

Santiago, diecisiete de noviembre de dos mil once.

**VISTOS:**

**1. Demanda.**

1.1. A fojas 26, con fecha 28 de julio de 2010, el señor Rossano Renzo Droghetti Lobos (en adelante indistintamente también el “actor” o la “demandante”) dedujo demanda en contra de la Dirección de Compras y Contratación Pública (en adelante indistintamente la “DCCP” o la “demandada”), fundado en que ésta habría infringido las normas de defensa de la libre competencia al efectuar la Licitación N° 2239-7-LP10 denominada “Campañas Comunicacionales y Servicios de Asesoría Creativa” (en adelante la “Licitación”), dado que ésta sustituye un mercado que opera en forma competitiva por otro de estructura oligopsónica, sin mediar una justificación;

1.2. La demandante argumenta que, en el mercado de la difusión y publicidad, existe un gran número de oferentes que satisfacen la demanda de cada una de las entidades públicas y participan de las licitaciones a que éstas convocan, pero que la Licitación destinada a adjudicar a tres empresas un convenio marco limitaría la competencia, al efectuar un triple “empaquetamiento” de servicios, entidades demandantes y plazo o vigencia, que concentraría en los tres oferentes que resulten seleccionados la totalidad de la demanda por servicios de difusión y publicidad que generen las entidades públicas durante los próximos tres años. Explica que, en la modalidad de convenio marco, no se licita un contrato sino que se permite a los adjudicatarios incorporar sus productos y servicios en un catálogo electrónico (Chilecompra Express), que de acuerdo con la Ley N° 19.886, de Compras Públicas, debe ser usado en forma preferente por las entidades beneficiarias del convenio para la realización de sus adquisiciones;

1.3. Según la demandante, las Bases no imponen barreras en la forma de requisitos para participar en la Licitación, pero excluyen *a priori* de la misma a la totalidad de las empresas de publicidad medianas y pequeñas –como aquella de su propiedad, Impacto– mediante el establecimiento de criterios de evaluación arbitrarios y discriminatorios que favorecen a las empresas de publicidad más grandes. En particular, el actor asevera que los criterios para determinar la calidad de la empresa (tales como *ranking* de inversión publicitaria, premios de efectividad o creatividad, experiencia medida en grandes proyectos) y del equipo de trabajo (en función de premios) demostrarían que el proceso se dirige a las agencias que más venden o facturan, esto es, que resultarán adjudicadas las tres firmas más poderosas;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

1.4. El actor aduce que la decisión de licitar de la demandada no tiene justificación técnica, económica o de beneficio para las entidades estatales. Primero, porque sería imposible alcanzar el propósito expresado en las Bases de la Licitación, esto es, disponer de una oferta de servicios que permita a los organismos del Estado contratar el diseño y ejecución de campañas comunicacionales de manera homogénea y coordinada. Segundo, porque la licitación sería perjudicial no solo para las empresas medianas y pequeñas que resultan excluidas, sino también para las entidades públicas demandantes, al no estar orientada a obtener menores precios y proporcionar una posición de dominio a las adjudicatarias;

1.5. En cuanto al mercado relevante, el actor lo define como el de servicios de difusión y publicidad en todo el territorio nacional, sin perjuicio de señalar que, en estricto rigor, en el caso de autos la Licitación en sí constituye el mercado por el que competirían los oferentes, representado por la demanda agregada de las entidades estatales por dichos servicios de difusión y publicidad, en cada lugar en que éstas se encuentren presentes y por el término de 36 meses contados desde la suscripción del respectivo convenio marco;

1.6. En suma, la conducta de la DCCP que denuncia, sería contraria a las normas de defensa de la libre competencia, en la medida que impediría o restringiría el acceso de numerosos agentes al mercado de la publicidad formado por la demanda de los distintos organismos públicos, reservándolo para las tres firmas de mayor tamaño, sin mediar justificación razonable desde una perspectiva técnica, económica o de otra naturaleza;

1.7. En mérito de lo descrito, la demandante solicita a este Tribunal:

(i) Declarar que la conducta referida infringe las normas de defensa de la libre competencia, ordenando a la demandada cesar en la prosecución del proceso de adjudicación, o instruyéndole cualquier otra medida que impida la materialización o perfeccionamiento del Convenio Marco anunciado como resultado de dicho proceso; y,

(ii) Si se considerase procedente y útil, aplicar a la DCCP la multa que estimare razonable.

