

Santiago, veintisiete de mayo de dos mil nueve.

Vistos:

En estos autos rol 7796-2008, el Fiscal Nacional Económico, a fs. 232, interpuso requerimiento en contra de la I. Municipalidad de Curicó, argumentando que ésta incurrió en actos contrarios a la libre competencia consistentes en establecer condiciones en las bases de licitación de los servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos y otros servicios especiales de la comuna que impedían la participación de empresas distintas a las relacionadas a la propietaria del relleno sanitario mas cercano a la ciudad de Curicó. Ello porque un tercero interesado debía considerar que en caso de resultar adjudicatario se vería expuesto al riesgo cierto de incurrir en una causal de término del contrato pues debería subcontratar al menos la disposición final de los residuos, toda vez que el único relleno es de una empresa del grupo adjudicatario, lo que se encuentra expresamente contemplado en las bases como causal de terminación del contrato de acuerdo al artículo 18 letra h) de éstas, que señala como una de las causales que permiten al municipio poner término unilateralmente a los servicios contratados la subcontratación de todo o parte de los mismos. Además, sostuvo la Fiscalía Nacional Económica que infringió la Instrucción General N° 1 del Tribunal de

Libre Competencia al señalar la I. Municipalidad de Curicó en las bases administrativas generales, que podrá rechazar todas las ofertas que no se ajusten a las bases o aceptar cualquiera que estime conveniente a los intereses municipales, y que sin perjuicio de ello las bases facultan al Alcalde para presentar a consideración del Concejo para su votación a una o más ofertas por separado, lo que contraviene el resuelto 7 de las instrucciones señaladas.

Pidió en esa oportunidad se acoja el requerimiento poniéndose término a los actos constitutivos de infracciones y aplicando a la requerida una multa de 250 UTA, o lo que el tribunal estime, con costas.

A fs. 97 la I. Municipalidad de Curicó evacuó el traslado que le fuera concedido, alegando en primer término la ineptitud del libelo. Sobre el fondo solicitó el rechazo del requerimiento por no existir de su parte infracción a las normas de libre competencia en el proceso de licitación de que se trata. Posteriormente, a fojas 827, alegó la incompetencia absoluta del Tribunal de Libre competencia para conocer de este asunto, y pidió a dicho tribunal que así lo declare.

A fs. 341 se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que consta en autos.

A fs. 847 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia, y, luego de rechazar la excepción de incompetencia del tribunal plantada por el municipio, acogió el requerimiento del Señor Fiscal Nacional Económico, sólo en cuanto declaró que la requerida infringió el artículo 3º del decreto Ley N° 211, mediante el establecimiento de cláusulas que tendieron a restringir la competencia en el proceso licitatorio N° 2439-23-LP07 , y la condenó a pagar una multa de 5 Unidades Tributarias Anuales.

Contra esta sentencia la Fiscalía Nacional Económica, a fs. 881, interpuso recurso de reclamación, solicitando se la enmiende conforme a derecho y se les ponga término a los contratos de prestación de servicios a que diere lugar la licitación en cuestión, en cuanto cumplan tres años de vigencia.

Por su parte, a fs. 895 la I. Municipalidad de Curicó dedujo recurso de reclamación contra la sentencia definitiva dictada en autos, solicitando

que se declare por esta Corte Suprema que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es absolutamente incompetente para conocer de reclamaciones referidas a contratos regidos por la Ley 19.886, y que en consecuencia es nulo todo lo obrado en autos, y que el requerimiento debe ser rechazado, con costas de la causa y del recurso.

En subsidio de lo anterior pidió se declare que el requerimiento debe ser rechazado en todas sus partes, con costas de la causa y del recurso.

Finalmente, solicitó se declare que las Instrucciones 01/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia infringen los artículos 6,7 y 118 de la carta fundamental, las disposiciones de la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades y de la Ley 19.886 y su reglamento, y por ello se anulen y/o se ordene al tribunal de Defensa de la Libre Competencia invalidarlas.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por intermedio de la reclamación la I. Municipalidad de Curicó alegó en primer término la incompetencia del tribunal de defensa de la libre Competencia para pronunciarse sobre el requerimiento formulado en su contra, toda vez que de acuerdo al artículo 24 de la Ley N° 19.886 es el Tribunal de Contratación Pública el competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones ilegales o arbitrarias ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esa ley, entre los que se encuentran las municipalidades. De acuerdo a esa disposición la acción de impugnación procede contra cualquier acto u omisión ilegal que tenga que lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación;

SEGUNDO: Que a continuación, en forma subsidiaria, el municipio reclamó haberse acogido el requerimiento formulado en su contra pese a que este último no cumple con los estándares procesales mínimos para ser admitido a tramitación. Lo anterior por cuanto se le requiere por infracción al artículo 3º del Decreto Ley 211, norma que contiene

una hipótesis genérica de atentado a la Libre Competencia, sin indicar cuál es la hipótesis infraccional contenida en ese artículo que se les imputa;

