

Santiago, veintisiete de enero de dos mil veinte.

Vistos:

En estos autos Rol N° 8850-2019, el demandante interpuso el recurso de reclamación contemplado en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el 7 de marzo de 2019, que rechazó la demanda por atentados a la libre competencia.

En la especie Constructora Denco Limitada interpuso demanda en procedimiento contencioso, conforme al artículo 18 N° 1 del Decreto Ley N° 211, en contra del Servicio de Salud de Osorno, denunciando la infracción de lo dispuesto en el artículo 3 inciso 1° del mismo cuerpo normativo.

Explica la demandante que el 17 de octubre de 2017 fue publicado el portal www.mercadopublico.cl el llamado a licitación para la obra: "*Mejoramiento Hospital de Puerto Octay*", convocatoria realizada por instrucción de la demandada. A su turno, el 4 de octubre de 2017 se habría publicado en el mismo medio el llamado a licitación para la ejecución de la obra denominada "*Mejoramiento Hospital Río Negro*".

Refiere que, tratándose de dos convocatorias asociadas a su giro, ha detectado dos importantes problemas relacionados con la libre competencia, consistentes en que el procedimiento de evaluación de las ofertas presentadas por los interesados considera la asignación de puntaje por



"capacidad económica" y "experiencia" del oferente, requisitos que, a su entender, se transforman en una barrera de entrada no razonable, permitiendo el cobro de sobreprecios en perjuicio del mandante.

Detalla, en cuanto a la "capacidad económica", que la pauta de evaluación del concurso contiene cinco rangos de puntuación, que oscilan entre la inadmisibilidad de la oferta y la asignación de 7 puntos, según si el capital disponible como porcentaje de la oferta económica es menor al 10% (inadmisible) o se ubica entre un 10,1% (4,5 puntos) a un 18,4% o más (7 puntos). Este puntaje posee una incidencia de un 40% en la evaluación de la oferta económica, y el aspecto económico, a su vez, pondera un 58% sobre la nota final de adjudicación.

Refiere que, por otro lado, una situación semejante ocurre con la "experiencia del oferente", pues según la pauta de evaluación se asigna un puntaje que va desde 1,0 puntos (menos de 5.000 m² construidos en obras de salud) a 7,0 puntos (más de 30.000 m² construidos en obras de salud).

Alega que, con la aplicación de aquellos parámetros, se privilegia a empresas grandes con un capital importante o con una gran superficie construida, sin importar su aptitud para ejecutar la obra específica que se licita. Por lo demás, como la única variable para el oferente es el precio propuesto en la oferta, para incrementar su



puntuación final y, por ende, la probabilidad de adjudicación, las empresas pequeñas se ven forzadas a disminuir el precio ofrecido, al punto que, si el precio que le permite igualar a competidores más grandes es inferior al costo, la empresa pequeña se verá inhibida de formular ofertas, disminuyendo la presión competitiva, transformando a las exigencias antes explicadas en barreras de entrada no razonables.

Propone, como modelo alternativo, un sistema basado únicamente en competencia de precios (modelo de Bertrand), que incentivaría a la baja las ofertas económicas acercándolas al costo, con el beneficio social que ello implica, además de propender a la eficiencia de las empresas oferentes para reducir sus costos y, así, ser más competitivas, expresando que la experiencia y capacidad económica pueden, legítimamente, ser consideradas como requisitos para ingresar a un registro (como los contratistas del MOP) pero no dentro de un procedimiento licitatorio individualmente considerado.

Por lo anterior, concluye su arbitrio solicitando: (1) Se declare que la ponderación que se hace de la experiencia y la capacidad económica en las Resoluciones Afectas que aprobaron las bases de ambas licitaciones es atentatoria contra la libre competencia; (2) se ordene que sea modificada por un sistema que, reconociendo requisitos mínimos de experiencia y capacidad económica, evalúe a los



oferentes en igualdad de condiciones; y, (3) se dicten, para efectos de la petición anterior, instrucciones precisas en orden de fijar la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias para fomentar la participación de la mayor cantidad de oferentes posibles en los procesos de licitación de establecimientos de salud, con miras al ingreso de nuevos actores al mercado.

Contestando la demanda en tiempo y forma, la demandada solicitó el rechazo de la demanda con costas, explicando que, históricamente, las bases para la construcción de hospitales eran confeccionadas por cada Servicio de Salud. Ello ocurrió hasta 2013, época en que entró en vigor la Resolución Afecta N° 1/13 de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, que aprobó las bases tipo para obras de esta naturaleza. Luego, aquellas bases fueron modificadas por la Resolución Afecta N° 134/15, incluyendo a la capacidad económica y experiencia como factores a evaluar, con la finalidad de disminuir la cantidad de obras abandonadas o con desperfectos técnicos. De esta manera, la inclusión de los parámetros cuestionados en las bases de las licitaciones objeto de la demanda era obligatoria para el Servicio de Salud de Osorno.

Esgrime que la creación de un sistema de registros de contratistas como los que posee el Ministerio de Obras Públicas no es posible, al no existir ley que lo permita.