## **2. Contestación:**

2.1. A fojas 92, con fecha 11 de noviembre de 2010, la DCCP, representada por el Consejo de Defensa del Estado, contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo, con costas, por las siguientes consideraciones;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

2.2. En primer lugar, la demandada opone como excepción la incompetencia absoluta de este Tribunal en razón de la materia, aduciendo que, de acuerdo con la Ley N° 19.886, “De bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios”, el órgano competente para conocer la materia de autos sería el Tribunal de Contratación Pública, dado que la acción de autos cuestiona las bases de la Licitación;

2.3. Adicionalmente, alega la incompetencia absoluta de este Tribunal por falta de jurisdicción, argumentando que ni el Estado ni el Fisco ni la DCCP serían agentes económicos en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, y que la convocatoria a la licitación no sería una actividad económica, de manera que la actuación del Estado -en cuanto regulador y/o participe de la actividad económica- sólo podría ser cuestionada ante los tribunales que, genéricamente, conocen de las cuestiones contencioso administrativas. Agrega que la sanción de disolución de personas jurídicas de derecho privado, que contempla el Decreto Ley N° 211, ratificaría la inaplicabilidad de su artículo 3° a la demandada;

2.4. Por otra parte, la demandada argumenta que el Sr. Droghetti carece de legitimidad activa y de todo interés en esta acción, pues no tiene la calidad de sujeto activo, ni pasivo o de víctima del supuesto injusto, faltándole un interés legítimo directo;

2.5. Explica que el Sr. Droghetti se dedica al rubro de producción de material publicitario (pósters, pendones, folletería, etc.), mediante su empresa Impacto, localizada en la Araucanía, que nunca participó en el proceso licitatorio abierto que ahora pretende impugnar, y que no lo habría hecho porque difícilmente podría cumplir con los requerimientos de las entidades;

2.6. Concluye que el interés del actor es -a lo menos- cuestionable, pues no tiene la calidad de competidor en el mercado relevante y no participó en la licitación que cuestiona, de manera que no existe bien jurídico alguno que pueda proteger o resguardar con la demanda al no haber sido afectada, lesionada o puesta en riesgo su libertad de competir;

2.7. En este proceso licitatorio la DCCP ha actuado dentro de sus facultades legales y conforme con la normativa que la rige, particularmente con la Ley N° 19.886, de 2003, y su Reglamento, contenido en el D.S. N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que conforman la normativa de derecho público que rige las relaciones la Administración del Estado y los oferentes/adjudicatarios, no existiendo arbitrariedad, ilegalidad ni inconstitucionalidad que pueda infringir la libre competencia;

2.8. Explica que esa normativa de derecho público tiende a promover la libre competencia y determina los casos en los que los organismos públicos pueden

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

desarrollar procesos de adquisición y contratación sin seguir los procedimientos reglados;

2.9. Afirma que el Convenio Marco no afecta la libre competencia ni implica una barrera de entrada, de acuerdo con lo resuelto anteriormente por este Tribunal (Sentencias 79/2008 y 89/2009) y por la Excma. Corte Suprema. Ello, porque el mercado no queda limitado a los adjudicatarios de la licitación, pues los organismos públicos beneficiarios pueden contratar fuera de ellos si obtienen condiciones más ventajosas, lo que es especialmente válido en caso de campañas comunicacionales de alcance acotado. De esta manera, los precios acordados con los adjudicatarios funcionan como precios máximos, ya que cualquier competidor que mejore la oferta de las empresas adjudicatarias puede ingresar y participar en este mercado después de realizarse la licitación;

2.10. Además, las entidades públicas adquieren o contratan fuera de catálogo una proporción importante de los productos o servicios respecto de los cuales existen convenios marco en vigor, incorporando cuadros que muestran esos porcentajes tanto sobre el volumen de transacciones como de los montos totales transados y concluyendo que la eficiencia de los convenios marco es relativamente baja, en algunos casos inferior al 10%. En particular, la demandada afirma que casi la totalidad de los convenios de publicidad en 2010 se han suscrito fuera del convenio marco, excepto en el mes de septiembre de ese año (donde tanto el número de transacciones como la proporción de los montos totales transados en convenio marco es superior). Lo mismo ocurre en el mercado de servicios de impresión y reproducción, respecto de lo cual también presenta datos;

2.11. Agrega que los convenios marco presentan virtudes desde el punto de vista de la libre competencia, ya que reducen el tiempo en el que se satisfacen las necesidades y simplifican las operaciones de compras públicas, con los consiguientes ahorros transaccionales, no pudiendo entenderse que la ley de libre competencia inhiba de usar esta modalidad de adquisiciones en cuestión;

2.12. Considera que no existe ningún antecedente que permita concluir que el Estado de Chile, por intermedio de la DCCP, afectó la libre competencia en el referido proceso licitatorio, mediante la ejecución o celebración de actos jurídicos, o de cualquier hecho que impida, restrinja o entorpezca la misma;

