclamos, indemnizaciones u otras acciones legales de parte del operador. La demandada, para justificar esta disposición contractual, señaló que las tres comunas de la provincia de Cauquenes, entre las cuales está ella, estaban postulando un proyecto de relleno sanitario de menor costo que el de la actora. El fallo reclamado, en este aspecto, señaló que la existencia de otro posible proyecto, mas barato, sí puede justificar el término anticipado del contrato entre la Municipalidad y el adjudicatario de la licitación, siempre que en las bases se hubiese explicado exactamente que esa sería la única causal de término anticipado. Agrega el tribunal que la amplitud con que está redactada la cláusula 21.2 cuestionada, impide a los postulantes de la licitación hacer una estimación razonable del riesgo que ello involucra. Lo anterior se traduce en que postulantes con mayor disposición a tomar un riesgo indefinido, o bien con ventajas de información sobre el proyecto de relleno sanitario los que, por lo demás, no necesariamente coinciden con los postulantes mas eficientes en la provisión del servicio de recolección- tendrían mayores posibilidades de adjudicarse la licitación. En circunstancias que, tal como se dijo, se está licitando un monopolio que ofrecerá por varios años un servicio esencial para los habitantes de una comuna, por lo cual este Tribunal estima que cualquier cláusula que entorpezca la selección de los operadores más eficientes es contraria a la competencia y por tanto debe ser revisada;

5º) Que el fallo reclamado, en sus motivos vigésimo tercero a vigésimo noveno analiza otras cláusulas de las bases que, en su concepto, revisten el carácter de anticompetitivas, no obstante que no se encuentran entre

los cargos formulados por la demandante. Así, menciona entre ellas la eventual discriminación a favor de los operadores incumbentes y/o locales, y otra relacionada con ésta, en la que se establece que el oferente deberá contratar a personas de la comuna de Cauquenes, en un porcentaje no inferior al 90% del personal que necesite, porcentaje que deberá mantener durante toda la vigencia del contrato. En este mismo orden de ideas, el fallo le reprocha a las bases el que se exija que sólo podrán participar en la licitación operadores con una experiencia mínima de tres años en la actividad y dentro del país, cláusula que también es estimada como discriminatoria por el tribunal. También se reprocha por el tribunal la amplia discrecionalidad en la evaluación de las ofertas; en las que cada criterio de evaluación tiene sólo un puntaje máximo y no una escala de acuerdo a los distintos niveles de cumplimiento con el criterio respectivo; el que existen múltiples aspectos de los servicios que deben detallarse en la oferta, pero respecto de los cuales no se explica cómo serán evaluados. El tribunal, en estos aspectos que no forman parte de los cargos formulados por la demandante, señala que en futuras licitaciones que realice la demandada, ésta deberá tomar en cuenta las circunstancias descritas precedentemente;

6º) Que el fallo reclamado, en su motivo trigésimo, concluye acogiendo las siguientes alegaciones efectuadas por la actora: a) que la cláusula de inadmisibilidad de reclamos posteriores establecidas en las Bases Administrativas Generales es contraria a la libre competencia; B) que la cláusula que otorga a la Municipalidad el derecho a poner término al contrato de disposición final, en forma unilateral, anticipada, sin necesidad de justificación y sin que de origen a reclamos, indemnizaciones u otras acciones legales de parte del operador, abre un espacio excesivo de discrecionalidad que podría dar pie a restricciones a la libre competencia; y c) que la cláusula octava de las bases de licitación corresponde a una atribución discrecional y anticompetitiva del municipio;

7º) Que en la parte dispositiva del fallo, se resuelve: Primero: Ordenar a la Municipalidad de Cauquenes la realización de un nuevo proceso de licitación, en un plazo no superior a dos años desde la notificación de esta sentencia, incorporando en sus bases cláusulas compatibles con los criterios aquí señalados; y Segundo: Luego de adjudicada la licitación ordenada en el resuelto precedente, dejar sin efecto el contrato suscrito entre la Municipalidad de Cauquenes y la empresa Himse Ltda. como con secuencia de la licitación privada analizada en autos;

8º) Que la materia reclamada en autos, esto es, el supuesto incumplimiento de las bases administrativas para la adjudicación del servicio de recolección de residuos domiciliarios, limpieza y barrido de calles y disposición final de residuos domiciliarios, no corresponde propiamente al ámbito de la libre competencia, sino mas bien es propio de un organismo encargado de velar por el cumplimiento de materias relacionadas con la contratación pública, pues no se divisa cómo pudiese verse alterada la libre competencia con los hechos relatados en la demanda, esto es, con eventuales incumplimientos a las bases administrativas de una licitación;

9º) Que por lo reflexionado precedentemente, se concluye que **no le corresponde intervenir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en materias como la de autos, ya que las partes de este proceso no son agentes económicos en los términos del artículo 4º del Decreto Ley N°211 y, además, porque la materia de autos se encuentra reglamentada en la Ley 18.695, Orgánica de Municipalidades;**