Opone, acto seguido, la excepción de falta de legitimación activa del demandante para ejercer la acción, por cuanto Constructora Denco no participó en ninguno de los dos procedimientos licitatorios.

Indica que, en cualquier caso, la participación del Servicio de Salud demandado en el mercado relevante es mínima y, por tanto, la conducta reprochada carece de aptitud para ser considerada como un atentado en contra de la libre competencia. En este sentido, propone, primeramente, que el mercado relevante consiste en "*la contratación de servicios para la ejecución de obras civiles*", pues el Estado puede participar de dos maneras en un procedimiento licitatorio: (a) Como adjudicador de un servicio que un particular prestará en condiciones no competitivas, caso en el cual el mercado relevante será cada licitación; o, (b) como selector de bienes y servicios necesarios para el ejercicio de sus actividades -como en la construcción de obras públicas-, supuesto de hecho en el que el mercado relevante será aquel en que incide la licitación. Zanjado lo anterior, aclara que las dos licitaciones cuestionadas representan el 1,5% del total de inversiones realizadas por el Ministerio de Salud en obras civiles, y esta cartera concreta sólo el 5% del gasto estatal en infraestructura. Entonces, el Servicio de Salud de Osorno no tiene poder de compra para ejecutar actos anticompetitivos.



Propone que, incluso soslayando lo anterior, el demandado no incurrió en una conducta contraria a derecho por cuanto las exigencias que han sido aquí cuestionadas no pueden ser consideradas como una barrera de entrada, sino que se está en presencia de requisitos objetivos exigibles a todos los participantes, que tienen una finalidad razonable, y que, superado cierto límite, derivan en la igual asignación de puntaje a todos los oferentes.

Ahonda que, incluso, pueden estas exigencias entenderse como un elemento que permite participar a empresas que, de existir un sistema de registros, no podrían hacerlo; existiendo siempre la posibilidad que diversos interesados de menor envergadura se unan temporalmente en una "UTP" o "unión temporal de proveedores" para cumplir de mejor manera las exigencias y competir con empresas de mayor tamaño.

Cabe consignar que compareció ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la empresa Constructora LN SpA, como coadyuvante de la actora.

La sentencia reclamada, en lo que interesa a la presente reclamación, rechazó sin costas la demanda, teniendo en consideración para ello que el Servicio de Salud de Osorno carece de capacidad para afectar la oferta o abusar de su poder de compra pues, luego de dar por establecido que el mercado relevante consiste en "la construcción de infraestructura hospitalaria de más de



1.000 metros cuadrados en todo el territorio nacional", las obras en que incide la demanda representan sólo el 5,8% de la edificación autorizada para 2017, participación que califica como "bastante menor", descartando que el demandado tenga un poder de compra que le permita excluir del mercado relevante a otros participantes.

Reclamado el fallo antes reseñado por la demandante, se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

PRIMERO: Que, en un primer capítulo de su arbitrio, la demandante expresa que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia erró al determinar el mercado relevante, sosteniendo que éste está determinado por cada una de las dos licitaciones mencionadas en la demanda, por cuanto en cada una de ellas existe un agente económico, un área geográfica determinada, y una única e irrepetible obra a construir. Estimar lo contrario implicaría considerar a las licitaciones como actos inimpugnables, situación que contraría a los artículos 2 y 3 del Decreto Ley N° 211, aplicables a todos los agentes económicos incluido el Estado.

SEGUNDO: Que, en su segundo apartado del recurso, el demandante se limita a reiterar los argumentos de fondo contenidos en la demanda, agregando que a iguales conclusiones arribó la Fiscalía Nacional Económica en un



informe confeccionado en causa Rol TDLC N° C-329-17 que pidió traer a la vista.

TERCERO: Que, en virtud de lo anterior, la reclamante solicitó que se "revoque el fallo de primera instancia" y se acoja la demanda decretando una o más de las medidas solicitadas en el libelo, o las que se estimen procedentes conforme a las facultades concedidas en el Decreto Ley N° 211, con costas.

CUARTO: Que, previo a analizar los argumentos contenidos en el recurso antes reseñado, resulta relevante dejar asentado, desde ya, que la legislación sobre libre competencia, y en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico que cumple distintas funciones, puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sean respetados, tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva, limita y acota el ejercicio de tal derecho, ya que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, situación que, en último término, se traduce



en la alteración del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad.

En este aspecto se ha dicho que *"la libre competencia es un bien jurídico protegido de aquellos denominados públicos, que dice relación con el funcionamiento de un sistema que promueve una forma de orden social mediante la cual se armoniza el ejercicio de la libertad de competencia mercantil por parte de todos los ciudadanos que la ostentan. Esta armonización se logra por la vía de limitar estas libertades... y de esta forma se tutela que todos y cada uno de los ciudadanos interesados en ello puedan ejercitar adecuadamente su libertad de competencia mercantil"* (Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio". Editorial Jurídica de Chile, primera edición, junio de 2006. Página 188).

