

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

**RESOLUCIÓN N° 74/2022**

Santiago, veinticinco de agosto de dos mil veintidós.

**PROCEDIMIENTO:** No Contencioso

**ROL:** NC N°488-21

**CONSULTANTE:** Escuela de Conductores Automóvil Club de Chile Ltda.

**OBJETO:** Determinar si de las bases de licitación del Programa Fórmate para el Trabajo, Línea Sectorial Transportes, año 2021, sobre planes de capacitación para la obtención de licencias de conducir clase A-3 y A-5, aprobado por Resolución Exenta N° 92 del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, si se ajustan o no al Decreto Ley N° 211.

**I. PARTE EXPOSITIVA**

**A. LA CONSULTANTE Y LOS APORTANTES DE ANTECEDENTES**

**a. Consultante:** Escuela de Conductores Automóvil Club de Chile Limitada (“ACCH” o “Automóvil Club”).

**b. Entidades que aportaron antecedentes y formularon observaciones dentro de plazo:**

- Confederación Nacional de Transportes de Carga de Chile (“CNTC”).
- Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (“Sence”).
- Servicio de Capacitación Limitada (“Sercap”).
- Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”).

**B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE.**

1. A folio 7, el 5 de febrero de 2021, ACCH (la “Consultante”) consultó si la Resolución Exenta N° 92 del Sence, dictada con fecha 14 de enero de 2021, puede infringir las normas que protegen la libre competencia. Dicha resolución aprobó las bases administrativas y técnicas del concurso público para la presentación, evaluación y selección de propuestas en el marco del “Programa Fórmate para el Trabajo, Línea Sectorial Transportes, año 2021” (las “Bases de Licitación” o las

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

“Bases”). En concreto, solicita que se ordene la modificación del artículo 3.1 de las Bases, eliminándose el límite máximo de selección de cupos impuesto a los oferentes, o bien, en subsidio, que el porcentaje máximo de cupos a postular por oferente se aumente a 50%, o aquella cifra que el Tribunal disponga. Fundamenta su solicitud en las siguientes consideraciones:

1.1 ACCH indica que las Bases se enmarcan en diversos planes de capacitación que el Sence ha ofrecido desde hace varios años a distintas personas, a lo largo del país, para que obtengan licencias de conducir profesionales clase A-3, para el manejo de buses, y clase A-5, para el manejo de camiones. Expone que históricamente el Sence llevó estos planes de capacitación seleccionando a sus proveedores a través de concursos públicos en los cuales la Consultante participó. Sin embargo, señala que las Bases, que corresponden al año 2021, *“incorporan una restricción inédita y absolutamente injustificada”* que restringiría la competencia en dicha licitación.

1.2 En cuanto a las características de las Bases, ACCH expone que, de acuerdo con la cláusula 2.4, solo pueden participar los Organismos Técnicos de Capacitación (“OTEC”) que se encuentren inscritos en un Registro Nacional del artículo 19 de la ley N° 19.518 y que se constituyan como una escuela de conductores profesionales con autorización especial de impartir el curso con uso de simulador de inmersión total. Al respecto, señala que existirían 18 eventuales escuelas oferentes y que *“ninguna comuna cuenta con más de 3 de estas escuelas”*. En cuanto a los criterios de selección de los proveedores, la Consultante afirma que *“las Bases persiguen casi exclusivamente elegir a los postulantes que ofrecen mejor calidad, asignando un 95% del puntaje a criterios que inciden en calidad o experiencia del servicio ofertado”*.

1.3 Respecto de la cláusula específica de las Bases que se consulta, ACCH señala que en el numeral 3.1, el Sence *“impone a cada potencial oferente seleccionar un máximo de 20% del total de cupos ofrecidos a nivel nacional, para realizar cursos conducentes a la obtención de licencias de conducir clase A-3 y A-5”*. En virtud de ello, ACCH indica que *“cada oferente solo podrá seleccionar 304 cupos para la realización de Cursos A-3 (sobre un total de 1.520), y 152 cupos de Curso A-5 (sobre un total de 760)”*. Agrega que con esta normativa cada oferente deberá seleccionar aquellas comunas respecto de las cuales quiere participar, descartando postular a otras.

1.4 En cuanto a los objetivos de política pública en la que se enmarcan las Bases, ACCH indica que, de conformidad con la legislación aplicable, éstos serían *“mejorar las competencias laborales de los trabajadores, incrementando la calidad*

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

y cobertura de los programas de capacitación”. Sin perjuicio de ello, la Consultante afirma que la cláusula 3.1 de las Bases genera el efecto contrario, disminuyendo la calidad y la cobertura de los servicios concursados, disminución que califica de sustancial.

1.5 De esta forma, ACCH argumenta que la cláusula 3.1 podría afectar la libre competencia, además de contradecir la jurisprudencia del Tribunal en materia de licitaciones públicas, porque tiene por efecto (i) restringir de forma artificial y arbitraria la participación de oferentes; (ii) generar ineficiencias en la calidad y cobertura de los servicios afectados; y (iii) facilitar la coordinación de los eventuales oferentes.

1.6 Respecto del primero de los efectos, la Consultante expone que la redacción de la cláusula 3.1 prohíbe a los oferentes ofertar por más de un 20% del total de cupos disponibles, excluyéndolos del resto de los cupos, prohibición que no estaría justificada. Añade que el Sence al ser consultado por esta materia respondió que el objetivo era “evitar la concentración de un gran número de cupos en un solo oferente”, lo que, a su juicio, sería inconsistente con su objetivo de promover la calidad y cobertura del servicio concursado. De esta forma ACCH concluye que el actuar del Sence al imponer este porcentaje es arbitrario y discriminatorio.

1.7 En cuanto al segundo de los efectos, señala que las Bases impactan de forma negativa en la calidad de los servicios que licita, ya que la limitación de los cupos a los que se puede postular forzaría al Sence a contratar oferentes de calidad inferior. En este sentido afirma que esto “*infringe su propia misión, vulnera directamente los principios de eficiencia y eficacia que debe observar el Sence, reduce la competencia y va en perjuicio de los trabajadores que recibirán las respectivas capacitaciones*”. Además, señala que la regla que se analiza también limita la cobertura de los servicios concursados ya que limita la cantidad de cupos por oferente, pudiendo incluso dejar localidades sin proveedor si el único posibilitado para hacerlo ya utilizó el 20% de su cupo en otras comunas. Agrega que lo anterior genera un aumento de precios ofertados.

1.8 Por último, respecto del efecto de facilitación de la colusión, la Consultante expone que la redacción de la cláusula 3.1 “*genera el evidente riesgo de que los postulantes se asignen (al menos tácitamente) determinadas comunas del mercado licitado*”.

1.9 En cuanto al mercado relevante en el que incide la Consulta, ACCH lo define como “*el de los servicios objeto de la licitación consultada, consistentes en la adquisición de servicios de capacitación para conductores A-3 (buses) y A-5*”.