2.13. En cuanto al mercado relevante, el CDE señala que corresponde al de la publicidad en general contratada tanto por organismos públicos como privados. Al respecto, precisa que la inversión estatal en este rubro es minoritaria en relación a la privada, de modo que el Estado no tendría poder en dicho mercado y no podría, por lo

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

tanto, excluir empresas. En consecuencia, el convenio marco en cuestión no podría afectar significativamente el mercado relevante, menos aún cuando dicha modalidad de contratación pública no afecta la entrada de nuevos competidores;

2.14. La demandada precisa que la licitación cumplió con las condiciones definidas por ChileCompra para calificar como exitosa. Primero, porque se recibieron más de tres ofertas y, en definitiva, se adjudicó a cinco oferentes y no a tres -según establecían las bases de la licitación-, pues tres empresas empataron en tercer lugar. Segundo, porque se logró el objetivo de mejorar las condiciones de compra de los organismos públicos al obtenerse comisiones inferiores, ya que las cinco empresas adjudicadas rebajaron sus comisiones habituales e, incluso, podrían resultar ahorros superiores;

2.15. Siempre según la demandada, la licitación contó con criterios claros, objetivos y transparentes, por lo que no fue injusta ni arbitraria. Describe los criterios de evaluación de las ofertas y aclara que son coincidentes con aquellos que la FNE considera apropiados. En relación con el cuestionado parámetro de facturación: (i) señala que éste se justifica económicamente porque los convenios de publicidad hechos en convenio marco generalmente involucran montos altos; (ii) aclara que no corresponde al tamaño o capital de la empresa, si no que es una medida de confianza o de calidad de la agencia de publicidad; y, (iii) menciona que la ponderación de ese criterio es de sólo un 25%, con lo que no es determinante de los resultados, pues podrían haber sido adjudicadas empresas que no tuvieran puntaje en inversión publicitaria;

2.16. En relación con las Bases de Licitación, agrega la demandada que el mercado de las agencias de publicidad es muy atomizado e inestable, y que los criterios contenidos en ellas están diseñados para evitar que se manifiesten estas características en el futuro. Nuevamente, esto es plenamente coincidente con lo que expresó la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento en contra de ACHAP, causa Rol C N° 177-2008, seguida ante este Tribunal. El demandado acompaña gráficos que darían cuenta de lo aquí señalado;

2.17. Por todo lo anterior, concluye que el Convenio Marco cuestionado no es exclusorio, que las respectivas bases de licitación no son injustas ni arbitrarias, y que, por tanto, la demanda debe rechazarse completamente, con costas;

### **3. Resolución que recibe la causa a prueba**

3.1 A fojas 137, con fecha 23 de noviembre de 2010, se recibió la causa a prueba y se fijaron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

- 1) *Hechos y circunstancias que acreditarían la calidad de legitimado activo, en el proceso, del demandante Sr. Rossano Renzo Droghetti.*
- 2) *Estructura y características del o de los mercados en que incide la licitación N° 2239-7 LP 10, efectuada por la Dirección de Compras y Contratación Pública. Hechos, circunstancias que justificarían los términos en los que se realizó la licitación, efectos actuales y potenciales de los mismos en el o los mercados afectados;*

#### **4. Prueba rendida en el proceso**

##### *4.1. Documentos acompañados por las partes:*

4.1.1. La parte de Rossano Renzo Droghetti Lobos acompañó: A fojas 26: (i) copia de las bases de la “Licitación N°2239-7-LP10 Campañas Comunicacionales y Servicios de Asesoría Creativa” (la “Licitación”). A fojas 52, (ii) certificación notarial de 30 de julio de 2010 de la información publicada por la demandada en su sitio web relativa a la Licitación. A fojas 595, (iii) informe elaborado por Luis Zaviezo Schwartzmann; (iv) certificación notarial de 11 de marzo de 2011 del proceso de extracción de información del sitio web [chilecompra.cl](http://chilecompra.cl); y, (v) copia de facturas emitidas por el actor por trabajos realizados para municipalidades y ministerios.