También, se ha sostenido que en *"economía esta lucha [la competencia] es por la conquista del cliente. El competidor se propone apartar a los demás para ser el primero. En los países civilizados tal lucha no ha sido jamás libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada. Pues si toda forma de convivencia humana está sometida al Derecho, es claro que las relaciones económicas están sometidas también a él. La competencia es, pues, un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos"*, añadiendo el autor que *"libre competencia en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores"*



(Joaquín Garrigues, "La defensa de la competencia mercantil". Temas de Derecho Vivo, Editorial Tecnos, 1977. Página 142).

La libre competencia comprende principalmente, entonces, los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Así, se ha manifestado que *"la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado [Decreto Ley 211], no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado"* (Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto en "Libre Competencia y Monopolio", Editorial Jurídica de Chile, 2006. Página 190).

De este modo, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa al mero resguardo de intereses



individuales, pretendiendo mantener el orden económico en el mercado, a través de la represión de los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar.

Esta doble vía, que considera la libertad y el abuso, permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, cualidad que corresponde proteger *"no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro"* (Domingo Valdés Prieto, obra citada, página 187).

QUINTO: Que, asentado lo anterior, conviene recordar que el artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004 que fija el texto refundido del Decreto Ley N° 211 dispone, a la letra: *"El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso."*



Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".

SEXTO: Que, entrando de lleno al análisis del primer capítulo de la reclamación, resulta indispensable mencionar que esta Corte Suprema ha definido al mercado relevante como aquel que "está constituido por un conjunto de



productos, bienes y/o servicios, que responden a una agrupación determinada por el agente económico, que puede estar relacionado con un área geográfica, actividad, segmento determinado de la sociedad y proporción. Por su parte el mercado relevante está vinculado a productos, áreas, actividades, segmentos y proporción que tiene en éste el agente económico, es el mercado del producto de referencia que se considerará en el análisis, como sus posibles sustitutos" (SCS de 7 de septiembre de 2012 en causa Rol N° 2578-12).

SÉPTIMO: Que, a su turno, la Fiscalía Nacional Económica en su "Guía para el análisis de operaciones de concentración" incorpora un elemento trascendental, al afirmar que, para que un mercado determinado pueda ser considerado como "relevante" para efectos competitivos, debe ser "*probable ejercer a su respecto poder de mercado*", entendido como la capacidad para influir en el precio de un determinado bien o servicio, o determinar la exclusión de uno o más agentes económicos.

OCTAVO: Que, en tal orden de ideas, no resulta técnicamente viable el argumento del recurrente, por cuanto cada operación de compra, individualmente considerada, no puede ser entendida como una agrupación de bienes o servicios relacionados por factores objetivos, mientras que tampoco aparece con claridad que el contenido de cada una de las bases de licitación (que se ha acreditado que



responden a un modelo confeccionado a nivel central) incidan concretamente en el precio del servicio que se pretende adquirir, ni menos que puedan generar la exclusión de un determinado competidor.

Por el contrario, figura correcta la conclusión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al haber agrupado todas las obras de construcción con destino hospitalario con una superficie mínima de 1.000 m², al haberse acreditado que, a partir de aquel límite, la convocatoria despierta el interés de competidores a nivel nacional y no sólo local. Como se aprecia, tal conjunción cumple con considerar los agentes económicos involucrados según su actividad económica (construcción), relacionándolos en un área geográfica precisa (todo Chile), apuntando a un segmento determinado (obras hospitalarias), de manera tal que una conducta anticompetitiva en esa escala evidentemente podría influir en el precio de los servicios requeridos o generar situación de drástica exclusión de competidores.

NOVENO: Que, si bien es cierto, lo anteriormente concluido es suficiente para determinar el rechazo del reclamo, cabe destacar que la valoración de la capacidad económica y experiencia de los oferentes encuentra sustento lógico en el interés público de concreción de los proyectos constructivos en el tiempo proyectado por la Administración, así como en el cumplimiento de los



parámetros técnicos necesarios para el adecuado cumplimiento del fin que se pretende satisfacer, objetivos que revisten especial relevancia en el ámbito específico de que se trata, consistente en la prestación de servicios públicos de salud.

Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, se resuelve que se **rechaza** el recurso de reclamación deducido por la demandante en la presentación de fojas 3.721, en contra de la sentencia de siete de marzo de dos mil diecinueve, escrita a fojas 3.705.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Repetto.

Rol N° 8850-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sra. Ángela Vivanco M., y Sra. María Angélica Repetto G., y el Ministro Suplente Sr. Rodrigo Biel M. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por estar con permiso y el Ministro señor Biel por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 27 de enero de 2020.

MARIA EUGENIA SANDOVAL GOUET
MINISTRA
Fecha: 27/01/2020 09:35:32

ANGELA FRANCISCA VIVANCO
MARTINEZ
MINISTRA
Fecha: 27/01/2020 09:35:33



MARIA ANGELICA CECILIA REPETTO
GARCIA
MINISTRA
Fecha: 27/01/2020 13:13:11



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Maria Eugenia Sandoval G., Angela Vivanco M., María Angélica Cecilia Repetto G. Santiago, veintisiete de enero de dos mil veinte.

En Santiago, a veintisiete de enero de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.



SXKXXFVHWN

