



## RECLAMACION

### H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**, en autos caratulados "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Ilustre Municipalidad de Curicó", Rol C N° 137-2007, a ese H. Tribunal con respeto digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 39 letra b) del Decreto Ley N° 211, deduzco Recurso de Reclamación para ante la Excm. Corte Suprema en contra de la Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008 que, acogiendo el Requerimiento de autos, interpuesto por esta Fiscalía en contra de la Ilustre Municipalidad de Curicó, y declarando en consecuencia que el Municipio infringió el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, mediante cláusulas que tendieron a restringir la competencia en el proceso licitatorio identificado con el N° 2439-23-LP07, condenó a la requerida al pago de una multa de 5 Unidades Tributarias Anuales, pero no puso término a los actos constitutivos de infracciones, incurriendo con ello en *cifra petita*.

Los siguientes son los fundamentos del Recurso:

#### I. *Cifra Petita*

1. El Requerimiento de esta Fiscalía imputó al Municipio el establecimiento, en las bases de la licitación N° 2439-23-LP07, de cláusulas que impidieron que personas distintas del propietario del relleno sanitario "El Guanaco", ubicado en la comuna de Curicó, participaran y eventualmente se adjudicaran el contrato de servicio de recolección, traslado de residuos domiciliarios, de ferias libres, servicios especiales y disposición final en relleno sanitario y el contrato de barrido de calles, recolección de montones, limpieza de

sumideros de aguas lluvias, recolección de ramas, escombros, enseres, transportes y disposición final en relleno sanitario.

2. Con ello, se infringió abiertamente el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, pero además las Instrucciones de Carácter General N° 01/2006 de ese H. Tribunal, aunque la Sentencia declaró tan sólo la infracción al cuerpo legal, pues entendió que la violación de las Instrucciones, que no hacen más que desarrollar aquella norma superior, quedaba subsumida en aquella.
3. Pese a que estima esta Fiscalía que la infracción a las Instrucciones agrava la falta del Municipio, no hará cuestión de aquel razonamiento de ese H. Tribunal, pues la declaración de la infracción mayor debería, consecuentemente, derivar en la imposición de sanciones y medidas acordes con el restablecimiento del Derecho, en resguardo de la libre competencia, como lo pidió esta parte, esto es, poniendo término a los actos constitutivos de infracción, amén del establecimiento de una multa, cuestión ésta menor que aquella, considerando el bien jurídico tutelado, en función del sujeto activo del ilícito.
4. Sin embargo, en lo dispositivo del fallo ese H. Tribunal omite todo pronunciamiento en relación con la petición principal y más importante de esta Fiscalía, aquella consistente en poner término a los actos constitutivos de infracción, y esto pese a haber razonado el sentenciador que la infracción devino en un contrato cuya vigencia, que recién culminará en el año 2012, prolonga el daño a la competencia y a los habitantes de Curicó (considerandos 36° y 37°), estando ese H. Tribunal expresamente facultado por la letra a) del artículo 26 del Decreto Ley N° 211 y por sus artículos 1°, 2°, 3° y 5°, para acceder a lo pedido.
5. Más aún, la grave omisión fue advertida y expresamente consignada por uno de los sentenciadores, la Ministra señora Butelmann, que pese a concurrir en lo sustantivo al fallo, *“estuvo por establecer como sanción, en lugar de la multa aplicada, el dejar sin efecto la adjudicación de la licitación de los servicios una vez cumplidos tres años de vigencia del actual contrato”* (el

subrayado es nuestro), lo que otorga al Municipio tiempo suficiente para licitar conforme a Derecho un nuevo contrato.

6. De ahí que el presente recurso persiga que la Excma. Corte Suprema corrija la Sentencia N° 77/2008 de ese H. Tribunal, pronunciándose sobre la petición de esta Fiscalía en orden a que se ponga término a los actos constitutivos de la infracción en Derecho declarada y, en definitiva, la acoja en todas sus partes, declarando el término del contrato a los tres años de vigencia, pues es la consecuencia lógica y prudente de aquella declaración de ilicitud.
7. Ahora bien, porque así ha ocurrido en otros casos y porque en éste el voto de minoría de la Sentencia reclamada podría alentarlos, es posible que en la tramitación de esta reclamación la requerida pretenda revivir alegaciones formales, con las cuales ha pretendido eximirse de la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia. Nos haremos cargo de estas alegaciones, preventivamente.

