

En lo principal: Aporta antecedentes. **En el primer otrosí:** Acompaña documento confidencial. **En el segundo otrosí:** Acompaña versión pública. **En el tercer otrosí:** Acompaña documento.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Jorge Grunberg Pilowsky, Fiscal Nacional Económico, en representación de la **Fiscalía Nacional Económica** (en adelante, “**FNE**” o “**Fiscalía**”), en autos caratulados “*Consulta sobre si la exigencia de territorialidad de la infraestructura o datos en Chile por parte de los órganos públicos bajo convenio marco de la Dirección de Compras y Contratación Pública es o no acorde con la normativa de libre competencia*”, Rol NC N° 526-2023, al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “**H. Tribunal**” o “**H. TDLC**”) 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 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973 (en adelante, “**DL 211**”), y lo indicado por este H. Tribunal mediante resolución de fecha 4 de enero de 2024, de folio 19 de estos autos, evacúo informe acerca de las materias consultadas en la presentación de Amazon Web Services, Inc. (en adelante, “**AWS**”, o la “**Consultante**”) de folio 17, en los términos que a continuación se expondrán:

I. OBJETO DE LA CONSULTA Y DEL PRESENTE INFORME

1. Con fecha 29 de diciembre de 2023, AWS presentó una consulta a este H. Tribunal, en virtud de la cual le solicita determinar si, en las contrataciones de servicios de “infraestructura como servicio de nube pública” bajo el Convenio Marco ID 2239-5-LR22 o en el convenio que lo reemplace, la exigencia de los órganos de la administración del Estado de que la infraestructura deba ubicarse en territorio chileno es o no contraria a la libre competencia.
2. La Consultante se autodefine como una empresa multinacional que provee el servicio de plataformas de procesamiento computacional en la nube. En Chile presta este servicio tanto a organismos del Estado como a clientes del sector privado, pero no cuenta con infraestructura instalada dentro del territorio nacional¹. Es decir, los *data centers*, servidores y las redes provistas por la Consultante a sus clientes se encuentran ubicados, físicamente, en otros países.

¹ Consulta de AWS, párrafo 12, p. 4.

3. En su consulta, AWS señala que algunos órganos de la Administración del Estado han exigido como requisito para contratar servicios de nube pública, que la infraestructura física y/o los datos almacenados se encuentren ubicados dentro de Chile², lo que les impide ofrecer sus servicios a dichos órganos³.
4. Esta exigencia de territorialidad, según la Consultante, carece de justificación técnica, ya que los servicios de nube pública por definición no tienen límites geográficos. Por el contrario, a su juicio, sería recomendable la diversificación geográfica de la infraestructura, en tanto permite replicar los datos y evitar, por ejemplo, la pérdida de la información en caso de desastres naturales⁴. Asimismo, dicha restricción carecería de fundamento jurídico, ya que en Chile no existe ninguna ley que establezca una exigencia de territorialidad. A mayor abundamiento, la Dirección de Compras y Contratación Pública (en adelante, “ChileCompra”) ha señalado de forma expresa que los órganos públicos debiesen considerar también a proveedores de servicios de nube cuya infraestructura se ubica en el extranjero, en la Directiva N° 32 sobre “Recomendaciones para la contratación de servicios en la nube”⁵.
5. De acuerdo con la Consultante, la exigencia de territorialidad ha surgido en el ámbito de la contratación de infraestructura como servicio en nube pública, por parte de organismos de la Administración del Estado a través del Convenio Marco ID 2239-5-LR22 (“CM 2022”)⁶.
6. Atendido lo anterior, el presente informe tiene por objeto: (i) describir los antecedentes jurídicos relevantes del CM 2022; (ii) exponer las características y el entorno competitivo en el que se enmarca la prestación de servicios de nube en modalidad de infraestructura como servicio; y (iii) exponer nuestro análisis de competencia, en relación a si las exigencias de territorialidad, incorporadas a las solicitudes de cotización bajo el CM 2022, infringen o no el DL 211, en base a los requisitos establecidos por la jurisprudencia de este H. Tribunal.

² Estos servicios son: (i) Instituto Nacional de Estadísticas (Cotizaciones ID 32810 e ID 32980); (ii) Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (Cotización ID 34054); y (iii) Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (Cotizaciones ID 32712, ID 32837 e ID 35407).

³ Consulta de AWS, párrafo 148, p. 45.

⁴ Consulta de AWS, párrafo 109, p. 29.

⁵ Directiva de Contratación Pública N°32. 2018. Recomendaciones para la contratación de servicios en la nube, ChileCompra, 26 de noviembre de 2018. Resolución Exenta N°619-B. Disponible en: <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2018/12/619-B-Res.-Aprueba-directiva-de-contratacion-publica-32-recomendaciones-para-la-Contratacion-de-Servicios-en-la-nube.pdf> [Fecha de consulta: 18 de marzo de 2024].

⁶ Esto es sin perjuicio de que los órganos de la Administración del Estado han contratado estos servicios a través de licitaciones, y, de acuerdo con la Ley N° 19.986, también pueden contratar servicios fuera del convenio marco cuando hayan obtenido mejores condiciones fuera de aquel.

II. EL CONVENIO MARCO ID 2239-5-LR22

A. Regulación aplicable

7. El convenio marco es un procedimiento de contratación que efectúa ChileCompra con la finalidad de proveer el suministro directo de bienes y/o servicios a las instituciones públicas sujetas a la Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios ("**Ley de Compras Públicas**"), en la forma, plazo y demás condiciones que se establezcan en los respectivos convenios⁷.
8. Dichos convenios se encuentran regulados por la misma Ley de Compras Públicas y su respectivo reglamento, el Decreto N°250, de 2004, del Ministerio de Hacienda ("**Reglamento de Compras Públicas**"). Adicionalmente, cabe mencionar la Directiva N°5 de 2006 de ChileCompra, que contiene instrucciones, no vinculantes, sobre cómo los organismos públicos deben seleccionar productos y servicios en el portal electrónico de ChileCompra, y la Directiva N° 38 de ChileCompra, sobre contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de información.
9. En este procedimiento de contratación se distinguen dos etapas. La primera corresponde a una licitación pública que es llamada directamente por ChileCompra, y mediante la cual se seleccionan los proveedores que serán parte del catálogo del convenio. Posteriormente, en la segunda etapa, el comprador público adquiere los bienes o servicios directamente de uno de los proveedores que resultaron adjudicados.
10. De acuerdo con el artículo 30 literal d) de la Ley de Compras Públicas, los organismos públicos están obligados a revisar el catálogo y adquirir el bien o servicio que figure en éste. Con todo, si una institución obtiene por cuenta propia mejores condiciones comerciales para la adquisición de un producto o servicio, respecto de aquellas establecidas en los convenios marco, puede celebrar el contrato sin necesidad de utilizar el convenio⁸.
11. Adicionalmente, la regla general es que la elección de proveedores, dentro de los que ingresaron al convenio marco, sea de carácter discrecional para los organismos públicos⁹. No obstante, en el caso particular del convenio marco objeto de la consulta, los organismos públicos tienen la obligación de solicitar cotizaciones a las tres empresas seleccionadas, y elegir de entre ellas aquella que ofrezca el menor precio.