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

*(camiones) con simulador de inmersión total en las regiones incluidas en el concurso público, que corresponden a las regiones de Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins, Maule, Biobío, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, y Magallanes y la Antártica Chilena.” En subsidio, plantea que el mercado relevante sería el de “la compra y venta de servicios de capacitación para conductores A-3 (buses) y A-5 (camiones) con simulador de inmersión total, en el territorio nacional”.*

1.10 La Consultante expone que el mercado antes señalado contaría con el Sence como único y principal demandante, la que actuaría de *forma monopólica*. En este sentido señala que el Sence concentra casi la totalidad de la demanda del mercado relevante antes definido y el resto de la demanda estaría conformada por Organismos Intermedios de Capacitación (“OTIC”), cuyo objeto es entregar asesoría técnica y de capacitación a sus empresas adheridas. Añade que las OTIC dependen de los recursos que el Sence otorga para dichos fines por lo que todos los servicios incluidos en el mercado relevante se financiarían con recursos del Sence.

1.11 En cuanto a los oferentes del mercado, la Consultante indica que serían aquellas escuelas de conductores con autorización para impartir los cursos específicos licitados. Agrega que ACCH sería el mayor oferente del mercado y que tiene presencia en casi todo el territorio nacional, siendo además el único oferente en las comunas de Iquique, Antofagasta, Calama, La Serena, Viña del Mar, Talca, Osorno y La Florida. Además de ellos, existirían otros 25 oferentes, aproximadamente, sin perjuicio que, en las regiones de Arica y Parinacota, del Ñuble y Aysén, no existirían oferentes autorizados para prestar los servicios licitados.

1.12 Finalmente, solicita tener por formulada la consulta y pronunciarse acerca de si las Bases de Licitación se ajustan o no al del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”); y, especialmente, disponga que se modifique el artículo 3.1, eliminándose el límite máximo de selección de cupos impuesto a los oferentes, o bien, en subsidio, disponga que la referida limitación se aumenta a un 50%, o aquella cifra mayor o menor que el Tribunal disponga conforme a derecho; y, de ser procedente, establecer las demás condiciones que se deban cumplir para prevenir los riesgos identificados por ACCH, así como otros que puedan identificarse en conformidad al mérito del proceso.

1.13 ACCH en el segundo otrosí de la Consulta solicitó, además, la suspensión del proceso de licitación, medida que fue desechada. A folio 27 la Consultante solicitó reponer la decisión de no suspender, y a folio 28 el Tribunal ordenó al Sence

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

informar respecto de las siguientes materias: (a) si el límite de 20% de los cupos nacionales a que se refiere la cláusula 3.1 de las Bases rige respecto de la postulación de los oferentes o si, dicho límite, se aplicará al momento de la adjudicación de las propuestas que se formulen en el marco de dicho concurso; y (b) si existe un fundamento de política pública para la imposición de dicho límite. A folio 38 el Sence informó lo solicitado y, posteriormente, a folio 42 el Tribunal desechó la reposición deducida por ACCH.

**C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO**

2. A folio 11, el 9 de febrero de 2021, se dio inicio al proceso respecto de la consulta formulada por la Consultante relativa a las bases administrativas y técnicas del concurso público para la ejecución del “Curso especial con simulador de inmersión total conducente a licencia de conductor profesional clase A-3 y A-5”, año 2021, aprobadas mediante la Resolución N° 92 del Sence. En dicha resolución de inicio se ordenó oficiar a la Fiscalía Nacional Económica; al Sence; y al Ministerio del Trabajo y Previsión Social para que aportaran antecedentes dentro del plazo de 20 días hábiles contados desde la publicación, en extracto, de la resolución en el Diario Oficial, de conformidad con el número 1° del artículo 31 del D.L. N° 211.

**D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES**

3. A folio 53 aportó antecedentes la CNTC y señaló que es una entidad gremial cuyo objetivo primordial es proteger los intereses de los transportistas de carga y promover la profesionalización de esta actividad. En relación con las bases objeto de esta consulta, la CNTC plantea que el límite del 20% afectará la calidad de los cursos que se impartirán, lo que repercutirá en los trabajadores que buscan capacitarse. Señala que una buena formación de conductores de camiones es esencial para el desarrollo productivo del país, así como para evitar accidentes. Añade que el límite de 20% también implicará dejar localidades sin capacitación, lo que es especialmente preocupante si se tiene en consideración que el mayor déficit de conductores se encuentra en las regiones. Por último, expone que el límite antes referido disminuirá la competencia entre las escuelas de conductores, desincentivando la inversión.

4. A folio 67 aportó antecedentes el Sence, afirmando la juridicidad de sus actuaciones, solicitando que no se dé lugar a la solicitud de modificación de la cláusula 3.1. de las Bases, fundado en las siguientes consideraciones:

4.1. El Programa de Capacitación de Oficios, dentro del cual se encuentran las Bases, tiene por objeto generar competencias laborales en las personas

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

vulnerables, con el propósito de aumentar la posibilidad de encontrar un empleo de calidad y/o en caso de tratarse de trabajadores o trabajadoras independientes, aumentando sus ingresos.

4.2. En relación con el curso especial que es objeto de las Bases, expone que éste solo puede impartirse por Escuelas de Conductores Profesionales que cuentan con autorización especial del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”) para utilizar el sistema de simulador de inmersión total (“SIT”), los que también deben encontrarse certificados ante este ministerio. Además, dichos organismos deben estar constituidos como OTEC ante el Sence. Indica que las certificaciones requeridas obedecen a que el SIT es una máquina compleja cuya sofisticación y costo generan un mercado reducido. Afirma que, de acuerdo con la información proporcionada por el MTT en su sitio web, hay siete empresas que han certificado SIT en Chile.

4.3. En cuanto a los cursos licitados, señala que éstos “consideran contenidos teóricos y prácticos (200 horas para cursos de Conducción Profesional Clase A-3 y 225 horas totales para cursos de Conducción Profesional Clase A-5), además de horas prácticas individuales de conducción en vehículo (12 horas) y en Simulador de Inmersión Total (5 horas)”. A su vez señala que estos cursos se componen de una fase lectiva, donde se implementan los cursos licitados, y otra fase de inserción laboral.

4.4. En lo que respecta a la Consulta, señala que las afirmaciones realizadas por dicha entidad no se ajustan ni a los hechos ni al derecho. En efecto, el Sence afirma que las Bases no restringen la libertad de los interesados para presentar las ofertas que estimen pertinentes respecto de los cupos, comunas y planes formativos contemplados en ellas, ya que el límite del 20% es una regla que aplicará Sence recién al momento de la selección de ofertas razón por la cual los oferentes deben señalar la prelación de su oferta por curso-región-comuna. Añade que dicho límite del 20% admite excepciones en aquellas comunas donde existe un único proveedor autorizado para dictar el curso, caso en el cual los cupos que se le adjudiquen a un oferente en virtud de esta excepción no se considerarán para efectos del límite de 20% a nivel nacional.

4.5. La limitación de cupos a seleccionar por oferente es un mecanismo que ha sido utilizado en otros llamados a concurso público con el objeto de fomentar la competencia en el mercado de los cursos de capacitación a que dan lugar los programas que ejecuta el Servicio. Indica que este mecanismo funcionaría como un incentivo para la aparición de nuevos oferentes en un mercado que califica de concentrado. Al respecto indica que en el concurso 2020, cuyas bases no

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

consideraron esta limitación, se adjudicó más de un 70% de los cupos al mismo oferente, situación que motivó la revisión de las bases para el año 2021.