4.1.2. La DCCP acompañó: A fojas 280: (i) copia del certificado de estado de inscripción del demandante en el registro electrónico de proveedores del Estado ChileProveedores; (ii) copia del currículum empresarial del demandante en el registro electrónico de proveedores del Estado ChileProveedores; (iii) copia de la ficha de datos generales del demandante en el registro electrónico de proveedores del Estado ChileProveedores; (iv) copia de la inscripción del demandante y de los servicios que anuncia prestar en el registro electrónico de proveedores del Estado ChileProveedores; (v) copia de los documentos acreditados del demandante en el registro electrónico de proveedores del Estado ChileProveedores; (vi) copias simples de las fotografías de trabajos realizados por el demandante; (vii) Ordinario N° 5433 de la Subsecretaría de Transportes de 29 de diciembre de 2010, que comunica condiciones más ventajosas al convenio marco de autos; (viii) Resolución N° 043 de la DCCP de 13 de mayo de 2010 que aprueba las Bases de la Licitación; (ix) copia de la presentación efectuada por la DCCP en la reunión informativa de la Licitación; (x) Resolución N° 0456B de la DCCP de 17 de junio de 2010 que nombró a los integrantes de la comisión evaluadora de la Licitación; (xi) copia de la Resolución N° 65 de la DCCP de 8 de julio de 2010 que adjudicó la Licitación a las empresas BBDO Publicidad S.A., Prolam Young & Rubicam S.A., Dittborn y Unzueta S.A., McCann Erickson S.A. y Lowe Porta S.A. A fojas 351, (xii) Ordinario N° 386/58 de la Ministra Secretaria General de Gobierno de 30 de agosto de 2010, mediante el cual informa e imparte instrucciones sobre el uso del convenio marco

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

resultante de la Licitación; (xiii) Ordinario N°3A N° 006919 del Director Fondo Nacional de Salud de 18 de noviembre de 2010, que comunica condiciones más ventajosas al convenio marco de autos; (xiv) Ordinario N°346 del Superintendente de Salud de 11 de febrero de 2011, que comunica condiciones más ventajosas al convenio marco de autos; (xv) copia del acta de apertura electrónica de la Licitación, en la que consta que ni la empresa "Impacto Publicidad" ni el Sr. Rossano Renzo Droghetti se presentaron como oferentes; (xvi) Acta Notarial de 29 de enero de 2011, que da cuenta de lo observado en el domicilio ubicado en calle Prat N° 696, oficina 426, Edificio Centenario, ciudad de Temuco; (xvii) Informe de transacciones elaborado por el Jefe del Departamento de Estudios de la Dirección de ChileCompra que registra las órdenes de compra y ofertas asociadas al demandante entre 2006 y 2010; (xviii) Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 61.124 de 24 de diciembre de 2008 y N° 44.043 de 4 de agosto de 2010, relativos a la contratación fuera de convenio marco; (xix) Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 10.850 de 3 de marzo de 2009, N° 60.697 de 2 de noviembre de 2009, N° 8.272 de 12 de febrero de 2010 y N° 4.699 de 24 de enero de 2011, relativos a la competencia del Tribunal de Contratación Pública. Y a fojas 546, (xx) Breve informe causa ChileCompra/Renzo Droghetti ante el Tribunal de la Libre Competencia” elaborado por Ricardo Jungmann Davies y María Elina Cruz Tanhuz.

*4.2. Testimonial rendida por las partes:*

4.2.1. Por la parte de la DCCP:(i) A fojas 284 bis 1, el señor José Miguel de la Cuadra Infante, cuya transcripción rola a fojas 376 y siguientes; (ii) A fojas 284 bis 2, el señor Samuel José Necochea Díaz, cuya transcripción rola a fojas 360 y siguientes; (iii) A fojas 356, el señor Mauricio Lob de la Carrera, cuya transcripción rola a fojas 382 y siguientes; (iv) A fojas 358, el señor Nicolás Andrés Buzeta Cisternas, cuya transcripción rola a fojas 393 y siguientes; y, (v) A fojas 495, don Claudio Adan Cofré Correa.

**5. Resolución que ordena traer los autos en relación y vista de causa:**

5.1. A fojas 547, con fecha 10 de mayo de 2011, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y fijó para la vista de la causa la audiencia del día 16 de junio de 2011, la que fue posteriormente modificada, realizándose el día 31 de agosto de 2011;

**CONSIDERANDO:**

**En cuanto a la incompetencia:**

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Primero:** Que, primeramente, es preciso referirse a la excepción de incompetencia absoluta opuesta por la demandada en su escrito de contestación, manifestada o fundada, en síntesis, (i) en que, de acuerdo con la Ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, el órgano competente para conocer la materia de autos sería el Tribunal de Contratación Pública; y, (ii) en que el Estado o el servicio público demandado (DCCP) no serían agentes económicos, ni la convocatoria a la Licitación sería una actividad económica. En relación con esto último, argumenta que el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 no sería aplicable en la especie y que, por consiguiente, no correspondería a este Tribunal resolver la contienda promovida en autos entre el particular demandante y el Estado, sino a los tribunales que genéricamente conocen de las cuestiones contencioso-administrativas;