10º) Que además de lo ya concluido, cabe señalar que lo que en definitiva se reclamó a través de la demanda es la forma en que la Municipalidad de Cauquenes decidió la licitación de que se trata, y ello no es susceptible de ser reclamado por esta vía. Por lo demás, de la lectura de las bases se advierte el carácter universal de las mismas, es decir, son iguales para todos los oferentes, por lo cual no puede hablarse de desigualdad entre éstos, mas aún cuando fueron aceptadas sus respectivas cláusulas; Que, en todo caso, conviene dejar en claro que lo anterior no significa que la asignación del concurso o licitación pudiese estar exenta de todo defecto de procedimiento; pero, si lo tuviere, las misma Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades contempla los mecanismos de impugnación que pueden utilizar los afectados con alguna decisión que estima ilegal, sin perjuicio del control que la misma ley le entrega a la Contraloría General de la República;

11º) Que, sin perjuicio de las conclusiones a que se arriba en los motivos precedentes cabe señalar que, en cuanto al fondo de lo debatido, la sentencia que se impugna tampoco está en lo cierto al decidir como lo hizo. En efecto, en lo que dice relación con la cláusula de inadmisibilidad de reclamos posteriores y que, en concepto del mismo fallo, sería contrario a la libre competencia, debe decirse que del examen del N°4.3 de las Bases Especiales, se advierte que en él se estableció un período de consultas y solicitudes de aclaración a las bases administrativas y antecedentes de la licitación, instancia de la cual los participantes podían hacer uso de su derecho a preguntar respecto de los puntos que les pareciesen dudosos, sin embargo no consta que la demandante haya hecho uso de dicho mecanismo, por lo cual mal puede pretender ahora reclamar de defectos que pudieren afectar la libre competencia, pues, de ser efectivo, debió haberlo planteado en aquella etapa del procedimiento;

12º) Que, en lo que dice relación con la cláusula de resolución del contrato, sin expresión de causa, sin derecho a reclamo ni a indemnización, u otras acciones legales, cabe señalar que si bien es cierto que la Municipalidad puede, por razones de orden presupuestario, poner término anticipado al servicio de disposición final de residuos, no lo es menos que en este caso se obligará al contratado a trasladar los residuos al lugar que le señale la unidad técnica, con lo cual se dará origen a un nuevo contrato por este servicio de acuerdo con los nuevos términos de referencia;

13º) Que, por lo demás, **esta cláusula no constituye previamente un acuerdo de voluntades entre un municipio y un concesionario en un plano de igualdad**, sino que ella es la manifestación del ejercicio de autoridad, ya que la Municipalidad actúa en este caso en un plano de superioridad respecto del particular, estableciendo las condiciones aplicables, y **cuya regulación se somete a un régimen jurídico de derecho público**;

14º) Que, asimismo, las condiciones de la contratación, que rigen en este proceso de licitación, fueron debidamente conocidas por todos los proponentes que participaron en el proceso, entre los cuales estaba la demandante, y éstos las aceptaron, razón por la cual no es lícito que posteriormente pretendan alegar y desconocer el marco regulatorio que aceptaron al momento de presentar su oferta;

15º) Que en lo que dice relación con el reproche a la cláusula 8º de las bases administrativas, cabe señalar que si bien es cierto que ella faculta al municipio para dejar sin efecto una licitación antes de la apertura de las propuestas, sin expresar los fundamentos precisos de tal decisión, no lo es menos que ello, en el caso de autos, no es sin absoluta expresión de causa, y para demostrar esta última afirmación basta leer la parte final de la cláusula 8.1, que señala que dicha decisión podrá adoptarse razones de interés comunal o de disponibilidad presupuestaria. Y, en la especie, no obstante no estar obligado a ello, se invocó como motivo del término, sendos informes que expresan las causas por las cuales se dejaron sin efecto las licitaciones públicas anteriores a la licitación privada y que finalmente se adjudicó la empresa Himce Ltda.;

16º) Que, por lo tanto, la conclusión a que se llega por esta Corte Suprema consiste en que **el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**, al disponer lo que se reprocha acoger la denuncia - **ha actuado fuera de sus facultades, y además apartándose del mérito del proceso**, situación que amerita entonces el acogimiento de la reclamación intentada por la I. Municipalidad de Cauquenes.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 1º,2º,3º y 26 del Decreto Ley N°211, se declara:

Que se acoge el recurso de reclamación interpuesto en lo principal de fs.352 por la I. Municipalidad de Cauquenes contra la sentencia N°34/2005, de siete de diciembre del año dos mil cinco, escrita a fs.328, y se declara que se rechaza en todas sus partes la demanda de fojas 117.

Se previene que la Ministra Srta. Morales estima innecesario referirse a los aspectos consignados en los considerandos 11º a 15, ambos inclusive.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Yurac y Oyarzún, quienes fueron de opinión de rechazar el recurso de reclamación de fojas 352, en contra de la sentencia de fojas 328, teniendo en consideración para ello los propios fundamentos de esta última.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados. Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica. Rol N°383-2006. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Domingo Yurac, Sr. Milton Juica, Srta. María Antonia Morales, Sr. Adalis Oyarzun. No firma el Sr. Yurac, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por estar en comisión de servicios. Autorizado por la Secretaria Subrogante Sra. Carola A. Herrera Br