

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 77/2008.

Santiago, cuatro de noviembre de dos mil ocho.

VISTOS:

1. Requerimiento

1.1. Con fecha 6 de agosto de 2007, a fojas 232, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante también FNE) interpuso un requerimiento en contra de la Ilustre Municipalidad de Curicó (en adelante también la Municipalidad), por conductas contrarias a la libre competencia consistentes en establecer condiciones en las Bases de Licitación de los servicios de recolección, transporte y disposición residuos sólidos y otros servicios especiales de la comuna que impedían la participación de empresas distintas a las relacionadas a la propietaria del relleno sanitario más cercano a la ciudad de Curicó;

1.2. Expone en su requerimiento que, en noviembre de 2006, el Municipio remitió a la FNE las “Bases de la “Propuesta Pública para la Licitación del Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios, Barrido de calle, Aseo y Disposición Final en vertedero de la comuna de Curicó”, (en adelante las Bases), respecto de las cuales se pronunció la FNE, mediante Oficio ORD. N° 1849, de diciembre de 2006, informando a la requerida que, en su opinión, no se ajustaban a los criterios establecidos en la Instrucción General N° 1 de este Tribunal y, solicitando, en consecuencia, su modificación;

1.3. Agrega que, en enero de 2007, el Municipio dio inicio al proceso de licitación publicando las Bases en el Portal Chilecompra, pudiendo constatar la FNE que persistían algunas de las disconformidades informadas previamente, por lo que, mediante Oficio ORD. N° 103, de 22 de enero, solicitó la suspensión del llamado a licitación y la rectificación de las Bases;

1.4. Explica la requirente que el Municipio dejó sin efecto el proceso de licitación señalado, y remitió a la Fiscalía nuevas Bases y otros documentos justificativos, respecto de las cuales se formuló observaciones mediante Oficio Ord. N° 146 y 232, de 30 de enero y 22 de febrero de 2007, respectivamente;

1.5. Sostiene la Fiscalía que, el 1° de marzo, se publicó en el Portal Chilecompra la adquisición de la requerida identificada con el N° 2439-23-LP07, cuyas Bases no fueron informadas a la FNE e hicieron caso omiso de las observaciones indicadas por dicho Servicio respecto de las Bases anteriores. Así, el día 10 de abril de 2007 se efectuó el acto de apertura de ofertas presentadas por las empresas ENASA S.A. y DIMENSIÓN S.A., adjudicándose finalmente la licitación a esta última. Las sociedades COINCA S.A., STARCO S.A. y SERVITRANS S.A. se excusaron de efectuar propuestas dadas las condiciones de la licitación;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.6. Señala la requirente que las sociedades DIMENSIÓN S.A., (adjudicataria de la licitación), ENASA S.A., (anterior operador de los servicios), y RESAM S.A., (propietaria del relleno sanitario más cercano a la ciudad de Curicó), están relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, y forman parte del mismo grupo empresarial ENASA;

1.7. Por otra parte, indica que en la comuna de Curicó existe sólo un relleno sanitario autorizado por la autoridad medioambiental, llamado “El Guanaco”, construido por la empresa ENASA S.A., y actualmente su propietario es RESAM S.A., del mismo grupo empresarial;

1.8. Afirma la requirente que, mediante el establecimiento de las cláusulas que se señalarán, el Municipio ha buscado impedir, y de hecho ha impedido, que personas distintas del propietario del relleno sanitario “Guanaco”, participaran y, eventualmente, se adjudicaran el contrato. De esa forma, se habría infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, pues se ha impedido la competencia *ex-ante* propia de un proceso de licitación;

1.9. Considera que las Bases están redactadas de tal manera que sólo permitían que la propietaria del relleno sanitario se adjudicase el contrato, impidiendo, en la práctica, la presentación de ofertas por parte de empresas que no se encuentren verticalmente integradas;

1.10. Así, el art. 18 h) de las Bases señala, dentro de las causales que facultan al Municipio para poner término unilateral a los servicios contratados, la subcontratación de todo o parte de los mismos. Esta cláusula habría sido expresamente objetada por la FNE mediante el oficio Ord. N° 163, de 22 de enero de 2007, dado que existía sólo un relleno sanitario autorizado para operar en la comuna, y un tercero interesado en participar en la licitación debía considerar el riesgo cierto de incurrir en una causal de término del contrato, pues debería subcontratar al menos la disposición final de los residuos;

1.11. Además, a juicio de la FNE, se habrían infringido diversas disposiciones de la Instrucción General N° 1, pese a observaciones perentorias de dicho servicio, en función de la intención exclusoria de las condiciones de licitación, lo que fue denunciado por personas interesadas en participar en dicho proceso;

1.12. Estas infracciones a la Instrucción General N° 1 se referirían a: (i) el plazo que media entre las publicaciones de las Bases y la fecha de cierre de recepción de las ofertas, que contraviene lo dispuesto en la instrucción N° 3; (ii) sólo admite la participación de personas naturales o jurídicas que tengan experiencia acreditada en el rubro, y dicha experiencia es considerada en la pauta de evaluación; (iii) la exigencia de un certificado de capital mínimo comprobado de \$300.000.000; (iv), las facultades

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

discrecionales del Alcalde establecidas en el apartado 8º de las Bases; y, (v) la exigencia de renuncia anticipada a reclamos o recursos respecto;

1.13. Considera la requirente que el breve plazo entre la adjudicación y el inicio de los servicios (12 días), discrimina en favor de aquellos oferentes que ya se encontraban operando, ya que existen limitaciones para adquirir y/o arrendar camiones recolectores en tan corto lapso.

1.14. Argumenta, además, que los organismos de defensa de la libre competencia han establecido, en numerosas resoluciones, el carácter de instalación esencial que tienen los rellenos sanitarios, para fomentar la competencia *ex-ante* respecto de estos contratos, y así ha quedado establecido en la Instrucción N° 1. Por consiguiente, al prohibir expresamente al dueño de la instalación esencial la negativa de venta y la discriminación, se permite que participe la mayor cantidad de actores posibles, incluidos, por cierto, aquellos que no son propietarios de un relleno;

1.15. En mérito de lo descrito, la FNE solicita que:

a) Se declare que la requerida ha infringido el Decreto Ley N°211 y las Instrucciones de Carácter General N° 01/2006 del H. Tribunal, aplicando una multa de a 250 Unidades Tributarias Anuales o la que este H. Tribunal estime prudente, con costas; y,

b) Se ponga término a los actos constitutivos de infracciones;

2. Contestación de la I. Municipalidad de Curicó

2.1. Con fecha 27 de septiembre de 2007, a fojas 406, la Municipalidad contestó el requerimiento solicitando su rechazo, con expresa condena en costas, por los siguientes antecedentes y argumentos:

2.2. En primer lugar, alega la ineptitud del libelo, ya que estima que la FNE, a través de una serie de afirmaciones genéricas, imputa a la I. Municipalidad de Curicó conductas supuestamente atentatorias al D.L. N° 211, por lo que el requerimiento debería ser desechado por manifiesta falta de fundamento jurídico;

2.3. Además, señala que los hechos narrados en el requerimiento no se ajustan a la realidad, sino que son una interpretación particular de la FNE acerca de las Bases de licitación. Indica que el 6 de noviembre de 2006 envió a la FNE las Bases de Licitación, la que respondió 46 días después, el 28 de diciembre, formulando observaciones respecto de: (i) la integración de los servicios licitados; (ii) el establecimiento de un monto máximo de oferta; (iii) las exigencias injustificadas respecto de la boleta de garantía, experiencia previa y capital mínimo; (iv) las facultades discrecionales del Alcalde y renuncia anticipada de recursos; (v) el mecanismo de evaluación de ofertas; y, (vi) la posibilidad de prorrogar y/o modificar el contrato;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.4. Ante tales observaciones, afirma que el Municipio corrigió las Bases y las publicó en el portal Chilecompra. Sin embargo, mediante oficio de 22 de enero de 2007, la FNE le representó nuevamente sus objeciones sobre los siguientes aspectos: (i) la integración de servicios a licitar; (ii) las exigencias de experiencia previa y capital mínimo; (iii) las facultades discrecionales del Alcalde y renuncia anticipada de recursos; (iv) la falta de método de evaluación del proyecto de sensibilización social; y, (v) la posibilidad de prorrogar y/o modificar el contrato;

2.5. Señala que, ante este escenario, el Municipio paralizó el llamado a licitación y readecuó nuevamente las Bases, las que se enviaron a la FNE el 6 de febrero. Luego, por oficio de fecha 22 de febrero de 2007, la FNE le hizo presente sólo dos aspectos: (i) que la Fiscalía “estima que, en este caso, puede resultar razonable realizar una sola licitación para todos los servicios señalados...”; y, (ii) el establecimiento de un precio máximo para las ofertas. El Municipio eliminó definitivamente la cláusula sobre precio máximo, y dado que la FNE ya no objetaba ninguno de los puntos anteriores, entendió que había dado por superadas las observaciones, publicando en consecuencia las nuevas Bases el 1º de marzo de 2007 en el portal Chilecompra;

2.6. Considera que la FNE ha omitido señalar que el Municipio inició el proceso de licitación en noviembre de 2006, y que se retrasó 65 días por la intervención de la requirente;

2.7. En cuanto a la supuesta intención exclusoria de la cláusula que establece como causal de término del contrato la subcontratación de servicios, afirma que ésta nunca se ha referido a la subcontratación del relleno sanitario, y que las premisas fácticas y jurídicas de esa interpretación son erradas. Por el contrario, dicha condición pretendía evitar que el adjudicatario subcontrate personal o maquinaria con otras personas naturales o jurídicas, y así entorpezca el control y dirección del contrato por la Unidad Técnica del Municipio. Dicha cláusula fue establecida en licitaciones anteriores, adjudicadas a ENASA (2002) y STARCO (1989) y no obstante que ambas empresas cambiaron sucesivamente el lugar donde disponían residuos, a ninguna de ellas se le puso término al contrato, ni enfrentaron "el riesgo" que la FNE asume como suposición fáctica de su requerimiento;

2.8. Por otra parte, la Municipalidad argumenta que si la cláusula hubiese tenido por objeto excluir a terceros distintos del dueño del relleno sanitario, cualquier tercero que no hubiese sido RESAM S.A. corría ese riesgo. Sin embargo, participaron en el proceso dos empresas, ENASA y DIMENSIÓN, y se adjudicó el contrato a ésta última. Respecto al hecho de que estas empresas están relacionadas entre sí, señala que no son asimilables jurídicamente las “personas relacionadas” para efectos de la Ley de Mercado de Valores, y para efectos de la ley laboral o legislación comercial común;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.9. Asimismo señala que en el Punto 5 letra e) de las bases administrativas generales, se indica que el proponente debía incluir una autorización, certificado o declaración jurada del propietario o administrador del lugar en que se iba a efectuar la disposición final en relleno sanitario, y que en las respuestas y aclaraciones a la propuesta, (Nº 24) se indica a los proponentes la existencia de 2 rellenos sanitarios cercanos a Curicó, El Guanaco (Teno), y Ecomaule (Río Claro). Ambos hechos sólo tienen sentido si la cláusula sobre subcontratación no se refería al relleno sanitario. Por último, hace presente al respecto que la FNE no objetó esa cláusula en su Oficio de 22 de Febrero de 2007, en el que hizo las últimas observaciones a las Bases;

2.10. En cuanto a la imputación de que los plazos para recibir ofertas e iniciar el servicio vulneran las Instrucciones, afirma que el contrato vigente a esa fecha se extinguía el 31 de abril de 2007, y la empresa concesionaria no estaba dispuesta a continuar por el precio que se le pagaba. Por lo tanto, luego del retraso en el proceso causado por las dilaciones de la FNE, el Municipio debía efectuar la licitación en ese periodo o de lo contrario se quedaba sin servicio de aseo.