4.6. Otro de los objetivos buscados por el Sence con la limitación establecida en la cláusula 3.1. de las Bases es evitar que dicho Servicio dependa, para cumplir con su política pública, de un solo ejecutor, evitando además un potencial abuso de dominancia. Al respecto indica que una cantidad considerable de los cursos adjudicados para el año 2020 se encuentran pendientes de ejecución a propósito de la pandemia por Covid-19. De esta forma, la limitación contenida en las Bases busca también asegurar que los oferentes adjudicados tengan la capacidad real para ejecutar los cursos contratados por este servicio, teniendo a la vista los cursos adjudicados en años anteriores que se encuentran pendientes de ejecutar.

4.7. De esta forma el Sence niega que el límite del 20% establecido en la cláusula 3.1. sea arbitrario ya que responde a una decisión razonada de dicho Servicio, fundada en las consideraciones antes expuestas. Niega también la acusación de que las Bases atentan contra la calidad y precio del servicio que Sence buscaría contratar, vulnerando con ello los objetivos de política pública del servicio y afirma que las Bases regulan fuertemente los factores que inciden en la calidad del servicio ofertado además de fijar un valor hora mínimo y máximo para todas las ofertas.

4.8. Respecto de la acusación de que las Bases podrían facilitar la coordinación de los oferentes, reduciendo la intensidad competitiva, el Sence señala que no es posible vislumbrar cómo la inclusión de un límite en la selección de oferentes podría generar un incentivo de coordinación entre los mismos. Funda lo anterior en que las Bases no limitan la presentación de ofertas por participantes y que los oferentes solo pueden postular en aquellas comunas donde tienen autorización del MTT. En relación con el resultado del concurso regulado en las Bases, el Sence expone que ACCH obtuvo el 32,05% del total de cupos seleccionados y que la distribución de oferentes fue más equitativa.

5. A folio 75 aportó antecedentes la FNE, concluyendo que el Sence tiene poder de compra en el mercado relevante que define y que el diseño de las Bases genera riesgos a la libre competencia, atendidos los siguientes argumentos:

5.1. La Ley de Tránsito distingue entre las licencias de conductor profesional (Clase A), no profesionales (Clases B y C) y especiales (Clase D). Respecto de aquellas que son objeto de esta consulta, señala que, de acuerdo con la normativa, las licencias Clase A-3 permiten conducir, indistintamente, vehículos de transporte remunerado de escolares, ambulancias o vehículos motorizados de transporte

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

público y privado de personas; y las Clase A-5 habilitan para conducir todo tipo de vehículos motorizados, simples o articulados, destinados al transporte de carga cuyo peso bruto vehicular sea superior a 3.500 kg. Agrega que, si el conductor no cuenta con una licencia Clase A desde al menos dos años y quiere obtenerla, debe aprobar un curso especial que contemple el uso de SIT u otra tecnología equivalente.

5.2. La FNE define un SIT como un dispositivo mecánico-computacional, compuesto de partes físicas que emulan el funcionamiento de un determinado tipo de vehículo y un programa computacional que controla el comportamiento de dichas partes, permitiendo al usuario realizar una conducción realista del mismo. Agrega que la ventaja de los cursos con SIT es la obtención de licencias en menor tiempo y con menos requisitos que el curso tradicional; la contrapartida es que están sujetos a más regulaciones asociadas a los requisitos que debe cumplir la escuela profesional que los imparta. En este sentido, la FNE informa que la Subsecretaría de Transportes mantiene un listado actualizado de las escuelas de conductores profesionales aprobadas, en evaluación, en inspección, revocadas o con suspensión para realizar cursos con SIT.

5.3. La FNE expone que, desde el punto de vista del usuario que realiza el curso de conducción que se licita, los cursos especiales con SIT y aquellos tradicionales solo son alternativas posibles cuando el conductor cuenta con una licencia Clase-A desde hace al menos dos años. Añade que en ese caso lo más probable es que el conductor realice el curso tradicional cuyo costo es 50% inferior al costo del curso especial con SIT. En virtud de ello, la Fiscalía concluye que los cursos tradicionales para la obtención de licencias Clase A-3 y Clase A-5 no son sustitutos razonables de los cursos especiales con SIT, por lo que constituyen mercados distintos.

5.4. En relación con la demanda por estos cursos, la FNE señala que tanto el sector público, particularmente el Sence, como el sector privado requieren de estos cursos. La demanda del Sence estaría determinada por los cupos que licita, sin perjuicio de que el número de capacitaciones que se realizan depende de las personas que se inscriben para acceder a ellas. Las empresas, por su parte, pueden requerir los servicios directamente a la escuela profesional de conductores o hacerlo a través de OTIC, quienes actúan como intermediarios entre las empresas y las OTEC, para realizar capacitaciones utilizando la franquicia tributaria que ofrece el Sence. Por último, la demanda privada también puede provenir de personas naturales interesadas en capacitarse.

5.5. Indica que, de acuerdo con los antecedentes recabados, el Sence es el principal demandante de cursos para obtener licencia de conducir clases A-3 y A-5

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

con SIT, representando entre el 50% y 100% de la demanda que tienen las escuelas de conductores profesionales.

5.6. Por el lado de la oferta, indica que estos cursos solo pueden prestarse por escuelas de conductores profesionales que cuenten con las autorizaciones sectoriales, existiendo, al 27 de diciembre de 2019, 18 escuelas que ofrecen estos cursos con modalidad SIT. Al respecto, expone que la autorización de funcionamiento se otorga a nivel comunal, pudiendo impartirse en un domicilio distinto siempre que se cumpla con lo señalado en el artículo 7° del Decreto 251/1998 del MTT. Por último, señala que el proveedor con mayor cobertura es ACCH que está presente en nueve comunas, seguido por las escuelas Sociedad Escuela de Conductores Cordillera Ltda. y Todo Transportes Ltda., las que están presentes en dos comunas cada una.

5.7. En cuanto a las condiciones de entrada, la FNE señala que la principal inversión que deben realizar los oferentes es la compra del simulador, que tendría un costo entre 54 y 150 millones de pesos.

5.8. Atendido todo lo anterior, la FNE define el mercado relevante como el de los cursos especiales con SIT para la obtención de licencias profesionales de conducción Clases A-3 y A-5, mercado en que el Sence tiene poder de compra al ser, por lejos, el principal demandante de tales servicios. Geográficamente, indica que las Bases circunscriben el mercado por comunas, pero la FNE expone que, preliminarmente, no existirían limitaciones para extender esta área geográfica si se considera que las escuelas podrían recibir alumnos de comunas cercanas a aquellas donde están autorizadas para operar. Sin perjuicio de ello, señala que la determinación geográfica del mercado no es necesaria para efectos de esta consulta, toda vez que el Sence tiene poder de compra con independencia del ámbito geográfico que se considere.

