

EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes. **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos. **SEGUNDO OTROSÍ:** Solicita habilitación de *drive*. **TERCER OTROSÍ:** Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ricardo Riesco Eyzaguirre, Fiscal Nacional Económico, en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (“FNE” o “Fiscalía”), ambos domiciliados para estos efectos en calle Huérfanos N° 670, piso 8, Santiago, en autos caratulados “*Consulta de Constructora LN SpA. sobre bases generales aprobadas por Resolución N° 1 de 2020 del Minsal*”, **Rol NC N° 484-2020**, al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal”) respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, N° 2 y 31, N° 1 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, y sus respectivas modificaciones (“DL N° 211”), vengo en aportar antecedentes a este H. Tribunal en los autos ya individualizados, en los términos que se expondrán a continuación:

1. Con fecha 21 de diciembre de 2020, este H. Tribunal recibió una consulta de Constructora LN SpA (“Constructora LN” o “Consultante”) conforme a la cual se solicita admitir a tramitación un asunto no contencioso “*con la finalidad de que se resuelva si las bases de los llamados a licitaciones de construcción de establecimientos de salud por parte del Ministerio de Salud (...) pueden infringir las normas que protegen la libre competencia*”¹.
2. Con fecha 30 de diciembre de 2020, este H. Tribunal dictó la resolución de inicio del procedimiento contemplado en el artículo 31 del DL N° 211 respecto de la consulta formulada por Constructora LN². Asimismo, se ofició a esta Fiscalía, al Ministerio de Salud (“Minsal”), al Ministerio de Obras Públicas (“MOP”) y a la Cámara Chilena de la Construcción a fin de que aportasen antecedentes³.

¹ Solicitud de folio 10, p. 1.

² El extracto de la resolución fue publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de mayo de 2021.

³ Oficio Ord. N° 62 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 6 de enero de 2021.

3. En atención a lo anterior, esta Fiscalía resolvió iniciar investigación, con fecha 8 de enero de 2021, ejerciendo las facultades establecidas en el artículo 39 del DL N° 211 para recabar los antecedentes necesarios para la elaboración del presente informe⁴. Esta presentación se estructura de la siguiente forma:

ÍNDICE

| | | |
|----------|---|----|
| I. | ANTECEDENTES | 3 |
| II. | REGULACIÓN APLICABLE | 4 |
| II.1. | Disposiciones legales relevantes | 4 |
| II.2. | La Resolución N° 1 | 5 |
| III. | MERCADO RELEVANTE..... | 7 |
| III.1. | Definición | 7 |
| III.2. | Caracterización de la demanda | 11 |
| III.2.1. | Baja incidencia de las Bases en el Mercado Relevante..... | 11 |
| III.2.2. | Distribución geográfica de compradores de ChileCompra | 12 |
| III.3. | Caracterización de la oferta | 12 |
| IV. | ANÁLISIS DE COMPETENCIA..... | 16 |
| V. | CONCLUSIONES | 17 |

⁴ Investigación Rol N°2644-21 FNE, caratulada “Investigación por solicitud de Informe al TDLC en la Consulta de Constructora LN SpA sobre bases generales aprobadas por Resolución N° 1 de 2020 del Minsal”.

I. ANTECEDENTES

4. El presente informe se refiere a la consulta presentada por Constructora LN en relación a la Resolución N° 1, de 28 de febrero de 2020, del Minsal, que aprueba formato tipo de Bases Administrativas para la Construcción, Habilitación, Normalización, Reposición o Remodelación de Infraestructura de Salud y deja sin efecto Resoluciones N° 1, de 2013 y N° 134, de 2014, ambas de la Subsecretaría de Redes Asistenciales (“Resolución N° 1” o “Bases”) y, en particular, a la posibilidad de que las bases establecidas en ella puedan ser contrarias a la competencia.
5. Según la Consultante, la dictación de las Bases sería un acto de autoridad que opera como una barrera de entrada al mercado de construcción de centros de salud⁵. Más en específico, señala que *“la pauta evaluativa no es armónica ni responde a las reglas de la lógica, atentando contra la libre competencia”*⁶, debido a que ella presentaría diversas deficiencias en los siguientes aspectos⁷:
 - a) La baja ponderación del precio, que se valora con un 40,6% del puntaje total.
 - b) La valoración y estructuración de los subfactores evaluados en materia de capacidad económica.
 - c) La valoración otorgada a la experiencia, que alcanza un 40,6% del puntaje total.
6. Cabe hacer presente al H. Tribunal que la dictación de la Resolución N° 1 tiene vinculación con el procedimiento contencioso Rol C-329-2017, en el que Constructora LN demandó al Minsal impugnando las bases tipo contenidas en la Resolución N° 134, de 2014 (“Resolución N° 134”), las cuales eran a la fecha de interposición de la demanda las bases tipo utilizadas por los Servicios de Salud para licitar obras hospitalarias de 1.201 metros cuadrados o más⁸.

⁵ Solicitud de folio 10, p. 2. Cabe tener en cuenta que, más adelante, en la sección 5.5 *Mercado relevante*, la Consultante define el mercado como cada licitación en sí misma (p. 33 y 34).

⁶ Solicitud de folio 10, p. 12.

⁷ Solicitud de folio 10, pp. 23 y ss.