2.11. Indica que en el requerimiento se le cuestiona exigir experiencia previa en el rubro. Sin embargo, el Oficio de la FNE de 22 de Febrero nada dice al respecto de aquello, y esto era considerado sólo como criterio de evaluación de la oferta y no como requisito para participar en ella. Más aún, esto fue sugerido por la propia FNE en reunión sostenida en febrero de 2007, y que el Municipio simplemente acogió. Considera irresponsable que el Municipio entregue la recolección de basura de más de 120.000 habitantes a principiantes absolutos en el rubro;

2.12. Afirma que no es efectivo que se exigiera Certificado o constancia bancaria con un capital comprobado de \$300 millones;

2.13. Señala que las Bases originales establecían un monto máximo a pagar por parte del Municipio. La FNE ordenó que ello fuese eliminado, señalando que bastaba "*advertir que el Municipio podrá declarar desierta la licitación por motivos presupuestarios*". Al respecto, la FNE ignora la jurisprudencia de Contraloría en materia de licitaciones, que ha establecido que si un proponente cumple con los requisitos y exigencias de las Bases, el órgano público debe adjudicarle la licitación. Por otro lado, la facultad de rechazar todas las ofertas que no se ajusten a las Bases es una obligación del Municipio, en atención a los principios de contratación administrativa. De acuerdo a su estructura orgánica, quien define la conveniencia de una oferta para los intereses municipales por motivos presupuestarios es el Alcalde junto con el Concejo, por lo que a su juicio nada tiene de anómalo la inclusión de una cláusula en ese sentido;

2.14. Sostiene el Municipio que el requerimiento es errado en cuanto imputa el incumplimiento de la Instrucción General Nº 1/2006, para fundamentar los hechos por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los requiere. Las Instrucciones se fundamentan en la potestad que entrega a este Tribunal el artículo 18 N° 3 del D.L N° 211, y se refiere a “instrucciones de carácter general que deben ser consideradas por los particulares”. Luego, las instrucciones no pueden referirse a casos específicos, y su ámbito de exigibilidad está dado sólo para los particulares, por lo que los órganos públicos autónomos, como los Municipios, no están incluidos dentro del ámbito de la norma. Al respecto, cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida expresamente a esta facultad, y de la Corte Suprema en un caso de similares características, en el que señaló que las Municipalidades “no son agentes económicos”; Considera que razonar en otro sentido sería expandir la competencia instructiva de este H. Tribunal a personas u órganos que la Ley no le ha autorizado, lo que vulneraría la Carta Fundamental al atribuirse potestades y competencias que la Ley no le confiere. La autonomía constitucional y orgánica impide que otros órganos del Estado den órdenes acerca de cómo y en qué condiciones debe hacerlo, a menos que una ley en forma expresa lo señale;

2.15. Concluye que, jurídicamente, la FNE carece de legitimidad para que a través de una interpretación antojadiza de las bases de licitación, levante un requerimiento carente de sustento jurídico y solicita, en consecuencia, que se rechace el requerimiento en todas sus partes, con expresa condena en costas;

3. A fojas 445, se fijó como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

a) Estructura y características del mercado de recolección y disposición de residuos sólidos en la comuna de Curicó. Existencia de barreras de entrada, economías de escala u otras condiciones relevantes;

b) Objeto y efectos de las condiciones establecidas en las bases de licitación N° 2439-23-LP07, que fueron materia del requerimiento.

4. Prueba rendida en la causa:

4.1. Documentos acompañados por la FNE:

4.1.1. Denuncia y presentaciones efectuadas por COINCA S.A. ante la FNE, que contienen las Bases y otros antecedentes relativos a la licitación del servicio de recolección y de disposición de basura para la comuna de Curicó;

4.1.2. Oficios Ordinarios de la FNE N° 1849, de diciembre de 2006, N° 103 y 146, de enero de 2007, y N° 232 de febrero de 2007, y Resolución de la FNE N° 375, de 11 de abril de 2007;

4.1.3. Oficio Ord. N° 456, de 25 de abril de 2007, por el que el Alcalde de Curicó remite la información solicitada por la FNE;

4.1.4. Oficio Ord. D.E. N° 071341, de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, dirigido a la FNE;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.1.5. Informe del Grupo Interministerial de trabajo para la elaboración de la Política de Gestión Integral de Residuos Sólidos.

4.1.6. Estudio “Bases Tipo para la Licitación de los Servicios de Recolección y Disposición de Residuos Domiciliarios”, elaborado por EMG Consultores para la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción;

4.1.7. Informe de auditoría de la etapa de operación del Centro de Tratamiento Eco Maule, de enero de 2007;

4.2. Documentos acompañados por la I. Municipalidad de Curicó:

4.2.1. Antecedentes y documentos relativos al proceso de licitación objeto del requerimiento;

4.2.2. Contratos entre la I. Municipalidad de Curicó y la empresa STARCO, de octubre de 1997, y con la empresa ENASA, de abril de 2002, para el servicio de recolección y disposición de basura en esa comuna;

4.2.3. Copia de cartas de las empresas ECOMAULE S.A. y RESAM S.A., dirigidas a la I. Municipalidad de Curicó, en que informan sobre las empresas que solicitaron cotizaciones a rellenos para participar en la licitación del año 2007;

4.3. Declaraciones de testigos:

4.3.1. Por la FNE, don Rogel Peters Valencia (a fojas 468 bis 2), don Daniel Salazar González (a fojas 474), don Luis Izquierdo Berisso (a fojas 480), don Eugenio González Alarcón (a fojas 494), y don Fernando Pinochet Paiva (a fojas 501);

4.3.2. Por la I. Municipalidad de Curicó, doña Ana María Cabello Quiñones (a fojas 515) y, don Flavio Rosas Gouric (a fojas 519),;

4.4. Respuestas a oficios enviados por el Tribunal como medidas para mejor resolver, de las empresas STARCO (a fojas 533), ENASA (a fojas 538 y 587), DIMENSION S.A. (a fojas 618), de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (a fojas 535 y 639), y de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Maule (a fojas 1448).

5. A fojas 804, la FNE presentó observaciones respecto de la prueba rendida en autos.

6. A fojas 642, con fecha 24 de junio de 2008, el Tribunal decretó la vista de la causa en la audiencia del día 30 de julio del mismo año, alegando en ésta los apoderados de las partes.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA INCOMPETENCIA

Primero. Que, primeramente, corresponde referirse a la excepción de incompetencia absoluta promovida por la requerida a fojas 827 y siguiente, quien alega que, conforme lo dispone el artículo 24 de la Ley 19.886, es el Tribunal de Contratación Pública el competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

omisiones ilegales y arbitrarias, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esa ley y que tengan lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación, en su caso, y su adjudicación, ambos inclusive. Entre los servicios regidos por esa ley se cuentan los municipios, en virtud de lo dispuesto en la ley 18.575;

Segundo. Que al respecto, y de la sola lectura del requerimiento de autos, se concluye que los fundamentos de la acción del Sr. Fiscal Nacional Económico en contra de la I. Municipalidad de Curicó, están referidos a estipulaciones de las Bases de Licitación de los servicios de recolección y disposición de residuos sólidos en la comuna, que presuntamente habrían impedido la competencia *ex ante* en el referido proceso;

Tercero. Que, adicionalmente, el requerimiento de autos tiene por objeto que este Tribunal ejerza su jurisdicción especial para eventualmente corregir, prohibir o reprimir presuntos atentados a la libre competencia en un conjunto de actividades económicas realizada por el Municipio de Curicó, consistentes en licitar, adjudicar y contratar servicios en el mercado;

Cuarto. Que la circunstancia de que los actos y contratos a que se refiere esta causa se realicen en el marco de procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, no implica que éstos han de regirse exclusivamente por las disposiciones pertinentes de la Ley 19.886, sin consideración de lo preceptuado en la legislación de defensa de la libre competencia la que, por lo demás, es de orden público;

Quinto. Que lo anterior se debe a que, sin perjuicio de que en la contratación pública están involucrados bienes jurídicos que son tutelados por la legislación especial que la regula, pueden concurrentemente estar concernidos otros, como el que le corresponde cautelar a este Tribunal. Por consiguiente, la competencia del mismo no se ve afectada por el hecho de existir otra judicatura que pueda ser competente para resolver conflictos jurídicos derivados de los mismos hechos sometidos a su consideración;

Sexto. Que, a mayor abundamiento, la propia ley 19.886 no excluye la aplicación de otras leyes de derecho público a los contratos que celebre la administración del Estado, según se desprende de su artículo primero;

Séptimo. Que habida cuenta de lo expuesto, teniendo presente la naturaleza de las imputaciones contenidas en el requerimiento de autos, lo solicitado por la FNE en el mismo y con estricta sujeción al principio de especificidad de su jurisdicción, este Tribunal debe juzgar las conductas denunciadas de acuerdo a las normas que protegen la libre competencia en los mercados, razón por la que deberá desestimar la excepción de incompetencia deducida por la I. Municipalidad de Curicó;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octavo. Que enseguida y relacionado con lo anteriormente razonado, cabe hacerse cargo –antes de entrar en el análisis de las imputaciones realizadas en el requerimiento de la FNE– de cuestiones planteadas en autos y en estrados por la requerida sobre la inaplicabilidad de las normas de defensa de la competencia y las instrucciones Generales N° 1/2006 de este Tribunal a los órganos públicos, y en especial de la Municipalidad de Curicó como ente autónomo. Además, es pertinente referirse a la forma en la que ha de compatibilizarse la búsqueda de los objetivos de interés público que los órganos mencionados persiguen, con el debido respeto a los preceptos contenidos en el Decreto Ley N° 211;

Noveno. Que al respecto, debe tenerse presente que para determinar si un organismo público es sujeto de las disposiciones sobre defensa de la competencia, contenidas en el Decreto Ley N° 211, ha de ponerse el énfasis en las funciones o actividades que éste realiza y no atender a las características orgánicas formales del mismo. Lo anterior aparece de manifiesto en el inciso segundo del artículo primero del cuerpo legal citado, al hacer referencia a la libre competencia en las “actividades económicas”. Coincidente con el sentido recién indicado es que en otras disposiciones de la aludida legislación se utiliza la expresión “agentes económicos” para identificar a aquellos sujetos susceptibles de cometer infracciones;