## **II. Cuestiones Formales: Sujeción del Municipio a las Normas de Defensa de la Competencia**

8. Pese a que ese H. Tribunal argumentó de manera impecable su rechazo a la excepción de incompetencia absoluta interpuesta por el Municipio, la verdad es que la sujeción de las autoridades al Decreto Ley N° 211 no debiese extrañar a nadie, desde que el artículo 6° de la Constitución Política les ordena "*someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República*", del cual el Decreto Ley N° 211, normativa de orden público, es un pilar fundamental.
9. Más aún, el artículo 4° del Decreto Ley N° 211 contiene un ilícito anticompetitivo especial, el otorgamiento ilegal de monopolio, que sólo puede ser cometido por la autoridad pública, en el más amplio sentido.

10. En este orden de ideas, ha de recordarse que el artículo 2° encarga “*al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados*”, lo que debe entenderse sin perjuicio de que el artículo 98 de la Constitución Política encargue a la Contraloría General de la República el control de la legalidad de los actos de la Administración<sup>1</sup>.
11. No hay en ello contradicción, puesto que el Decreto Ley N° 211 es una norma especial y de carácter infraccional, que ha entregado la supervisión de su cumplimiento a la Fiscalía Nacional Económica, un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio (artículo 33), no siendo de resorte de la Contraloría perseguir faltas.
12. Por lo demás, el control de legalidad que realiza la Contraloría no ha impedido, también en virtud también de mandato constitucional (artículo 76), que los tribunales de justicia conozcan de actos de la Administración que pudieren estimarse ilegales, debiendo tenerse presente, al efecto, que el juicio de antijuridicidad en esta sede lo realiza, con fuerza obligatoria, de cosa juzgada, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y no la Fiscalía, que ejerce la función acusatoria.
13. Esa judicatura especial, destinada a velar por el bien jurídico libre competencia, descarta además que la eventual competencia del Tribunal de Contratación Pública, de acuerdo a la Ley N° 19.886, puede inhibir la de ese H. Tribunal, como tan bien fue argumentado en los primeros considerandos de la Sentencia que se reclama.
14. En consecuencia, los entes públicos, en el más amplio sentido, están sujetos al Decreto Ley N° 211, pudiendo sus actos ser investigados por la Fiscalía Nacional Económica, la que por supuesto puede accionar en su contra ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

---

<sup>1</sup> Así, Dictamen N° 5428, de 6 de febrero de 2002, de la Contraloría General de la República.

15. Así lo entendieron las Comisiones que precedieron al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia<sup>2</sup>, así lo ha entendido también ese H. Tribunal<sup>3</sup>, habiendo sido confirmados varios de los pronunciamientos que dan cuenta de aquello, por la Excm. Corte Suprema, y así lo ha entendido la doctrina<sup>4</sup>.
16. Y si aquello es válido para la autoridad, actuando como tal, con mayor razón lo será cuando desarrolla actividades económicas, por aplicación del principio constitucional que en este orden de cosas la pone en igualdad con los particulares. Al respecto, como bien razona el H. Tribunal en su Sentencia, el Municipio ha actuado, amén que como autoridad, como demandante de