⁸ Además de la Resolución N° 134, se encontraba vigente la Resolución Afecta N° 1, de 29 de enero de 2013, aplicable a la ejecución de proyectos de construcción, habilitación, reposición o remodelación de infraestructura de salud, de fecha 29 de enero de 2013, aplicable a *“proyectos financiados por Fondos Sectoriales del Ministerio de Salud, Fondos Regionales provenientes del Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR), y Fondos Mixtos, tanto sectoriales como regionales”* (Resolución Afecta N° 1, punto 1).

Cabe indicar que en el expediente Rol C-329-17, esta Fiscalía emitió un informe ordenado por el H. Tribunal, el que fue presentado con fecha 7 de septiembre de 2018 y rola a fs. 1519 y ss.

7. El referido caso concluyó a través de un desistimiento presentado por la demandante, actual Consultante, y aceptado por el Minsal. En el escrito respectivo, se indicó que *“dado que las licitaciones que motivan esta demanda han sido retiradas por el Ministerio de Salud y bajadas del portal de mercado público, y serán nuevamente licitadas, conforme a Bases Administrativas distintas, que respetarían los principios de la libre competencia, Constructora Luis Navarro SpA., viene en desistirse de la demanda de autos”*⁹.
8. Además de dicho caso, debe señalarse que en los autos Rol C-332-2017, Constructora Denco Ltda. demandó al Servicio de Salud de Osorno en relación a dos licitaciones en que se emplearon las bases tipo de la Resolución N° 134¹⁰, siendo Constructora LN tercero coadyuvante de la demandante¹¹. En su Sentencia N° 168, el H. Tribunal rechazó la demanda, en atención a la falta de poder de mercado del demandado¹², mientras que la Excma. Corte Suprema rechazó el recurso de reclamación interpuesto contra dicha sentencia¹³.

II. REGULACIÓN APLICABLE

II.1. Disposiciones legales relevantes

9. Los llamados a licitación de obras de salud realizados por el Minsal se encuentran regidos por las disposiciones generales de la contratación administrativa. De esta forma, resultan aplicables tanto la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“Ley N° 18.575”) como la Ley N° 19.886,

⁹ Desistimiento presentado con fecha 3 de septiembre de 2018, rolante a fs. 1513, proveído por el H. Tribunal con fecha 14 de septiembre de 2018.

¹⁰ Las licitaciones impugnadas fueron las siguientes:

- “Mejoramiento Hospital Puerto Octay”, ID 931768-66-LR17.
- “Mejoramiento Hospital Río Negro”, ID 931768-64-LR17.

¹¹ Escrito de fs. 762, proveído por el H. Tribunal resolución de fecha 3 de enero de 2018, expediente Rol C-332-2017.

¹² Sentencia N° 168, de 7 de marzo de 2019, Cons. 16°: *“Que la participación de mercado del SS Osorno es bastante menor, lo que descarta que tenga un poder de compra que le permita excluir del mercado relevante a otros participantes. En efecto, si ni siquiera ha sido probado el poder de mercado de la Demandada, ésta no puede incurrir en abuso alguno, tal como lo ha señalado este Tribunal (Sentencia N° 142/2015, confirmada por la Excma. Corte Suprema mediante sentencia de 30 de noviembre de 2015 en causa Rol 1.646-15). En consecuencia, es innecesario analizar las conductas imputadas por la actora”*. Disponible en: <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_168_2019-1.pdf> [Fecha de consulta: 22 de marzo de 2021].

¹³ Corte Suprema, 27 de enero de 2020, Rol 8850-2019. Disponible en: <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/03/Resolucion-Corte-Suprema-causa-C-332-17.pdf> [Fecha de consulta: 22 de marzo de 2021].

de 2003, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (“Ley N° 19.886”).

10. Dentro de la Ley N° 18.575, destaca la consagración del principio de libre concurrencia de los oferentes respecto de los procesos de licitación o propuesta pública, así como la igualdad ante las bases que rigen los contratos. Cabe indicar que la noción de libre concurrencia consiste en que *“no es posible limitar la participación de oferentes en un proceso licitatorio por razones externas a la naturaleza del producto y/ o servicio contratado, y que representen un obstáculo a la participación de dichos oferentes”*¹⁴.
11. En lo tocante a la Ley N° 19.886, es posible señalar que, según ella, la administración deberá adjudicar los contratos que celebre vía licitación pública de forma obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales (art. 5°, Ley N° 19.886). Asimismo, las bases de licitación *“deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros”* (art. 6°, Ley N° 19.886).
12. Además de estar regidas por las leyes mencionadas, en materia de licitaciones resultan también aplicables las disposiciones del Decreto Ley N° 211, debiendo tanto los oferentes o potenciales oferentes como los organismos licitantes respetar sus preceptos.

II.2. La Resolución N° 1

13. La Resolución N° 1 establece las bases tipo aplicables a las licitaciones públicas destinadas a la ejecución de proyectos de construcción, habilitación, normalización, reposición o remodelación de infraestructura sanitaria del sector público de salud, llevadas a cabo por todos los Servicios de Salud a nivel nacional¹⁵.

¹⁴ Dirección ChileCompra – Mesa de trabajo de Probidad Municipal. Barreras de Entrada a la participación de nuevos actores en el mercado de las Compras Públicas (2016), p. 3. Disponible en: <<https://www.ChileCompra.cl/wp-content/uploads/2017/02/1-Barrera-de-Entrada.pdf>> [Fecha de consulta: 22 de marzo de 2021].

¹⁵ Resolución N° 1, punto 1.