5.9. Respecto al análisis de las condiciones de competencia contenidas en las Bases, la FNE indica que deben concurrir tres requisitos para que exigencias o condiciones establecidas en una licitación puedan ser consideradas contrarias a la libre competencia: (i) que el órgano licitante tenga poder de compra en el mercado relevante del producto licitado; (ii) que las condiciones o exigencias puedan o tiendan a alterar el proceso competitivo de la licitación; y (iii) que estas condiciones o exigencias no tengan justificación objetiva ni razonable.

5.10. En lo referente al primer requisito, la FNE arguye que el Sence tiene poder de compra en el mercado definido. En cuanto a la posibilidad que las condiciones alteren el proceso licitatorio, la Fiscalía realiza un análisis del límite impuesto en la

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

cláusula 3.1. de las Bases y concluye que el texto daba a entender que el oferente solamente podía postular, por cada tipo de licencia, a un 20% de los cupos disponibles a nivel nacional, lo que se traducía, en definitiva, que cada oferente podía postular a un máximo de 300 cupos para cursos de licencias A-3 y un máximo de 140 cupos para cursos de licencias A-5. Sin perjuicio de ello, la FNE señala que el Sence aclaró en el proceso esta limitación, indicando que ella se aplicaba a la adjudicación y no a la postulación. Respecto de esta falta de claridad, la FNE afirma que la misma pudo haber desincentivado la participación de oferentes, impactando la intensidad competitiva de esta licitación en algunas comunas del país. En cuanto a las excepciones señaladas en las Bases para la aplicación del límite del 20%, la FNE expone que las mismas no explicarían claramente la forma en la que éstas operarían, imposibilitándola de analizar sus eventuales efectos.

5.11. Por último, la Fiscalía analiza si la limitación contenida en la cláusula 3.1. de las Bases tiene una justificación objetiva y razonable, concluyendo que el límite de 20% analizado no se encuentra justificado y que es probable que distorsione el proceso competitivo.

5.12. En este sentido, indicó que, de acuerdo con lo afirmado por el Sence en el proceso, la limitación se habría determinado considerando la capacidad y desempeño de ACCH, quien se habría adjudicado la gran mayoría de los cupos para los años 2019 y 2020 los que, atendida la pandemia por el Covid-19, se encontraban aún pendientes de ejecutar. De esta forma, el Sence habría estimado que ACCH no iba a tener la capacidad para ejecutar de forma paralela los cursos pendientes y los que se podría adjudicar en la licitación 2021. Al respecto la FNE expone que la estimación hecha por el Sence no se encontraba respaldada ya que no se hizo un análisis cuantitativo de la capacidad existente en cada comuna en particular, lo que era necesario en consideración a que Automóvil Club es el único oferente en varias de las comunas concursadas, donde el establecimiento de un límite no conlleva necesariamente una mejora en los tiempos de ejecución de los cursos.

5.13. En forma adicional, la FNE indica que la definición del límite del 20%, además de arbitraria, tiende a restringir aún más la competencia afirmando que es probable que el límite del 20% haya distorsionado el proceso competitivo. En efecto, la FNE efectúa un análisis de la competencia en aquellas comunas donde existen al menos dos escuelas autorizadas para funcionar en las cuales una sea ACCH y concluye que dicha escuela podía gatillar la limitación del 20% una vez adjudicada la comuna de Santiago, para las licencias A-3, y una vez adjudicada la comuna de Concepción, para las licencias A-5. Lo anterior siguiendo el orden de priorización de comunas

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

para fines de la adjudicación contenidas en el Anexo N° 1 de las Bases. Añade que la expectativa de los competidores de que ACCH llegaría al límite del 20% al momento de adjudicarse las comunas indicadas, pudo incidir en la intensidad competitiva de las ofertas presentadas para las comunas que vienen después de Santiago (licencias A-3) y Concepción (licencias A-5), lo que pudo generar un efecto indeseado en los precios ofertados.

5.14. De esta forma, la FNE argumenta que el establecimiento de un límite del 20% no se encuentra debidamente justificado, pudiendo afectar la intensidad de la competencia en la licitación, considerando que existían mecanismos alternativos menos restrictivos que permitían asegurar la prestación oportuna de los cursos, citando como ejemplo la aplicación de multas y garantías o designando un “segundo proveedor” en caso de que el primer adjudicatario no cumpla.

5.15. En lo que respecta a la calidad de los cursos licitados, la FNE expone que de la imposición de un límite de adjudicación no es posible colegir una disminución en la calidad del servicio que se prestará, considerando especialmente que las Bases asignan gran relevancia a los elementos de calidad y experiencia. En lo referente a la cobertura del servicio, la FNE expone que la falta de claridad en la aplicación de las excepciones al límite del 20% pudo limitar a un oferente a presentar ofertas en las comunas en las que tenga mayores costos de adjudicación.

5.16. En cuanto al argumento de la Consultante de que el límite del 20% podría generar incentivos para que los agentes económicos se coludan, la Fiscalía descartó que exista tal riesgo entre escuelas que coincidan en más de una comuna ya que solo una de ellas podría adjudicarse más cupos por sobre el 20%. Sin perjuicio de ello, la FNE indica que, entre escuelas ubicadas en una misma comuna, el límite de asignación de cupos aumenta el riesgo de coordinación solo por la posibilidad de que concurren, en dichas comunas, un menor número de competidores -los participantes del mercado podrían considerar que hay un actor menos con quien coordinar una eventual colusión-.

5.17. Por último, la FNE se refiere a dos aspectos de las Bases que podrían limitar la competencia por los cupos licitados. El primero dice relación con la regulación de la oferta económica, cuya ponderación es de un 5% y exige realizar una propuesta dentro de una banda de precios que va de \$4.500 a \$5.500. Tanto la baja ponderación de la oferta económica como el establecimiento de un valor mínimo de oferta, limitan de forma injustificada la competencia entre oferentes en la licitación, ya que (i) la ponderación de la oferta económica es excesivamente baja, sacrificando los beneficios de la competencia en precio por la evaluación técnica de los servicios ofrecidos, lo que podría obtenerse a través de otros mecanismos

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

menos lesivos; (ii) la imposición de un límite mínimo inhibe la intensidad competitiva en precio en comunas con más de un eventual oferente; y (iii) en cuanto al precio máximo, la FNE recomienda que el monto estimado por cada licitante sea reservado y se publique solo al momento de abrir las ofertas económica.

5.18. El segundo aspecto adicional dice relación con la limitación geográfica, ya que las Bases ofrecen una determinada cantidad de cupos a concursar por comuna, reduciendo, a juicio de la FNE, el ámbito geográfico de competencia entre escuelas. Debido a ello, la Fiscalía estima que los cupos asignados para las comunas de la Región Metropolitana y para las comunas de la Región de Valparaíso, deben licitarse en conjunto, aumentando con ello la intensidad competitiva.

5.19. A su vez, la Fiscalía expone que las Bases contemplan como criterio de adjudicación, el compromiso de las escuelas oferentes de insertar laboralmente a los alumnos a quienes imparta el curso, el que no puede ser inferior a 10%. Este criterio tiene una ponderación de un 15%. Al respecto, la Fiscalía argumenta que, con ello, las Bases están licitando de forma conjunta dos servicios distintos: el servicio de capacitación para la obtención de una licencia de conducir profesional; y el servicio de apoyo para la obtención de un trabajo. A juicio de la FNE, esta dualidad podría erigirse como una barrera injustificada a la entrada para participar en la licitación, considerando especialmente que las OTEC son de giro único; que el cumplimiento de esta exigencia genera costos a los participantes; y que su incumplimiento trae aparejado multas y descuentos en los pagos realizados por el Sence.