**Segundo:** Que al respecto, se debe tener presente que los artículos 3° y 18° N° 1 del Decreto Ley N° 211 atribuyen competencia a este Tribunal para conocer y resolver respecto de cualquier situación que pudiere constituir una infracción a la libre competencia, esto es, cualquier hecho, acto o convención que la impida, restrinja o entorpezca, o que tienda a producir dichos efectos;

**Tercero:** Que las conductas denunciadas se refieren, por un lado, a la decisión de licitar por parte de la DCCP, pues se indica que con ella se sustituye injustificadamente un mercado competitivo por otro oligopsónico en el cual los oferentes seleccionados concentrarían la totalidad de la demanda por servicios de campañas comunicacionales y asesoría creativa, de la totalidad de las entidades públicas; y, por otro, a la supuesta inclusión en las bases de esa licitación de criterios de selección que supondrían la exclusión de competidores o el establecimiento de barreras de entrada, también sin justificación;

**Cuarto:** Que planteado así el conflicto, aparece de manifiesto que las infracciones denunciadas dicen relación con actos que, a juicio del demandante, impedirían, restringirían o entorpecerían la libre competencia al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211 y cuya concurrencia sólo este Tribunal es competente para declarar y, eventualmente, corregir, prohibir o reprimir en resguardo de la libre competencia en los mercados, conforme con las atribuciones que al efecto le confiere su ley orgánica;

**Quinto:** Que por consiguiente, este Tribunal es plenamente competente en razón de la materia. Lo anterior, sin perjuicio de que puedan existir otros Tribunales con competencia para conocer y resolver respecto de si las mismas conductas denunciadas en autos infringen o no, además, alguna normativa distinta del Decreto Ley N° 211, o dan lugar o no a responsabilidades diferentes de las contempladas en este cuerpo legal;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Sexto:** Que así, y tal como ha señalado la Excma. Corte Suprema (Rol N° 6100-2010), 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 de este Tribunal porque el conflicto ha sido planteado en los términos señalados en el artículo 3° del D. L. N° 211 y porque, de acreditarse los hechos que lo constituyen, sería necesaria la aplicación de alguna de las sanciones o de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que contempla dicho cuerpo legal, a fin de restituir la competencia en el mercado afectado por los mismos;

**Séptimo:** Que con respecto al segundo de los fundamentos de incompetencia aducidos, se debe tener en consideración que las normas que atribuyen competencia a este Tribunal para decidir los conflictos de libre competencia no contemplan excepciones o limitaciones a ella, derivadas de la circunstancia de que las infracciones puedan haber sido cometidas por entidades públicas;

**Octavo:** Que, en efecto y tal como ha resuelto este Tribunal en reiteradas oportunidades, 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, sea de derecho público o privado, que concurra a los mercados. Por lo tanto, dado que las normas de protección de la libre competencia son de orden público, si se hubiese querido exceptuar de cumplir con ellas al Estado, al Fisco o a un servicio público descentralizado -como es la DCCP-, tal excepción habría debido establecerse por ley, lo que no ocurre;

**Noveno:** Que, por consiguiente, 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);

**Décimo:** Que en el caso *sub iudice* las conductas denunciadas encuadran en la segunda de las categorías señaladas, pues conciernen a la decisión de la DCCP de (i) consolidar la demanda por determinados servicios publicitarios y de asesoría creativa de los organismos públicos comprendidos en el artículo 1° de la Ley N° 18.575

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; (ii) efectuar un llamado a licitación para la adjudicación de un convenio marco para la adquisición de tales servicios; y, (iii) definir los requisitos de participación y los criterios de selección de oferentes en dicho proceso. Al respecto, conviene tener presente que las licitaciones para adquirir bienes, así como aquellas destinadas a asignar recursos económicos, son especialmente aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos;

**Undécimo:** Que, en consecuencia, el Estado y sus organismos deben seleccionar a los proveedores de los bienes o servicios que requieren para el ejercicio de sus actividades, así como desarrollar cualquier función que le encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención en los mercados, observando las normas de defensa de la libre competencia, de cuya aplicación ninguna norma los exime;

**Duodécimo:** Que, por lo expuesto, se rechazará la excepción de incompetencia deducida por el Consejo de Defensa del Estado. Lo anterior, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva acerca de si las conductas específicas denunciadas, en caso de acreditarse, son o no contrarias a la libre competencia, y sin perjuicio asimismo de que puedan existir otros Tribunales con competencia para conocer y resolver respecto de si tales hechos afectan otros bienes jurídicos, infringen alguna normativa distinta del Decreto Ley N° 211, o dan lugar o no a responsabilidades diferentes de las contempladas en el ese cuerpo legal;