Décimo. Que, con independencia de la naturaleza y fines que un ente pueda tener –sea éste público o privado–, lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo, pues lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia, es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso de recursos escasos;

Undécimo. Que, en efecto, esta judicatura ya se ha pronunciado en el sentido anteriormente anotado (ver sentencia 67/08), sosteniendo que cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concorra individual o colectivamente a un mercado –siendo indiferente si lo hace como oferente de bienes o servicios, como demandante de ellos, o en ambos roles– realiza actividades económicas que deben respetar el Decreto Ley N° 211, cuyo artículo 3º, inciso primero, no hace distingo alguno referido a fines o calidades. Así, por ejemplo, este Tribunal ha resuelto en diversas oportunidades procedimientos infraccionales seguidos en contra de organizaciones sin fines de lucro (Sentencias N° 1, 15, 35 y 56), y de organismos públicos (Sentencias N° 4, 11, 13, 14, 20, 32, 34, 37 y 44);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Duodécimo. Que, en este sentido, los municipios han sido facultados por ley para proveer a los habitantes de su comuna de un servicio de recolección y disposición de residuos, ya sea directamente o contratando a una empresa privada; y para cobrar los derechos que corresponda por contratar estos servicios. Asimismo, cuando el servicio es provisto por una empresa privada, los municipios contratan con ella pagando un precio, tal como lo haría cualquier otro demandante del mismo y, por consiguiente, la forma como la municipalidad realice esta actividad económica, esto es, el ejercicio de su disposición a contratar y pagar por tal servicio, tendrá efectos en el mercado en que incide, especialmente por medio del diseño del sistema de licitación que permitirá a un solo operador privado –el adjudicatario– hacerse de un mercado por un periodo de tiempo;

Decimotercero. Que debe considerarse además que, en este aspecto, al licitar estos servicios, una municipalidad no actúa simplemente como un demandante directo de ellos, sino que lo hace en representación de otros –los habitantes de la comuna– quienes soportan en definitiva el costo de esos servicios. De ahí que los efectos en la competencia –o falta de ella– causados por la forma en que el municipio realiza estas licitaciones, afectan finalmente el bienestar general;

Decimocuarto. Que en consecuencia, en opinión de estos sentenciadores, la Municipalidad de Curicó debe llevar a cabo la tarea de asegurar para su comuna el servicio de recolección, distribución y disposición de residuos sólidos domiciliarios y otros, así como cualquier función que le encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención como oferente o demandante de bienes y servicios en los mercados, observando las normas de defensa de la libre competencia, esto es, respetando las mismas normas que rigen las actividades económicas realizadas por los privados y de cuya aplicación ninguna norma las exime;

Decimoquinto. Que, por todo lo razonado precedentemente, en el caso particular que motiva la presente causa, la licitación por parte de la I. Municipalidad de Curicó y la consecuente adjudicación y contratación que han sido puestas en cuestión por la FNE, representan una actividad económica que consiste en la compra o adquisición en el mercado de un servicio de una calidad específica por un determinado precio. Es, entonces, labor de los organismos encargados de velar por la libre competencia asegurar que el proceso que se realiza con ocasión de dicha transacción no infrinja las normas del Decreto Ley N°211;

Decimosexto. Que es en este contexto en el que deben ser entendidas las Instrucciones de Carácter General de 2006 impartidas por este Tribunal, una de cuyas finalidades es la promoción de la competencia y la explicitación de criterios y parámetros de conducta que tienden a prevenir infracciones a las normas contenidas en el Decreto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ley N° 211, en un mercado en que ello tiene una importancia especial, toda vez que, debido a sus características y estructura, existen riesgos de actuaciones anticompetitivas;

Decimoséptimo. Que en concordancia con lo anterior, la misma Municipalidad, en ocasiones, ha considerado a las referidas instrucciones como una guía para orientar su actuación en materia de licitaciones como la cuestionada en autos, lo que se desprende de las referencias que hizo a ellas para contestar consultas de interesados en participar en la licitación, como consta a fojas 79, 124 y 277;

EN CUANTO A LA TACHA DEL TESTIGO:

Decimooctavo. Que la requerida formuló tacha respecto del testigo Rogel Eduardo Peters Valencia a fojas 468 bis 2 y siguientes, invocando la causal establecida en el número 6° del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, esto es, carecer de imparcialidad necesaria por tener interés directo en el pleito;

Decimonoveno. Que ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha de este testigo, este Tribunal la rechazará, considerando que, si bien el señor Peters declaró trabajar para la sociedad ProActiva S.A., y que dicha compañía se dedica actividades relacionadas con la recolección y disposición de residuos, no se alegó por parte de la requerida la razón precisa que permite configurar un interés directo o indirecto en el pleito que incida en su imparcialidad como testigo, habida cuenta que el proceso es de naturaleza infraccional y persigue la imposición de sanciones por presuntas conductas anticompetitivas cometidas por la I. Municipalidad de Curicó. Ello sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva se asigne a su testimonio, conforme a las reglas de la sana crítica;

EN CUANTO AL FONDO

Vigésimo. Que entrando derechamente al análisis de las conductas imputadas en el requerimiento, la FNE atribuye a la Ilustre Municipalidad de Curicó la comisión de dos tipos de infracciones: i) la vulneración del Art.3° del Decreto Ley N° 211 y, ii) el no cumplimiento de las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 dictadas por este Tribunal;

Vigésimo primero. Que dado que las instrucciones generales, como se dijo, son también un reflejo de la promoción y defensa de la libre competencia que la legislación ha explicitado como objetivo, se analizarán los reproches realizados por la FNE desde la perspectiva de la protección de ese bien jurídico en general, más que en atención a la compatibilidad individual específica de las conductas con el texto de las instrucciones generales. De hecho, el requirente funda la imputación de infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 en el establecimiento de ciertas cláusulas que contienen las bases

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de licitación a las cuales reprocha, además, su incompatibilidad con las instrucciones generales;

Vigésimo segundo. Que en opinión de la Fiscalía Nacional Económica, mediante el establecimiento de las cláusulas que componen las bases de la licitación, la requerida ha buscado impedir, con éxito, que personas distintas del propietario del relleno sanitario “Guanaco” participaran y, eventualmente, se adjudicaran, el contrato licitado. En otras palabras, la requirente alega que se ha impedido la competencia *ex ante* propia de un proceso de licitación, imposibilitando que empresas distintas del propietario del relleno sanitario o sus relacionadas puedan participar en el proceso respectivo. La FNE sostiene que las bases de licitación impiden, en la práctica, la presentación de ofertas por parte de empresas que no se encuentren verticalmente integradas, con lo cual se limita la competencia *ex ante* y se desconocen los beneficios que tiene para la misma el hecho de que puedan participar oferentes que no sean dueños de un relleno sanitario, pero que, no obstante, pueden contratar ese servicio en condiciones no discriminatorias;

Vigésimo tercero. Que teniendo el marco general anterior como base de análisis, a continuación se examinarán particularizadamente las cláusulas reprochadas por la FNE, principiando por aquella que establece como causal que habilita al municipio para poner término a los servicios contratados de forma unilateral la subcontratación de todo o parte de los mismos;

Vigésimo cuarto. Que de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 18 letra h) de las Bases de la “Propuesta Pública para la Licitación del Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios, Barrido de calle, Aseo y Disposición Final en vertedero de la comuna de Curicó”, en adelante también “las Bases”, dentro de las causales que facultan al Municipio para poner término unilateral a los servicios contratados, está la subcontratación de todo o parte de los mismos. Esta cláusula sería, según la FNE, la más nociva desde el punto de vista de la libre competencia, en especial teniendo presente que las bases optaron por licitar integradamente el servicio de recolección y transporte con el de disposición final;

Vigésimo quinto. Que lo anterior es planteado por la FNE aduciendo que quien se adjudicara el contrato –especialmente si se tratara de una empresa no integrada verticalmente, a diferencia de la que resultó ganadora–, se vería expuesto al riesgo de incurrir en una causal de término del mismo, pues debería subcontratar al menos la disposición final de los residuos. En otras palabras, se sostiene que lo que subyace a la comentada cláusula sería un fin exclusorio del resto de los participantes distintos de las empresas Dimensión S.A. y ENASA S.A., y de las que pertenecen al grupo URBASER KIASA –como STARCO S.A. y DEMARCO S.A. –, todas ellas relacionadas con RESAM S.A., compañía que es propietaria del relleno sanitario “El Guanaco”, donde resulta más

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conveniente realizar la disposición final de los residuos. Tanto la relación entre las empresas como la mayor conveniencia económica del relleno sanitario “El Guanaco” están acreditadas por las declaraciones de los testigos don Eugenio González Alarcón, a fojas 494 y siguiente y don Fernando Pinochet Paiva, a fojas 501 y siguientes, con las que es coincidente la del testigo don Rogel Peters Valencia, rolante a fojas 468 bis 2 y siguientes y otros antecedentes como los que constan a fojas 79, 81, 124 y 277;

Vigésimo sexto. Que la requerida rechaza la interpretación realizada por la FNE de la prohibición de subcontratación, así como el supuesto fin y efecto excluyente de la misma. En efecto, la Municipalidad de Curicó, en síntesis, sostiene: a) que dicha cláusula no es una innovación respecto de las bases que se usaron en procesos anteriores para licitar contratos similares; b) que el objetivo de la misma era evitar que el adjudicatario subcontratara personal o maquinaria, entorpeciendo así el control y dirección del contrato por la Unidad Técnica del Municipio; c) que existiendo subcontrataciones por parte de anteriores concesionarios del servicio licitado, nunca se puso término al contrato; d) que en la última carta de observaciones a la bases por parte de la FNE no se habría objetado la cláusula de subcontratación y que, en lo concerniente a la incorporación del servicio de disposición final en la licitación, origen de las aprensiones, la requirente habría moderado sus críticas e, incluso, reconocido que podía resultar razonable el esquema propuesto (una sola licitación para todos los servicios), lo que habría dado lugar a que la Municipalidad entendiera que existía aquiescencia por parte de la FNE; e) que el Municipio no negó la eventualidad de que se optara por diferentes rellenos sanitarios, asumiendo la posibilidad de subcontratación del servicio de disposición final, toda vez que: (i) en las mismas bases se establecía que los proponentes debían solicitar la autorización del dueño de algún relleno sanitario autorizado para efectuar tal servicio en caso de adjudicación –ver artículo 5 letra e) de las Bases-, (ii) el municipio explícitamente sugirió posibles alternativas de relleno sanitario con ocasión de la etapa de preguntas y respuestas a las Bases, y (iii) diversas empresas –relacionadas y no relacionadas con la compañía propietaria del relleno sanitario– recibieron un tratamiento transparente y no discriminatorio por parte de esta última –idéntica cotización tarifaria por el servicio de disposición final e igual expedición de los documentos, autorizaciones y declaraciones juradas exigidas por las letras d y e de las Bases- ; y f) que la empresa a la que se le adjudicó el contrato y que, supuestamente, se habría beneficiado por el comportamiento excluyente anticompetitivo de la Municipalidad, también se encontraba, jurídicamente, en la necesidad de subcontratar la disposición final, lo que no se condeciría con el carácter de medio anticompetitivo de la cláusula en cuestión;