TERCERO: Que la reclamante además reprochó a la sentencia impugnada por haber estimado que se trata de conductas que atentan contra la libre competencia. Sos tiene que la cláusula que establece la subcontratación de servicios como causal de término del contrato nunca se ha referido al relleno sanitario, sino que está pensada para evitar la subcontratación de personal o maquinaria, toda vez que ello entorpece al control y dirección del contrato que debe ejercer por medio de su unidad técnica. Explica que esa cláusula ha existido en sus anteriores licitaciones. Señala que de acuerdo al razonamiento de la Fiscalía Nacional Económica cualquier tercero distinto de RESAM S.A corría el riesgo que denunció pues una cosa es ser persona relacionada para los efectos de la ley de mercado de valores, y otra para efectos de la legislación laboral o comercial común. De hecho, argumenta, en las bases administrativas generales, 5 letra e) se indicó que el proponente debía incluir en el sobre con documentos una autorización, certificado o declaración jurada del propietario o administrador del lugar en que se iba a efectuar la disposición final de los residuos domiciliarios y demás servicios contratados, lo que el fallo desconoció. Además, de acuerdo al artículo 23 N° 2 de la Ley N° 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, las bases pueden contener la prohibición de subcontratar y las circunstancias y alcances de tal prohibición, de forma tal que aún cuando se hubiere querido prohibir la subcontratación del relleno sanitario, se trataría de una estipulación de la ley. Por último, insiste en que las empresas dueñas de los rellenos cercanos a Curicó no se presentaron a la adjudicación, de manera que todos los oferentes estaban sujetos a las mismas bases sin que éstas le otorgaran ventaja a alguno de ellos.

Respecto de la segunda objeción que acogiera el tribunal sostiene que es la Ley N ° 19.886 en su artículo 14 la que señala que la entidad licitante aceptará la propuesta más ventajosa, considerando los

criterios de evaluación con sus correspondientes puntajes y ponderaciones, establecidos en las bases y en el reglamento. Acá existía una tabla de evaluación de las ofertas objetiva, que no fue objetada;

CUARTO:

Que, finalmente, la I. Municipalidad de Curicó en el recurso de reclamación solicitó la declaración de nulidad de las instrucciones 1/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia atendido que las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público. Las atribuciones que la ley le entrega al tribunal para dictar instrucciones generales, en el artículo 18 N° 3 del Decreto Ley 211 deben ser consideradas por los particulares, de manera que no están referidas o les resultan inaplicables a los municipios. Sostiene que la municipalidad se trata de un ente autónomo, de forma que las instrucciones en cuestión al entregar a la Fiscalía Nacional Económica una potestad revisora de las bases de licitación de los municipios importa una irregularidad, y transgrede la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que establece como competencia del alcalde la dirección, administración superior y supervigilancia del funcionamiento del municipio, normas de mayor rango a las instrucciones y al Decreto Ley 211. Por ello al dictar estas instrucciones el tribunal se ha apartado del ámbito de competencia que le entrega el artículo 18 N° 3 del Decreto Ley 211, de manera que, de acuerdo a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República procede que éstas sean anuladas;

QUINTO: Que, por su parte la Fiscalía Nacional Económica dedujo recurso de reclamación, señalando que la sentencia omite todo pronunciamiento en relación con la petición principal que formulara, esto es, que se le pusiera término a los actos constitutivos de la infracción, pese a encontrarse facultado para acceder a ello por la letra a) del artículo 26 y por los artículos 1, 2, 3 y 5, todos del Decreto Ley 211;

SEXTO: Que en lo relativo a la incompetencia del Tribunal de la Libre Competencia alegada por la Municipalidad de Curicó, 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, correspondiéndole al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia prevenir, corregir y sancionar los atentados a ella según lo establece el artículo 5º del Decreto Ley 211. Tal como lo sostiene el fallo impugnado, en este caso lo importante para determinar si resultan aplicables las normas del decreto ley señalado -y como consecuencia de ello si cabe la actuación del Tribunal de Defensa de Libre Competencia- es si las actuaciones del municipio como oferente o demandante de bienes y servicios pueden incidir o no en la libre competencia, sea impidiéndola, restringiéndola o entorpeciéndola. Las 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 concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción; lo que por cierto es sin perjuicio de la particular competencia que otorga el artículo 24 de la Ley N° 19.886 al Tribunal de Contratación Pública para conocer de la acción de impugnación contra los actos ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación de los organismos públicos.

A este último respecto no debe olvidarse que de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual trasgresión. En la especie el asunto de autos está comprendido en la competencia del tribunal impugnado porque se trata de un conflicto de aquellos señalados en el artículo 3º del D. L. N° 211 y no de un conflicto surgido entre la aprobación de las bases de la licitación y su adjudicación, como lo previene a estos efectos el citado artículo 24 de la Ley N° 19.886.