⁷ Fiscalía Nacional Económica, Estudio de Mercado de Compras Públicas (EM05-2019), Informe Final, p. 120.

⁸ Estas condiciones más ventajosas deben corresponder a situaciones objetivas, sustanciales y demostrables por la entidad. Claudio Moraga Klenner, Contratación Administrativa (Santiago: Thomson Reuters, 2019), pp. 299 - 300.

⁹ Fiscalía Nacional Económica, Estudio de Mercado de Compras Públicas (EM05-2019), Informe Final, p. 245.

B. Proceso de licitación, adjudicación, y cotizaciones del CM 2022

12. En julio de 2022, ChileCompra publicó las bases del proceso de licitación ID 2239-5-LR22 para el Convenio Marco titulado “Infraestructura como Servicio en nube pública y Enlace de Datos en puntos habilitados” a fin de seleccionar a un grupo de proveedores que podrán prestar este tipo de servicios a órganos públicos. Dicho convenio es aplicable a compras de un valor superior a 30 UTM e iguales o inferiores a 20.000 UTM y comenzó a regir el 6 de septiembre de 2022. Si bien tenía una duración de 12 meses, por resolución de ChileCompra de fecha 10 de julio de 2023, se extendió por 6 meses más, contados desde la fecha original de vencimiento.
13. La licitación para el CM 2022 comprendía dos tipos de servicios: (i) infraestructura como servicio en la nube pública; y (ii) enlace de datos en puntos habilitados. Los oferentes podían presentar ofertas para prestar uno de los dos servicios o ambos, los que, en todo caso, se evaluarían de forma separada.
14. Para hacer una oferta para el servicio de infraestructura como servicio en la nube pública, el interesado debía presentar su oferta en conjunto con un proveedor de soluciones de nube o *cloud solution provider* (en adelante “CSP”) ¹⁰. La evaluación de las ofertas de ese servicio se hizo en base a tres criterios ¹¹: (i) precio, con una ponderación del 75%; (ii) certificaciones, con un 20%; y, (iii) el cumplimiento de requisitos formales de las Bases con un 5%. Los participantes a adjudicar, serían aquellos que obtuvieran los tres puntajes más altos; éstos fueron: Claro Chile S.A. (en adelante, “Claro”) con AWS como CSP; Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. (en adelante “Entel”) con Google Cloud (en adelante “Google”) como CSP; y Servicios Tecnológicos Ademanda.com Limitada (en adelante “Ademanda”) con Huawei Cloud (en adelante, “Huawei”) como CSP (en adelante y en su conjunto “Empresas Adjudicadas”) ¹².
15. De acuerdo con las bases de licitación, para adquirir los servicios de nube pública, los órganos del Estado deben solicitar una cotización a las tres Empresas Adjudicadas, indicando las especificaciones técnicas y comerciales de los servicios que requieran. Los adjudicados presentarán entonces una cotización, y el órgano del Estado elegirá aquella de menor precio.

¹⁰ Adicionalmente, las bases establecieron como restricción que no podría adjudicarse el convenio marco a más de un oferente con un mismo CSP, por lo que, si dos participantes se presentaban con un mismo CSP, sólo se adjudicaría a aquel que obtuviese mayor puntaje (Apartado 9.7 “Adjudicación” de las bases de licitación ID 2239-5-LR22).

¹¹ Apartado 9.4 “Criterios de Evaluación” de las bases de licitación ID 2239-5-LR22.

¹² Resolución de ChileCompra de fecha 9 de septiembre de 2022.

16. Cabe señalar que las bases del CM 2022 no establecieron restricciones a los oferentes para participar en la licitación relativas a la territorialidad de la infraestructura y del almacenamiento de los datos¹³. Sin embargo, tampoco consta en dicho instrumento alguna prohibición para que esta exigencia se incluya en las solicitudes de cotización¹⁴.

III. LA INDUSTRIA DE LOS SERVICIOS EN LA NUBE

17. Los servicios en la nube consisten en una red de servidores interconectados que permiten a las personas y organizaciones acceder, a través de internet o de una conexión directa, desde cualquier lugar y a demanda (*on-demand*) a un conjunto de servicios y recursos informáticos compartidos y configurables¹⁵.
18. Los servicios en la nube se diferencian de las “infraestructuras de tecnologías de información tradicionales” en que en estas últimas, los recursos (*data centers*, servidores, hardware de redes, entre otros) son de propiedad del usuario, están generalmente ubicados dentro de sus instalaciones, y dependen de un departamento de Tecnologías de la Información (en adelante, “TI”) interno para diseñar, instalar, gestionar y mantener la infraestructura¹⁶.
19. En comparación a la infraestructura de TI tradicional, de acuerdo con lo indicado por la *Office of Communications* del Reino Unido, los servicios en la nube ofrecen un nivel de flexibilidad y escalabilidad que permite a los clientes aumentar o reducir rápidamente los recursos informáticos que sustentan su negocio. Permitirían, además, reducir costos, transformar gastos de capital en gastos operativos, incrementar el potencial innovativo, mejorar la calidad de servicio y alcanzar un nivel de resiliencia y seguridad suficientes, entre otros¹⁷.
20. Los servicios en la nube se pueden prestar en tres modalidades: (i) “Infraestructura como servicio” (en adelante, por sus siglas en inglés, “**IaaS**”); (ii) “Plataforma como

¹³ El conjunto de requisitos técnicos puede consultarse en el apartado 9 “Requerimientos técnicos, evaluación y adjudicación de las ofertas” de las bases de licitación ID 2239-5-LR22.

¹⁴ En el apartado 10.4 subsección “Solicitud de cotización” numeral i) “funcionamiento” de las bases de licitación ID 2239-5-LR22, se establece únicamente que: “*Los organismos públicos deberán completar un formulario dispuesto por la DCCP en el Sistema de Información con la finalidad de indicar, entre otros, el objetivo y alcance de los servicios a contratar, los requerimientos específicos de la contratación, los servicios entregables esperados, los plazos disponibles para la ejecución de los servicios, presupuesto máximo de la contratación, los requerimientos mínimos que deben cumplir las ofertas de conformidad con lo establecido en las presentes bases*”.

¹⁵ Guía para el uso de servicios en la nube para la Administración del Estado, 2023. Gobierno de Chile, p. 8.

¹⁶ Cloud Services Market Study, Final Report. United Kingdom Office of Communications (OFCOM), Octubre 2023, p. 20 y p. 21.

¹⁷ Cloud Services Market Study, Final Report. United Kingdom Office of Communications (OFCOM), Octubre 2023, p. 20 y p. 21.

Servicio” (en adelante, por sus siglas en inglés, “PaaS”)¹⁸; y (iii) “Software como Servicio” (en adelante, por sus siglas en inglés, “SaaS”)¹⁹. A continuación, considerando el objeto de la Consulta, se abordará en mayor detalle el servicio IaaS.

