

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, veinticuatro de diciembre de dos mil veinte.

A folio 10: **a lo principal**, téngase por cumplido lo ordenado. **Al otrosí**, a sus antecedentes.

Atendida la rectificación de la suma con el cuerpo del escrito, efectuada a folio 10, se resuelve derechamente la presentación de folio 7: **a lo principal**, estese a lo que se resuelve a continuación. **Al primer otrosí**, a sus antecedentes. **Al segundo otrosí**, atendido lo que se resuelve a continuación, no ha lugar. **Al cuarto otrosí**, téngase presente, en el entendido que se trata del tercer otrosí.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1: Que Constructora LN SpA y Constructora Cristi Limitada (“Solicitantes”) solicitaron dar inicio al procedimiento contemplado en el artículo 18 N° 3 del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”), con el objeto de que este Tribunal dicte instrucciones de carácter general para el mercado de obras de infraestructura pública, licitadas por municipios (“Solicitud”);

2: Que las Solicitantes señalan que es necesario impartir instrucciones básicas que regulen las licitaciones de municipalidades para la construcción de obras públicas, a fin de aumentar la presión competitiva dentro de cada licitación y evitar la creación de bases *a la medida*. Al respecto, analizan los factores de evaluación que son habitualmente incluidos en los pliegos de licitación elaborados por los municipios y señalan que éstos debieran someterse a las mismas medidas establecidas para municipalidades en la Instrucción de Carácter General N° 1/2006;

3: Que, sin perjuicio de lo indicado en el petitorio de la Solicitud, las Solicitantes se refieren a las atribuciones establecidas en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 (*i.e.* página 57 de la Solicitud) –que establece la potestad consultiva– para argumentar que el Tribunal tiene competencia para conocer de la Solicitud. Atendido lo anterior, se revisará, a continuación, la procedencia de admitir a tramitación la Solicitud bajo ambas potestades establecidas en el artículo 18 del D.L. N° 211;

4: Que, en primer lugar, el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 dispone que el Tribunal tendrá la atribución y deber de *“conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos. Asimismo, como se ha resuelto en oportunidades anteriores, el hecho, acto o contrato consultado que existe o está por celebrarse, debe ser específico, estar suficientemente determinado y deben existir antecedentes que den cuenta de su pronta materialización, ejecución o celebración (v.gr. Resolución de folio 11, de 2 de junio de 2020, en Rol NC N° 464-20), razón por la cual, por ejemplo, este Tribunal ha admitido a tramitación consultas relativas a bases de licitación determinadas de municipios (v. gr. Rol NC N° 457-19);

5: Que la Solicitud no da cumplimiento a dichos requisitos, toda vez que no recae en una licitación o a unas bases de licitación específicas, sino que en todas las bases de licitaciones que, a futuro, los municipios preparen. Por dicha razón, no es posible dar inicio al procedimiento consultivo, establecido en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211;

6: Que, en segundo lugar, con respecto a la facultad de dictar instrucciones de carácter general, el artículo 18 N° 3 del D.L. N° 211 dispone que el Tribunal podrá *“dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”*. En consecuencia, para efectos de resolver si corresponde dar inicio al procedimiento contemplado en el artículo 18 N° 3 del D.L. N° 211 se debe determinar el sentido y alcance de la expresión “particulares” que emplea el legislador cuando se refiere a las instrucciones de carácter general, y particularmente, si tal vocablo incluye a organismos de la administración del Estado, como municipalidades;

7: Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1° la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley N° 18.575 (“LOCBGAE”), *“[l]a Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”*, mientras que el artículo 1° de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 18.695, establece que *“[l]as municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público”*;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8: Que, si bien en el D.L. N° 211 no se define el sentido de “particulares” incluido en el texto del artículo 18 N° 3, existen antecedentes que permiten concluir que los organismos de la administración del Estado no se encuentran comprendidos dentro de dicha disposición. En efecto, al consagrar las conductas ilícitas que se sancionan en sede infraccional, el artículo 3° del D.L. N° 211 se refiere al sujeto que comete la infracción como “el que”, sin hacer ninguna distinción. Al respecto, este Tribunal ha señalado que, si el legislador hubiese querido eximir las actuaciones de los organismos públicos de su escrutinio, lo hubiera explicitado en alguna norma legal, sosteniendo al efecto que *“la expresión amplia ‘El que...’ que utiliza el legislador en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 para aludir al sujeto activo de una infracción a la libre competencia, revela que éste no requiere de ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona natural o jurídica, de derecho público o privado. Por lo tanto, dado que las normas de libre competencia son de orden público, si se hubiese querido exceptuar de cumplir con ellas a un concesionario de obra pública como PTLA o al Fisco, tal excepción habría debido establecerse por ley, lo que no ocurre”* (v.gr. Sentencia N° 100/2010 considerando 7°);