**En cuanto al fondo:**

**Decimotercero:** Que tal como se indicó en la consideración tercera precedente, en concepto de este Tribunal son dos las conductas denunciadas como contrarias a la libre competencia en la demanda de autos: (i) la decisión misma de realizar una licitación por parte de la DCCP, pues con ella se sustituiría injustificadamente un mercado competitivo por otro oligopsónico en el cual los oferentes seleccionados concentrarían la totalidad de la demanda por servicios de campañas comunicacionales y asesoría creativa de la totalidad de las entidades públicas; y, (ii) la inclusión, en las bases de esa licitación, de criterios de selección que supondrían la exclusión de competidores o el establecimiento de barreras de entrada, también sin justificación;

**Decimocuarto:** Que, por su parte, el Consejo de Defensa del Estado, asumiendo la representación de la DCCP, señaló en su contestación que: (i) el demandante carece de legitimidad activa, pues no tiene un interés directo en los resultados del juicio; (ii) la

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

DCCP ha actuado dentro de sus facultades legales y conforme con la normativa de derecho público que rige las relaciones entre la Administración del Estado y los oferentes o, en su caso, adjudicatarios, no existiendo arbitrariedad o ilegalidad que pueda infringir la libre competencia; (iii) los convenios marco son pro-competitivos y no implican una barrera de entrada ya que los organismos públicos beneficiarios pueden contratar -y de hecho contratan- fuera de ellos si obtienen condiciones más ventajosas; (iv) el Estado no tiene poder de compra y no puede, por lo tanto, excluir competidores u oferentes en el mercado relevante; y, (v) los criterios de evaluación de las ofertas o de selección de oferentes no serían exclusorios y, en todo caso, estarían justificados;

**Decimoquinto:** Que, en primer término, es preciso analizar si la parte demandante tiene legitimación activa, para lo cual se debe tener en consideración que, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 18 N° 1, 20° inciso 2° y 39° letra b) del Decreto Ley N° 211, existen dos clases de personas habilitadas para interponer una acción por infracción a las normas de defensa de la libre competencia: (i) el Fiscal Nacional Económico, que representa el interés general de la colectividad en el orden económico y, (ii) otras partes interesadas;

**Decimosexto:** Que además, y dado que la legitimidad activa en los procesos por infracción a las normas de defensa de la libre competencia debe correlacionarse con el objeto de tales litigios, corresponde tener presente que estos últimos no están encaminados a reconocer los derechos subjetivos o individuales de quienes intervienen en ellos, sino a sancionar, prevenir, corregir o prohibir los atentados a la libre competencia, de tal manera que la legitimidad activa de las partes no puede estar referida a la existencia de “derechos subjetivos” comprometidos en los resultados, sino que debe construirse sobre la base del “interés legítimo”;

**Decimoséptimo:** Que sobre el particular, y de acuerdo con las normas legales citadas en la consideración ante-precedente, es posible reconocer dos tipos de intereses legítimos, ambos protegidos por la acción por infracción a las normas de defensa de la libre competencia: el interés difuso de la colectividad en el orden económico; y, el interés individual de quienes resultan agraviados por una infracción a la libre competencia y que los sitúa en una especial relación con el objeto del litigio;

**Decimoctavo:** Que, a su vez, en opinión de este Tribunal, el interés legítimo requerido para interponer una acción privada o demanda en esta sede corresponde a todas aquellas personas que participan en los mercados afectados por las conductas en cuestión -sea en calidad de competidores, proveedores o clientes- o que podrían participar en ellos de no mediar las conductas anticompetitivas de que se trate. Además, y dado que infringe la libre competencia no sólo el que actualmente la impide, restringe o entorpece, sino también quien tiende a producir dichos efectos, el interés

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

legítimo corresponde tanto a quienes tales efectos alcanzan, como a las personas que éstos tiendan razonablemente a afectar;

**Decimonoveno:** Que de conformidad con lo anterior, corresponde determinar si, en la especie, el Sr. Droghetti cuenta o no con un interés legítimo, esto es, si participa actual o potencialmente de alguno de los mercados que las conductas en cuestión afectan o son objetivamente idóneas para afectar;

**Vigésimo:** Que, sobre el particular, se debe tener en cuenta que no es controvertido -o, en su caso, que se encuentra debidamente acreditado por medio de los documentos rolantes a fojas 167 y siguientes-, que el Sr. Droghetti es un microempresario con domicilio en la IX Región, que se encuentra inscrito en el registro electrónico de proveedores del Estado “ChileProveedores” y que ofrece principalmente la *“creación de marcas, logos, papelería, sitios web, avisos de prensa, radios y televisión, creación de estrategias, campañas, asesorías comunicacionales en todos los rubros, e integrales, etc.”* por medio de su empresa “Impacto”;