21. En la modalidad IaaS, el proveedor entrega al cliente acceso a la infraestructura computacional (*data centers*, servidores, equipamiento de red, entre otros) como un servicio, el cual es configurable mediante una interfaz web.
22. Este servicio entrega al cliente la posibilidad de realizar cualquier acción que se pudiese llevar a cabo en una infraestructura propia, como ejecutar servicios, desarrollar aplicaciones y almacenar datos, sin la necesidad de preocuparse por la adquisición y mantenimiento de servidores físicos, ya que éstos son proporcionados por la empresa proveedora²⁰. Además, el cliente paga únicamente por el tiempo que efectivamente se está utilizando el servidor, lo que se denomina “pago por uso”. Cabe señalar que la modalidad IaaS es el modelo de servicio de nube más estandarizado, y representa la categoría de servicios de nube más grande, en términos de volumen de ventas²¹, en comparación con las modalidades PaaS y SaaS.
23. Según el tipo de administración que tenga la nube, esta se puede clasificar en nube “pública”, “privada”, “híbrida” o “multi-nube”. En el caso de la nube pública, que es aquella que fue licitada en el CM 2022, los datos y algoritmos del cliente se ejecutan en el *data center* del proveedor, utilizando un conjunto compartido de recursos informáticos con otros clientes, quienes acceden a éstos a través de internet²².
24. Por su parte, el servicio de nube privada o dedicada provee al cliente la infraestructura externa exclusiva para sus necesidades informáticas, por lo que no se comparten los recursos con otros clientes. Este tipo de servicio no permite aprovechar parte de los

¹⁸ Corresponde a un servicio de nube donde el proveedor entrega al cliente una plataforma con herramientas de hardware y software, permitiendo a los clientes desarrollar, ejecutar y mantener aplicaciones, liberando a los clientes de necesidades de infraestructura, software y hardware. Generalmente este servicio es utilizado por instituciones que tengan desarrollos de software propios, no estandarizables y no reutilizables por otros órganos. El cliente tiene un control parcial sobre las configuraciones del entorno y las mismas aplicaciones, ya que la infraestructura y recursos aún dependen del proveedor que las despliega. Desde el punto de vista de la seguridad, es compartida entre el proveedor y el cliente. Fuente: Guía para el uso de servicios en la nube para la Administración del Estado, 2023. Gobierno de Chile, p. 11.

¹⁹ Corresponde a un servicio de nube donde se entregan softwares o aplicaciones que son utilizados por el cliente a través de internet, sujeto a un pago mensual y bajo demanda, permitiendo así reemplazar aplicaciones tradicionalmente instaladas en infraestructura propia. Se accede a este servicio a través de un proveedor que se ocupa del hospedaje, mantención y seguridad de la aplicación. Todo el soporte, actualizaciones y mejoras están controladas por el proveedor. Fuente: Guía para el uso de servicios en la nube para la Administración del Estado, 2023. Gobierno de Chile, p. 10.

²⁰ Guía para el uso de servicios en la nube para la Administración del Estado, 2023. Gobierno de Chile, p. 12.

²¹ Summary of Opinion 23-A-08 of 29 June 2023 on competition in the cloud sector, 2023. Autorité de la Concurrence, p. 2.

²² Guía para el uso de servicios en la nube para la Administración del Estado, 2023. Gobierno de Chile, p. 13.

beneficios propios de los servicios en la nube, como la flexibilidad y escalabilidad de los recursos informáticos²³.

25. La nube híbrida, en tanto, corresponde a una interconexión entre componentes alojados en la infraestructura local de un cliente y aquellos alojados en una nube pública. Este tipo de nube se implementa cuando se requiere ocupar más de un entorno de almacenamiento, de acuerdo a las funcionalidades que provea cada uno de ellos, por lo que es un sistema de mayor complejidad operativa.²⁴
26. Finalmente, si coexisten diferentes proveedores de servicios de nube pública, estaremos ante una “multi-nube”. Este tipo de servicios es requerido, generalmente, por clientes con mayor experiencia en el uso de servicios de nube. Puede otorgar ciertos beneficios, como minimizar los tiempos sin disponibilidad y mejorar el poder de negociación de cara a los proveedores²⁵.
27. Según la información recabada por esta Fiscalía, los diferentes tipos de nube serían servicios sustitutos desde el punto de vista de los clientes. Así, no se observaron motivos suficientes para segmentar el mercado relevante según los tipos de nube existentes en el mercado²⁶.
28. En cuanto a la forma en que se organiza esta industria, los CSP pueden ofrecer sus servicios de forma directa, o a través de distribuidores²⁷. Estos últimos brindan a los clientes servicios de valor agregado adicionales, y el soporte técnico necesario para operar en la nube.
29. En Chile, los CSP tienden a operar en su mayoría a través de distribuidores, siendo las más comunes empresas de telecomunicaciones y firmas especializadas en TI²⁸. Asimismo, existen distribuidores de CSP que poseen *data centers* propios, por lo que ofrecen a sus clientes las opciones de operar con estos o con las nubes de sus socios tecnológicos, decisión que, según lo informado, depende de las características técnicas del servicio requerido por cada cliente²⁹.

²³ Ibid., p. 14.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Toma de declaración de [A.1], toma de declaración de [A.2] y toma de declaración de [A.3], todas en el marco del expediente Rol N° 2752-24 FNE. En lo sucesivo, cada vez que aparezcan en el presente Informe numerales entre corchetes “[A.*]” se refiere a información contenida en el Anexo Confidencial.

²⁷ De acuerdo a lo informado en las declaraciones tomadas por esta Fiscalía en el marco de la investigación Rol N° 2752-24, estos agentes también se conocen con el nombre de *partners*, *resellers*, o revendedores.

²⁸ Respuestas de Empresas CSP a Oficios Ord. N°0121-24, 0122-24, 0123-24, 0132-24, los primeros tres de fecha 21 de enero de 2024, y el último de fecha 23 de enero de 2024.

²⁹ Respuestas de Empresas distribuidoras a Oficios Ord. N°0128-24 y N°0134-24 de 23 de enero de 2024.