9: Que, en forma similar, cuando se trata de la potestad consultiva, el D.L. N° 211 establece que quienes pueden consultar son las partes de un acto, hecho o contrato, o bien, quien tenga interés legítimo; sin calificar, de este modo, su naturaleza privada o pública. Ello, en contraste con los destinatarios de las instrucciones de carácter general, en que el legislador optó por una expresión más restrictiva, aludiendo únicamente a los “particulares”. Por consiguiente, una interpretación armónica de las normas del D.L. N° 211 da cuenta de que las instrucciones de carácter general se dirigen a particulares excluyendo a los organismos de la administración del Estado;

10: Que, a mayor abundamiento, la historia de la ley N° 19.911, que incorporó la facultad de dictar instrucciones de carácter general, contiene referencias a “particulares”, en contraposición a los organismos de administración del Estado. Así, por ejemplo, con respecto a la facultad del Fiscal Nacional Económico de requerir información a terceros, el Mensaje de dicha ley señala que puede requerirla *“tanto a organismos públicos como a particulares”* (https://www.bcn.cl/historia-delaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/5814/#h2_1_1);

11: Que las consideraciones precedentemente expuestas permiten interpretar que el legislador distinguió a los “particulares” de otras entidades como son los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

organismos de la administración del Estado, entre los cuales se encuentran las municipalidades. Ello implica que este Tribunal no es competente para dictar instrucciones de carácter general que las obliguen. Por el contrario, las instrucciones de carácter general únicamente podrían obligar a personas naturales o jurídicas de derecho privado, por ser estos “particulares”, y a empresas del Estado, en tanto sus actividades están sujetas a la legislación común aplicable a los mismos;

12: Que las conclusiones del considerando anterior no obstan a que las municipalidades deban siempre atenerse a la normativa de libre competencia, de acuerdo con (i) el mandato general del artículo 2° de la LOCBGAE y (ii) el D.L. N° 211, que tiene aplicación general tanto a personas de derecho público como de derecho privado que intervengan o puedan afectar los mercados. Lo anterior se reconoce expresamente por la jurisprudencia de este Tribunal y de la Excma. Corte Suprema. Al respecto, esta última ha resuelto que “[l]as *normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurran al mercado*” (Excma. Corte Suprema, Rol N° 6100-2010, sentencia de 28 de enero de 2011, considerando sexto) y más específicamente, respecto de una municipalidad, que “*aún cuando el municipio es un organismo autónomo, es evidente que interviene en el mercado y que por ello debe respetar las normas de libre competencia*” (Excma. Corte Suprema, Rol N° 7796-2008, sentencia de 27 de mayo de 2009, considerando sexto). Por su parte, este Tribunal sostuvo en la Sentencia N° 114/2011, que también distingue entre los particulares y las personas de derecho público, lo siguiente: “*El Decreto Ley N° 211 es aplicable a todos los sujetos que intervienen directa o indirectamente en los mercados, sea que se trate de particulares o de personas de derecho público, y sea que estas últimas participen como competidores (i.e. empresas públicas), adquirentes o demandantes de bienes o servicios necesarios para el desempeño de sus funciones o potestades públicas (i.e. todos los organismos públicos sea directamente o por medio de centrales de abastecimiento), o en cuanto autoridades que ofrecen o asignan a los particulares recursos económicos o derechos en ejercicio de potestades normativas, aún sin una contraprestación (e.g. derechos de aprovechamiento agua, espectro radioeléctrico, concesiones de obra pública, derechos de tráfico aéreo)*” (considerando noveno). En el mismo sentido, este Tribunal se pronunció en la Sentencia N° 138/2014 (considerandos sexto a décimo);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

13: Que finalmente, es pertinente precisar que la solicitante alude a la Instrucción de Carácter General N°1 como una referencia en cuanto a instrucciones de carácter general dictadas por este Tribunal, dirigidas a los municipios. Sin embargo, la Instrucción de Carácter General N° 3/2013 modificó a la primera y eliminó las obligaciones que se imponían a los municipios, por los motivos antes mencionados;

SE RESUELVE:

No admitir a tramitación conforme al artículo 18 N° 3, el asunto propuesto a folio 7.

Notifíquese por estado diario.

Rol C N° 482-20.

Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez



9A24C378-F3F4-4985-8C0D-F154BAFDC3A8

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.