14. Para efectos de las Bases, las obras de salud a licitar se clasifican según su superficie de edificación según muestra la Tabla N° 1¹⁶.

Tabla N° 1: Categorías de licitaciones según la Resolución N° 1

| Categoría | Superficie de edificación |
|----------------------------|---|
| Alta complejidad | Igual o mayor a 60.000 m ² . |
| Mediana complejidad | Igual o mayor a 20.000 m ² y menor a 60.000 m ² . |
| Baja complejidad | Menor a 20.000 m ² . |

Fuente: Resolución N° 1, Sección 1. Ámbito de aplicación.

15. En las licitaciones regidas por la Resolución N° 1, pueden presentar ofertas “*las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras cuyo giro social comprenda la totalidad de lo solicitado en estas bases y que, en forma individual o como Unión Temporal de Proveedores, cumplan con los requisitos exigidos...*”¹⁷, sin que existan mayores exigencias *ex ante* para la participación de los agentes económicos interesados¹⁸.
16. La evaluación de las ofertas, dirigida a determinar al ganador del proceso licitatorio, considera distintos factores y subfactores a los que se les asigna un puntaje y su respectiva ponderación -para realizar posteriormente la suma de todos ellos-, adjudicándose cada licitación al oferente con el mayor puntaje final. Lo anterior, de acuerdo a lo establecido en la *Tabla de Evaluación Única*, aplicable a todo tipo de obra, con prescindencia de su complejidad.

¹⁶ En las bases tipo previas (Resolución N° 134), las categorías eran diferentes:

- (i) Obras de alta complejidad, que corresponden a proyectos de más de 25.000 m²;
- (ii) Obras de mediana complejidad, que abarcan aquellas obras entre 8.001 m² y 25.000 m²; y,
- (iii) Obras de baja complejidad, que incluyen aquellas entre 1.201 m² y 8.000 m².

¹⁷ Resolución N° 1, Sección 5. *De los oferentes*.

¹⁸ En efecto, sólo existen límites menores a la participación:

- Que las personas jurídicas estén válidamente constituidas antes del plazo para la firma del contrato (por lo que no se trata de un requisito para participar de la licitación), Sección 5.1.1 *Personas jurídicas*.
- Que los oferentes no estén afectos a las prohibiciones legales indicadas en la Sección 5.2 *Inhabilidades y prohibiciones*.

Tabla N° 2: Tabla de Evaluación Única

| Factor principal | Porcentaje factor | Subfactor | Porcentaje subfactor | Porcentaje en el total |
|---------------------------|-------------------|----------------------------------|----------------------|------------------------|
| Evaluación económica | 58% | Valor oferta | 70% | 40,6% |
| | | Capacidad económica | 30% | 17,4% |
| Evaluación técnica | 40% | Experiencia oferentes | 100% | 40% |
| Evaluación administrativa | 2% | Cumplimiento requisitos formales | 100% | 2% |

Fuente: Bases, 13.3, salvo la columna “Porcentaje en el total”, de elaboración propia.

17. La determinación del puntaje correspondiente a cada factor y subfactor se explica de forma específica en las Bases¹⁹.

III. MERCADO RELEVANTE

III.1. Definición

18. En relación a la definición del mercado relevante, cuando se revisan procesos licitatorios, hay que distinguir entre los siguientes dos casos: (i) si se confiere un monopolio o una posición dominante, esto es, la licitación reemplaza la competencia posterior (“competencia por la cancha”), donde el mercado se define, en general, de forma más acotada; (ii) si la licitación se refiere a la contratación por parte del Estado de bienes o servicios (“competencia en la cancha”) y, por ende, el mercado se define en relación a las dimensiones del producto y geográficas dentro de las que se enmarcan las licitaciones en análisis²⁰.

¹⁹ Por ejemplo, la explicación detallada de cómo se evalúa la capacidad económica puede consultarse en: *Anexo “Guía de evaluación de capacidad económica”*, Bases, pp. 111 y ss.

²⁰ H. Tribunal, Sentencia N° 168/2019, c. 10°: “Que, en el contexto de una licitación pública, para efectos de delimitar el mercado relevante en la dimensión del producto, es necesario dilucidar cómo actuó el SS Osorno cuando convocó a las Licitaciones Puerto Octay y Río Negro. En este caso, se debe determinar si, en su calidad de organismo de la administración del Estado, la Demandada actuó como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, o bien, como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia en el mercado por competencia por el mercado para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un período de tiempo. En el primer caso, el mercado relevante involucrado será aquel en el que inciden los bienes o servicios licitados (considerandos 27 y siguientes, Sentencia N° 114/2011); mientras que, en el segundo, el mercado relevante será precisamente la licitación (considerando 10,

19. En el presente caso, las licitaciones regidas por la Resolución N° 1 no asignan un monopolio ni confieren una posición de dominio, sino que a través de ellas se busca la provisión de un servicio que requiere el Estado para el cumplimiento de sus funciones: la construcción de recintos hospitalarios.
20. Desde el punto de vista del producto, a juicio de esta Fiscalía y de conformidad a los antecedentes recabados en la Investigación, el mercado relevante no corresponde a cada licitación en sí misma²¹, ni tampoco se agota en la construcción de recintos hospitalarios a través de licitaciones públicas, sino que debe ser definido de forma más amplia, abarcando la contratación de obras de edificación de forma general. Dentro de dicha definición, además de obras de salud, se incluye otro tipo de obras de construcción análogas. Asimismo, forma parte de dicho mercado no sólo la provisión pública, sino también la privada.
21. Para concluir lo anterior es importante destacar los siguientes aspectos:
- a) Valoración de la experiencia. En la Resolución N° 1, y en contraposición a la Resolución N° 134, la experiencia de los oferentes no se mide diferenciando entre obras de salud y obras equivalentes, por lo que estas obras serían vistas como integrantes de un mismo mercado desde el punto de vista del diseño de bases.
 - b) Subcontratación de especialidades. En la Resolución N° 1 se contempla de forma bastante amplia la posibilidad de que las especialidades de una obra de salud puedan ser subcontratadas a terceros, por lo que, en principio, se trata de licitaciones abiertas a distintos tipos de oferentes.