30. La relación entre los CSP y los distribuidores se formaliza a través de un acuerdo comercial sin exclusividad. Los distribuidores deben generalmente cumplir con una serie de obligaciones contractuales establecidas por los CSP que se relacionan con su capacidad de administración, soporte, y requisitos de seguridad, incluyendo en algunos casos una exigencia de ingresos mínimos³⁰. En el marco de dichos acuerdos, los distribuidores pueden ofrecer servicios de nube y soluciones tecnológicas del CSP a los clientes finales, compitiendo con el resto de los distribuidores y con CSP que prestan servicios directamente.
31. En lo que respecta a los clientes, no existe una categorización uniforme que sea utilizada por los diferentes CSP del mercado. Sin embargo, se pueden clasificar según su tamaño (ya sea por número de empleados, volumen de procesamiento o de pagos realizados), el tipo de industria (por requerimientos regulatorios, por ejemplo), complejidad de los servicios contratados, etapa de adopción en los servicios de nube u otras variables³¹.
32. Sin perjuicio de lo anterior, según la información que pudo recabar esta FNE, se puede señalar que no existe una distinción sustantiva, en términos tecnológicos y operativos, entre los servicios de IaaS que son requeridos por clientes que provienen del sector público³² y aquellos que pertenecen al sector privado. En concreto, se indicó que los servicios ofrecidos a ambos tipos de clientes son los mismos, y aquellos que en definitiva sean contratados dependerán de cada usuario, según cual sea su negocio o función pública, y a la regulación sectorial a la que esté sujeto³³. Prueba de lo anterior es que todos los CSP consultados informaron proveer servicios de IaaS a ambos tipos de clientes³⁴.
33. La única diferencia que fue mencionada tiene relación con la forma de contratación. Así, los clientes del sector público, por expresa disposición de la Ley de Compras Públicas, deben adquirir estos servicios a través de una licitación o de un convenio marco, mientras que las empresas del sector privado no tienen esta limitación.
34. De esta forma, se puede concluir que no existe una distinción significativa entre el sector público y el sector privado que amerite definirlos como mercados relevantes separados, lo que se encuentra acorde con las conclusiones a las que han arribado

³⁰ Ver, por ejemplo, requisitos mínimos para ser distribuidor de Microsoft, disponible en: <https://learn.microsoft.com/es-es/partner-center/enrolling-in-the-csp-program> [Fecha de consulta: 18 de marzo de 2024].

³¹ Cloud Services Market Study, Final Report. United Kingdom Office of Communications (Ofcom), Octubre 2023, p. 48.

³² En la industria se suelen incorporar dentro del sector público las instituciones de educación superior privadas y las organizaciones sin fines de lucro.

³³ Toma de declaración de [A.4], toma de declaración de [A.5] y toma de declaración de [A.6], todas en el marco del expediente Rol N° 2752-24 FNE..

³⁴ Respuestas de Empresas CSP a Oficios Ord. N°0121-24, 0122-24, 0123-24, 0132-24, los primeros tres de fecha 21 de enero de 2024, y el último de fecha 23 de enero de 2024

otras autoridades de libre competencia que han analizado el mercado de los servicios de nube³⁵.

35. Los clientes, por su parte, eligen a su proveedor ponderando también una serie de factores, como por ejemplo: calidad y variedad de servicios, precio del servicio principal y adicionales, facilidad de integración de sistemas tradicionales y de nube, reputación y relación comercial existente, alcance geográfico, seguridad y resiliencia de la nube, cumplimiento de regulación y certificaciones³⁶. En cualquier caso, existe evidencia que indica que la decisión más relevante es aquella relacionada con la primera migración a la nube desde la infraestructura propia de TI, lo cual está ligado a los elevados costos de cambio de proveedor que suelen existir en este tipo de servicios.
36. En términos de barreras a la entrada y la expansión de actores de la industria, se ha determinado que la competencia puede verse limitada por características de los servicios que hacen más difícil para los clientes cambiarse de proveedor y/o utilizar múltiples proveedores. Dentro de estas características se encuentran: (i) tarifas de salida, que son cargos que pagan los clientes para transferir sus datos fuera de una nube; (ii) obstáculos técnicos que implican que los clientes deban hacer un esfuerzo adicional para reconfigurar sus datos y aplicaciones para que funcionen en diferentes nubes; y, (iii) descuentos de precio cuya estructura puede incentivar a los clientes a utilizar un único proveedor de nube para todas o la mayoría de sus necesidades³⁷.
37. Los principales CSP que operan actualmente en Chile son AWS, Microsoft Azure (en adelante, “Microsoft”), Google Cloud, Oracle, Huawei Cloud, Cloud Empresarial Sonda, Virtual Datacenter Movistar Empresas, Grupo Claro y GTD Teleductos³⁸. Por su parte, los distribuidores de estos servicios son mucho más numerosos, contándose más de 20 firmas, entre las que se encuentran Telefónica Empresas, Orion 2000, Sonda, Claro Chile, Babel, Entel, Ademanda, Cloudhesive, Lazos, Tivit, Aligare y Pragma³⁹. Como puede observarse, las empresas Claro, Telefónica-Movistar, Sonda y GTD, operan como CSP con su infraestructura propia, y también como distribuidores de otros CSP⁴⁰.

³⁵ Por ejemplo, según indica la Autoridad de Competencia de Francia: “[...] *segmentación [de mercado] según sector de negocio no parece, actualmente, ser relevante*” Summary of Opinion 23-A-08 of 29 June 2023 on competition in the cloud sector, 2023. Autorité de la Concurrence, p. 6.

³⁶ Para mayor detalle sobre cada uno de estos factores, ver Cloud Services Market Study, Final Report. United Kingdom Office of Communications (OFCOM), Octubre 2023, pp. 54-56.

³⁷ Cloud Services Market Study, Final Report. United Kingdom Office of Communications (OFCOM), Octubre 2023, pp. 3-4.

³⁸ Según información pública sobre listado de oferentes en licitación para CM 2022 e información adicional aportada por ChileCompra.

³⁹ Según información pública sobre listado de oferentes en licitación para CM 2022 e información adicional aportada por ChileCompra.

⁴⁰ Como se señaló previamente, existen empresas que operan como CSP y distribuidores, ya que tienen infraestructura y data centers propios, y a la vez revenden los servicios de otros CSP.

38. En términos de valorización de mercado, la venta de servicios de IaaS en Chile, incluyendo servicios asociados como lo son la mantención y soporte técnico, alcanzó un monto aproximado de US\$296 millones en 2023, lo que representa un crecimiento del 13% con respecto a 2022, y de 64% con respecto a 2021. Se espera que esta tendencia de crecimiento, que también se observa a nivel comparado⁴¹, se mantenga durante los próximos años⁴².

IV. ANÁLISIS DE COMPETENCIA DE LA LICITACIÓN CONFORME A LAS DISPOSICIONES DEL DL 211

39. Para analizar si las restricciones de territorialidad, establecidas en las solicitudes de cotización, infringen el DL 211, debemos tener a la vista la consistente jurisprudencia del H. Tribunal, sobre requisitos que deben verificarse para que las condiciones de unas bases de licitación, o en este caso particular, de las solicitudes de cotización, puedan ser consideradas contrarias a la libre competencia⁴³.
40. Cabe señalar que, tal como se mencionó *supra*, en el CM 2022, las solicitudes de cotización de los órganos del Estado para la adquisición de servicios de nube pública abren un proceso competitivo entre las Empresas Adjudicadas, de la misma forma en que cualquier licitación pública lo haría para los oferentes de un determinado bien o servicio, por lo que los criterios jurisprudenciales para analizar licitaciones públicas son aplicables de forma equivalente a las cotizaciones objeto de la presente Consulta.
41. De acuerdo con la jurisprudencia del H. Tribunal, deben concurrir las siguientes circunstancias, en forma copulativa, para que las bases de licitación infrinjan la libre competencia:
- a. Que el órgano cotizante cuente con poder de compra en el mercado relevante del producto que se pretende adquirir.
 - b. Que las exigencias puedan o tiendan a alterar el proceso competitivo del mercado en el cual se enmarca la licitación.