5.20. Por último, la FNE afirma que los plazos establecidos en las Bases para el desarrollo de consultas y la presentación de ofertas serían insuficientes para que los interesados puedan formular ofertas serias, lo que podría generar una barrera de entrada para participar en la licitación.

6. A folio 77 aportó antecedentes Sercap indicando, en términos generales, que las Bases no restringen la competencia ni afectan la calidad de los cursos licitados.

6.1. Sercap argumenta que no es efectivo que el artículo 3.1. de las Bases restrinja de forma arbitraria la participación de los oferentes en la licitación como expone la Consultante. Indica que ese artículo se limita a establecer normas de selección para el proceso de licitación, las que son iguales para todos los interesados. Agrega que con dicha norma se protege la competencia en un mercado extremadamente pequeño y heterogéneo, donde existen muy pocos actores con la posición económica privilegiada y dominante como la que ostenta ACCH. De esta forma, con esta limitación se estaría fomentando la competencia, buscando la

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

participación de nuevos actores en el mercado, evitando así la consolidación de posiciones dominantes.

6.2. En lo que respecta a la eventual disminución en la calidad de los cursos licitados, Sercap argumenta que no es efectivo que el Sence se verá forzado a contratar con oferentes de calidad inferior, ya que las Bases exigen el cumplimiento de requisitos técnicos debiéndose declarar inadmisibles aquellas propuestas que no cumplan con ellos.

6.3. En cuanto al límite del 20% objetado por la Consultante, Sercap indica que el diseño establecido en las Bases permite asegurar la cobertura del servicio tanto a nivel regional como nacional, evitando con ello restringir la cobertura del servicio como arguye ACCH. A su vez, indica que el objetivo detrás es la incorporación de nuevos competidores a la industria, estableciéndose reglas claras para su participación equilibrada con aquellos que tienen experiencia en el mercado.

6.4. Respecto de la acusación de que el diseño de las Bases facilitaría una colusión entre oferentes, Sercap expone que dichas afirmaciones solo podrían ser objeto de un procedimiento contencioso, no teniendo cabida en un procedimiento como el de autos.

6.5. Por último, Sercap aporta información sobre el proceso de licitación para el 2020, donde ACCH habría obtenido una participación de mercado cercana al 75%. Indica que en dicha licitación es posible apreciar que, en aquellas localidades donde ACCH era proveedor único, postulaba a un precio muy superior a aquel ofertado cuando tenía alguna competencia. A su vez, agrega que los resultados de la licitación objeto de esta consulta demuestran que las Bases permitieron la participación de nuevos actores, evitando la concentración en un solo oferente.

#### **E. AUDIENCIA PÚBLICA**

7. A folio 99 consta la citación a la audiencia pública para el 16 de noviembre de 2021, a las 9:30 horas. El 12 de octubre se publicó la citación en el Diario Oficial, según consta a folio 107, mientras que la publicación en el sitio *web* del Tribunal se realizó el 16 de noviembre de 2022, como consta en certificado de folio 143.

8. En la audiencia pública, que se realizó por videoconferencia, intervinieron los apoderados de la Consultante, del Sence y de la Fiscalía.

#### **F. ANTECEDENTES ADICIONALES REQUERIDOS Y RECIBIDOS POR EL TRIBUNAL**

9. A folio 174 el Tribunal, con posterioridad a la audiencia pública, solicitó en virtud de la facultad establecida en el numeral 5) del artículo 31 del D.L. N° 211,

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

información relativa a los programas Sence y el resultado de la adjudicación de cursos, años 2018 a 2021. A folio 177 y 182 se dio cumplimiento al anterior requerimiento por parte de la FNE y el Sence, respectivamente.

**II. PARTE CONSIDERATIVA**

**A. Objeto y alcance de la Consulta. Estructura de la Resolución.**

1. Como se indicó en la parte expositiva y de conformidad con la resolución de folio 11, el objeto de la Consulta presentada en autos consiste en determinar si las bases administrativas y técnicas del concurso público para la ejecución del “Curso especial con simulador de inmersión total conducente a licencia de conductor profesional clase A-3 y A-5”, año 2021, aprobadas mediante la Resolución N° 92 del Sence, de 14 de enero de 2021 o “Bases Consultadas” se ajustan con las normas que regulan la libre competencia.

2. La Consultante solicita específicamente la eliminación del límite máximo de selección de cupos impuesto a los oferentes, ascendente a un 20%, o que en subsidio se establezca que el porcentaje máximo de cupos a postular por oferente sea de un 50%. Dicha limitación se encuentra establecida en la cláusula 3.1. de las Bases la que señala que “[s]e podrá seleccionar por oferente un máximo de cupos equivalente al 20% de los cupos nacionales, por tipo de licencia, es decir, podrá seleccionar un 20% nacional para cursos A-3 y un 20% para cursos A-5. En los casos que el oferente sea el único proveedor autorizado para dictar el curso en la región podrán alterarse los máximos nacionales indicado anteriormente”.

3. A su vez, la FNE cuestiona, además, otros aspectos de las Bases relativos a: (i) la regulación de la oferta económica, cuya ponderación es de un 5% y donde además se establece una banda de precios que va de \$4.500 a \$5.500 por valor hora alumno; (ii) la limitación geográfica de la oferta de cursos establecida en las Bases; (iii) el criterio de adjudicación establecido en las Bases consistente en el compromiso de las escuelas oferentes de insertar laboralmente a sus alumnos a quienes imparte el curso, el que tendría una ponderación de un 15%; y (iv) los plazos y etapas de la licitación.

4. Antes de entrar al fondo del asunto, es necesario tener presente que el diseño y contenido de bases de licitación elaboradas por organismos públicos han sido frecuentemente analizados en esta sede, tanto en procedimientos contenciosos, por ejemplo, cuando un oferente presenta una demanda en caso que el ente licitante no haya consultado previamente las bases y estas contengan, a su juicio, alguna cláusula o exigencia que atente contra la libre competencia; como no

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

contenciosos, esto es, cuando consulta el ente licitante o un tercero interesado, o cuando se debe emitir un informe en virtud de una ley especial, como las licitaciones de concesiones de puertos estatales (véase, por ejemplo, Resoluciones N° 58/2019, N° 61/2020, N° 63/2021, y N°66/2021; e Informes N° 18/2020, N° 20/2021, y N° 23/2022).

5. En este orden de ideas, se ha dictaminado que dentro de los actos de los órganos de la Administración del Estado que son susceptibles de ser juzgados en esta sede –sea a través de un procedimiento contencioso como uno no contencioso–, se incluyen las cuestiones relativas a bases de licitación pública, toda vez que las licitaciones “*son 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*” (Sentencia N° 118/2012, c. 6°; y Resolución N° 61/2020, párrafo 5).

