

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Instrucciones de carácter general N° 3/2013.

Santiago, veintiuno de marzo de dos mil trece.

PROCEDIMIENTO: NO CONTENCIOSO

ROL: NC N° 409-12

OBJETO: MODIFICA INSTRUCCIONES DE CARÁCTER GENERAL N° 1/2006 PARA EL MERCADO DE LA RECOLECCIÓN, TRANSPORTE Y DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS DOMICILIARIOS, APLICABLES A TODO EL TERRITORIO NACIONAL.

VISTOS:

1. PROPUESTA DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (FNE)

1.1 A fojas 1, con fecha 28 de agosto de 2012, la Fiscalía Nacional Económica (FNE o Proponente) propuso las siguientes modificaciones a las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 para el Mercado de la Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios, Aplicables a Todo el Territorio Nacional, de 8 de junio de 2006 (Instrucción 1/2006): (i) eliminar la decisión contenida en el resolutivo 9 sobre obligación de los municipios de remitir las Bases de Licitación a la FNE; (ii) eliminar las decisiones contenidas en los resolutivos 2, 4, 5 y 7, en lo referente a: definición de servicios licitados, fijación de un estándar mínimo de calidad exigible, precisión respecto a pautas de evaluación y, disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación, respectivamente; (iii) modificar la decisión contenida en el resolutivo 3, reemplazando la forma de publicación de las bases de licitación por la que establece el artículo 26 del Reglamento de la Ley 19.886; y, (iv) establecer como condición de las bases de licitación que exista un plazo mínimo de 90 días entre la adjudicación de la concesión y el inicio de los servicios.

1.2 En lo referido a la eliminación del resolutivo 9, la FNE argumenta que es innecesario que las Municipalidades remitan a la FNE las bases de licitación, atendida la reforma legal que hizo aplicable a las mismas la normativa de compras públicas. Explica que, por un lado, en virtud de esa reforma existe la posibilidad de seguimiento o acción directa por parte de los interesados, quienes cuentan con: (i)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

información, por la publicidad de los procesos de adquisición; (ii) institucionalidad que permite el control y fiscalización adecuados (Tribunal de Contratación Pública, Contraloría General de la República, Directrices de la Dirección de Compras y Contratación Pública); y, (iii) conocimiento de los criterios que, según la FNE, deben informar estos procesos de adquisición y posibilidad de denuncia ante ella o demanda ante el TDLC. Además, afirma que como consecuencia de la aplicación de la normativa de compras, coexisten dos estatutos que garantizan condiciones objetivas, uniformes, generales y no discriminatorias en las licitaciones de servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

1.3 Agrega que, por otra parte, las condiciones actuales del mercado difieren de las que motivaron la dictación de la Instrucción 1/2006. Al respecto, señala que el HHI de la época para la Región Metropolitana era de 1461 puntos, mientras que, en la actualidad sería de 1048 puntos. A nivel nacional el nivel de concentración sería significativamente menor, con un HHI actual de 553 puntos. Concluye que comparando la situación actual con aquella existente en los años previos a la Instrucción 1/2006, se observa que han ingresado nuevos actores y las participaciones de mercado de los principales actores han disminuido, lo cual daría cuenta de un mercado más competitivo.

1.4 En tercer lugar, la FNE señala que el número de bases que remiten los municipios, que no son objeto de observaciones u objeciones por parte de dicho organismo ha aumentado sostenidamente, a la vez que el porcentaje de observaciones que ha efectuado muestra una tendencia decreciente durante el último año. Ello daría cuenta de que los municipios han ido internalizando las disposiciones previstas en la Instrucción 1/2006. A este respecto, a fojas 970, la FNE proporcionó los datos que constan en los siguientes cuadros:

Oficios FNE	Número					
	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Sin observaciones/objeciones	10	11	27	53	60	58
Con observaciones/objeciones	37	61	82	100	143	68
TOTAL	47	72	109	153	203	126

Oficios FNE	Porcentaje					
	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Sin observaciones/objeciones	21%	15%	25%	35%	30%	46%
Con observaciones/objeciones	79%	85%	75%	65%	70%	54%
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: Datos proporcionados por la FNE a fojas 970.
Nota: Fecha de corte = Octubre de 2012.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.5 A fojas 1052 señaló que, a pesar de que los datos precedentes podrían conducir a pensar que un alto número de bases de licitación ha presentado objeciones, lo cierto es que gran parte de las mismas se refieren a materias accesorias, de menor entidad, o que escapan al ámbito de la libre competencia, constituyéndose en un contencioso administrativo general.