En efecto, puesto que en la Resolución N° 1 se admite la subcontratación parcial de las obras, cuando ella es autorizada por el Fiscalizador de Obra de Salud²², no sería estrictamente necesario que una constructora cuente directamente con los servicios

Sentencia N° 138/2014". Recuperado de: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_168_2019-1.pdf [Fecha de consulta: 12 de marzo de 2021].

En similar sentido: H. Tribunal, Resolución N°58/2019, c. 27°: "*en el contexto de una licitación pública, cuando es el Estado quien actúa como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, el mercado relevante es aquel al cual pertenecen dichos bienes o servicios licitados*". Recuperado de: <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2019/12/Resolucion_58_2019.pdf> [Fecha de consulta: 12 de marzo de 2021].

²¹ Dicha definición fue, además, descartada por el H. Tribunal. Ver: Sentencia N° 168/2019, c. 11° y ss.

²² Bases, punto 22.

de especialización propios del desarrollo de proyectos de infraestructura de salud, bastando que dichas especialidades sean contratadas con terceros.

De acuerdo a los antecedentes recabados por esta Fiscalía, las distintas especialidades que son propias del sector -correspondientes a servicios de gases clínicos, de climatización y servicios eléctricos- son efectivamente subcontratadas²³.

Al respecto, la propia demandante, actual Consultante señaló en su demanda de 2017 que en obras de salud *“la mayor diferencia se encuentra en las especialidades que involucra un edificio de salud y que no se ven en otro tipo de edificaciones, por ejemplo gases clínicos y cableado estructurado (a pesar que muchos edificios sí consideran esta especialidad). Sin embargo, **dichas especialidades, son subcontratadas** a empresas especialistas en cada una de ellas, las que por lo demás son las que ejecutan dichas obras en todos los edificios de salud y para los diferentes contratistas (...) **Por lo tanto esta supuesta diferencia desaparece absolutamente**”²⁴ (énfasis propio).*

En la Consulta, tal cuestión fue expuesta por la misma Consultante en los siguientes términos: *“Un hospital tiene dificultades técnicas, pero **no existen muchas diferencias respecto de un colegio, una comisaría, un Registro Civil o cualquier otro edificio público**, en especial si respecto de alguno de los elementos necesarios se subcontrata tanto por el empresario de mucha experiencia, como el*

²³ En la investigación, se indicó, por ejemplo:

- a) *“El subcontrato de gases clínicos es el más complicado porque son pocos los especialistas (...) las alternativas no son muchas, no son más allá de tres: Isamed, Torres, Proyecta. (...) También hay otras (empresas subcontratistas), está Indura, Praxair (...)”*. Toma de declaración Constructora Casa limitada, de fecha 16 de febrero de 2021, minuto 14:02.
- b) *“Por lo general uno se apoya en bastantes empresas que hay en el mercado, que pueden aportar esa parte sin tener mayor drama -las empresas constructoras- sino que subcontrata casi todo (...) Por lo general todo se puede subcontratar, hoy día existen bastantes subcontratistas bastante buenos que ejecutan esa parte”*. Toma de declaración Constructora Argal S.A, de fecha 18 de febrero de 2021, minuto 11:59.

En lo tocante a gases clínicos, habría aproximadamente cinco oferentes a lo largo del país, sin que se haya detectado la existencia de problemas relevantes para su contratación; mientras que en los otros dos servicios existirían diversos actores.

Lo anterior se extrae de la toma de declaración Constructora LN, de fecha 25 de enero de 2021, desde el minuto 17:54: *“En el caso de clima y de electricidad son subcontratos más parecidos a los proyectos inmobiliarios, por lo tanto, hay más oferentes en esas especialidades. La especialidad eléctrica de un hospital es compleja, pero es tan compleja como un edificio industrial, como una planta moderna y quizás también como un gran edificio de oficinas, entonces hay más contratistas para ese tipo de especialidades. En gases clínicos, que solo lo ocupan los hospitales y las clínicas, hay menos oferentes. Pero hay”*.

²⁴ Demanda, Rol C 329-17, p. 8 y 9 (fs. 300 y 301).

*empresario de poca experiencia al mismo proveedor de especialidades como los gases clínicos u otros asuntos especialísimos*²⁵ (énfasis propio).

- c) Heterogeneidad de la oferta. En línea con lo indicado en la letra anterior, no se detectó una diferenciación clara dentro de las 2.882 empresas que han resultado adjudicatarias en 7.026 licitaciones de proyectos de edificación en la Dirección de Compra y Contratación Pública (“ChileCompra”), dependiendo de si dichos proyectos estaban relacionados o no con obras en el sector salud²⁶⁻²⁷. Lo anterior, en virtud de la heterogeneidad observada entre los distintos adjudicatarios respecto de si participan o no, y de si priorizan o no su participación, en proyectos de edificación de infraestructura de salud²⁸.