- 
- <sup>2</sup> - La Resolución N° 24/1985 de la H. Comisión Resolutiva, que ordenó modificar un acuerdo del Banco Central y que se explaya sobre el problema aquí planteado.
- La Resolución N° 481/1997 de la H. Comisión Resolutiva, que confirmó el Dictamen N° 995/1996 de la H. Comisión Preventiva Central, modificado luego por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante Resolución N° 04/2005, y la Instrucción de Carácter General N° 01/2006 del mismo H. Tribunal, todos los cuales regularon las licitaciones de las municipalidades para los contratos de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios, siendo incluso la última objeto de una queja desechada por la Excm. Corte Suprema en sentencia de 13 de septiembre de 2007, Rol N° 3948/2007.
- Más particularmente, la Resolución N° 669/2002, de la misma H. Comisión, ordenó a la I. Municipalidad de Recoleta revocar un permiso sobre bienes nacionales de uso público para usarlos con fines publicitarios, que concedido sin licitación, debiendo en adelante licitar, lo que dio origen a la Resolución N° 713/2003 que condenó a la municipalidad por incumplir aquella orden, lo que fue confirmado por la Excm. Corte Suprema mediante Sentencia de 31 de marzo de 2004, Rol N° 5107-2003.
- A estos pronunciamientos ha de añadirse la Resolución N° 650/2002 de H. Comisión Resolutiva, que reguló la oferta de servicios de los rellenos sanitarios, pero que además condenó a la I. Municipalidad de Puente Alto por restringir la competencia en este segmento por medio de las bases de licitación.
- Especial interés tiene la Resolución N° 588/2000 de la H. Comisión Resolutiva, que ordenó a la Subsecretaría de Telecomunicaciones modificar una norma técnica que contemplaba la asignación directa de frecuencias de espectro radioeléctrico para telefonía móvil, sustituyendo dicho procedimiento por el concurso público que contempla la ley sectorial.
- <sup>3</sup> - La Sentencia N° 20/2005 ordenó eliminar cláusulas restrictivas de la competencia en contratos de concesión de estacionamientos subterráneos celebrados por la I. Municipalidad de Santiago.
- La Sentencia N° 34/2005 ordenó a la I. Municipalidad de Cauquenes volver a licitar, en un plazo de dos años, los servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios, y poner término, luego de la nueva adjudicación, al contrato adjudicado en una licitación estimada no competitiva. Esta sentencia merece consideración aparte, porque fue revocada por la Excm. Corte Suprema, en sentencia de 29 de marzo de 2006, Rol 383-06, que en votación dividida estimó que la materia estaba fuera de la órbita de acción del H. Tribunal, pues la recogía la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Creemos que esta sentencia, en todo caso, no sienta precedente en contra de lo que venimos señalando.
- La Sentencia N° 67/2208, que si bien no condenó, previno a CONAF en orden a no realizar determinadas actividades.

El H. Tribunal ha continuado en esta línea, conociendo, aunque sin pronunciarse todavía, de un requerimiento de esta Fiscalía en contra de la Junta de Aeronáutica Civil por bases de licitación de frecuencias aéreas internacionales que no consideran variables de competencia en la asignación (Rol C N° 148-07), otro contra la I. Municipalidad de Antofagasta (Rol C N° 172-08), así como de una demanda en contra del Estado por asignación no competitiva de publicidad estatal (Rol C N° 171-08) y de una consulta de la Subsecretaría de Telecomunicaciones sobre bases de licitación para concesiones de telefonía móvil 3G (Rol NC N° 198-2007).

servicios, no pareciendo aceptable, conforme a Derecho y a la teoría económica, que auxilia a aquel en esta área, que se limite la expresión “agente económico”, que de suyo incluye, por demás, al Estado, a la faz de oferente de bienes y servicios. En esto también existe claridad en la jurisprudencia y en la doctrina<sup>5</sup>.

### **III. Cuestiones Formales: Validez de las Instrucciones Generales**

17. Despejado aquel asunto, es probable que la requerida pretenda, extemporáneamente también, impugnar la validez de las Instrucciones de Carácter General N° 01/2006 de ese H. Tribunal, pero sus alegaciones han de ser desoídas, tanto porque dichas Instrucciones fueron dictadas en el proceso de consulta que contempla la Ley y, con ello, asentadas con suficiente autoridad, como porque lo relevante al caso es la infracción al Decreto Ley N° 211 y no a esas Instrucciones, por lo demás reflejo de aquel, más aún cuando la Sentencia la condenó por aquella infracción mayor.

### **IV. Cuestiones Formales: Facultades Correctivas del H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema**

18. Finalmente, podría la requerida pretender que el H. Tribunal no tiene facultades para disponer el término del contrato generado con infracción de ley, pero entonces colisionará de lleno con el tenor literal de la letra a) del artículo 26 del Decreto Ley N° 211, plenamente congruente con los artículos 1°, 2°, 3° y 5°, que autorizan a ese H. Tribunal a modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a dicha ley y aún a imponer cualesquiera otras medidas correctivas o prohibitivas que amerite la promoción y defensa de la competencia, como por lo demás ha sido declarado por la Excma. Corte Suprema, entre otras, en su Sentencia de 2 de julio de 2008, Rol Ingreso N° 1909-2008, “Demanda de María Rivas Morel contra American British School”.

---

<sup>4</sup> Entre nosotros, Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2006. Págs. 250 a 255, entre otros pasajes.

<sup>5</sup> Véanse Notas 2 y 3, y Domingo Valdés, *opcit.* págs. 327 y ss.