1.6 Por último, en lo que respecta a la eliminación de este resolutivo, la FNE argumenta que es preferible una fiscalización selectiva de su parte en términos de diseño institucional. Este argumento lo profundiza a fojas 1052, donde señala que es más eficiente y menos costoso para el sistema que sean los interesados quienes soliciten un análisis previo de las bases, o bien, denuncien infracciones al D.L. N° 211, sin necesidad de un control obligatorio previo. Señala que lo anterior es además consistente con un diseño institucional óptimo, donde se prioricen adecuadamente los recursos de la FNE y se utilicen técnicas de intervención propias de mercados más maduros, en donde los agentes tienen pleno conocimiento de sus obligaciones.

1.7 En cuanto a la eliminación de las decisiones contenidas en los resolutivos 2, 4, 5 y 7, en lo referente a: definición de servicios licitados, fijación de un estándar mínimo de calidad exigible, precisión respecto a pautas de evaluación y, disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación, respectivamente; la FNE señala que son innecesarias ya que tales materias están reguladas en la normativa de compras públicas, particularmente en los artículos 6 y 8 de la Ley, y en los artículos 20, 22, 26, 28, 37, 38, 40 y 54 de su Reglamento.

1.8 Con respecto a la modificación de la decisión contenida en el resolutivo 3, la FNE recomienda reemplazar la forma de publicación del llamado a licitación establecida en la Instrucción 1/2006 (dos diarios de circulación nacional o, alternativamente uno de circulación nacional y otro regional), por aquel “sistema de información y otros medios o sistemas” que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública, de conformidad al artículo 26 del Reglamento de la Ley 19.886. Esto es, actualmente, el Portal Mercado Público.

Señala que los portales electrónicos resguardan debidamente la publicidad de los procesos y la garantía de libre e igualitario acceso de los oferentes, de manera que la obligación de publicar en medios escritos ha dejado de ser necesaria para la protección de la libre competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.9 Por último, la FNE recomienda que se agregue, como exigencia de las bases de licitación, un plazo de a lo menos 90 días entre la adjudicación y el inicio de los servicios. A este respecto, señala que el principal obstáculo que enfrentan los potenciales oferentes para participar en estas licitaciones es la disponibilidad de camiones recolectores o de cajas recolectoras, ya que en Chile no existe una industria local o mercado secundario de los mismos, los cuales deben importarse, para lo cual se necesita un plazo suficiente para ello.

2 RESOLUCIÓN DE INICIO

2.1 A fojas 30, con fecha 30 de agosto de 2012, este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dio inicio a un procedimiento no contencioso, al tenor de lo señalado en los artículos 18, numeral 3°, y 31° del D.L. N°211, sobre Modificaciones a las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 para el Mercado de la Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios, Aplicables a Todo el Territorio Nacional, de 8 de junio de 2006.

2.2 Dicha resolución consideró, junto con la propuesta de la FNE, como antecedentes principales para dar inicio al presente procedimiento: (i) la reforma legal introducida al artículo 66 de la Ley Orgánica de Municipalidades por la Ley 20.355 que hace aplicables a las licitaciones convocadas por las Municipalidades relativas a servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios la Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Ley) y el D.S. 250 de 2004 que la reglamenta (Reglamento), en adelante, conjuntamente la “normativa de compras públicas”; y, (ii) la eventual necesidad de adaptar la Instrucción 1/2006 a las condiciones de mercado y regulatorias en que se desenvuelven las licitaciones relativas a los servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