⁴¹ En el caso de Reino Unido, por ejemplo, se observa un crecimiento de entre el 30% y 35% entre los años 2018 y 2022. Cloud Services Market Study, Final Report. United Kingdom Office of Communications (OFCOM), Octubre 2023, p. 24.

⁴² Instructivo Presidencial N°001 que entrega directrices sobre la evaluación y adopción preferente de servicios en la nube por parte de los órganos de la Administración Central del Estado de febrero de 2019; y Opinion 23-A-08 of 29 June 2023 on competition in the cloud sector, 2023. Autorité de la Concurrence, p. 39. donde se indica que “[la] proporción de empresas con más de 10 empleados que usa servicios en la nube (fuera del sector financiero) pasó de 12% (2014) a 29% (2021), mientras que más del 70% de las empresas francesas con más de 250 empleados utilizan algún servicio en la nube. Aunque la expansión de estos servicios no está destinada para todo tipo de empresas, se espera que sigan creciendo de forma significativa”.

⁴³ Resolución N° 50/2017, considerando sexagésimo primero. Resolución N° 58/2019, considerando vigésimo primero. Resolución N° 71/2022, considerando séptimo. Resolución N° 72/2022, considerando cuarto. Resolución N° 73/2022, considerando quinto. Resolución N° 74/2022, considerando séptimo, Resolución N° 75/2022, considerando cuarto. Sentencia N° 114/2011, considerando vigésimo sexto. Sentencia N° 168/2019, considerandos décimo y decimoquinto.

c. Que las exigencias no tengan una justificación objetiva o razonable.

42. La verificación de cada uno de los requisitos se analizará en los siguientes acápite.

A. Poder de compra del órgano cotizante en el mercado relevante del producto que se pretende adquirir

43. Conforme a la jurisprudencia del H. Tribunal, el mercado relevante del producto, cuando el acto consultado tiene relación con licitaciones, dependerá del objeto de la licitación. En particular, hay que diferenciar dos escenarios: (i) si se licita un monopolio o un recurso escaso, por ejemplo, una concesión de obra pública, el mercado relevante quedará circunscrito a la licitación misma; y (ii) si lo que se licita es la compra de un bien o servicio, el mercado relevante está constituido por el producto o servicio en el cual incide la licitación y sus eventuales sustitutos⁴⁴.

44. Como se ha señalado *supra*, el mercado no se puede segmentar según el tipo de cliente (público o privado), por cuanto sus necesidades tecnológicas, en términos generales, son las mismas, y los proveedores de dichos servicios los ofrecen indistintamente a clientes de todos los sectores⁴⁵. Asimismo, una distinción entre nube pública y nube dedicada o privada tampoco es adecuada, pues, de acuerdo con lo señalado en el acápite sobre la industria, estos tipos de nube son considerados sustitutos entre ellos, y la elección de uno u otro dependerá de ciertas especificaciones que requiera el cliente en particular⁴⁶.

⁴⁴ Resolución N° 72/2022, considerando decimoquinto. Sentencia N° 168 del H. TDLC, considerando décimo. Sentencia N° 114, considerandos vigésimo séptimo y vigésimo octavo.

⁴⁵ Al respecto, el H. Tribunal señaló en la Resolución N° 73/2022 que, si no se aprecian características distintas en la demanda, deben considerarse como parte del mismo mercado relevante. En concreto:

“11. En lo que concierne al primer punto, la distinción entre los sectores público y privado, no existen antecedentes en autos que sugieran que la demanda de un órgano de la Administración del Estado posea particularidades especiales que la hagan distinta a la de una entidad privada. Ello, en relación con las características del producto o servicio que requieren, el modo en que pueden adquirirlo y la forma en que eventualmente se utiliza.

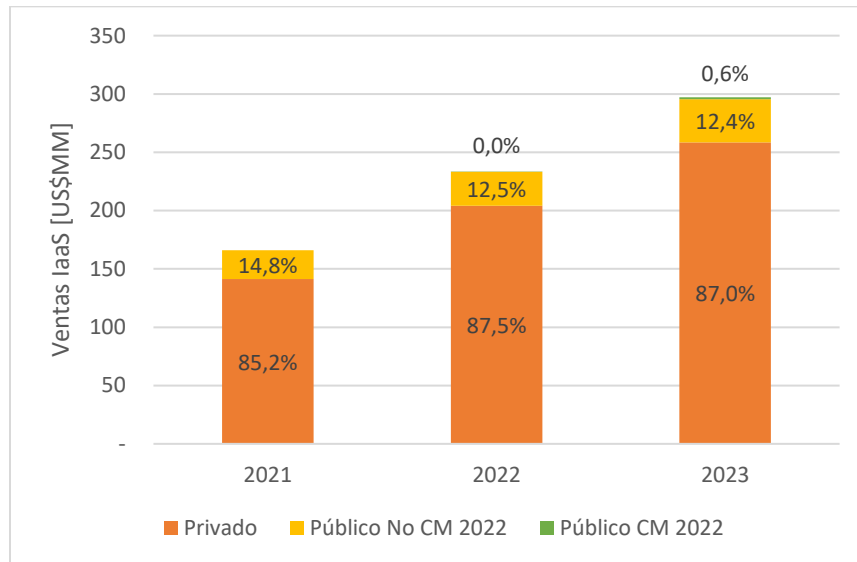
12. En este sentido, ambos sectores, público y privado, dan cuenta de tendencias similares respecto de la mayor necesidad de soluciones de tipo nube, en el período comprendido entre enero de 2018 y junio de 2020 (folio 49, pp. 17-18), y todas las ofertas declaradas admisibles en esta licitación incorporaron productos que también son ofrecidos en el sector privado (folio 52, pp. 6-8; y declaración de Sonda S.A., p. 3, agregada por certificado a folio 137). Asimismo, en relación con el modo en que se adquiere el producto, si bien la Directiva N° 24 de ChileCompra, de 1° de diciembre de 2015, establece que “los órganos públicos tienen menos flexibilidad que un cliente del sector privado” en la forma de contratación de bienes y servicios tecnológicos (folio 12, p. 9), lo cierto es que cualquiera de las condiciones comerciales utilizadas en las Bases puede ser replicada por el sector privado. De igual forma, se observa que el uso o finalidad de las licencias de software y sus respectivas instalaciones o migraciones no difiere cuando se trata de una entidad pública o privada”.