6. Más precisamente, también de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se ha establecido que el ámbito en que se pueden resolver consultas sobre las bases de una licitación dice relación, fundamentalmente, con su diseño, pues existe una posibilidad objetiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que se tienda a ello (Sentencia N° 138/2014, c. 13°; y Resolución N° 61/2020, párrafo 6). Como se verá, los cuestionamientos formulados en autos tanto por la Consultante como por la FNE sobre ciertas disposiciones de las Bases dicen relación, precisamente, con su diseño, razón por la cual no cabe duda alguna sobre la competencia de este Tribunal para pronunciarse sobre esta materia.

7. En el caso particular de las Bases Consultadas, el organismo público licitante actúa como un demandante de bienes o servicios y, por tanto, las mismas podrían infringir las disposiciones del D.L. N° 211 si es que se cumplen las siguientes condiciones: (i) que el organismo que licita, en este caso el Sence, cuente con poder de compra en el mercado relevante del producto, esto es, que pueda negociar precios, condiciones o volúmenes de compra distintos a los que existirían en una situación de competencia; (ii) que dicho organismo actúe de modo arbitrario o discriminatorio, abusando de su poder de compra o incurriendo en prácticas que alteren o tiendan a alterar el proceso competitivo del mercado en el cual se enmarca la licitación; y (iii) que las exigencias que incorpore en las bases de licitación no tengan una justificación objetiva ni razonable.

8. De acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, este Tribunal resolverá

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

esta Consulta verificando si, con los antecedentes que obran en autos, se cumplen los supuestos contenidos en dicho párrafo. Para estos efectos, la estructura de esta Resolución comprenderá las siguientes materias: en la sección B, se analizarán las características generales de las Bases de Licitación de autos; en la sección C, se definirá el mercado relevante y se evaluará si Sence tiene poder de compra; en la sección D se analizará si el diseño de las Bases Consultadas contienen exigencias que alteraron el proceso competitivo y, en la afirmativa, si dichas exigencias tenían una justificación objetiva y razonable; por último, en la sección E, se entregan las conclusiones y se fijan las condiciones que deberán ser cumplidas en las futuras bases que tengan el mismo objeto que las consultadas en este procedimiento.

**B. Características generales de las Bases Consultadas**

9. Las Bases Consultadas se enmarcan en diversos planes de capacitación que el Sence ofrece a distintas personas para que obtengan licencias de conducir profesionales clase A-3 (transporte de personas) y clase A-5 (transporte de carga). Respecto de los cursos de conducción que se licitan, éstos tienen la característica de realizarse con un sistema denominado “*simulador de inmersión total*” (“SIT”), diferenciándose así de los cursos tradicionales de conducción. De acuerdo con la información proporcionada por la FNE, un SIT es un dispositivo que emula el funcionamiento de un determinado tipo de vehículo y que permite al usuario realizar una conducción realista del mismo. Las ventajas de los cursos con SIT es la obtención de licencias profesionales en menor tiempo y con menos requisitos que un curso tradicional. Como contrapartida, estos cursos están sujetos a más regulaciones y son más costosos.

10. Los cursos licitados en las Bases de Licitación corresponden a los siguientes:

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

REGIÓN	PROVINCIA	COMUNAS	CUPOS A-3	CUPOS A-5
TARAPACÁ	IQUIQUE	IQUIQUE	60	20
ANTOFAGASTA	ANTOFAGASTA	ANTOFAGASTA	40	60
	EL LOA	CALAMA	40	20
ATACAMA	COPIAPÓ	COPIAPÓ	0	40
COQUIMBO	ELQUI	LA SERENA	20	40
	LIMARÍ	OVALLE	20	40
VALPARAÍSO	VALPARAÍSO	VALPARAÍSO	20	40
	VALPARAÍSO	VIÑA DEL MAR	60	20
METROPOLITANA	SANTIAGO	PROVIDENCIA	140	0
	SANTIAGO	ESTACIÓN CENTRAL	120	0
	SANTIAGO	LA FLORIDA	100	0
	SANTIAGO	SANTIAGO	580	40
O'HIGGINS	CACHAPOAL	RANCAGUA	40	40
MAULE	TALCA	TALCA	40	20
BIOBIO	CONCEPCIÓN	CONCEPCIÓN	60	200
ARAUCANÍA	CAUTIN	TEMUCO	40	20
LOS RÍOS	VALDIVIA	VALDIVIA	40	40
LOS LAGOS	LLANQUIHUE	PUERTO MONTT	20	20
	CHILOÉ	ANCUD	20	40
	OSORNO	OSORNO	20	20
MAGALLANES	PUNTA ARENAS	PUNTA ARENAS	40	40
TOTAL			1.520	760

Fuente: Bases p.13

11. En cuanto a las empresas que pueden ofrecer estos cursos, de conformidad con las Bases, solo pueden participar en la licitación los Organismos Técnicos de Capacitación u "OTEC" que se encuentren inscritos en un Registro Nacional, regulados en los artículos 12 y 19 de la ley N° 19.518, y que se constituyan como una escuela de conductores profesionales ("ECP") con autorización especial de impartir el curso con uso de simulador de inmersión total otorgada por el MTT. Tanto la Consultante como la FNE señalan que existirían 18 eventuales oferentes y que *"ninguna comuna cuenta con más de tres de estas escuelas"*.

12. En cuanto a los criterios de selección de los proveedores, la cláusula 3.4 de las Bases indica que los criterios de evaluación tendrán ponderaciones diferenciadas según si el oferente cuenta con experiencia en Sence. Tomando en consideración lo anterior, en las Bases se expone la siguiente tabla de evaluación de las ofertas:

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

ETAPA	PONDERACIÓN	
	OFERENTES CON EXPERIENCIA EN SENCE	OFERENTES NUEVOS
<b>EVALUACION EXPERIENCIA (100%)</b> <u>Oferentes con experiencia en Sence</u> a) Experiencia del oferente en la región (50%) b) Experiencia del oferente a nivel nacional (50%)  <u>Oferentes Nuevos</u> a) Evaluación presentación para oferentes nuevos (100%)	10%	30%
<b>EVALUACIÓN COMPORTAMIENTO</b> <u>Oferentes con experiencia SENCE en la región</u> a) Multas aplicadas por SENCE a nivel regional (15%) b) Nivel de deserción injustificado de participantes en cursos SENCE a nivel regional (15%) c) Desempeño del oferente en la región (70%)  <u>EXPERIENCIA Y PROPUESTA DE VALOR</u>  <u>Oferentes sin experiencia SENCE en la región</u> a) Multas aplicadas por SENCE a nivel nacional (15%) b) Nivel de deserción injustificado de participantes en cursos SENCE a nivel nacional (15%) c) Desempeño del oferente a nivel nacional según promedio de las evaluaciones regionales (70%)	30%	0%
<b>EVALUACIÓN TÉCNICA</b> a) Metodología b) Reconocimiento con una IES	40%	50%
<b>EVALUACIÓN COMPROMISO Y RESULTADOS DE COLOCACIÓN</b> <u>Oferentes con Experiencia en SENCE</u> a) Compromiso Colocación (30%) b) Promedio cotizaciones previsionales de participantes egresados periodo 2017-2019 en la región (70%)  <u>Oferentes sin experiencia SENCE en la región</u> a) Compromiso Colocación (30%) b) Promedio a nivel nacional de cotizaciones previsionales de participantes egresados periodo 2017-2019 (70%)  <u>Oferentes Nuevos</u> a) Compromiso Colocación (100%)	15%	15%
<b>EVALUACIÓN ECONÓMICA (100%)</b>	5%	5%

Fuente: Bases p. 17

**C. Mercado relevante en el que incide la licitación objeto de la Consulta. Condiciones de competencia y poder de compra de Sence.**

13. Como se anticipó, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal (V.gr. Sentencia N° 50/2017 c.° 61 y Resolución N°71/2022, párrafo 16), en los casos de licitaciones en las que el organismo público actúa como un agente económico que demanda bienes o servicios, el mercado relevante está constituido por los bienes o servicios en que incide la licitación y no por la licitación en sí misma.