3 ANTECEDENTES APORTADOS AL PROCESO

3.1 Aportaron antecedentes, además de la Proponente (fojas 1, 970 y 1052), la Contraloría General de la República (fojas 605), el Tribunal de Contratación Pública (fojas 485 y 966), la Dirección de Compras y Contratación Pública (fojas 503), las Municipalidades de Algarrobo (fojas 434), Buin (fojas 413), Calama (fojas 491), Caldera (fojas 563), La Pintana (fojas 500), Lautaro (fojas 558), Maipú (fojas 1044), Nacimiento (fojas 435), Puente Alto (fojas 580), Rauco (fojas 1041), Renca (fojas 579), Sierra Gorda (fojas 568), San Francisco de Mostazal (fojas 477) y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tomé (fojas 436); y las empresas del rubro Demarco S.A. (fojas 440), Genco S.A. (fojas 463), Gestión Ambiente S.A. (fojas 474), Gestión Ecológica de Residuos S.A. o GERSA (fojas 510) y KDM S.A. (fojas 450).

4 AUDIENCIA PÚBLICA

4.1 Con fecha 10 de enero de 2013, se llevó a efecto la audiencia pública a que se refiere el numeral 3) del artículo 31º del texto vigente del Decreto Ley Nº 211, e intervino manifestando su opinión el señor Benjamín Mordoj Hutter por la Fiscalía Nacional Económica.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que en junio de 2006, este Tribunal dictó instrucciones de carácter general para los mercados de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios (Instrucción 1/2006), estableciendo así los criterios básicos a los que deben sujetarse las bases de licitación que incidan en los mismos (las “Bases de Licitación”), con el objeto de asegurar la debida publicidad, transparencia y libre acceso a tales mercados, así como la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias que fomenten la participación de la mayor cantidad de oferentes posible en las licitaciones en cuestión y el ingreso de nuevos actores a las distintas fases del manejo o gestión de residuos sólidos domiciliarios;

Segundo: Que la Instrucción 1/2006 está dividida en dos partes o secciones. La primera, dirigida a los municipios que elaboran las Bases de Licitación en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley Nº 18.695 Orgánica de Municipalidades, y la segunda a las personas o empresas que prestan servicios en las etapas intermedias o finales del manejo o de la gestión de residuos sólidos domiciliarios;

Tercero: Que, en cuanto al contexto de mercado en el que se dictó la Instrucción 1/2006, y tal como consta en su parte expositiva, la FNE señaló que, en esa época, tres empresas (Enasa, Starco y Demarco, las dos últimas relacionadas entre sí por tener un controlador común, Urbaser Kiasa) habían ganado la mitad de las licitaciones con contratos vigentes al año 2002 y concentraban más del 50% de los ingresos en la Región Metropolitana. A su vez, en lo que respecta a la disposición final, uno de los 4 vertederos (KDM) recibía el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

54,5% de los desechos domiciliarios. Ello contrastaba con la situación existente en 1995, donde había el doble de participantes;

Cuarto: Que, adicionalmente, la FNE manifestó entonces su preocupación por la integración vertical que existía entre las empresas recolectoras y las dueñas de los vertederos, ya que estos últimos son instalaciones esenciales que otorgan ventajas competitivas, generan barreras de entrada y hacen posible que las empresas integradas abusen de su posición dominante. Así, relata la FNE, las principales empresas recolectoras estaban integradas: Urbaser-Kiasa con el relleno Loma Los Colorados, Coinca con el relleno Santiago Poniente y Enasa con el Consorcio Santa Marta;

Quinto: Que, de esta forma y con el objeto de cumplir los fines señalados en las consideraciones precedentes, se dictó la Instrucción 1/2006, actualmente vigente, cuyo tenor es el siguiente:

**“INSTRUCCIONES GENERALES A QUE DEBEN SOMETERSE LOS
AGENTES ECONÓMICOS QUE PARTICIPEN EN EL MERCADO DE
SERVICIOS DE RECOLECCIÓN, TRANSPORTE Y DISPOSICIÓN DE
RESIDUOS SÓLIDOS DOMICILIARIOS**

I.- Instrucciones a las Municipalidades respecto de las Bases de Licitación de Servicios de Recolección, Transporte y Disposición de Residuos Sólidos Domiciliarios, que deben elaborarse en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

1°.- Las bases de licitaciones de servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios deberán cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas;

2°.- En los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se liciten;