Asimismo, las empresas que prestaron declaración ante la FNE trabajan en su gran mayoría tanto con mandantes públicos como privados²⁹, por lo que no se observaron diferencias relevantes entre el sector público y el privado, más allá de la regulación aplicable.

22. Desde el punto de vista geográfico, el mercado relevante es de alcance nacional toda vez que las obras de construcción son requeridas a lo largo del país y que los oferentes están dispuestos a ejecutar obras más allá de la zona en que se encuentran ubicadas sus operaciones principales³⁰.
23. Lo anterior es sin perjuicio de que los oferentes, de alguna forma, se puedan ver limitados geográficamente cuando el valor del proyecto no permite solventar los gastos involucrados en el traslado de equipamiento y mano de obra, o de su arriendo

²⁵ Escrito de folio 10, p. 44.

²⁶ Esto es, que fueron publicados por organismo del sector salud o que se refieran a la construcción, habilitación, normalización, reposición o remodelación de infraestructura de salud, tales como hospitales, consultorios, CESFAM, entre otros.

²⁷ Esto pese a la referida Resolución N° 134, pues, como se verá *infra*, los llamados de licitación de los Servicios de Salud representan un porcentaje muy pequeño en el número total de licitaciones de obras de edificación en ChileCompra.

²⁸ Detalle de la base de datos de ChileCompra utilizada en Nota 1 del Anexo. Mayor descripción del análisis realizado sobre las empresas adjudicadas en Nota 2 del Anexo.

²⁹ En este sentido, por ejemplo, se extrae de la toma de declaración de Constructora LyD, de fecha 15 de febrero de 2021.

³⁰ Toma de declaración de Argal S.A, de fecha 18 de febrero de 2021, minuto 06:12: *“Hemos ejecutado varios hospitales, a través de hospitales directamente o a través de los servicios de salud, tanto en Santiago como en las regiones (...) Podría eventualmente ver cualquier cosa en cualquier parte, siempre que el negocio amerite poder participar. Existen algunas ventajas comparativas entre estar en la región y moverse a otra región”*.

o contratación y, en consecuencia, opten por proyectos más cercanos cuando ellos son de menor valor monetario³¹.

III.2. Caracterización de la demanda

24. De manera preliminar, cabe señalar que, a partir de la información disponible en el Instituto Nacional de Estadísticas (“INE”), la construcción, en general, se ha visto afectada negativamente por la pandemia, observándose una contracción de la demanda, que se espera sea estacionaria. Así, por ejemplo, la superficie total autorizada para la edificación de obras nuevas y ampliaciones en el año 2020 ha caído aproximadamente un 30% en comparación con la superficie total autorizada en 2019³².

III.2.1. Baja incidencia de las Bases en el Mercado Relevante

25. De acuerdo a los datos del INE, las obras nuevas en el sector salud representaron menos de un 2,4% de la superficie de edificación nueva total autorizada durante el año 2019. Esto, si se considera tanto el sector público como el sector privado³³.
26. En lo tocante al sector público, cabe indicar que los llamados a licitación para la construcción de infraestructura de salud publicados a través del portal ChileCompra son realizados no sólo por los distintos Servicios de Salud, sino que también por el MOP, municipios y hospitales. Sobre ello, es preciso recordar que la Resolución N° 1 rige solamente respecto de las licitaciones convocadas por los Servicios de Salud.
27. Por lo tanto, las licitaciones de obras nuevas convocadas por los Servicios de Salud durante el año 2019, que en la actualidad se habrían regido por las Bases, representaron un porcentaje incluso menor al 2,4% antes revisado.
28. Ahora bien, aun cuando se consideran las obras requeridas por entidades privadas dentro del mercado relevante, atendida la falta de información en este sector y

³¹ Lo que se puede concluir en base al análisis realizado a partir de los datos de licitaciones publicadas en ChileCompra, presentado en Nota 3 del Anexo.

³² Base “Edificación series históricas a enero 2021.xlsx”. Cuadros Estadísticos. Series mensuales. INE. Extraído de: <<https://www.ine.cl/estadisticas/economia/edificacion-y-construccion/permisos-de-edificacion>> [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2021].

³³ Porcentaje en base al documento “Informe anual 2019”, hoja “2.10”. Cuadros Estadísticos. Anuarios. INE. Extraído de: <<https://www.ine.cl/estadisticas/economia/edificacion-y-construccion/permisos-de-edificacion>> [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2021].

Adicionalmente, a partir de las hojas “1.2.1” y “1.2.2” del mismo documento, se observa que la superficie total autorizada para proyectos de edificación de obras nuevas y ampliaciones en el sector privado correspondió, aproximadamente, al 94% de la superficie total autorizada en dicho año. En tanto que la superficie total autorizada para el sector público, correspondió al 6% restante.

únicamente con un fin descriptivo, en lo que sigue se revisará la caracterización de la demanda en el sector público solamente, a partir de los datos de ChileCompra.