14. Según señala la Consultante, existirían dos alternativas para la definición del mercado relevante de producto. La primera, correspondería al *de los servicios*

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

*objeto de la licitación consultada, consistentes en la adquisición de servicios de capacitación para conductores A-3 (buses) y A-5 (camiones) con simulador de inmersión total. Una segunda, que presenta en carácter subsidiaria a la anterior, correspondería a la compra y venta de servicios de capacitación para conductores A-3 (buses) y A-5 (camiones) con simulador de inmersión total (folio 7, p. 9).*

15. La FNE, por su parte, sostiene que el mercado relevante del producto estaría compuesto por los cursos especiales con SIT para la obtención de licencias profesionales de conducción Clases A-3 y A-5 (folio 75, p.15). Argumenta que los cursos tradicionales y con SIT no serían sustitutos, por cuanto, los primeros: (i) serían más extensos; (ii) tendrían un precio significativamente menor, alrededor de un 50% y; (iii) estarían orientados a un público distinto, ya que, por requisitos normativos (artículo 13 de la Ley de Tránsito), sólo pueden ser cursados por personas que cuenten con una licencia profesional con un mínimo de dos años de antigüedad (folio 75, pp. 9-10).

16. En relación con la extensión temporal, a diferencia de lo que sostiene la FNE en su aporte de antecedentes, de conformidad con la información publicada por la Comisión Nacional de Seguridad de Tránsito del Ministerio de Transportes (“CONASET”), la duración mínima de los cursos con SIT –200 horas cronológicas para cursos A3 y 225 horas cronológicas para cursos A5– es mayor a la duración mínima de los cursos tradicionales –132 horas cronológicas– (<https://mejoresconductores.conaset.cl/>).

17. Si bien no se cuenta en el expediente con los precios exactos que cobran las ECP por los cursos en modalidad tradicional o con SIT, la información publicada en el sitio web de una ECP permite ilustrar la significativa diferencia de precios que existiría entre ambos tipos de cursos. En efecto, los curso A-3 y A-5 en modalidad tradicional tendrían un valor de \$300.000 y \$350.000 respectivamente, mientras que el precio de estos cursos utilizando un SIT sería de \$750.000 (<https://www.todo-transporte.cl/preguntas-frecuentes-profesionales/>). Incluso más, según indicaron algunas ECP a la FNE, el precio del curso con SIT fluctuaría entre [1-1.2] millones (documentos ofrecidos a folio 177, cuyas versiones públicas fueron agregadas a folio 184).

18. Como se puede apreciar, las diferencias de precios y la extensión temporal entre los cursos tradicionales y los cursos A-3/A-5 con SIT, dan cuenta de que no serían sustitutos cercanos para sus demandantes. Por lo tanto, el mercado relevante de producto está compuesto por los cursos con SIT destinados a la obtención de licencias profesionales A-3 y A-5.

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

19. En cuanto a la otra dimensión del mercado relevante, esto es, el área geográfica donde se prestan los servicios, la Consultante plantea dos alternativas. La primera considera como mercados relevantes geográficos a cada una de las regiones incluidas en las Bases, es decir, Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins, Maule, Biobío, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, y Magallanes y la Antártica Chilena. Una segunda alternativa sería considerar como mercado relevante geográfico a todo el territorio nacional.

20. En esta materia, la FNE argumenta que, a pesar de que el mercado relevante geográfico es definido por las Bases a nivel comunal, no observa limitación alguna para que el mismo pudiese ser más extenso, pues las ECP podrían recibir alumnos de comunas cercanas.

21. Este Tribunal entiende que para delimitar el mercado relevante geográfico se deben tener presente que las ECP autorizadas a ofrecer cursos A-3 y A-5 con SIT tienen una presencia que, en general, no se extiende más allá de un nivel comunal (folio 75, p.14). En este sentido, la Consultante es la única oferente con una extensa cobertura, con presencia en 15 comunas y 10 regiones del país. Asimismo, la duración de estos cursos es superior a 200 horas cronológicas de módulos teóricos y prácticos, equivalente a dos o tres meses de formación (folio 1, p. 6), lo que reflejaría la necesidad por parte de los estudiantes que residen fuera de la comuna donde inscribirán el curso de establecerse en las cercanías o bien contar con un medio de transporte que permita su rápido traslado.

22. Por lo anterior, es posible concluir que, a nivel geográfico, el mercado sería de carácter local, en un radio que cubra los alrededores de la ubicación de la respectiva ECP, pudiendo estos estar en una o más comunas. Sin perjuicio de ello, se optará por considerar a las comunas que integran la Región Metropolitana como pertenecientes a un único mercado relevante dada la mayor disponibilidad de transporte público y la existencia de conectividad entre las comunas. Una situación similar se observa para la Región de Valparaíso. De esta manera, se identifican 17 mercados relevantes geográficos en que inciden las Bases de Licitación, tal como se indica en la tabla N° 3 siguiente.

**Evaluación del poder de compra de Sence.**

23. Para determinar si Sence tiene poder de compra, se evaluará si tiene una participación de mercado significativa y el nivel de la elasticidad precio de la oferta, para los proveedores u oferentes del mercado relevante, es decir, si existen posibilidades para los proveedores de los cursos de sustituir su producción o sus

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

servicios ante un cambio en los precios relativos.

24. En el caso de autos, en forma previa a determinar el eventual poder de compra del órgano licitante, esto es, el Sence, resulta necesario describir brevemente a los agentes que componen la demanda. Según ha señalado la Consultante y los aportantes al proceso, los cursos que componen el mercado relevante son demandados tanto por agentes del sector público como privado. En lo que respecta al sector público, el Sence adquiere estos cursos a través de diversas licitaciones que le permiten otorgar becas, cuyo objetivo es mejorar las condiciones de empleabilidad de una parte vulnerable de la población (folio 3, p.4). En cuanto a la demanda privada, esta puede ser de dos tipos, a saber: (i) una demanda directa, compuesta por aquellas personas naturales o jurídicas que acceden a estos cursos utilizando sus propios medios, o (ii) una demanda indirecta, en la cual las empresas tienen la posibilidad de capacitar a sus trabajadores y contratar estos cursos a través de los Organismos Técnicos Intermedios de Capacitación u “OTIC”, quienes actúan como intermediarios entre las OTEC y las empresas que deseen y puedan acceder al beneficio de franquicia tributaria. Con todo, de acuerdo con la información proporcionada por la FNE, las OTIC también reciben recursos del Sence; sin embargo, este Tribunal hará un análisis conservador y no considerará la demanda de las OTIC dentro de la demanda de Sence para efectos de evaluar su poder de compra.