3°.- Las municipalidades deberán publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de ofertas, en al menos dos diarios de circulación nacional o, alternativamente, en uno de circulación nacional y en otro de circulación en la región que corresponda. A la fecha de las publicaciones, las respectivas bases de licitación deberán estar disponibles para los interesados;

4°.- Las bases de licitación deberán fijar un estándar mínimo de calidad exigible a todas las propuestas y establecer como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido, sujeto a este estándar mínimo de calidad. En caso que para la asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberán justificarse fundadamente;

5°.- Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora y establecer las pautas que se utilizarán para la calificación de los oferentes y sus propuestas;

6°.- Las municipalidades no podrán imponer a los interesados en participar en una licitación exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva;

7°.- Las bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación. En la medida que ello no signifique tal arbitrariedad, es lícito que las municipalidades adjudiquen parcialmente algunas prestaciones licitadas o declaren desierta una licitación en aquellos casos en que ninguna de las propuestas se ajuste a sus necesidades. En caso de declarar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

desierta una licitación, las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto;

8°.- No podrán incluirse en las bases de licitación cláusulas o disposiciones sobre renuncia anticipada de acciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ni otras que otorguen a la municipalidad respectiva el derecho a poner término anticipado al contrato adjudicado sin una causa justificada;

9°.- Las bases de las licitaciones públicas a que se refieren estas instrucciones, deberán ser remitidas a la Fiscalía Nacional Económica, a lo menos con 15 días corridos de anticipación a la fecha en que se publique el respectivo llamado;

II.- Instrucciones a los prestadores de servicios, en las etapas intermedias o finales del manejo de residuos sólidos domiciliarios.

10°.- Las empresas que presten servicios en las etapas intermedias o finales del manejo de residuos sólidos domiciliarios deberán otorgar igualdad de condiciones a todos los usuarios y clientes que le requieran tales servicios, sean o no sus competidores, absteniéndose de cualquier discriminación arbitraria; y,

11°.- Las empresas que explotan instalaciones de tratamiento intermedio de residuos sólidos domiciliarios o de rellenos sanitarios autorizados para la disposición final de los mismos deberán publicar en un diario de circulación nacional, y en forma destacada, las tarifas de los servicios que presten en las instalaciones que posean o controlen. Deberán publicarse los criterios objetivos por los cuales puedan existir diferencias de precios, tales como descuentos por plazo, pronto pago, volumen y otros criterios, si correspondiere. Las modificaciones a dichas tarifas deberán publicarse con una anticipación mínima de diez días hábiles a su respectiva entrada en vigor, manteniéndose vigentes las tarifas anteriores hasta que ello no ocurra;"

Sexto: Que sobre la conveniencia de mantener o no la citada Instrucción 1/2006, es necesario tener presente, por una parte y tal como indica la Proponente, que su aplicación por parte de las Municipalidades y de los prestadores de servicios, en las etapas intermedias o finales del manejo de residuos sólidos domiciliarios, así como su fiscalización por parte de la FNE, han permitido que los procesos de licitación sean más transparentes, abiertos y objetivos, incrementando la competencia en el mercado. Esta última conclusión se extraería de la información de mercado que aportó la Proponente, según la cual habrían bajado, en una medida apreciable, los índices de concentración de esta industria, tanto a nivel nacional como en la Región Metropolitana;

Séptimo: Que, por otra parte, también es necesario tener presente que ha transcurrido un período de tiempo considerable de plena aplicación de la normativa de compras públicas, a la que deben sujetarse los municipios cuando llevan a cabo los procedimientos administrativos de otorgamiento de concesiones para la prestación de esta clase de servicios, todo ello por expreso mandato de la Ley N° 20.355 que modificó el artículo 66 de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, según el cual el procedimiento administrativo para la prestación de servicios por las municipalidades se debe ajustar a lo dispuesto en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro de Prestación de Servicios y su Reglamento, contenido en el D.S. N° 250 de 2004;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octavo: Que, entonces, habiendo transcurrido un tiempo prudente de aplicación plena de la normativa de compras públicas a las licitaciones de los municipios, es necesario evaluar la conveniencia o no de mantener la coexistencia de ambos estatutos -Instrucción 1/2006 y normativa de compras públicas-, ya que la existencia de reglas muy numerosas, dispersas, inconsistentes o simplemente superpuestas entre sí, incrementan los costos de cumplimiento y fiscalización. Es por ello que, se afirma, las reglas deben ser pocas y claras, de manera que resulta, en principio, necesario y conveniente evitar las contradicciones y duplicidades que se puedan producir y que, de hecho, se están produciendo entre la aplicación Instrucción 1/2006 y la aplicación de la normativa de compras, en lo relativo al mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios. Ello resulta especialmente válido cuando, como en la especie, los principios de especialidad y de jerarquía normativa podrían conducir a conclusiones diversas en los casos en los que sea necesario decidir si debe primar el Reglamento o la Instrucción 1/2006;