Vigésimo séptimo. Que de lo examinado precedentemente, se concluye que, efectivamente, y tal como afirma la Municipalidad, desde un punto de vista estrictamente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

jurídico, los potenciales interesados o competidores por adjudicarse el contrato licitado, no estuvieron afectos a una desigualdad jurídica derivada de las cláusulas de las bases de licitación, pues éstas imponían a todos los concursantes las mismas condiciones, sea que estuvieren relacionados con la empresa propietaria del relleno sanitario o no, pues en ambos casos la adjudicataria debería relacionarse con una empresa que, desde el punto de vista formal, era un tercero;

Vigésimo octavo. Que sin perjuicio de ello, desde la óptica de la libre competencia, la cláusula en cuestión tendió a favorecer la participación de empresas relacionadas con la propietaria del relleno sanitario y a disuadir de participar a los restantes concursantes, ya que éstos últimos percibieron como una misma unidad o entidad competitiva a STARCO, DEMARCO y RESAM por una parte y a ENASA y RESAM, por la otra, pues esta última compañía –propietaria del relleno sanitario más conveniente– está relacionada, según antecedentes de autos y como ya se dijo, tanto al grupo UBER KIASA como a ENASA. De hecho, así lo representaron a la Municipalidad en las rondas de preguntas, sin que ésta última les hubiese efectuado entonces las aclaraciones que en esta sede ha invocado como defensa, desaprovechando las numerosas oportunidades que tuvo para hacerlo, como consta a fojas 79, 81, 124 y 277;

Vigésimo noveno. Que adicionalmente, y aun suponiendo que la prohibición de subcontratar hubiese afectado a todos los participantes de la licitación por igual –lo que no es así por las razones expresadas anteriormente– la defensa sobre la igualdad jurídica esgrimida por la Municipalidad no puede ser aceptada porque, entonces, la disposición cuestionada habría sido aún más exclusoria y anticompetitiva, ya que habría tenido por efecto inhibir la participación de todos los potenciales interesados, a excepción de la única empresa controladora del relleno sanitario más conveniente para realizar la disposición de los residuos a recolectar. Es decir, en vez de favorecer la participación de todas aquellas empresas relacionadas con la controladora del relleno sanitario, se habría favorecido sólo a la controladora del relleno sanitario;

Trigésimo. Que, por otra parte, cabe tener presente que la cláusula en comento prohíbe textualmente la subcontratación “del total o parte de los servicios establecidos en el contrato”, frase que en ningún caso puede interpretarse como únicamente destinada a impedir al adjudicatario subcontratar personal o maquinaria para no perjudicar el monitoreo del cumplimiento del contrato por el Municipio, objetivo que, como se vio, fue el declarado por la requerida en autos;

Trigésimo primero. Que en este sentido, este Tribunal considera que es viable que el espíritu de la cláusula en cuestión no haya sido prohibir la subcontratación de la disposición final por parte del adjudicatario, sin embargo, la letra de la misma cláusula

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no efectúa distingos y la interpretación correcta parece ser la dada por la Fiscalía Nacional Económica;

Trigésimo segundo. Que como consta a fojas 104 y siguientes y 108 y siguientes sólo presentaron ofertas en la licitación dos empresas relacionadas entre sí y con la compañía propietaria del relleno sanitario RESAM S.A., a saber, ENASA S.A. y DIMENSIÓN S.A., adjudicándole el Municipio finalmente la licitación a esta última como consta a fojas 100. Las tres empresas mencionadas desde el punto de vista del derecho y la economía de la competencia constituyen, como se dijo, una misma entidad competitiva, toda vez que integran la misma unidad económica o, a lo menos, los propietarios tanto de ENASA S.A. como de DIMENSIÓN S.A. pueden ejercitar de manera permanente, de *iure* o de *facto*, influencia en las actividades, la política comercial y, por ende, en las decisiones fundamentales que determinan la estrategia empresarial y el comportamiento competitivo de RESAM S.A., empresa que controla el relleno sanitario más conveniente para realizar la disposición de los residuos a recolectar;

Trigésimo tercero. Que, por su parte, las sociedad COINCA S.A. y SERVITRANS S.A. se excusaron de efectuar propuestas dadas las condiciones de la licitación –incluida la prohibición de subcontratación en análisis– como se desprende del contenido de los documentos que rolan a fojas 88 y siguiente, 90 y siguiente, las preguntas que empresas realizaron al Municipio requerido y lo contestado por éste, lo que consta a fojas 79, 81, 124 y 277, antecedentes todos que son, además, coincidentes con lo declarado por los testigos don Eugenio González Alarcón, a fojas 494 y siguiente y don Fernando Pinochet Paiva, a fojas 501 y siguientes y concordantes, también, con los dichos de don Rogel Peters Valencia, que constan a fojas 468 bis 2 y siguientes;

Trigésimo cuarto. Que los antecedentes citados en el razonamiento anterior, apreciados según las normas de la sana crítica, según dispone el artículo 22° del Decreto Ley N° 211 son, a juicio de este Tribunal, aptos para establecer la circunstancia anotada en la consideración vigésimo octava, en orden a que la prohibición de subcontratación analizada contribuyó a generar un efecto disuasivo de la participación de empresas distintas de las relacionadas con el relleno sanitario, toda vez que dicha cláusula incrementó artificialmente el riesgo del negocio para empresas sin integración vertical con el relleno más conveniente, por las razones ya expuestas;

Trigésimo quinto. Que, es importante consignar que, en opinión de estos sentenciadores, la conducta precedentemente reprochada, consistente en el mero hecho de incluir la cláusula cuestionada en las Bases, podría haber sido inocua si la Municipalidad hubiese efectuado a los interesados en la licitación las aclaraciones que plantea en esta sede, en las diferentes oportunidades que tuvo para hacerlo. De hecho,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

al no negar que favorecía a empresas verticalmente integradas con el relleno, confirmó tácitamente el sentido exclusorio de la cláusula cuestionada y dio vigor a sus efectos en tal sentido;

Trigésimo sexto. Que, a mayor abundamiento, en opinión de este Tribunal, el haber licitado el negocio en forma integrada, sin permitir explicitar precios distintos según cual fuese el servicio a prestar en particular, potenció aun más el efecto disuasorio a la participación en la licitación de la cláusula en comento, dadas las consecuencias negativas de esta circunstancia sobre la transparencia del proceso, tal como se deduce de las dudas y comentarios planteados por empresas interesadas en concursar que constan a fojas 79, 81, 124 y 277;

Trigésimo séptimo. Que, por lo tanto, este Tribunal sancionará al Municipio por incluir la cláusula 18 letra h) de las Bases de la que se ha venido hablando, la que, como ha quedado claro de lo razonado en las consideraciones anteriores, es anticompetitiva y tendió a excluir a participantes que no estuvieran relacionados con la empresa controladora del relleno sanitario mas conveniente;

Trigésimo octavo. Que en todo caso, es importante dejar claro, que lo que se ha reprochado anteriormente dice relación con una cláusula de las Bases que, como se dijo, desincentiva la competencia *ex ante* en la licitación en la que incide, lo que es distinto del hecho, no objetado, que una empresa relacionada con el propietario de un relleno sanitario haya participado en la licitación cuestionada y luego haya resultado ganadora de la misma;

Trigésimo noveno. Que en ese sentido, debe tenerse presente la jurisprudencia de este Tribunal en orden a que no es reprochable *per se* que el dueño del relleno sanitario o alguna empresa relacionada a éste pueda participar, también, en otras etapas del manejo de residuos sólidos domiciliarios. Más bien, la condición principal, desde el punto de vista de la libre competencia en el mercado de la basura, radica en la obligación del dueño de la eventual instalación esencial –esto es, el relleno sanitario– de otorgar condiciones de acceso objetivas y no discriminatorias a todos los usuarios y clientes que requieren sus servicios, las que deben ser posibles de ser conocidas en forma clara y *ex ante*, por todos ellos. Lo anterior impone a quien está en esa situación la obligación de abstenerse de cualquier discriminación arbitraria en contra de terceros, como lo indica el número 10 de las Instrucciones Generales N° 1/2006, sean o no sus competidores, con lo que, además, se está aceptando, la posibilidad de integración vertical;

Cuadragésimo. Que, para el examen que a continuación se hará de las cláusulas objetadas por la FNE referidas al plazo y a las exigencias de experiencia y de capital mínimo, no resulta relevante el aspecto recién anotado. Por ello, si bien la FNE

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ha estimado que estas cláusulas serían funcionales al objetivo exclusorio, la naturaleza de las mismas es diferente y por ello serán tratadas separadamente a continuación;

Cuadragésimo primero. Que en lo tocante al reproche realizado por la requirente referente a la poca anticipación en la publicación del llamado a licitación, cabe tener presente que es fundamental desde el punto de vista de la competencia asegurar la debida publicidad, transparencia y libre acceso al mercado en los procesos licitatorios. Reflejo de ello es lo dispuesto en el número 3 de las Instrucciones Generales N°1/2006 que establece que *“[l]as Municipalidades deberán publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de ofertas ...”*;

Cuadragésimo segundo. Que la FNE alega en su requerimiento que no se cumplió con la anticipación mínima referida en la consideración anterior, debido a que *“las bases de licitación se publicaron en el portal Chilecompra el día 1º de marzo de 2007 y, los días 8 y 11 de marzo en los periódicos La Prensa y la Nación, respectivamente”*. Por su parte, la fecha de cierre para la recepción de ofertas fue el 10 de Abril del mismo año;

Cuadragésimo tercero. Que la Municipalidad de Curicó no discutió el hecho de que no alcanzó a cumplirse con el plazo establecido, pero argumentó en su defensa que, con bastante anticipación (9 de Noviembre del año 2006), se remitió las copias de las Bases a la FNE y que ésta se habría demorado un tiempo excesivo en todo el proceso de observaciones;

Cuadragésimo cuarto. Que también referido al tema del plazo, la FNE, apoyada por las declaraciones testimoniales de ejecutivos de empresas competidoras de aquella que se adjudicó la licitación, objeta el poco tiempo que medió entre la adjudicación del contrato y el inicio del servicio contratado. Se reclama que el breve lapso entre la adjudicación y el inicio de los servicios (12 días) implicaría una discriminación a favor de aquel oferente que ya se encontraba operando, debido a que existirían limitaciones para adquirir y/o arrendar camiones recolectores en tan breve tiempo;

Cuadragésimo quinto. Que con respecto a esta situación, la FNE aduce que se estaría infringiendo el numeral 6 de las Instrucciones Generales, que señala que *“[l]as Municipalidades no podrán imponer a los interesados en participar en una licitación exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva”*;