⁴⁶ Las otras modalidades de servicios en la nube (SaaS y PaaS) tampoco pueden considerarse como sustitutos del servicio IaaS, pues ambas requieren de la infraestructura como base para la instalación y operación de sus ambientes tecnológicos. En particular, la modalidad SaaS es la utilizada por softwares que no compiten entre ellos por atender a necesidades completamente distintas, por ejemplo, programas de ofimática y programas de correo electrónico. Para mayor detalle, ver ‘Summary of Opinion 23-A-08 of 29 June 2023 on competition in the cloud sector’, 2023. Autorité de la Concurrence, p. 2.

45. Debido a lo anterior, esta Fiscalía considera que, desde el punto de vista del producto, el mercado relevante corresponde al del servicio de nube en modalidad IaaS, no concordando en este punto con la Consultante, que define el mercado relevante como aquél afectado por el CM 2022.
46. Desde una perspectiva geográfica, el mercado relevante es nacional, ya que estos servicios se proveen a través de plataformas digitales que llegan a todo el territorio chileno que cuente con conexión a internet.
47. En consecuencia, para evaluar el poder de compra que tienen los órganos públicos que han contratado a través del CM 2022, debe determinarse su peso relativo dentro del universo de compradores del servicio de IaaS, conformado tanto por clientes del sector público como privado.
48. Así, según la información recabada, sólo un 0,6% del total de los ingresos reportados por los proveedores de servicios en la nube en el año 2023 corresponderían a compras efectuadas dentro del CM 2022⁴⁷, lo que torna altamente improbable que las restricciones establecidas por estos organismos públicos en sus cotizaciones tengan la capacidad de afectar el mercado de los servicios de nube dentro del territorio nacional.
49. Sin perjuicio de lo anterior, y sólo con el objetivo de explorar si pudiera generarse un riesgo de competencia en caso de que la exigencia de territorialidad sea solicitada por todos los servicios públicos (cualquiera sea la modalidad de compra, incluyendo aquellas realizadas a través del CM 2022), se calculó la participación de este tipo de clientes en los ingresos totales de los proveedores de servicios de nube. De este ejercicio se obtuvo como resultado que los clientes del sector público representan un 13% del total de ingresos reportados por los proveedores en 2023. El detalle de las proporciones correspondientes a cada sector por año puede observarse en el Gráfico N°1 siguiente.

⁴⁷ Elaborado en base a respuestas de Empresas CSP a Oficios Ord. N°0121-24, 0122-24, 0123-24, 0128-24, todos de fecha de fecha 21 de enero de 2024, Oficios Ord. N° 0131-24 y 0132-24 de fecha 23 de enero de 2024, Ord. Circ. N° 009-24 de fecha 23 de enero de 2024 y Ord. Circ. N° 012-24, de fecha 26 de enero de 2024, y a información de cotizaciones de CM 2022 identificados dentro de la categoría de IaaS adjudicados hasta diciembre 2023, disponibles en: <https://conveniomarco2.mercadopublico.cl/iaas/publicquotes/requestforquote/lists/> [Fecha de consulta: 19 de marzo de 2024].

Gráfico N°1: Ventas IaaS por año y sector



Fuente: Elaboración propia con datos de proveedores, respuesta a a Oficios Ord. N°0121-24, 0122-24, 0123-24, 0128-24, todos de fecha 21 de enero de 2024, Oficios Ord. N° 0131-24 y 0132-24 de fecha 23 de enero de 2024, Ord. Circ. N° 009-24 de fecha 23 de enero de 2024 y Ord. Circ. N° 012-24, de fecha 26 de enero de 2024; e información sobre cotizaciones adjudicadas en sitio web de CM 2022 (categoría IaaS).

Nota: Sector público incluye instituciones de educación superior y organizaciones sin fines de lucro. Incorpora ventas de servicios asociados a IaaS.

50. A mayor abundamiento, según lo informado por los distintos CSP con presencia en Chile, sólo el 8,5% de los veinte clientes más grandes de cada una de estas empresas, en términos de ingresos en el periodo 2021-2023, corresponden a organismos estatales. De esta forma, se reafirma la escasa relevancia en volumen que tiene el sector público respecto de las compras que se efectúan de este servicio a nivel nacional.
51. En suma, los antecedentes previamente expuestos dan cuenta del bajo nivel de participación del sector público en las compras que se han realizado en el mercado relevante, lo que permite descartar la existencia de poder de compra⁴⁸. Por tanto, el primer requisito establecido por la jurisprudencia no se verifica en este caso.
52. Como corolario, al no existir poder de compra, debe descartarse que las restricciones de territorialidad afecten la competencia en el mercado en el que incide la licitación, por lo que tampoco puede considerarse como acreditado el segundo requisito establecido por la jurisprudencia⁴⁹.

⁴⁸ Al respecto la Excma. Corte Suprema ha señalado que las impugnaciones de licitaciones realizadas por servicios públicos que no cuenten con poder de mercado del cual puedan abusar no deben conocerse en esta sede, ya que son de conocimiento exclusivo del Tribunal de Contratación Pública. Sentencia Excma. Corte Suprema de fecha 5 de octubre de 2020, Rol N° 8843-2019, considerandos noveno y décimo.

⁴⁹ Esto ha sido explícitamente resuelto por el H. TDLC, al señalar que: “*el Servicio de Salud de Talcahuano no tiene poder de compra en el mercado en que incide la Consulta y, por consiguiente, no pueden existir efectos contrarios a la libre competencia. Por ende, las bases de licitación no*

B. Justificaciones objetivas de la restricción de territorialidad

53. Sin perjuicio de que se han descartado dos de los tres requisitos copulativos establecidos por la jurisprudencia para determinar si una licitación podría o no considerarse anticompetitiva, esta Fiscalía consultó a proveedores y distribuidores de servicios de nube⁵⁰⁻⁵¹, como también a organismos públicos vinculados a la transformación y operación digital del Estado⁵², respecto de los motivos que justificarían la exigencia de territorialidad de la infraestructura y de los datos en Chile.
54. Por lo anterior, a continuación, se presenta el análisis del tercer requisito establecido por la jurisprudencia, a saber, si existen justificaciones razonables u objetivas para la exigencia de territorialidad.
55. De acuerdo con lo informado, la exigencia de territorialidad es común en la industria, tanto en Chile como a nivel comparado, y es solicitada tanto por empresas privadas como por organismos públicos. En general estaría sustentada en tres grandes razones: (i) la latencia o tiempo que demoran los datos en transferirse a través de la red; (ii) la sensibilidad de la información que se almacena; y, (iii) la ciberseguridad de los datos.

i.- Latencia

56. La latencia es definida como el retraso en la comunicación de la red, es decir, se trata de una unidad de medida que muestra el tiempo que tardan los datos en transferirse a través de la red⁵³. Por razones técnicas, generalmente, la latencia será menor en la medida que exista una cercanía entre el servidor que almacena la información, y el usuario final⁵⁴.

pueden infringir las disposiciones del D.L. N°211, en los términos del artículo 18 N°2". Resolución N° 72/2022, considerando vigésimo octavo.

⁵⁰ Diligencias realizadas en el contexto de la investigación Rol N° 2752-24 FNE.