Noveno: Que, por lo tanto, es preciso analizar cuáles de los aspectos regulados en la Instrucción N° 1/2006 están también previstos en la normativa de compras públicas para, en definitiva, ajustar la primera a la segunda, o bien, ejercer la facultad establecida en el artículo 18 N° 4, de recomendar la modificación, derogación o dictación de preceptos legales o reglamentarios, según corresponda;

Décimo: Que los principios de transparencia, libre acceso, generalidad, uniformidad, objetividad y no arbitrariedad constituyen principios generales que están presentes en todo nuestro ordenamiento jurídico. En el caso de la normativa de compras públicas, están establecidos como exigencias de las bases de licitación en los artículos 6 de la Ley, 20, 22 y 40 del Reglamento. Las decisiones 1, 6 y la primera parte de la 7 de la Instrucción 1/2006 son, por lo tanto, innecesarias;

Undécimo: Que el deber de definir en las bases de la licitación el objeto licitado, es decir, cuál es el bien o servicio que se desea adquirir o contratar, también está contemplado en el reglamento, particularmente en su artículo 22 N° 2. Resulta innecesaria también, por lo tanto, la decisión 2 de la Instrucción 1/2006;

Duodécimo: Que la decisión 3 de la instrucción 1/2006 ordena la publicación de las bases en diarios de circulación nacional, mientras que el Reglamento ordena publicar en el o los sistemas de información u otros medios o sistemas que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establezca la DCCP. A juicio de este Tribunal, el Portal Mercado Público otorga la debida publicidad y transparencia a estos procesos, siendo innecesario mantener la decisión 3 en este aspecto. No obstante, en la decisión 3 de la Instrucción 1/2006 también se establece un plazo mínimo de 60 días para presentar ofertas, lo que no está regulado por la normativa de compras; sin embargo, el hecho de derogar la decisión 3 y, por consiguiente, la obligación de los municipios de establecer ese plazo mínimo para presentar ofertas, no significa que los mismos no deban señalar un plazo mínimo de ese orden de magnitud en sus procesos de licitación, según se pasa a exponer en las consideraciones que siguen;

Decimotercero: Que, tal como lo ha señalado este Tribunal en numerosas oportunidades, las normas de defensa de la libre competencia son aplicables a toda clase de personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, pues lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si las actuaciones de un sujeto de derecho, como oferente o demandante de bienes y servicios, inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo. Bajo esta perspectiva, resulta indubitado que dicho cuerpo legal se aplica a las corporaciones municipales en cuanto personas que intervienen en los mercados por medio de la adquisición de servicios de recolección, transporte y/o disposición final de residuos sólidos domiciliarios;

Decimocuarto: Que este Tribunal también ha señalado que las autoridades públicas cuando adoptan actos administrativos, que tienen efectos en el funcionamiento de los mercados, pueden infringir la ley de defensa de la libre competencia, aunque dicho acto sea dictado en el ejercicio de una facultad discrecional, pues se entiende que cualquier autoridad tiene como límite de su actuación las normas que componen el orden público económico, dentro de las cuales se encuentra el D.L. N° 211, que viene a garantizar y tutelar la garantía constitucional del libre emprendimiento establecida en el número 21 del artículo 19 de la Constitución Política;