**Vigésimo primero:** Que, asimismo, consta de las Bases de la Licitación, rolantes a fojas 1 y siguientes, que los servicios a licitar son dos: (i) “Campañas Comunicacionales”; y, (ii) “Asesorías Creativas”. En el último caso, y dada la referencia en las Bases al artículo 3° de la Ley N° 19.896 (que introduce modificaciones al Decreto Ley N° 1.263, de 1975, orgánico de administración financiera del Estado y establece otras normas sobre administración presupuestaria y de personal), la descripción de los servicios comprendidos en la Licitación es amplia e incorpora todas las actividades de publicidad y difusión que sean necesarias para que las entidades públicas cumplan sus funciones e informen a los usuarios sobre la forma de acceder a las prestaciones que otorgan y sobre el contenido de los programas y acciones que el Ejecutivo resuelva propiciar;

**Vigésimo segundo:** Que, por consiguiente y sin perjuicio de que la definición de mercado relevante que se adopte en esta decisión pueda o no incluir al actor, resulta evidente que éste, por medio de su empresa “Impacto”, participa como oferente en un mercado que, a lo menos, es conexo y está estrechamente relacionado con aquel cubierto por la Licitación y, por consiguiente, que las conductas denunciadas podrían afectarle o tender a afectarle;

**Vigésimo tercero:** Que en virtud de todo lo anterior, a juicio de este Tribunal, el actor tiene un interés legítimo que lo habilita para ejercer la acción por infracción contemplada en el Decreto Ley N° 211, siendo forzoso rechazar la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la demandada;

**Vigésimo cuarto:** Que, por otra parte, y dado que la normativa que se denuncia como infringida es la de libre competencia contenida en el Decreto Ley N° 211 y no la que rige específicamente las compras públicas, no es determinante para la resolución

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

del asunto sometido a conocimiento de este Tribunal la segunda de las alegaciones de la demandada, referida en la consideración décimocuarta, consistente en que la licitación se habría conformado a la normativa de compras públicas contenida en la Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, y su Reglamento fijado por el D.S. N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda;

**Vigésimo quinto:** Que, en efecto, si lo que se pretende argumentar por el Consejo de Defensa del Estado al formular tal alegación es que el cumplimiento de dicha normativa especial excluye al organismo público demandado de la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia o lo exime de cumplirlas, cabe tener presente que ello no es así, especialmente cuando no existe contradicción entre unas y otras. Por el contrario, y tal como este Tribunal ha resuelto anteriormente -por ejemplo en las sentencias N° 77/2008 y N° 89/2009- la circunstancia de que los actos y contratos que se cuestionan en esta sede se realicen con sujeción plena a procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, no implica que dichos actos o contratos no deban sujetarse también a lo preceptuado en la legislación de defensa de la libre competencia que, por lo demás, también es de orden público. Ello por cuanto, si bien es cierto que hay bienes jurídicos que la legislación sobre contratación pública persigue resguardar, concurrentemente pueden verse afectados también otros bienes jurídicos, tales como aquellos que han de ser tutelados en esta sede;

**Vigésimo sexto:** Que, entonces, es preciso referirse a si las conductas denunciadas son o no contrarias a la libre competencia, esto es, si la decisión de realizar la Licitación para adjudicar el contrato marco respectivo, y si los criterios de selección definidos en las bases y cuestionados en autos, impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos, en los términos descritos en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211. En particular, y dado que la infracción denunciada dice relación con la exclusión de competidores y el establecimiento de barreras de entrada, resulta indispensable establecer primeramente cual es el mercado relevante del caso, y si la demandada tiene o no dominio en el mismo, esto es, si las características del mercado en cuestión y la posición que ocupa la demandada en él son objetivamente idóneas para permitir a esta última excluir competidores;

**Vigésimo séptimo:** Que tratándose de licitaciones, la definición del mercado relevante se puede realizar desde dos puntos de vista: el mercado en el cual la competencia relevante es la que se da entre los participantes de la licitación, y el mercado final en el cual incide la licitación. Este último se define sobre la base de las características del producto o servicio objeto de la misma y de sus eventuales substitutos;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Vigésimo octavo:** Que este Tribunal considera que el mercado relevante en el caso de autos es el de prestación de servicios para la creación, diseño y desarrollo de campañas comunicacionales y otros servicios de asesoría creativa en general, en todo el territorio nacional. La inclusión de dichos servicios en un convenio marco, que es el objetivo de la Licitación, es una de las variadas formas con que los demandantes de tales servicios –sean estos el Estado o los particulares- establecen las reglas para su contratación;