En los considerandos 5° y 6° de esa Sentencia, la Excma. Corte, con admirable claridad, distingue “entre las medidas de carácter sancionatorio y aquéllas de índole correctiva o prohibitiva, pues, no obstante tener ambas especies de providencias su origen en las potestades públicas de que está dotado el Tribunal recurrido, en ejercicio de la función que el legislador le ha encomendado para asegurar la libre competencia en los mercados -artículo 2° del Decreto Ley N°211- las primeras tienen por objeto castigar o reprimir las conductas atentatorias desplegadas en contra de ese principio de regulación económica y las segundas persiguen una finalidad preventiva orientada a evitar su ocurrencia en el futuro o bien correctiva de los efectos o consecuencias derivadas de los comportamientos lesivos efectivamente producidos”, enraizando éstas en los artículos 3° y 5° del Decreto Ley N° 211.

19. Demás está señalar que si ese H. Tribunal ha podido adoptar la medida solicitada por esta Fiscalía, con mayor razón podrá adoptarla la Excma. Corte Suprema, tanto porque la naturaleza misma del Recurso de Reclamación no podría sino que permitírsele al más alto Tribunal de la República, como porque la infracción de *cifra petita* lesiona el derecho de defensa y, con él, el debido proceso, y nadie más autorizado que esa Excma. Corte para velar por este esencial principio, cualquiera sea el proceso o el modo en que ha llegado a advertirlo, atendidas las facultades conservativas que le ha reservado la Constitución Política.
20. En efecto, a propósito específicamente del recurso de reclamación, la historia de la Ley N° 19.911 evidencia que el legislador, si bien quiso evitar supuestas dilaciones que preveía, erróneamente o no, de consagrar un recurso de apelación, evitó limitar las potestades de la Excma. Corte y por ello rechazó consagrar un recurso de nulidad, optando por mantener la tradición, en esta sede, del recurso de reclamación, que en la práctica permite que la Excma. Corte examinase la correcta aplicación de la ley y las consideraciones económicas, de un modo bastante amplio, aunque sin la supuesta laxitud de la apelación para revisar los hechos.

21. Al respecto, la Excm. Corte Suprema, en su Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Rol de ingreso 4578-07, que confirmó la Resolución N° 20/2007 del H. Tribunal, "Consulta de GLR Chile Ltda., sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.", declaró admisibles las reclamaciones de terceros que estimaron demasiado benévolas las condiciones impuestas, confirmando sus atribuciones para revisarlas en su entidad, aunque luego desestimara hacerlo, por considerar que las impuestas eran suficientes para resguardar la libre competencia.
22. Por último, si aquello no bastase, resulta evidente, partiendo de la simple lectura del artículo 82 de la Constitución Política, que la incongruencia omisiva de un tribunal de la República no puede sino que ser corregida por la Excm. Corte, desde que aquella conlleva que la Sentencia, lejos de desestimarla, aún tácitamente, ha dejado sin respuesta una pretensión de parte, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.
23. Lo anterior es más válido aún en este caso, en que la Sentencia reclamada ha declarado que se ha infringido el Decreto Ley N° 211, dando lugar a un contrato que, conforme a sus considerandos 13°, 36° y 37°, causa serio perjuicio al bienestar general y al interés público que esta Fiscalía representa y en particular a los habitantes de la comuna de Curicó, pues se ha contratado a una empresa sin obtener los beneficios y eficiencias que hubieren resultado de un proceso competitivo con un mayor número de oferentes, habiéndose demostrado en el proceso que habían otras empresas interesadas.

**POR TANTO**, en virtud de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 5°, 26, 27 y 39 letra b) del Decreto Ley N° 211 y demás normas aplicables,

**AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO** tener por interpuesto, para ante la Excm. Corte Suprema, el presente Recurso de Reclamación, ordenando elevar los autos ante ese Alto Tribunal con el fin de que enmiende conforme a Derecho la Sentencia N° 77/2008, de 04 de noviembre de

REPUBLICA DE CHILE  
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA  
AGUSTINAS 853, PISO 2  
SANTIAGO

2008, de ese H. Tribunal, poniendo término a los contratos de prestación de servicios a que diera lugar la licitación N° 2439-23-LP07 en cuanto cumplan tres años de vigencia.



  
ENRIQUE VERGARA VIAL  
FISCAL NACIONAL ECONOMICO