Decimoquinto: Que, por consiguiente, los municipios deben respetar la normativa de libre competencia durante todo el proceso licitatorio y, por lo tanto, deben establecer las condiciones que permitan asegurar la participación de la mayor cantidad de oferentes posible, no solamente por las exigencias concretas que, en este sentido, derivan de los principios señalados en la consideración décima precedente, sino porque, de lo contrario, se estaría ejecutando o celebrando un hecho, acto o convención que, en términos del artículo 3 del D.L. N°

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

211, impide, o al menos restringe, el proceso competitivo, o tiende a producir dichos efectos;

Decimosexto: Que, de este modo, los principios de transparencia, libre acceso, generalidad, uniformidad, objetividad y no arbitrariedad, establecidos en la normativa de compras públicas, y las disposiciones contenidas en el D.L. N° 211, hacen necesario que las municipalidades establezcan en sus licitaciones un plazo para presentar ofertas que asegure la participación de un número de proponentes que sea suficiente como para que exista una competencia efectiva en tales licitaciones, lo que hace innecesario mantener la decisión 3 de la Instrucción 1/2006 en aquella parte en la que establece un plazo mínimo de 60 días para presentar ofertas;

Decimoséptimo: Que la decisión 4 dispone que, *“Las bases de licitación deberán fijar un estándar mínimo de calidad exigible y establecer como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido, sujeto a este estándar mínimo de calidad. En caso que se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberán justificarse fundadamente”*. Por su parte, la normativa de compras, en el artículo 10, inciso segundo, de la Ley, señala que, *“El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las Bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el Reglamento”*. A su vez, el Reglamento señala, en su artículo 20, inciso primero, que, *“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”*; y, en su inciso segundo, agrega que, *“La Entidad Licitante no atenderá sólo al posible precio del bien y/o servicio, sino a todas las condiciones que impacten en los beneficios o costos que se espera recibir del bien y/o servicio. En la determinación de las condiciones de las Bases, la Entidad Licitante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de los bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones”*. A su vez, en su artículo 22, el Reglamento señala que las bases deberán contener, *“7. Los criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación, atendido la naturaleza de los bienes que se licitan, la idoneidad y calificación de los oferentes y cualquier otro antecedente que sea relevante para efectos de la Adjudicación”*. Por lo tanto, en este punto, la Instrucción 1/2006 acota el ámbito de discrecionalidad de los municipios en lo que respecta al criterio de adjudicación, ya que exige que la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adjudicación se decida principalmente en base al precio, debiendo los municipios justificar el establecimiento de criterios distintos del precio;

Decimoctavo: Que, al respecto y tal como se ha señalado en las consideraciones precedentes, la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia a los municipios impone a estos últimos el deber de ejercer sus facultades discrecionales del modo que mejor se conforme a las normas de libre competencia. En lo que respecta al criterio de adjudicación, una interpretación armónica de la normativa de compras y de libre competencia aconseja, tal como señala la Instrucción 1/2006, que los municipios establezcan el precio ofrecido como principal criterio de adjudicación. Sin embargo, ello no excluye el uso de otros parámetros como variables de competencia en la licitación, en la medida que los criterios que se utilicen para evaluar las ofertas sean objetivos, se encuentren previa y claramente establecidos y propendan a lograr que las condiciones de provisión de los servicios en cuestión se aproximen a las de oferta en un mercado competitivo, tanto en términos de cantidad, calidad y precio. Establecido lo anterior, este Tribunal estima innecesario mantener la decisión 4 de la Instrucción 1/2006, sin perjuicio de reafirmar la aplicación de las normas de libre competencia a las licitaciones en cuestión y, por consiguiente, la necesidad de que los criterios de adjudicación que establezcan los municipios cumplan con los criterios antes indicados;

Decimonoveno: Que, luego, la decisión 5 de la Instrucción 1/2006 señala que, *“Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora y establecer las pautas que se utilizarán para la calificación de los oferentes y sus propuestas”*. El Reglamento, por su parte, establece que las bases deben contener, *“La forma de designación de las comisiones evaluadoras (...)”* (artículo 22, N° 10), *cuya integración debe publicarse en el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública* (artículo 37) *y, como se señaló, “Los criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación (...)”* (artículo 22, N° 7). Luego, en este punto, y tras la entrada en vigor de la Reforma, existe una superposición entre la normativa de compras y la decisión 5 de la Instrucción 1/2006 que hace innecesario mantener esta última;