SÉPTIMO: Que en lo que dice relación con la ineptitud del requerimiento planteado, es dable señalar que, contrariamente a lo que entiende el municipio requerido, el

inciso 2º del artículo 3º del Decreto Ley 211 no contiene una enumeración taxativa de las conductas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, según se desprende de su lectura, toda vez que éste comienza ? Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden??. de manera que resulta irrelevante que la Fiscalía Nacional Económica no señalara ninguna de las conductas allí descritas al formular su requerimiento, y mal podía hacerlo si el fundamento de ella es una conducta distinta a las que allí, a modo ejemplar, se enumeran.

OCTAVO: Que en lo que dice relación con el artículo 18 letra h) de las bases de licitación, que señala como una de las causales que permiten al municipio poner término unilateralmente a los servicios contratados la subcontratación del todo o parte de los servicios, ello resulta ser atentatorio contra la libre competencia, toda vez que importa favorecer la participación de empresas relacionadas con la propietaria del relleno sanitario. En efecto, quienes no son dueñas de tal relleno necesariamente deben subcontratar el servicio de disposición final de los residuos domiciliarios, situación que de acuerdo con las bases constituye la posibilidad de poner término al contrato de forma unilateral. Las empresas que no siendo dueñas y están relacionadas con la propietaria del relleno sanitario pueden ejercer influencia en la política comercial de ésta, lo que por cierto las ubica en una posición de ventaja respecto de las que no tienen tal relación. Tanto es así que, según consta en autos, las empresas que no se encontraban relacionadas con la propietaria del relleno, finalmente se abstuvieron de participar en el proceso. El hecho de autorizar la Ley 19.886 la subcontratación, como lo sostuvo la Municipalidad requerida, en nada altera lo antes concluido, toda vez que la prohibición de subcontratación no vulnera las normas de la libre competencia, sino la circunstancia de hacerlo en este caso particular en que las empresas que no son dueñas o no están relacionadas con la propietaria de un relleno sanitario se verán perjudicadas con tal situación, por cuanto para poder cumplir con el objeto de licitación necesariamente habrían de actuar del modo prohibido, lo que ciertamente es una exigencia

inaceptable.

Por su parte, la existencia de la cláusula 8 de las bases de licitación, que permite a la Municipalidad requerida aceptar cualquier oferta que estime conveniente a los intereses municipales, importa un desincentivo para las empresas que deseen participar en el proceso, toda vez que tal facultad aumenta el riesgo de un comportamiento discrecional del municipio; situación que atenta contra la libre competencia, por cuanto la debilita al existir un número menor de participantes en el proceso señalado. Si bien las bases señalan en el número 7 los criterios de evaluación con sus correspondientes puntajes y ponderaciones, éstos son los que debe considerar la comisión que para estos efectos se designe, sin que en la cláusula siguiente, que contiene la facultad reprochada, se advierta que para tal decisión el municipio deba ceñirse a tales pautas;

NOVENO: Que la petición de declaración de la nulidad de las Instrucciones Generales N° 1/2006 impartidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es ajena al contenido de la reclamación, toda vez que esta última, según se desprende de la lectura del artículo 27 del Decreto Ley 211, está relacionada a una sentencia dictada por dicho tribunal. Se trata exclusivamente del medio idóneo para impugnar tal sentencia, y no para obtener una declaración acerca de la validez de las instrucciones que ésta imparta, como lo pretende la Municipalidad de Curicó.

Además, es sabido que la acción de nulidad de los actos administrativos es de índole declarativa y que ha de tramitarse en juicio ordinario civil.

DÉCIMO: Que atendido lo razonado en los fundamentos anteriores, la reclamación interpuesta por la Municipalidad de Curicó no puede prosperar;

UNDÉCIMO: Que en lo que dice relación con la reclamación efectuada por la Fiscalía Nacional Económica acerca de la sanción que le fuera impuesta a la I. Municipalidad de Curicó, ha de tenerse en cuenta que el artículo 26 del Decreto Ley 211 señala diversas medidas que

pueden imponerse de manera alternativa, siendo privativo del tribunal optar por alguna de ellas, para lo que habrá de considerarse, entre otras circunstancias, el beneficio económico obtenido a resultas de la infracción, la gravedad de la misma y la eventual calidad de reincidente. Estiman estos sentenciadores que la medida de 5 U.T.A. impuesta a beneficio fiscal está comprendida dentro del rango legal y que es proporcional a la entidad de la infracción, por lo que se desechará la reclamación planteada.

Por estas consideraciones y visto, lo dispuesto en los artículos 18 N°1, 20 y 27 del D.F.L. N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, se declara:

Que se rechazan los recursos de reclamación interpuestos por la I. Municipalidad de Curicó a fojas 895 y por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 881 en contra de la sentencia de cuatro de noviembre de dos mil ocho, escrita a fojas 847.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carre 1o.

Rol N° 7.796-2008.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún Miranda, Sr. Héctor Carreño Seaman, Sr. Pedro Pierry Arrau, Sra. Sonia Araneda Briones y Sr. Haroldo Brito Cruz. Santiago, 27 de mayo de 2009. (Rol n°7796-08)

Autoriza la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto

Egusquiza.

En Santiago, a veintisiete de mayo de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.