29. Pues bien, a partir de los datos disponibles, se extrae que los principales organismos públicos que han adjudicado licitaciones de obras de edificación, entre enero de 2017 y enero de 2021, son las municipalidades (61% del total de licitaciones adjudicadas), seguidos por el conjunto de otros ministerios (distintos del Ministerio de Salud, el MOP y el Minvu, con un 9%) y, **en tercer lugar, se encuentran los Servicios de Salud con sólo un 8% de las licitaciones adjudicadas**³⁴.
30. En consecuencia, incluso si se considera sólo el sector público, las licitaciones regidas por las Bases representan una baja participación.
31. Adicionalmente, y sin perjuicio que se consideró un mercado relevante general más amplio, corresponde informar al H. Tribunal que, al revisar sólo las licitaciones de obras de edificación en el sector salud, el principal actor corresponde a los Servicios de Salud (57%), seguidos por municipios (23%) y hospitales (16%)³⁵.

III.2.2. Distribución geográfica de compradores de ChileCompra

32. En cuanto a la distribución geográfica de los proyectos licitados entre enero de 2017 y enero de 2021, hayan sido adjudicados o no, se observa un mayor número de licitaciones en la Región Metropolitana (17%) y de Valparaíso (10%), seguidas luego por distintas regiones de la zona centro-sur del país³⁶. La anterior situación se acentúa si se consideran las licitaciones adjudicadas en el sector salud, donde lidera la Región Metropolitana (20%), seguida por la Región de Los Lagos (11%) y de Los Ríos y de Valparaíso (ambas con un 10%)³⁷.
33. Así, se observa una preponderancia de proyectos en la zona central y centro sur del país, sin perjuicio de que existen proyectos en todo Chile.

III.3. Caracterización de la oferta

34. En base a los antecedentes recabados por esta Fiscalía, un total de 2.882 empresas han sido adjudicadas en 7.026 licitaciones publicadas en el portal ChileCompra entre

³⁴ Mayor detalle en Nota 4 del Anexo.

³⁵ Lo que se puede revisar con mayor detalle en Nota 5 del Anexo.

³⁶ Esto, tal como se extrae de la Nota 6 del Anexo, en la que se revisan no sólo las licitaciones adjudicadas, sino el conjunto completo de licitaciones.

³⁷ Tal como se presenta en Nota 7 del Anexo.

enero de 2017 y enero de 2021³⁸, lo que da cuenta de una oferta que se encuentra bastante atomizada³⁹.

35. En específico para las obras en el sector salud, durante el mismo periodo, se adjudicaron 1.017 licitaciones a 615 empresas. Y, si se acota el análisis a las licitaciones en proyectos de salud que fueron particularmente publicadas por Servicios de Salud, la cifra alcanza las 357 empresas adjudicadas en 578 licitaciones⁴⁰.
36. Así, en términos relativos, se observa una mayor atomización en el sector salud atendido que una empresa, en promedio para todo el periodo revisado, se adjudicó 2,4 licitaciones de obras de edificación en general⁴¹, mientras que, para los proyectos de edificación de infraestructura de salud, el promedio se reduce a 1,65 licitaciones por empresa⁴² y, para las licitaciones de los Servicios de Salud, dicho promedio es incluso un poco menor, correspondiendo a 1,6 licitaciones por empresa⁴³.
37. Ahora bien, puesto que desde la perspectiva de la oferta resulta esperable que en obras de menor valor monetario se concentre un mayor número de oferentes, en los siguientes párrafos se revisa el número de empresas que han sido adjudicadas según el valor de los proyectos licitados.

³⁸ Cabe señalar que esta cifra puede tener un componente de sobre estimación, ya que se consideran como adjudicatarios diferentes a empresas con RUT distinto, pese a que pueden ser de un mismo grupo económico. Esta prevención es aplicable a todos los análisis en que se alude a un número de empresas, toda vez que no se verificó si las mismas son o no vinculadas entre sí.

³⁹ En el mismo sentido: Butelmann Consultores, Informe “Respecto de licitaciones para construcción de obras de los Hospitales de Puerto Octay y Río Negro” (2018), rolante a fs. 3019, H. Tribunal, expediente Rol C332-2017.

En específico para el caso de Región de Los Lagos, “*por el lado de la oferta, el mercado también pareciera estar bastante atomizado, ya que estas 112 licitaciones fueron asignadas a 57 empresas distintas; y que la empresa con más licitaciones ganadas ganó 12 de las 112 licitaciones, más una en consorcio con otra empresa.*

Otro indicio de cuán competitivas han sido estas licitaciones es el número de ofertas recibidas en cada una de ellas. La tabla 7 resume esta información para las 112 licitaciones mencionadas. Como se observa, en casi el 80% de las licitaciones hubo más de un oferente, y en el 35% hubo 4 oferentes o más.

Adicionalmente, de acuerdo con lo informado por el Servicio de Impuestos Internos, existe un total de 4.134 empresas constructoras registradas en dicho servicio a nivel nacional, con un capital mayor a \$100.000.000. De ellas, 148 tienen domicilio en la X Región. En este mismo sentido, de acuerdo a lo informado por ChileCompra, existe un total de 1.230 empresas constructoras inscritas y con contrato vigente (“hábiles”) en el Registro Oficial de Proveedores del Estado, de las cuales 55 tienen su dirección registrada en la X Región. Estos dos indicios reflejan que, adicionalmente, existen muchos competidores potenciales adicionales en las licitaciones bajo análisis”.

⁴⁰ Según se puede revisar en la Tabla N° 4 de la Nota 1 del Anexo.

⁴¹ En atención a las 7.026 licitaciones adjudicadas entre 2.883 empresas.