Vigésimo: Que, a su turno, la segunda parte de la decisión 7 de la Instrucción 1/2006 señala que, *“En la medida que ello no signifique tal arbitrariedad, es lícito que las municipalidades adjudiquen parcialmente algunas prestaciones licitadas o declaren desierta una licitación en aquellos casos en que ninguna de las*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propuestas se ajuste a sus necesidades. En caso de declarar desierta una licitación, las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto". Por su parte, la normativa de compras, artículo 8 de la Ley, contempla la posibilidad de que la licitación sea declarada desierta, pero en tal caso, no obliga a las entidades licitantes a modificar las bases y volver a llamar a licitación pública, sino que les proporciona, además, la posibilidad de convocar a licitación privada utilizando las mismas bases que se utilizaron para la licitación pública e, incluso, si en tal caso nuevamente no hay oferentes, autoriza la contratación directa;

Vigésimo primero: Que, como se puede apreciar, en esta materia nuevamente se presenta una situación en la que se confiere a los municipios una facultad de carácter discrecional, esta vez en el caso de que se declare desierta una licitación, señalando la Ley las posibilidades de elección que tienen estas autoridades para contratar los servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios. Como ya se ha expresado, los municipios, al ejercer esta facultad, deben respetar las normas de libre competencia y, por lo tanto, deberán optar por aquel mecanismo que tenga el efecto más procompetitivo;

Vigésimo segundo: Que, a juicio de este Tribunal y desde el punto de vista de la libre competencia, es preferible que las concesiones de servicios de recolección, transporte y/o disposición final de residuos sólidos domiciliarios se realicen por medio de procedimientos concursales competitivos, esto es, reemplazando la competencia en el mercado, por una competencia *ex ante* o en la licitación, que permita que las condiciones de provisión *ex post* de los servicios en cuestión se aproximen a las de oferta en un mercado competitivo, tanto en términos de cantidad, calidad y precio. Ello, toda vez que estas concesiones, por un lado, confieren, en forma más o menos explícita, exclusividad para la provisión de tales servicios en territorios determinados y, por otro, dan origen a contratos que involucran montos y plazos de duración que aconsejan el uso de mecanismos de asignación objetivos y transparentes. En este sentido, y por aplicación armónica de la normativa de compras y de libre competencia, los municipios deberán siempre preferir la licitación pública como mecanismo de asignación y utilizar sólo excepcional y fundadamente los otros mecanismos de contratación que subsidiariamente contempla la normativa de compras. Establecido lo anterior, este Tribunal estima innecesario mantener la decisión 7 de la Instrucción 1/2006, en la medida que, por aplicación directa de las normas de libre competencia, los municipios deben ejercer la discrecionalidad que les confiere la normativa de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

compras en concordancia con la libre competencia en lo que se refiere a los mecanismos de asignación que utilicen, de tal manera que acudan a la licitación privada o a la contratación directa sólo bajo circunstancias excepcionales y debidamente justificadas;

Vigésimo tercero: Que luego, la decisión 8 de la Instrucción 1/2006 establece que, *“No podrán incluirse en las bases de licitación cláusulas o disposiciones sobre renuncia anticipada de acciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ni otras que otorguen a la municipalidad respectiva el derecho a poner término anticipado al contrato adjudicado sin una causa justificada”*. Este aspecto no está regulado en la normativa de compras públicas. Sin embargo, en general, se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia que la exigencia de una renuncia anticipada de derechos es abusiva, sin perjuicio de ser, además, absolutamente nula la renuncia de derechos que no miran sólo al interés del renunciante, como ocurre con la acción por infracción a las normas de libre competencia. Por su parte, existe abundante jurisprudencia de los órganos de defensa de la libre competencia en cuanto a que podría constituir una cláusula abusiva aquella que otorga a una de las partes la facultad de poner término, unilateralmente, a su solo arbitrio o sin expresión de causa, a un contrato válidamente celebrado, en ejecución y de plazo definido, especialmente cuando, como en la especie, se trataría de una prerrogativa no negociada, establecida en las bases de una licitación en beneficio de una sola de las partes. Luego, y en la medida que existen otros mecanismos destinados a impedir abusos contractuales que, como los mencionados, podrían desincentivar la participación de oferentes en las licitaciones en cuestión, esta decisión de la Instrucción 1/2006 es también innecesaria;