Cuadragésimo sexto. Que en respuesta a las dos objeciones referidas al plazo, la requerida explica que *“al municipio no le quedaba más remedio que efectuar la licitación en ese periodo, o de lo contrario la comuna se quedaba sin servicio de aseo”, no sin antes reclamar que “en todo el proceso de licitación (sic) las bases estuvieron 64 días en la Fiscalía, con el proceso de licitación paralizado”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo séptimo. Que, en relación a las dos objeciones referidas al plazo, este Tribunal estima que el proceso de licitación distó de ser el apropiado, algo especialmente cierto para la segunda de las situaciones. Sin embargo, debe reconocerse que el municipio se vio enfrentado a la disyuntiva de asumir la falta de servicio de aseo, situación no necesariamente imputable a su responsabilidad, por un lado, versus la optimización de las condiciones posibles de licitación desde el punto de vista de la libre competencia, por el otro;

Cuadragésimo octavo. Que al respecto debe tenerse presente que consta en autos que la Municipalidad intentó morigerar las limitaciones a la efectividad del proceso de licitación, otorgando un plazo mayor (45 días) para que quien resultara adjudicatario del contrato pudiera implementar el servicio con camiones nuevos, utilizando provisoriamente camiones usados;

Cuadragésimo noveno. Que si bien lo anterior implicó una mejora, no permitió alcanzar una situación ideal. Sin embargo, no está acreditado en autos que se haya tratado de una circunstancia insuperable para el resto de los potenciales competidores, los que presumiblemente tendrían experiencia en el rubro y estarían prestando servicios en otros municipios, por lo que las imputaciones referidas a los plazos de publicación del llamado a licitación y para implementar el servicio también serán desestimadas;

Quincuagésimo. Que no obstante ello, este Tribunal considera importante que la revisión de bases de licitación por parte de la Fiscalía Nacional Económica, así como el intercambio de información y opiniones al que haya lugar con ocasión de ese proceso, se realice teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar plazos prudentes –como los consignados en las Instrucciones Generales– para realizar los correspondientes llamados a licitación y principiar los servicios contratados, dando tiempo suficiente a las empresas para preparar y presentar sus propuestas e iniciar adecuadamente las prestaciones a las que se obliguen, respectivamente. Se hará una recomendación en ese sentido en la parte resolutive de este fallo;

Quincuagésimo primero. Que, en otro capítulo del requerimiento, la FNE objetó las cláusulas referidas a la experiencia en el rubro y al capital mínimo, también en razón del Numeral 6º de las Instrucciones Generales, citado en el razonamiento cuadragésimo quinto;

Quincuagésimo segundo. Que en lo referido a la exigencia de experiencia, la FNE objeta el numeral 4º de las Bases Administrativas Especiales referido a los *“participantes”, las cuales, según expresa, “sólo permiten que participe en la licitación las personas naturales o jurídicas que tengan experiencia en el rubro, para luego considerar dicha experiencia en la pauta de evaluación respectiva”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo tercero. Que, sobre el particular, la requerida argumenta, en primer lugar, que en el último oficio de observaciones de la FNE previo a la publicación de las Bases –el oficio ordinario 232 de fecha 22 de Febrero– no se formuló reproche alguno sobre la materia, lo que consta en autos a fojas 230 y siguientes. En segundo lugar, la requerida hace presente que, a sugerencia de la misma FNE (aspecto específico que no consta en autos), *“la experiencia era considerada como criterio de evaluación de la oferta y no como requisito para participar en ella”*, lo cual, es posible adicionar, fue aclarado en repetidas oportunidades con ocasión de la etapa de aclaraciones y consultas a las Bases (cuestión que consta en el expediente, por ejemplo, a fojas 79, 124 y 277). Finalmente, el Municipio estima que éste *“no puede ser tan irresponsable como para entregar la recolección de basura de nuestra comuna de más de 120.000 habitantes a principiantes absolutos en este rubro”*;

Quincuagésimo cuarto. Que la defensa recién mencionada, unida al carácter no específico de las Instrucciones y sumada al sentido de razonabilidad que exige su interpretación, hacen que la objeción planteada por la FNE carezca de la entidad suficiente como para poder ser considerada, por sí misma, una infracción a las normas de defensa de la competencia, sin perjuicio de que, por las razones que se esgrimirán a continuación, sí pudieron potenciar un efecto inhibitor de la competencia *ex ante* en la licitación en análisis, si se tiene en cuenta que la cláusula en cuestión concurre junto a otras que son más reprochables por esta judicatura, como se establece en esta sentencia;

Quincuagésimo quinto. Que sin embargo, atendido que la recolección, transporte y disposición de residuos no es un rubro particularmente sofisticado desde el punto de vista tecnológico, este Tribunal considera que la exigencia que debiera hacerse en un proceso de licitación como el que motiva esta causa, debiera referirse más bien a “experiencia relevante” y no necesariamente en el rubro de los servicios que se licitan propiamente tales. Ello por cuanto lo que necesita saber una compañía para desempeñarse satisfactoriamente en esta industria es realizar un manejo adecuado desde el punto de vista logístico de una red de vehículos y personas para recolección y transporte, experiencia que puede obtenerse en otras industrias que presten servicios con tal característica o adquirirse en el mercado. Por lo anterior, y sin perjuicio de que no se acogerá a este respecto el requerimiento, el Tribunal hará una prevención relacionada con este punto en la parte resolutive de la presente sentencia de acuerdo con las facultades que le confiere el inciso primero del artículo 3º del Decreto Ley Nº 211;

Quincuagésimo sexto. Que con respecto a la constancia bancaria de un capital mínimo comprobado que debía acreditar quien se presentara a la licitación, según dispone la cláusula 5ª letra f), la FNE objeta el monto por considerarlo excesivo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo séptimo. Que sobre la materia hay que hacer presente, en primer lugar, que a diferencia de lo manifestado por la FNE, el capital exigido ascendía a \$200.000.000 y no a \$300.000.000 lo que consta a fojas 96 y 286. En segundo lugar, consta en el proceso, a fojas 92 y siguientes, que la Municipalidad bajó el monto requerido luego de lo observado, inicialmente, por la FNE. Y, en último término, no se encuentra debidamente probado en autos que el capital mínimo exigido por la requerida haya sido “no razonable o desproporcionado”, conceptos recogidos en el considerando 3º del documento que contiene las Instrucciones Generales. Por lo anterior, tampoco se acogerá el requerimiento en este punto;

Quincuagésimo octavo. Que en lo tocante ahora al excesivo ámbito de discreción que se habría reservado la Municipalidad requerida para aceptar o rechazar una oferta, cabe tener presente que la Cláusula 8 de las Bases Administrativas Generales de la licitación en cuestión, sobre procedimiento de adjudicación y/o rechazo (fs.32 y 33), objetada por la FNE establece que “[c]ualquier incumplimiento al respecto [de los requisitos especificados en los antecedentes de la licitación, así como con las normas, reglamentos y ordenanzas vigentes que correspondan] por parte del oferente implicará el rechazo inmediato de la respectiva oferta” (...) “La Municipalidad de Curicó, podrá rechazar todas las ofertas que no se ajusten a las bases o aceptar cualquiera que estime conveniente a los intereses Municipales.” (...) Sin perjuicio de lo indicado más arriba, las presentes bases facultan al Alcalde para presentar a consideración del Concejo, para su votación a una o más ofertas por separado”;

Quincuagésimo noveno. Que en opinión de la FNE y sin realizar mayores argumentaciones, la cláusula transcrita precedentemente contravendría el numeral 7º de las Instrucciones Generales, que dispone que “Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación. En la medida que ello no signifique tal arbitrariedad, es lícito que las municipalidades adjudiquen parcialmente algunas prestaciones licitadas o declaren desierta una licitación en aquellos casos en que ninguna de las propuestas se ajuste a sus necesidades. En caso de declarar desierta una licitación, las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto”;

Sexagésimo. Que en su defensa, el Municipio señala que “las bases originales establecían un monto máximo a pagar por parte del Municipio. Pues bien, la Fiscalía ordenó que fuese eliminado, señalando que teníamos como posibilidades ‘advertir que el Municipio podrá declarar desierta la licitación por motivos presupuestarios’”. Agrega la Municipalidad que “quien define la conveniencia para los intereses Municipales por motivos presupuestarios es el Alcalde con el Concejo, por lo que nada tiene de anómalo la inclusión de esta cláusula”. En reforzamiento de su

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posición, la requerida argumenta que *“rechazar todas las ofertas que no se ajusten a las bases es una obligación del Municipio en atención a los principios que gobiernan la contratación administrativa, en particular el principio de estricta sujeción a las bases”*, añadiendo que *“la Fiscalía ignora que la jurisprudencia de la Contraloría en materia de licitaciones es clarísima al respecto, en el sentido de que si un proponente cumple con los requisitos y exigencias de las bases el órgano público debe adjudicarlo”*. Incluso la Municipalidad de Curicó va más allá al indicar que *“la sugerencia de la Fiscalía de ‘advertir que el Municipio podrá declarar desierta la licitación por motivos presupuestarios’ es ILEGAL (sic), ya que si un órgano público llama a licitación lo menos que debe tener claro es el presupuesto con el que cuenta, y que es una cuestión que se debe tener presente antes del llamado a licitación, lo contrario denota falta de seriedad en el llamado a licitación”*;

Sexagésimo primero. Que en opinión de este Tribunal, lo reprochable de la cláusula transcrita anteriormente no es la facultad de rechazar ofertas que no se ajusten a las bases, cuestión que no merece reparo alguno y respecto de la cual es inoficioso detenerse, sino la facultad que otorga a la Municipalidad la frase final de esa cláusula, toda vez que le permite desentenderse de criterios objetivos de evaluación de propuestas y *“aceptar cualquier oferta que estime conveniente a los intereses Municipales”*;

Sexagésimo segundo. Que, en efecto, a juicio de este Tribunal, una estipulación como esa eleva el riesgo de un comportamiento oportunista o arbitrario por parte del licitador, lo cual, por sí sólo, incrementa el riesgo de negocio y, por tanto, el costo esperado de participación por parte de eventuales interesados en competir en el proceso de licitación, generándose de esta forma desincentivos artificiales de participación que reducen la probabilidad de lograr una competencia *ex ante* vigorosa y eficiente en dicho proceso;

Sexagésimo tercero. Que por la razón anotada precedentemente este Tribunal estima que la facultad discrecional antes referida –en un contexto en el que concurren otras cláusulas que, como ya se ha dicho, pueden desincentivar la participación de potenciales nuevos interesados– constituye un obstáculo a la libre competencia en la licitación en análisis, pues permite a la Municipalidad, potencialmente sin expresión de causa, dejar sin efecto unilateralmente y *ex post* los requisitos de competencia que efectivamente deben darse en este tipo de procesos, razón por la que este Tribunal sancionará a la requerida en la forma que se indica en lo resolutivo de esta sentencia;