⁴² Producto de las 1.017 licitaciones en el sector salud adjudicadas entre 615 empresas.

⁴³ Esto, al dividir las 578 licitaciones adjudicadas entre 357 empresas.

38. En esta línea, en primer lugar, cabe señalar que las licitaciones públicas se pueden clasificar en virtud del segmento asociado al valor estimado del proyecto⁴⁴. En el primer segmento (entre 100 y 1.000 UTM, que se considerará parte del “Grupo A”) se encuentran obras referidas a proyectos de edificación que principalmente contemplan el mantenimiento, reparación o remodelación de infraestructura. En el segundo segmento (entre 1.000 y 2.000 UTM, que también se considerará dentro del “Grupo A”) se incorporan también obras de conservación, construcción de plazas y sedes pequeñas. En el tercer segmento (entre 2.000 y 5.000 UTM, “Grupo B”) se posicionan, además, obras de construcción de viviendas bajas⁴⁵, obras de conservación de establecimientos educacionales, ampliaciones y normalizaciones. En el último segmento (mayor a 5.000 UTM, “Grupo C”) se encuentran proyectos que contemplan obras con mayores niveles de complejidad como, por ejemplo, la construcción de escuelas, facultades universitarias, hospitales y salas cuna, la conservación de edificios gubernamentales y proyectos de construcción de infraestructura pública⁴⁶.
39. En la tabla que sigue, se revisa el número de empresas según el o los grupos de licitación en el que han sido adjudicadas.

⁴⁴ Las licitaciones también se pueden diferenciar entre licitaciones públicas o privadas. Las licitaciones públicas son, para cualquier segmento de análisis, una proporción mayoritaria en comparación a las licitaciones privadas. En efecto, existen excepciones para las cuales los organismos públicos pueden contratar sin licitación pública:

1. Licitaciones privadas. Se definen como *“el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente”* (art. 7°, letra a) de la Ley N° 19.886).
2. Trato o contratación directa. Es *“el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento”* (art. 7°, letra c) de la Ley N° 19.886).

⁴⁵ Algunos de estos proyectos involucran igualmente la demolición de infraestructura existente en el lugar.

⁴⁶ Mayor detalle sobre la relevancia de cada uno de estos segmentos en Tabla N° 1 de la Nota 1 del Anexo.

Tabla Nº 3: Número de empresas adjudicadas en licitaciones de proyectos de edificación de infraestructura de salud por segmento de valor de la obra

| Grupo(s) de licitaciones | Número de empresas adjudicadas |
|--|--------------------------------|
| Sólo del Grupo A (menor a 2.000 UTM) | 1.858 |
| Sólo del Grupo B (entre 2.000 y 5.000 UTM) | 204 |
| Sólo del Grupo C (mayores a 5.000 UTM) | 305 |
| Sólo del Grupo A y del Grupo B | 259 |
| Sólo del Grupo A y del Grupo C | 86 |
| Sólo del Grupo B y del Grupo C | 76 |
| Del Grupo A, Grupo B y Grupo C | 94 |
| Total | 2.882 |

Nota: Cada empresa adjudicada se contabiliza sólo en una de las filas de la tabla.

Fuente: Elaboración propia con datos de ChileCompra⁴⁷.

40. Se aprecia de la tabla anterior que más de la mitad de las empresas, 1.858 en total, sólo se adjudicaron licitaciones en los segmentos de menor magnitud en términos monetarios (Grupo A), por lo que efectivamente existe mayor oferta en los grupos de licitaciones de menor valor.
41. Adicionalmente, sumando las filas 4 a 6 de la tabla, se encontraron 421 empresas que se han adjudicado obras en dos agrupaciones de licitaciones diferentes, vale decir, obras de distintos tramos de valor. Por su parte, 94 empresas se han adjudicado licitaciones en las tres agrupaciones revisadas (Grupos A, B y C)⁴⁸. En consecuencia, si bien existen empresas que focalizan sus recursos en un cierto grupo de licitaciones, existe un número no menor de ellas, 515 en total, que diversifican los proyectos de edificación en los que participan, en términos de su valor estimado.

⁴⁷ Para la elaboración de la Tabla Nº 3, se contabilizaron las empresas que se han adjudicado licitaciones de obras de edificación entre el 1º de enero de 2017 y el 1º de febrero de 2021.

⁴⁸ La Tabla Nº 3 es concordante con el informe emitido por esta Fiscalía en la causa Rol C-329-17, en que se observó que empresas de mayor tamaño no participan necesariamente en obras de menor tamaño que se encuentren lejos de su sede principal.

42. En resumen, un número importante de empresas se han adjudicado licitaciones en proyectos de edificación en general⁴⁹, lo que en definitiva da cuenta de que la oferta en este mercado está más bien atomizada.
43. Finalmente, cabe señalar que, si bien la construcción -en general- es una actividad que involucra una serie de riesgos⁵⁰, la atomización de la oferta es un claro indicio de que esta actividad no presenta especiales barreras a la entrada.