Vigésimo cuarto: Que, por último, la decisión 9 de la Instrucción N° 1/2006 establece que, *“Las bases de las licitaciones públicas a que se refieren estas instrucciones, deberán ser remitidas a la Fiscalía Nacional Económica, a lo menos con 15 días corridos de anticipación a la fecha en que se publique el respectivo llamado”*. La normativa de compras públicas no establece nada al respecto. Sin embargo, esta decisión actualmente podría resultar innecesaria, toda vez que, como se ha dicho: (i) la normativa de compras públicas y su institucionalidad también resguardan la libre competencia; (ii) los interesados tienen la posibilidad de accionar directamente no solo ante la FNE y el TDLC, sino además frente al Tribunal de Contratación Pública; (iii) la FNE puede actuar discrecional o selectivamente y revisar las bases de licitación de servicios de recolección,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios que estime conveniente, orientando de mejor forma los recursos de que dispone; y, por último, (iv) porque se ha reducido el porcentaje de bases de licitación que merecen reparos por parte de la FNE, así como los niveles de concentración en los mercados en cuestión;

Vigésimo quinto: Que, en lo que respecta a las decisiones 10 y 11 de la Instrucción 1/2006, no se han alegado o verificado circunstancias que ameriten su eliminación o modificación;

Vigésimo sexto: Que, en razón de todo lo anterior, este Tribunal estima que las decisiones contenidas en los numerales 1 al 9 de la Instrucción 1/2006 deben ser eliminadas, manteniéndose vigentes únicamente aquellas contenidas en los números 10 y 11 de la misma;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 18 º, número 3), y 31º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, **SE RESUELVE:**

- 1) Modificar la Instrucción N° 1/2006, eliminando las decisiones contenidas en los numerales 1 a 9 de la misma; y
- 2) Establecer como nuevo texto refundido de la Instrucción de Carácter General N° 1/2006, el siguiente:

**“INSTRUCCIONES GENERALES A QUE DEBEN SOMETERSE LOS AGENTES
ECONÓMICOS QUE PARTICIPEN EN EL MERCADO DE SERVICIOS DE
RECOLECCIÓN, TRANSPORTE Y DISPOSICIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS
DOMICILIARIOS**

1º.- Las empresas que presten servicios en las etapas intermedias o finales del manejo de residuos sólidos domiciliarios deberán otorgar igualdad de condiciones a todos los usuarios y clientes que le requieran tales servicios, sean o no sus competidores, absteniéndose de cualquier discriminación arbitraria; y,

2º.- Las empresas que explotan instalaciones de tratamiento intermedio de residuos sólidos domiciliarios o de rellenos sanitarios autorizados para la disposición final de los mismos deberán publicar en un diario de circulación nacional, y en forma destacada, las tarifas de los servicios que presten en las instalaciones que posean o controlen. Deberán publicarse los criterios objetivos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por los cuales puedan existir diferencias de precios, tales como descuentos por plazo, pronto pago, volumen y otros criterios, si correspondiere. Las modificaciones a dichas tarifas deberán publicarse con una anticipación mínima de diez días hábiles a su respectiva entrada en vigor, manteniéndose vigentes las tarifas anteriores hasta que ello no ocurra;

Estas instrucciones generales entrarán en vigor a contar de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.”

Notifíquese por el estado diario y publíquese un extracto en el Diario Oficial y su texto en un lugar visible y en el sitio *web* del Tribunal.

Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 409-12.

Pronunciada por los Ministros Sr. Radoslav Depolo Razmilic, actuando como Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Enrique Vergara Vial, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez; y el Sr. Juan José Romero Guzmán en conformidad con lo dispuesto por el artículo 79 del Código Orgánico de Tribunales y 169 del Código de Procedimiento Civil. El Sr. Romero no firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de este asunto, por encontrarse ausente. Autorizada por la Secretaria Abogado (s) Srta. Carolina Horn Küpfer.