Sexagésimo cuarto. Que para concluir la parte considerativa de este fallo, cabe analizar las dos objeciones restantes de la FNE a las Bases. La primera dice relación con una cláusula que declaraba la renuncia automática a formular cualquier reclamo, lo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que infringiría lo dispuesto en los Numerales 7º y 8º de las Instrucciones Generales. Sobre el particular, valga afirmar que se está objetando una cláusula que si bien fue formulada tempranamente por la Municipalidad en las Bases, fue luego retirada, informada y dejada sin efecto por el mismo Municipio durante el proceso de adjudicación, por lo que la imputación en cuestión no será acogida;

Sexagésimo quinto. Que la última objeción de la FNE dice relación con la supuesta falta de envío previo de las bases de licitación a la FNE, lo cual vulneraría el número 9º de las Instrucciones, que establece que *“Las bases de las licitaciones públicas a que se refieren estas instrucciones, deberán ser remitidas a la Fiscalía Nacional Económica, a lo menos con 15 días corridos de anticipación a la fecha en que se publique el respectivo llamado”*;

Sexagésimo sexto. Que al respecto cabe señalar que el sentido de esta disposición radica en permitir que la FNE pueda revisar, hacer observaciones a las bases de licitación y, de no ser oída por el Municipio, deducir un requerimiento ante este Tribunal. Dicho objetivo fue satisfecho con la remisión, en repetidas ocasiones, al servicio público mencionado de las bases por parte del Municipio, tal como consta en autos. Incluso más, aparece como un hecho no controvertido en el expediente la audiencia del Alcalde de la Municipalidad de Curicó en las dependencias de la Fiscalía. El hecho que la versión definitiva de las Bases no haya sido conocida por la FNE puede haber obedecido a la declarada manifestación por parte de la requerida de creer que luego del último oficio de observaciones enviado por ese servicio, de fecha 22 de febrero de 2007, no existían más objeciones y, por ende, se contaba con la aquiescencia del órgano fiscalizador. Por ésta razón tampoco se acogerá el requerimiento en lo atinente a este cargo;

Sexagésimo séptimo. Que sin perjuicio de ello, y con el objeto de prevenir potenciales nuevas infracciones a la libre competencia causadas por este tipo de confusiones, estos sentenciadores consideran conveniente que en la totalidad de las comunicaciones que envíen los municipios a la Fiscalía Nacional Económica, en el marco del examen de versiones preliminares de bases de licitación y del intercambio de opiniones realizados en ese contexto, sea remitido al Sr. Fiscal el texto íntegro de las mismas hasta su versión final inclusive;

Sexagésimo octavo. Que este Tribunal concluye de lo expuesto en esta sentencia que, por si solas, las cláusulas de las Bases Administrativas Generales de la licitación número 8 –específicamente en la parte que habilita a la requerida a “aceptar cualquier oferta que estime conveniente a los intereses Municipales”– y 18 letra h) –que autoriza al Municipio a terminar anticipadamente el contrato en caso de subcontratación–, lejos de asegurar la participación de un número suficiente de proveedores de los servicios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que se licitaron y de garantizar la igualdad de concurrencia en el proceso licitatorio, tendieron a excluir la participación de oferentes interesados, lo que debe ser sancionado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3º, inciso primero, del Decreto Ley N°211;

Sexagésimo noveno. Que el efecto potencialmente excluyente de competidores de las cláusulas reprochadas en la consideración precedente, fue reforzado por la existencia de la otra cláusula que fue tratada en los razonamientos quincuagésimo primero a quincuagésimo quinto, la que si bien por sí misma e individualmente considerada no es suficiente para ser reputada como vulneradora del artículo 3º del Decreto Ley N° 211, contribuyó a la producción del resultado anticompetitivo que finalmente se ocasionó;

Septuagésimo. Que, en relación a la cuantía de la multa que se impondrá, este Tribunal considera que, en este caso, lo adecuado es que sea de baja entidad, toda vez que (a) las autoridades edilicias que intervinieron en la determinación de las bases de la licitación cuestionada no fueron personalmente requeridas por el Sr. Fiscal Nacional Económico, y porque (b) la aplicación de una sanción económica importante a la Ilustre Municipalidad de Curicó podría irrogar un perjuicio para los habitantes de la comuna que sería adicional a la merma acaecida sobre la libre competencia que ya han debido soportar en la licitación del servicio de recolección y disposición de la basura materia de autos;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18º N° 1), 26º y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

I. En cuanto a la incompetencia:

Rechazar la excepción de incompetencia absoluta deducida por la requerida, Ilustre Municipalidad de Curicó, a fojas 827 y siguientes, declarando que este Tribunal es competente para conocer y resolver respecto de las infracciones al Decreto Ley N° 211, imputadas en el requerimiento de fojas 232 y siguientes;

II. En cuanto a la tacha:

Rechazar la tacha formulada respecto del testigo Sr. Rogel Eduardo Peters Valencia a fojas 468 bis 2 y siguientes;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

III. En cuanto al fondo:

ACOGER el requerimiento deducido por el señor Fiscal Nacional Económico a fojas 232 y siguientes, en cuanto se declara que la Ilustre Municipalidad de Curicó infringió el artículo 3º del Decreto Ley Nº 211, mediante el establecimiento de cláusulas que tendieron a restringir la competencia en el proceso licitatorio identificado con el número 2439-23-LP07;

Condenar a la Ilustre Municipalidad de Curicó a pagar una multa a beneficio fiscal de cinco Unidades Tributarias Anuales (5 U.T.A.);

Prevenir a la Ilustre Municipalidad de Curicó en orden a que, en lo sucesivo, en los casos en los que incluya en las bases de licitación una exigencia de experiencia, deberá referirse en general a “experiencia relevante” y no necesariamente en el rubro de recolección, transporte y disposición de residuos; y,

Recomendar tanto a la Ilustre Municipalidad de Curicó como a la Fiscalía Nacional Económica, que la revisión de bases de licitación, así como el intercambio de información y opiniones al que haya lugar entre ambos con ocasión de ese proceso, se realice teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar plazos prudentes, que permitan realizar los correspondientes llamados a licitación y principiar los servicios contratados, dando tiempo suficiente a las empresas para preparar y presentar sus propuestas e iniciar adecuadamente las prestaciones a las que se obliguen, respectivamente.

Se previene que la Ministra señora Butelmann concurre en lo sustantivo al fallo, pero estuvo por establecer como sanción, en lugar de la multa aplicada, el dejar sin efecto la adjudicación de la licitación y ordenar una nueva licitación de los servicios una vez cumplidos tres años de vigencia del actual contrato.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Romero, quien estuvo por rechazar el requerimiento de autos en todas sus partes por las siguientes consideraciones:

1º) Que la Fiscalía Nacional Económica, en su requerimiento, reprocha nueve conductas de la Municipalidad de Curicó con ocasión del proceso de licitación de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios y desechos, las cuales, en síntesis, corresponden a las siguientes: a) la decisión de licitar integralmente los servicios de recolección y transporte con el de disposición final; b) la incorporación de una cláusula en las bases de licitación que prohíbe la subcontratación;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

c) el exiguo plazo transcurrido entre la adjudicación y el inicio de los servicios; d) el escaso plazo entre las publicaciones de las Bases y la fecha de cierre de la recepción de ofertas; e) la incorporación de una cláusula en las Bases que exige que el proponente tenga experiencia acreditada en el rubro; f) la incorporación de una cláusula en las Bases que exige del proponente que acredite un capital mínimo; g) la incorporación de una cláusula en las Bases que establece, en lo medular, que “la municipalidad de Curicó podrá rechazar todas las ofertas que no se ajusten a las bases o aceptar cualquiera que estime conveniente a los intereses municipales”; h) la supuesta renuncia automática por parte del proponente a formular cualquier reclamo contra la Municipalidad; e i) la falta de envío oportuno de las Bases a la Fiscalía Nacional Económica;

2º) Que la FNE atribuye a la Municipalidad la vulneración del artículo 3º del DL N° 211 en lo referido al comportamiento indicado en la letra a) precedente y el no cumplimiento de las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 dictadas por este Tribunal en relación a lo señalado en las letras b) a i) anteriores;

3º) Que la parte considerativa “de fondo” de la sentencia contiene, en su mayor parte, argumentaciones que permiten absolver completamente a la Municipalidad de seis de los nueve reproches anticompetitivos denunciados por la requirente, esto es, los comportamientos precedentemente individualizados con las letras a), c), d), f), h), e i). De los tres reproches restantes, el fallo de mayoría expresa que uno de ellos (letra e) no constituye, por sí mismo, una infracción a las normas sobre libre competencia, sin perjuicio de recriminar su inconveniencia y considerar que constituye una conducta que apreciada en conjunto con aquellas declaradas en sí mismas como anticompetitivas (letra b y g) permiten sancionar a la Municipalidad por infracción al DL N° 211. En otras palabras, la mayor parte del fallo de mayoría abunda en argumentaciones (a las cuales concurre) para absolver a la Municipalidad de la imputación de infracciones a la libre competencia que se le hacen. Como ya se hizo notar, sólo dos de las cláusulas contenidas en las Bases han sido consideradas, en sí mismas, como violatorias del DL N°211;

4º) Que dado que las imputaciones de infracciones realizadas por la FNE derivadas de un incumplimiento de las Instrucciones Generales N°1/2006 no corresponde fundarlas jurídicamente sobre la base del solo incumplimiento de la instrucción emitida por este Tribunal, en especial debido a que éstas, según lo dispuesto en el artículo 18 N° 3 del DL N° 211, se suponen dirigidas a particulares y no a entes públicos, resulta adecuado su análisis en atención, fundamentalmente, a su compatibilidad con el artículo 3º del DL N° 211;

5º) Que en lo que sigue, es inficioso analizar todas y cada una de las imputaciones de infracción contenidas en el requerimiento. Así, resulta pertinente enfocarse en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

examen de aquellas imputaciones sobre las que se sustenta la sentencia para sancionar a la Municipalidad de Curicó. De esta manera, se analizará, en primer lugar, el grado de compatibilidad con el artículo 3º del DL N° 211 de la cláusula que establece un ámbito amplio de discreción para aceptar o rechazar una oferta (letra g). En segundo lugar, se hará lo propio con la cláusula que prohíbe la subcontratación (letra b). Y, en tercer lugar, se examinará la cláusula que exige que el proponente tenga experiencia acreditada en el rubro (letra e). Adicionalmente y, para finalizar, se discutirá el supuesto de que, en este caso concreto, la Municipalidad de Curicó habría realizado una actividad económica y, por ende, sería un sujeto susceptible de recibir una sanción por infracción al DL N° 211;

6º) Que en forma previa a un análisis más detallado de las cláusulas aludidas precedentemente y para una adecuada visualización del caso, hay que tener presente que el reproche fundamental al cual ha ido dirigido el esfuerzo argumentativo de la FNE radica, como lo señala la misma requirente en el punto 24 del requerimiento, que *“[e]n el presente caso, las bases de licitación impiden, en la práctica, la presentación de ofertas por parte de empresas que no se encuentren verticalmente integradas, con lo cual se limita la competencia ex ante y se desconocen los beneficios que tiene para la misma el hecho de que puedan participar oferentes que no sean dueños de un relleno sanitario, (...) En definitiva, solo se permiten (sic) la participación de un agente determinado, a saber, el propietario del relleno sanitario, no existiendo ningún fundamento para ello”*;