**Vigésimo noveno:** Que, en efecto, no existen antecedentes que permitan identificar particularidades o características propias de los requerimientos comunicacionales de las entidades públicas que sugieran diferenciar la demanda de éstos de la de otros clientes –públicos o privados- de las agencias publicitarias, ni tampoco inversiones específicas de las agencias publicitarias correlativas a esos eventuales requerimientos particulares que tengan características de costos hundidos y que permitan distinguir los servicios licitados como un mercado diferente;

**Trigésimo:** Que este Tribunal en algunos casos en el pasado ha limitado el mercado relevante al de la licitación. Ello es apropiado en casos de colusión entre participantes de la misma que, afectando la libre competencia, altera el resultado del proceso de adjudicación, o cuando la licitación asigna recursos con los que el asignatario podría alcanzar, mantener o incrementar su poder de mercado, dado que el objeto asignado no tiene sustitutos relevantes, a diferencia de lo que ocurre en este caso;

**Trigésimo primero:** Que, en el marco de lo razonado precedentemente, se ha presentado prueba en autos sobre la relevancia de los montos considerados dentro del convenio marco respecto al total de inversión publicitaria en Chile. En este sentido, el informe acompañado por el CDE a fojas 503 y siguientes muestra, basado en datos de una encuesta, que la inversión publicitaria en Chile en los años 2007 y 2008 alcanzó los 82 y 87 millones de Unidades de Fomento (“UF”), aproximadamente.

**Trigésimo segundo:** Que, por otra parte, el contrato marco cuya licitación se cuestiona alcanzaría montos de cinco millones de UF en un período de tres años, de modo que, considerando niveles de inversión publicitaria de aproximadamente 82 millones de UF anuales en este período, la inversión total del Estado, estimada dentro de este contrato marco, correspondería aproximadamente a un 2% del total de la inversión publicitaria a nivel nacional;

**Trigésimo tercero:** Que, en conclusión, dado que es público y notorio que existe un gran número de clientes distintos al Estado de Chile en el mercado de inversión publicitaria, dentro de los cuales hay otros de mayor tamaño que esta entidad, es posible concluir que el Estado, aún agregando toda la demanda por servicios de campañas comunicacionales y asesorías creativas de las entidades públicas, no

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

tendría un poder de mercado significativo en relación a las agencias de publicidad, de modo que los oferentes no adjudicados en dicha licitación no quedan excluidos o impedidos a expandirse en el mercado relevante por el sólo hecho de no participar en la licitación en cuestión o de no adjudicársela, por los motivos que sean;

**Trigésimo cuarto:** Que, por consiguiente, no existiendo poder de la demandada en el mercado relevante, tampoco puede haber cometido abusos de dicho poder de mercado susceptibles de ser sancionados en esta sede;

**Trigésimo quinto:** Que, por lo tanto y sin perjuicio de que la protección de bienes jurídicos ajenos a la misión de este Tribunal, como es el resguardo de la adecuada inversión de los fondos públicos, fundamentan la obligación especial que asiste al Estado de promover la máxima competencia en los actos de contratación de los organismos públicos, el incumplimiento de dicha obligación de promoción no debería asimilarse necesariamente a una infracción al artículo 3º del Decreto Ley N° 211 cuando, como ocurre en la especie, el Estado no tiene poder de mercado del que pueda abusar;

**Trigésimo sexto:** Que, en virtud de lo anterior, este Tribunal no procederá en este caso a analizar en detalle si existía o no un mecanismo de adquisición o criterios de selección de proveedores que asegurasen menores precios o condiciones de compra para las entidades públicas, limitándose a rechazar la demanda en todas sus partes al no concurrir en la especie el primero de los requisitos que deben concurrir para establecer la existencia de un abuso de posición dominante en los términos que exige el artículo 3º del Decreto Ley N° 211, esto es, la existencia de un poder de mercado que habilite a su titular para abusar del mismo;

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 26º del Decreto Ley N° 211, **SE RESUELVE,**

**RECHAZAR,** la excepción de incompetencia absoluta deducida a fojas 92 por el Consejo de Defensa del Estado;

**RECHAZAR,** la demanda de autos interpuesta a fojas 26 por el señor Rossano Renzo Droghetti Lobos, sin costas, por haber tenido el demandante motivo plausible para litigar;

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 206-10

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Javier Velozo Alcaide. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Alejandro Domic Seguich.