⁵¹ Las empresas escogidas fueron dos *Cloud Solution Providers* ([A.7]), dos empresas revendedoras o distribuidoras de servicios de nube ([A.8]), y una empresa que tiene características tanto de CSP como de distribuidora ([A.9]). Asimismo, se consultó a los tres servicios indicados por AWS en su consulta que exigieron territorialidad en sus cotizaciones para que explicitaran las razones que fundamentaron su decisión, a través de los Ords. N° 113-24 y 114-24, ambos de fecha 23 de enero de 2024, y el Ord. N° 142-24 de fecha 25 de enero de 2024. Cabe señalar que la Subsecretaría de Desarrollo Administrativo y Regional no contestó.

⁵² Funcionarios de la FNE en el contexto de la investigación Rol N° 2752-24 sostuvieron reuniones sobre esta temática con la División de Gobierno Digital del Ministerio de Hacienda (en adelante, "GobDigital"), con el Coordinador Nacional de Ciberseguridad (en adelante, "CSIRT"), y con ChileCompra.

⁵³ Definición obtenida del sitio web de AWS. Disponible en: <https://aws.amazon.com/es/what-is/latency/> [Fecha de consulta: 18 de marzo de 2024].

⁵⁴ Toma de declaración de [A.10], toma de declaración de [A.11] y toma de declaración de [A.12], todas en el marco del expediente Rol N° 2752-24 FNE.. Reunión con funcionarios de ChileCompra, de fecha 25 de enero de 2024 (en adelante "Reunión con ChileCompra").

57. Tanto servicios públicos como empresas pueden requerir que las prestaciones en la nube sean rápidas y estables, por lo que en estos casos estaría justificado que se exija que la infraestructura se encuentre en territorio nacional⁵⁵. De hecho, la latencia se considera como uno de los puntos relevantes de la propuesta de valor del proveedor de servicio de nube⁵⁶.
58. A mayor abundamiento, algunas empresas han señalado que existe una tendencia en la provisión de estos servicios denominada *Edge Computing*, que tiene como elementos básicos la descentralización de los datos, y la cercanía de la infraestructura al usuario, lo que permite un uso más rápido y eficiente de la información que genera el usuario final. Es decir, las conexiones con baja latencia⁵⁷ se perciben con mayor valor agregado por los usuarios.
59. Sin perjuicio de lo anterior, organismos sectoriales han señalado que si bien la cercanía usuario final-infraestructura permite que los servicios de nube pública se presten con menor latencia, puede haber casos en que la red esté configurada de una manera tal que la información tenga que viajar por infraestructura que está muy dispersa geográficamente⁵⁸, o que la calidad de las redes no sea buena. En estos casos la latencia de todas formas será alta, aunque el servidor y el cliente estén próximos.
60. Siguiendo con este razonamiento, se señaló a esta FNE que, si el objetivo es que el servicio se preste a una determinada latencia, los organismos públicos podrían explicitarlo en los requerimientos técnicos de sus bases de licitación, o en sus solicitudes de cotización⁵⁹, lo que no es equivalente a solicitar que la infraestructura

⁵⁵ Por ejemplo, a través del Ord. N° 88 de fecha 2 de febrero de 2024, desde el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, en respuesta al Ord. N° 113 de esta FNE, señalaron que se encontraban implementando distintas políticas educativas de prevención del consumo de sustancias en el ámbito escolar, a través de productos digitales escrito y audiovisuales a los que se debía acceder mediante una conexión a internet, por ello: *“la decisión de solicitar una solución de nube pública en Chile, esto es, «asegurar que los datos almacenados estén siempre en territorio nacional», obedece a la necesidad de otorgar una experiencia de usuario con la plataforma que utiliza streaming de video y actividades interactivas. En este tipo de aplicaciones, la latencia fue considerada como relevante”*.

⁵⁶ Toma de declaración de [A.13], en el marco del expediente Rol N° 2752-24 FNE.

⁵⁷ Toma de declaración de [A.14] y toma de declaración de [A.15], ambas en el marco del expediente Rol N° 2752-24 FNE.

⁵⁸ Reunión con funcionarios del CSIRT, de fecha 20 de febrero de 2024 (en adelante “Reunión con CSIRT”) y reunión con GobDigital de fecha 4 de marzo de 2024 (en adelante “Reunión con GobDigital”). Por ejemplo, puede ser que una empresa ubicada en la comuna de Santiago haya contratado algún servicio de nube de una empresa que tiene infraestructura en la Región Metropolitana, sin embargo, si para acceder a esos datos los servidores en la RM deben de todas formas ir hacia un *data center* en Estados Unidos, y luego de vuelta a Chile hacia la empresa cliente, no se habrá ganado nada en términos de velocidad.

⁵⁹ Cabe señalar que, de acuerdo al CM 2022, los servicios públicos pueden establecer en sus solicitudes de cotización requisitos técnicos en la prestación del servicio de nube pública, por lo que sería factible en este convenio marco, o en aquel que lo reemplace, que el órgano licitante o comprador, especifique que la conexión deba tener un determinado nivel de latencia.

se encuentre en territorio nacional, ya que esto último no asegura por sí solo que el servicio sea rápido.

ii.- Protección de datos sensibles

61. En cuanto a la justificación de almacenamiento de datos sensibles, se ha señalado que es recomendable que estos se encuentren alojados en territorio nacional como una forma de precaver que jurisdicciones extranjeras puedan acceder a ellos⁶⁰. En efecto, algunos Estados tienen la potestad de requerir a empresas (que actualmente operan en Chile) que les provean la información que se encuentra alojada en los servidores ubicados dentro de sus límites territoriales, a lo cual las compañías tienen la obligación legal de responder⁶¹.
62. Para precaver lo anterior, y considerando que la Ley N° 19.628 no contiene ninguna disposición especial respecto al tráfico extraterritorial de datos, se ha señalado que sería razonable que se restringiese la localización geográfica de los servidores del prestador de servicios⁶².

iii.- Ciberseguridad

63. Algunos agentes han señalado que la ciberseguridad sería una justificación suficiente para exigir la exigencia de territorialidad de los datos y de la infraestructura⁶³. Por ejemplo, no todos los Estados han suscrito el Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia, que crea una política penal común, y establece mecanismos de cooperación internacional frente a delitos cibernéticos. Por lo anterior, no hay garantía de una respuesta eficaz frente a la ocurrencia de delitos informáticos respecto de

⁶⁰ Toma de declaración de [A.16] y Reunión con CSIRT, ambas en el marco del expediente Rol N° 2752-24 FNE.

⁶¹ A modo de ejemplo, la División de Gobierno Digital, en su guía “*Buenas prácticas para el uso de servicios cloud computing al interior de la Administración del Estado*”, señala, respecto del manejo de los datos que: “*Para abordar los aspectos del manejo de datos, se sugieren los siguientes aspectos claves para determinar la naturaleza de los datos a utilizar en ambientes cloud y las medidas apropiadas que se deben tomar para protegerlos, incluyendo los posibles modelos de servicio e implementación de la nube que puedo o no utilizar: (...)*”

ii. Localización geográfica y jurisdicción sobre los datos a tratar. Esto incluye cuando un Prestador de Servicios esté sometido a normas extranjeras que permitan la solicitud de información por parte de agencias estatales de otros países”.