7º) Que una de las dos imputaciones de las nueve levantadas por la FNE que fue considerada por la sentencia como contraria, en sí misma, a la libre competencia, en este caso, la incorporación en las Bases de una **cláusula que establece un ámbito amplio de discreción para aceptar o rechazar una oferta**, no constituyó el reproche fundamental. De hecho, como se verificará más adelante, el requerimiento de la FNE sobre el particular se limita a manifestar que la cláusula impugnada contravendría el numeral 7º de las Instrucciones Generales. En el razonamiento general de la requirente, este tipo de cláusula –no central desde el punto de vista de la construcción argumental– reforzaría el efecto exclusorio que se reprocha, tal como se aprecia en el considerando anterior;

8º) Que la cláusula aludida establece que *“[c]ualquier incumplimiento al respecto [de los requisitos especificados en los antecedentes de la licitación, así como con las normas, reglamentos y ordenanzas vigentes que correspondan] por parte del oferente implicará el rechazo inmediato de la respectiva oferta (...) La Municipalidad de Curicó, podrá rechazar todas las ofertas que no se ajusten a las bases o aceptar cualquiera que estime conveniente a los intereses Municipales. (...) Sin perjuicio de lo indicado más arriba, las presentes bases facultan al Alcalde para presentar a consideración del Concejo, para su votación a una o más ofertas por separado”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9º) Que, como se dijo con anterioridad, la FNE no argumentó sobre la base de la inconsistencia de esta cláusula con el DL N°211, si no que se limitó, sin explicitar mayores argumentaciones, a intentar constatar la incompatibilidad de ésta con el numeral 7º de las Instrucciones Generales N° 1/2006, lo cual, por la razón anotada en el considerando 4º, no basta para validar jurídicamente una supuesta infracción a las normas sobre libre competencia;

10º) Que la sentencia concluye que la aludida cláusula 8 de las Bases, y en particular aquella parte que habilita a la Municipalidad a “*aceptar cualquier oferta que estime conveniente a los intereses Municipales*”, por sí sola tendió a excluir la participación de oferentes distintos a los verticalmente integrados con el relleno sanitario más conveniente desde el punto de vista económico, lo que ameritaría una sanción por infracción al artículo 3º del DL N° 211. En otras palabras y siguiendo en esto el razonamiento de la sentencia, la facultad discrecional antes referida constituiría un obstáculo a la libre competencia en la licitación, ya que permitiría a la Municipalidad dejar sin efecto unilateralmente y *ex post* los requisitos de competencia que efectivamente deben darse en este tipo de procesos;

11º) Que no está en discusión el grado de conveniencia o inconveniencia de la Cláusula. Lo que debe constatarse es si la mera existencia de una cláusula del tenor anotado constituye una infracción merecedora de una sanción. Este Ministro estima que no existen razones para aquello. Avalar una posición como la recién indicada implicaría consagrar la existencia de una suerte de infracción *per se* a la libre competencia en este tipo de mercados;

12º) Que es preciso aclarar, además, que la existencia de espacios de discreción no implica la existencia de actos arbitrarios. La cláusula bajo examen no es arbitraria. De hecho, es la misma para todos los participantes. No se puede asumir *ex ante* que la Municipalidad va a actuar arbitrariamente;

13º) Que, más allá de la evaluación del mérito por la técnica de redacción utilizada, los hechos del proceso no permiten asumir que se está en presencia de un acto administrativo desmotivado desde el punto de vista del interés público. No es casualidad que, en el escrito de observaciones a la prueba por parte de la requirente, no haya habido ninguna referencia a la cláusula que se impugna (debe recordarse que el segundo de los puntos de prueba versó sobre el objeto y efecto de las cláusulas contenidas en las Bases). De hecho, consta en el proceso que las bases originales establecían un monto máximo a pagar por parte de la Municipalidad y que la FNE ordenó su eliminación, admitiendo que el Municipio podía reservarse en las Bases espacios de discreción al “advertir que el Municipio podrá declarar desierta la licitación por motivos presupuestarios”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

14º) Que, desde luego, no basta para condenar el hecho de que el espacio de libertad concedido a la Municipalidad para adoptar una decisión haya sido amplia. Se parte del supuesto interpretativo que todo el resto de las cláusulas que contienen las bases de licitación son ineficaces o “letra muerta” ante la existencia de la cláusula analizada. Se descarta *a priori* la posibilidad de una interpretación armónica de la cláusula con el resto de las disposiciones;

15º) Que el temor que puedan tener los interesados respecto del riesgo de un actuar arbitrario de la Municipalidad no es suficiente para estimar como anticompetitiva una cláusula. No hubo evaluación pormenorizada alguna del efecto disuasivo respecto de los participantes. Hablar de riesgos y probabilidades por sí solo es irrelevante, ya que su existencia es inevitable. La determinación de la magnitud del riesgo y el umbral de tolerancia son fundamentales. Por ejemplo, en relación a la magnitud, debe determinarse si el riesgo es alto, medio o bajo, lo que resulta altamente complejo debido a la subjetividad en las percepciones de riesgo. ¿Cuán grande fue el efecto disuasorio para los pocos participantes del proceso de licitación? Muy diversos pueden ser los factores incidentes y, ciertamente, el necesario ejercicio de identificarlos y evaluar su incidencia aislando factores se omitió en el proceso;

16º) Que el que una cláusula pueda tener o no un efecto disuasorio de una cierta magnitud depende no sólo de la cláusula en sí misma, sino de la percepción subjetiva que tengan los potenciales competidores respecto de diversos factores. Que, como se dijo, cada empresa puede tener una percepción diferente del riesgo derivado del proceso de licitación y del negocio mismo. Por ejemplo, factores como la percepción subjetiva que se tenga de la reputación de la municipalidad, o del funcionamiento de los controles institucionales internos (Concejo Municipal) y externos (Contraloría General de la República, Tribunal de Contratación Pública, etc.), o de la experiencia previa que se tenga en este tipo de procesos, o del nivel particular de aversión al riesgo que se tenga, por nombrar algunos, pueden hacer variar la percepción de riesgo que se tenga ante un determinado proceso o negocio y, consecuentemente, influir en la voluntad de participar o en el precio que se ofrezca, en su caso. La lista es numerosa y debe evitarse basar una condena en intuiciones generales que pueden ser válidas solo a ese nivel de amplitud, distante, por cierto, del nivel de especificidad exigible cuando se trata ejercer el poder punitivo del Estado;

17º) Que lo manifestado en los considerandos precedentes dice relación con la cláusula que establece un ámbito amplio de discreción para aceptar o rechazar una oferta y cuyo reproche constituyó uno de los ejes fundantes del fallo condenatorio de la mayoría de los ministros del Tribunal. Según la sentencia, hubo otra cláusula que constituye en sí misma un atentado contra la libre competencia. Se trata de la **cláusula que prohíbe la subcontratación**, la cual se analizará a continuación;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

18º) Que la FNE parte de la base que la cláusula 18 letra h) que prohíbe la subcontratación sería un medio excluyente del resto de los participantes distintos de la empresa a la cual se le adjudicó la licitación. En efecto, la FNE recurriendo a una argumentación esencialmente jurídica ha razonado –equivocadamente en opinión del suscrito– en el sentido de que dado que la empresa adjudicataria se encuentra verticalmente integrada con aquella que es propietaria del relleno sanitario, ésta tendría una ventaja anticompetitiva, toda vez que no se vería expuesta al riesgo de que la Municipalidad le caduque el contrato por subcontratar con la dueña del relleno sanitario el servicio de disposición final;

19º) Que en el mismo plano jurídico utilizado por la requirente, el argumento desplegado por ella no se sostiene, debido a que la empresa adjudicataria también se encontraba en la necesidad jurídica de subcontratar la disposición final con la dueña del relleno sanitario. En efecto, los potenciales interesados o competidores por adjudicarse el contrato licitado por la Municipalidad de Curicó no estuvieron afectados a una desigualdad jurídica derivada de las cláusulas de las bases de licitación, pues éstas imponían a todos los concursantes las mismas condiciones;

20º) Que si en el plano jurídico queda claro que no existe una ventaja anticompetitiva derivada de la aludida cláusula, cabe preguntarse si en una dimensión económica la circunstancia de que el adjudicatario sea una empresa relacionada con el propietario del relleno sanitario constituye una ventaja ilegítima en relación al resto de las empresas participantes. La respuesta es nuevamente negativa. No es reprochable *per se* que el dueño del relleno sanitario o alguna empresa relacionada a éste pueda participar, también, en otras etapas del manejo de residuos sólidos domiciliarios. Más bien, la condición esencial, desde el punto de vista de la libre competencia en el mercado de la basura, radica en la obligación del dueño de la eventual instalación esencial –esto es, el relleno sanitario– de otorgar igualdad de condiciones a todos los usuarios y clientes que requieren sus servicios, lo cual efectivamente ha sucedido según consta en el proceso. En efecto, diversas empresas –relacionadas y no relacionadas con la compañía propietaria del relleno sanitario– solicitaron una cotización por el valor del servicio y la autorización del dueño del relleno sanitario para efectuar el servicio en caso de adjudicación. Las diferentes empresas –relacionadas y no relacionadas– recibieron de la dueña del relleno sanitario idéntica cotización tarifaria por el servicio de disposición final e igual expedición de los documentos, autorizaciones y declaraciones juradas requeridas por las letras d y e de las Bases (todo lo cual consta en las fojas 427 y siguientes). No existe divergencia respecto de este punto;

21º) Que quedando claro que la cláusula en cuestión no es anticompetitiva, podría entrarse a argumentar sobre la base de la existencia de riesgos y probables efectos potenciales para la competencia a la que contribuiría la cláusula de subcontratación,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como efectivamente lo hace la sentencia. Si, en opinión de este Ministro, la cláusula que establece un ámbito amplio de discreción para aceptar o rechazar una oferta, elemento base para arribar a la determinación de aplicar una condena, no constituye una infracción al DL N° 211, las disquisiciones, ahora, respecto del potencial o probable efecto disuasorio que tendría el riesgo de que se produzcan confusiones con ocasión de la cláusula de subcontratación no fortalecen la decisión de aplicar una sanción;

22º) Que, en palabras distintas, lo que se intenta demostrar es que habría una suerte de ignorancia o confusión casi insubsanable (o el riesgo de ella) que haría que las empresas participantes, todas experimentadas en el rubro y que cotizaron precios por la disposición final (recibiendo un trato no discriminatorio) fueron (o pudieron ser) disuadidas de presentar ofertas por una equivocada interpretación de la cláusula de subcontratación. No puede contribuir a sostener una posición condenatoria la suposición de que las empresas participantes podrían no haber sido capaces de ponderar suficientemente que la prohibición de subcontratación no implicaba para ellas, como ha quedado demostrado, una desventaja;