IV. ANÁLISIS DE COMPETENCIA

44. La definición del mercado relevante cumple la función de determinar los límites de competencia entre los distintos actores de un mercado, por lo que se trata de un elemento de alta trascendencia en el análisis de un caso⁵¹. Así, es en virtud de dicha definición que se analiza si los hechos, actos o convenciones de que trate un determinado caso pueden o no afectar negativamente al mercado.
45. Pues bien, a partir del mercado relevante definido en el presente caso y de la ausencia de barreras a la entrada en el mercado, se observa que la incidencia de las licitaciones sujetas a la Resolución N° 1 es muy acotada, toda vez que, a lo sumo y bajo un escenario que no incluya la demanda privada, abarcarían un 8% del mercado relevante y, por tanto, difícilmente podrían limitar la competencia mediante el diseño de sus respectivas bases.
46. Es justamente por esta razón, esto es, que el Minsal carece de poder de mercado en lo que respecta a las licitaciones en que inciden las Bases y, en consecuencia, a este

⁴⁹ Y también en particular para proyectos de salud, como se extrae del análisis realizado en la Nota 2 del Anexo, antes referido.

⁵⁰ Por ejemplo: incumplimiento de los plazos previstos en el contrato, potencial insolvencia del constructor que produzca abandono de la obra, empleo de mano de obra no calificada o accidentes o decesos de trabajadores. En: Butelmann Consultores (2018), *op. cit.*

También se ha indicado que las obras de salud licitadas serían los proyectos de obra pública más complicados, con altas tasas de retrasos y sobrecostos. En: Harrison, Rodrigo. "Análisis económico del diseño e implementación de licitaciones para la construcción de obras hospitalarias" (2018), acompañado por el Minsal a la FNE con fecha 28 de enero de 2021.

⁵¹ Al respecto, la Comisión Europea ha señalado que *"el principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva"*. En: Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31997Y1209%2801%29>> [Fecha última consulta: 22 de marzo de 2021].

respecto no podría incurrir en infracciones al DL 211, que para esta Fiscalía no resulta pertinente referirse a los aspectos específicos de las Bases en que recae la Consulta, sin perjuicio de que algunas de las reglas o condiciones establecidas por la Resolución N° 1 pudieren ser perfectibles en términos de la libre competencia, de un mejor manejo de los fondos públicos, así como también del funcionamiento de las licitaciones del Estado.

V. CONCLUSIONES

47. La Resolución N° 1 se aplica a licitaciones de obras de salud, las que forman parte de un mercado relevante más amplio relativo a la edificación de obras, tanto públicas como privadas, el cual tiene alcance nacional.
48. La incidencia en el mercado relevante de las licitaciones que se convoquen acorde a las Bases es muy acotada y difícilmente podrían dar lugar a una conducta anticompetitiva.
49. Por todo lo informado, esta Fiscalía considera que no existen en el presente caso hechos, actos o contratos que puedan infringir las disposiciones del DL N° 211.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 18 N° 2, 31 y 32 del DL N° 211,

A ESTE H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes a la Solicitud de autos.

PRIMER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos de carácter público:

1. Documento en formato PDF denominado “Anexo”, elaborado por la Fiscalía Nacional Económica.
2. Documento en formato PDF denominado “Documento explicativo. Procesamiento Bases de Datos”, elaborado por la Fiscalía Nacional Económica.

3. Documento comprimido en formato RAR denominado “Bases y códigos”, compuesto por las carpetas y archivos que se individualizan en la siguiente tabla:

| Carpeta | Archivo |
|-----------------------|---|
| 01. Datos | 01. IDLicitaciones 22-ene-21.csv |
| | 01. buscaIDLicitaciones.sql |
| | 02. Ofertas 22-ene-21 1 de 2.csv |
| | 02. infoOfertas 1 de 2.sql |
| | 03. Ofertas 22-ene-21 2 de 2.csv |
| | 03. infoOfertas 2 de 2.sql |
| 02. Procesamiento | 00. Ejecutar para construir base.py |
| | CUT_2018_v04.xls |
| | filtroOfertas.xlsx |
| | funcionLecturaBases.py |
| | funcionRegiones.py |
| | funcion_idEdificaciones.py |
| 03. Resultados | 00. Ejecutar para presentar resultados.py |
| | Plantilla formato tablas.xlsm |
| | Resultados.xlsx |
| | funcionClasificaCompradores.py |
| | funcionGuardaResultados.py |
| | funcionLecturaBaseEdificaciones.py |
| | funcionTabla.py |
| | funcionTabla3.py |
| | funcionTablaA2.py |
| | funcionTablaA4.py |
| | funcionTablaA7.py |
| | funcionTablasA10yA11.py |
| | funcionTablasA12yA13.py |
| | funcionTablasA1yA3.py |
| | funcionTablasA5yA6.py |
| funcionTablasA8yA9.py | |

Sírvase H. Tribunal: Tener los documentos por acompañados.

SEGUNDO OTROSÍ: De acuerdo al Protocolo por Emergencia Sanitaria Covid-19 de fecha 26 de junio de 2020, solicitamos al H. Tribunal habilitar un *drive* para acompañar los documentos ofrecidos en el primer otrosí de esta presentación, y se envíe la clave temporal al correo electrónico jmassmann@fne.gob.cl.

Sírvase H. Tribunal: Habilitar *drive* para acompañar los documentos ofrecidos en el primer otrosí.

TERCER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta en el Decreto N° 158, de fecha 11 de diciembre de 2018, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, cuya copia simple se acompaña en este acto.

Asimismo, solicito se tenga presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en estos autos, con el domicilio singularizado en la comparecencia. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, doña Julie Massmann Wyneken y don Camilo Vergara Santelices, de mí mismo domicilio, quienes podrán actuar de forma separada e indistintamente con el suscrito.

Sírvase H. Tribunal: Tenerlo presente.