⁶² A través del Ord. N° 206 de fecha 25 de enero de 2024, a través del cual se da respuesta al Ord. N° 142 de esta FNE, el Instituto Nacional de Estadísticas señaló que: “*Este organismo, en la medida que está obligado por el deber del secreto estadístico, y dentro de sus facultades para determinar las medidas de seguridad en el tratamiento de datos, decidió limitar toda posibilidad de transferencias internacionales de datos, toda vez que no basta con la limitación contractual de la jurisdicción, de establecer medidas técnicas de seguridad, o de establecer otro tipo de cláusulas, como las de confidencialidad, puesto que en la medida que los datos estén alojados en servidores de terceros países, se genera una vulnerabilidad consistente en quedar sujeto a legislación foránea*”. Un razonamiento similar se expuso en la Reunión con CSIRT.

⁶³ Reunión con ChileCompra, y toma de declaración de [A.17], ambas en el marco del expediente Rol N° 2752-24 FNE.

datos de origen nacional que se encuentran alojados en infraestructura localizada en el extranjero⁶⁴.

64. Asimismo, se ha mencionado que los tiempos de respuesta de prestadores locales de servicios en la nube pueden ser más rápidos frente a un ciberataque, pudiendo llegar, en el extremo, a interrumpir el funcionamiento del propio *hardware*⁶⁵.
65. Con todo, otros agentes de la industria señalaron que la ciberseguridad se ha vuelto una justificación cada vez menor para que se exija la territorialidad de la infraestructura, toda vez que los protocolos utilizados por los CSP son prácticamente los mismos, independientemente del país en que se encuentren los servidores⁶⁶. Adicionalmente, se mencionó que la mayoría de las brechas de seguridad se producen por un mal uso por parte de los mismos usuarios⁶⁷.

iv.- Recomendación de la FNE

66. De acuerdo con todo lo expuesto, hemos podido observar que tanto los organismos sectoriales como las empresas han señalado que existen razones que justifican la exigencia de territorialidad. Al mismo tiempo, han indicado que estos fundamentos no son válidos en todos los casos⁶⁸, y en algunas circunstancias podrían expresarse de otra forma, por ejemplo, estableciendo directamente como requisito técnico una determinada latencia antes que una restricción de territorialidad.
67. Por lo anterior, esta Fiscalía considera que la exigencia de territorialidad de la infraestructura y/o del almacenamiento de los datos, puede estar justificada en ciertos casos.
68. Sin perjuicio de ello, como ha señalado el H. Tribunal, las bases de licitación (o en este caso, las solicitudes de cotización) deben elaborarse asegurando al menos una rivalidad mínima entre proponentes, a fin de materializar los principios de igualdad de oferentes y de libre competencia⁶⁹. Lo anterior requiere, al menos, que no se establezcan injustificadamente condiciones en las bases que limiten la competencia⁷⁰. Por ello, esta Fiscalía considera necesario recomendar que exigencias como la

⁶⁴ Reunión con CSIRT.

⁶⁵ Reunión con ChileCompra.

⁶⁶ Toma de declaración de [A.18], toma de declaración de [A.19] y toma de declaración de [A.20] todas en el marco del expediente Rol N° 2752-24 FNE.

⁶⁷ Reunión con GobDigital.

⁶⁸ En reunión con funcionarios de la FNE, la División de Gobierno Digital señaló que la exigencia de territorialidad por sí misma no puede ser calificada como excesiva o como justificada. Lo relevante es determinar caso a caso las razones que fundamentan la exigencia. Reunión con GobDigital.

⁶⁹ Resolución N° 58/2019, considerando vigésimo. Sentencia N° 138/2014, considerando decimosexto. Monti, G. (2007) EC Competition Law, 2007, p.22. Whish, R. y Bailey, D. (2021) Competition Law, p.5.

⁷⁰ Sentencia N° 138/2014, considerando decimoséptimo.

discutida en la presente consulta sean siempre adoptadas en virtud de antecedentes que las justifiquen.

V. CONCLUSIONES

69. El análisis efectuado por esta Fiscalía da cuenta de que las restricciones de territorialidad establecidas por los órganos de la Administración del Estado en la adquisición de servicios de nube no tienen el potencial de afectar la libre competencia. Lo anterior, debido a que no se cumple ninguno de los tres requisitos copulativos establecidos por el H. Tribunal para que las bases de licitación infrinjan el DL 211.
70. Sin perjuicio de lo anterior, conforme a los antecedentes recabados por esta Fiscalía, tanto de organismos públicos sectoriales, como de empresas de la industria, la exigencia de territorialidad de la infraestructura y de los datos puede justificarse por razones de latencia, de sensibilidad de la información que se quiere almacenar y de ciberseguridad.
71. Con todo, atendiendo a la necesidad de que se fomente la rivalidad entre los oferentes en los procesos de licitación y los procesos competitivos como los que se abren con las cotizaciones en el CM 2022, es necesario recomendar a los servicios públicos que las exigencias técnicas que se establezcan, entre ellas, la de territorialidad, sean adoptadas en virtud de antecedentes que las justifiquen.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18 N° 2, 31 y 39 del DL 211, así como las demás normas legales citadas y aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE

PIDO: Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes a la consulta de autos.

PRIMER OTROSÍ: Por este acto, acompaño bajo confidencialidad el documento en formato PDF denominado “Anexo confidencial.pdf”, elaborado por esta Fiscalía, que contiene información utilizada por esta Fiscalía para fundamentar lo expuesto en lo principal.

Respecto de dicho documento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 inciso noveno del DL 211 y el acuerdo segundo del Auto Acordado N° 16/2017, solicito al H. Tribunal mantener la confidencialidad decretada mediante Resolución Exenta FNE N° 31, de fecha 19 de marzo de 2024, pues contiene información provista por terceros de carácter comercial sensible y estratégica para las personas de quienes emanan y por cuanto su conocimiento por personas ajenas al H. Tribunal o a funcionarios de esta Fiscalía puede

perjudicar el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, que han aportado información a la investigación llevada a cabo por esta Fiscalía.

Sírvase H. Tribunal: Tenerlo por acompañado bajo confidencialidad.

SEGUNDO OTROSÍ: A efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Auto Acordado N° 16/2017, solicito se tenga por acompañado el documento en formato PDF denominado “Anexo confidencial VP.pdf”, elaborado por esta Fiscalía, como versión pública preliminar de aquel acompañado como confidencial en el primer otrosí.

Sírvase H. Tribunal: Tenerlo por acompañado.

TERCER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener por acompañada la Resolución Exenta FNE N° 31, de fecha 19 de marzo de 2024, de carácter público.

Sírvase H. Tribunal: Tenerla por acompañada.