23º) Que, a mayor abundamiento, han sido tan reiterativas a lo largo del proceso las argumentaciones que destacan el hecho de que el adjudicatario de la licitación pertenece al mismo conglomerado en el cual una de sus empresas es dueña del relleno sanitario más cercano y conveniente de utilizar, que, aunque no se haya sostenido explícitamente, resulta útil declarar que no puede llegar a decirse que el aparente mayor nivel de seguridad contractual que puede llegar a existir entre dos empresas del mismo grupo en contraste con dos partes no vinculadas constituye un efecto disuasivo legítimo de ser considerado. Menos aún ante lo expuesto en el considerando 20º precedente;

24º) Que en lo referente, ahora, a la **cláusula que exige que el proponente tenga experiencia acreditada en el rubro**, debe señalarse, primeramente, que es una cláusula de las bases de licitación que sin ser señalada como en sí misma anticompetitiva por la sentencia, ha sido considerada como una que contribuye a la producción de un resultado anticompetitivo por la vía de potenciar un efecto inhibitorio de la competencia *ex ante* en la Licitación;

25º) Que, en concreto, la FNE objeta el numeral 4º de las Bases Administrativas Especiales referido a los *“participantes”*, la cual, según expresa la requirente, *“sólo permiten que participe en la licitación las personas naturales o jurídicas que tengan experiencia en el rubro, para luego considerar dicha experiencia en la pauta de evaluación respectiva”*;

26º) Que, ante la imputación de la FNE, la Municipalidad sostiene, en primer lugar, que en el último oficio de observaciones de la requirente previa a la publicación de las Bases –el oficio ordinario N° 232 de fecha 22 de Febrero– no hubo reproche alguno sobre la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

materia, lo que consta en autos a fojas 230 y siguientes. En segundo lugar, la requerida hace presente que, a sugerencia de la misma FNE (aspecto específico que no consta en autos), *“la experiencia era considerada como criterio de evaluación de la oferta y no como requisito para participar en ella”*, lo cual, es posible adicionar, fue aclarado en repetidas oportunidades con ocasión de la etapa de aclaraciones y consultas a las Bases (cuestión que consta en el expediente, por ejemplo, a fojas 79, 124 y 277). Finalmente, el Municipio estima que éste *“no puede ser tan irresponsable como para entregar la recolección de basura de nuestra comuna de más de 120.000 habitantes a principiantes absolutos en este rubro”*.

27º) Que, por lo manifestado en la defensa recién mencionada, unido a los antecedentes del proceso que lo respaldan, se puede concluir (al igual que la sentencia, sólo en este aspecto) que la objeción planteada por la FNE carece de fundamento suficiente como para poder ser considerada, por sí misma, una infracción a las normas de defensa de la competencia.

28º) Que, a mayor abundamiento, no se encuentra acreditado en el proceso que la exigencia de experiencia en el rubro a la empresa que deberá estar encargada de la recolección, transporte y disposición de basura sea un factor que haya disuadido a las empresas participantes, en general habituales y con experiencia en procesos de licitación, de haber concurrido a presentar una oferta. De hecho, el esfuerzo probatorio por parte de la requirente estuvo dirigido, fundamentalmente, a otros aspectos de las Bases y proceso de licitación;

29º) **Que no se está en presencia de un proceso de licitación modelo, pero tampoco de uno cuyo diseño y operación sea repugnante a la libre competencia.** Se trató de una licitación abierta (no hubo trato directo). Las normas por ella contenida fueron idénticas para todos. Se presentaron las bases, con la debida anticipación, para recibir las sugerencias de la Fiscalía Nacional Económica. Hubo adecuación de las Bases por parte de la Municipalidad de Curicó a varias recomendaciones realizadas por la FNE. De hecho, la última comunicación de observaciones a las Bases por parte de la FNE sólo hace referencia a dos cláusulas: en una de ellas admite que puede resultar razonable lo propuesto por la Municipalidad en el proyecto de Bases y en la otra rechaza la fijación de un monto máximo a ser ofrecido por los participantes, a lo cual se allanó con posterioridad, en las bases definitivas, el Municipio;

30º) Que la potestad sancionatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no está dirigida a garantizar la maximización del mejor escenario posible desde el punto de vista de la libre competencia. En este sentido, no corresponde asumir que si no se está ante la situación óptima, entonces se está ante una infracción que amerita una sanción. Es distinto transgredir o no alcanzar un estándar mínimo que no lograr el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

óptimo posible desde el punto de vista de la libre competencia. Las infracciones en materia de libre competencia (artículo 3º del DL N° 211) representan estándares mínimos, de lo que se deriva que existe espacio para conductas que sin ser óptimas desde el punto de vista de la libre competencia, sean, por el contrario, no reprochables o susceptibles de castigo. No es el rol del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia intentar por la vía sancionatoria la consagración de un proceso de licitación que maximice la mayor cantidad posible de participantes;

31º) Que nuestra legislación sobre libre competencia no está diseñada para garantizar la maximización del bienestar en cada una de las diferentes etapas o segmentos de un mercado y, por consiguiente, condenar como comportamiento anticompetitivo cualquier conducta que se aparte de tal escenario. En la causa de autos no es posible aseverar que el diseño y el proceso de licitación fue el más conveniente desde el punto de vista de la libre competencia. Sin embargo, ello no lo convierte, necesariamente, en uno reprochable bajo el artículo 3º del DL N° 211. De hecho, por las consideraciones señaladas con anterioridad, las imputaciones de infracción al DL N° 211 efectuadas en el requerimiento de autos no se encuentran acreditadas y, por lo tanto, no corresponde, en opinión del suscrito, la aplicación de sanción alguna;

32º) Que, sin perjuicio de concurrir a lo manifestado en los considerandos “Primero” a “Séptimo” de la sentencia, corresponde hacer presente la posición del suscrito respecto de **si la Municipalidad de Curicó realizó o no, en este caso concreto, una actividad económica y, por ende, pasó a ser un sujeto susceptible de recibir una sanción por infracción al DL N° 211.** Que, sobre el particular, debe considerarse que para determinar si un organismo público es sujeto de las disposiciones sobre defensa de la competencia, contenidas en el DL N° 211, ha de ponerse el énfasis en las funciones o actividades que realiza el ente y no atender a las características orgánicas formales del mismo. Lo anterior aparece de manifiesto en la segunda parte del artículo primero del cuerpo legal citado, al hacer referencia a la libre competencia en las “*actividades económicas*”. Coincidente con el sentido recién indicado es que en otras disposiciones de la aludida legislación se utiliza la expresión “*agentes económicos*” para identificar a aquellos sujetos susceptibles de cometer infracciones;

33º) Que la licitación y adjudicación de los contratos por parte de la Municipalidad de Curicó, independiente de su carácter de órgano público o de la administración del Estado, no constituye una actividad económica, toda vez que está demandando pero no ofreciendo bienes o servicios en el mercado;

34º) Que el solo hecho de que la actividad de un ente pueda generar efectos en la competencia no constituye razón para considerar que se está en presencia de una actividad económica. Existen, por ejemplo, actos de entes públicos que pueden afectar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la libre competencia –piénsese en la dictación de un reglamento que sea contrario a la libre competencia o que no vaya en la dirección de fomentarla— y que no corresponde, por esa sola circunstancia, considerárseles como una actividad económica o acto realizado en calidad de agente económico;

35º) Que nuestra Excelentísima Corte Suprema ya se ha manifestado respecto de un caso muy similar fallado por este Tribunal (sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 34/2005). En efecto, en dicha causa (Empresa Nacional de Servicios de Aseo S.A., ENASA, con I. Municipalidad de Cauquenes), la Excma. Corte Suprema (Rol N° 383-06, de fecha 29 de Marzo del año 2006) conociendo el recurso de reclamación interpuesto por la Municipalidad de Cauquenes sostiene, en su considerando 8º), *“[q]ue 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 ...”*. Más adelante, en el considerando 9º), dicha Corte *“... 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...”*.

36º) Que, por su parte, la Corte Europea de Justicia (o Tribunal de Justicia) en el caso FENIN v. Comisión de las Comunidades Europeas {(Caso C-205/03P), 11 de Julio de 2006, [2006] ECR I-6295, [2006] 5 CMLR} se explaya en una dirección similar. En el caso aludido, la Corte reafirmó lo resuelto por el Tribunal de Primera Instancia y, en forma previa, por la Comisión. En efecto, en el párrafo 24 la Corte alude a lo alegado por la Comisión, la cual afirma *“que lo que caracteriza al concepto de actividad económica es la acción de ofrecer productos o servicios en un mercado determinado, y no la actividad de compra en cuanto tal. Por consiguiente, considera que no cabe disociar la operación de compra del uso al que se destine el bien adquirido”*. Igualmente, en el párrafo 25, la Corte destaca y confirma la similar apreciación que tuvo el Tribunal de Primera Instancia, quien afirmó *“que lo que caracteriza al concepto de actividad económica es la acción de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado”*. Finalmente, en el párrafo 26, la Corte valida lo resuelto por el Tribunal de Primera Instancia al señalar que éste *“deduce acertadamente de lo anterior que no procede disociar la actividad de compra de un producto del uso posterior que se dé a éste para apreciar la naturaleza de tal actividad de compra, y que el carácter económico o no del uso posterior del producto adquirido determina necesariamente la naturaleza de la actividad de compra”*;

37º) Que, a juicio de este Ministro, la actividad de compra (demanda) de un producto o servicio, por sí sola, no constituye una actividad económica, y que sólo podría estarse en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

presencia de una actividad de tal naturaleza si los bienes y servicios adquiridos son, con posterioridad, ofrecidos en tal carácter en el mercado;

38º) Que, en el caso que nos ocupa, se puede afirmar que la Municipalidad de Curicó, por medio de la licitación efectuada, realiza una compra pública. Sin embargo, no lo hace para, con posterioridad, ofrecer un servicio en el mercado como si se tratara de un agente económico más. Incluso lo que es más decidor, en este caso particular la Municipalidad no está involucrada en la provisión directa del servicio. En consecuencia, el suscrito estima que, de acuerdo a los hechos de autos, la requerida no ha realizado una actividad económica y que, por ende, no puede ser objeto de una sanción por infracción al DL N° 211;

39º) Que, en síntesis, en este voto disidente se sostiene que las imputaciones de infracción al DL N° 211 efectuadas en el requerimiento de autos no se encuentran acreditadas de acuerdo a los hechos constatados en el proceso y que, a mayor abundamiento, la Municipalidad de Curicó no ha realizado una actividad económica;

40º) Que, por todo lo dicho, este Ministro, basado en los antecedentes que obran en el proceso, y de acuerdo a las normas del Decreto Ley N° 211, se ha formado la convicción de que la requerida no ha cometido infracción alguna a las normas sobre libre competencia contenidas en el mencionado cuerpo legal.

Rol C N° 137-07

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Julio Peña Torres y Juan José Romero Guzmán. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Javier Velozo Alcaide.