25. En lo que se refiere al grado de concentración de la demanda de estos cursos, la Consultante arguye que el Sence actuaría de manera casi monopsónica en este mercado (folio 7, p. 10). En esta misma línea, la FNE indica que, según las declaraciones de siete ECP ante dicho organismo, el Sence representaría entre un 50%-100% de la demanda por cursos A-3 y A-5 con SIT que éstas perciben (folio 75, p. 12). Por el contrario, el Sence señala que la demanda particular no sería despreciable, aduciendo que durante el 2018 y 2019 se habrían ejecutado cursos con beneficio de franquicia tributaria que equivaldrían a un número de cupos superior a los contemplados en las Bases (minuta de alegato Sence, p.6, agregada al expediente folio 143).

26. Para resolver esta materia, este Tribunal solicitó a Sence antecedentes que permitieran dimensionar los cupos adquiridos por dicho organismo público y las OTIC. Utilizando la información acompañada a folio 182, se construye la siguiente tabla, que permite observar la magnitud de la demanda de Sence en relación con la demanda indirecta, generada a través de las OTIC.

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

**Tabla N°1: Cupos totales (A-3 +A-5) con SIT adquiridos por Sence y OTIC**

	Cupos A-3 + A-5 con SIT	
	Sence	OTIC
2018	2.119	1.047
2019	5.232	548
2020	3.200	20
2021	2.075	63
<b>Total</b>	<b>12.626</b>	<b>1.678</b>

Fuente: Elaboración propia utilizando información acompañada a folio 182

27. Como se puede observar, la demanda de Sence durante el periodo comprendido entre los años 2018 y 2021 representa más de siete veces la demanda que proviene de las OTIC.

28. Por otra parte, según da cuenta la información acompañada por Sence a folio 182, dicho organismo destina recursos por la dictación de cursos A-3 o A-5 con SIT a través de diversos medios. En efecto, algunas ECP habrían recibido recursos, por ejemplo, mediante el “Programa Fórmate para el Trabajo, Línea Registro Especial”, el “Programa Becas Fondo de Cesantía Solidario (BFCS)”, y “Becas Laborales Capacitación para el trabajo OTIC”, entre otros. Aun así, como se verá a continuación, el “Programa Fórmate para el Trabajo, Línea Sectorial Transporte” al cual pertenecen las Bases, corresponde al principal mecanismo de adquisición de Sence.

29. Del mismo modo, en base a la información mencionada en el considerando anterior, se puede elaborar la Tabla N°2, la cual permite observar la magnitud de la adquisición de Sence de estos cursos a través de las Bases objeto de la consulta en relación con el total adquirido por este organismo público. De esta manera, según se muestra en la Tabla, el Sence, ha adquirido en el período comprendido entre los años 2018 y 2021, más del 70% de los cursos mediante “Programa Fórmate para el Trabajo, Línea Sectorial Transporte”. Así, se concluye que Sence, no sólo es el principal demandante en el mercado relevante de análisis, sino que también dicha posición la ha adquirido a través del programa en que se enmarcan las Bases Consultadas.

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

**Tabla N°2: Volumen adquirido por Sence a través de las Bases**

	Cupos A-3 + A-5 con SIT		%Programa Bases
	Programa Bases	Otros Programas	
2018	729	1.390	34%
2019	3.785	1.447	72%
2020	2.720	480	85%
2021	1.900	175	92%
<b>Total</b>	<b>9.134</b>	<b>3.492</b>	<b>72%</b>

Fuente: Elaboración propia utilizando información acompañada a folio 182

30. Por otra parte, no se registra en autos la existencia de un uso alternativo que puedan tener los SIT. En otras palabras, no existen antecedentes que sugieran que tienen un uso alternativo, por cuanto corresponden a herramientas tecnológicas diseñadas especialmente para el aprendizaje de conducción de buses y camiones.

31. De todo lo expuesto precedentemente, no cabe sino concluir que el Sence tiene poder de compra en el mercado en el que incide la licitación, en atención a (i) la elevada concentración de la demanda de estos cursos y la participación de Sence en dicha demanda; (ii) dicha posición la ha adquirido a través de las Bases Consultadas; y (iii) la imposibilidad de que las ECP puedan hacer un uso alternativo de los SIT.

**D. Exigencias de las Bases Consultadas que pueden alterar el proceso competitivo y sus justificaciones.**

32. Como se señaló en el párrafo séptimo, cuando un órgano público que convoca a una licitación para la compra de bienes o la contratación de servicios tiene poder de compra, existen riesgos para la libre competencia por cuanto puede abusar de dicho poder o establecer exigencias en las respectivas bases que alteren o tiendan a alterar el proceso competitivo del mercado en el cual se enmarca la licitación. Esta última aprensión es la que motivó la presente consulta. En lo que sigue se analizará dicho riesgo de acuerdo con los cuestionamientos formulados por la Consultante y otros aportantes de antecedentes, como la FNE. Para ello, en forma previa, se hará una breve caracterización de la oferta.

33. Conforme se indicó en el párrafo octavo anterior, solo pueden participar en la licitación los OTEC que se encuentren inscritos en un Registro Nacional, regulado en el artículo 19 de la ley N° 19.518 y que se constituyan como una ECP. Al respecto, es importante tener presente que la Subsecretaría de Transportes mantiene un listado actualizado de las ECP aprobadas para realizar estos cursos con SIT. Sin perjuicio de ello, aquellas ECP que no estén autorizadas pueden aun así estar en los registros del MTT y encontrarse en un estado de evaluación o bien

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

suspendidas/revocadas. Sin embargo, como se verá *infra*, dado que existen fuertes incentivos por parte de las ECP para obtener la autorización del MTT, según es posible inferir de la información contenida en el sitio web de la Subsecretaría de Transportes, la nómina de ECP no autorizadas es muy acotada (<https://www.usuarios.subtrans.gob.cl/escuelas-de-conductores-profesionales.html>), y por lo tanto, el análisis de competencia que se realizará en la sección D no se ve alterado al excluirlas.

34. La siguiente tabla muestra las ECP autorizadas por el MTT y que han participado en las licitaciones del Sence desde el 2020 con ofertas admisibles y, por lo tanto, constituyen la mejor aproximación de la oferta vigente al momento de la licitación consultada:

**Tabla N° 3**

<b>Región</b>	<b>MR geográfico</b>	<b>Oferentes A3</b>	<b>Oferentes A5</b>
TARAPACÁ	Iquique	• Automóvil Club de Chile Ltda.	• Automóvil Club de Chile Ltda.
ANTOFAGASTA	Antofagasta	• Automóvil Club de Chile Ltda.	• Automóvil Club de Chile Ltda.
	Calama	• Automóvil Club de Chile Ltda.	• Automóvil Club de Chile Ltda.
ATACAMA	Copiapó		• Petrinovic- Crosan Capacitación SpA.
COQUIMBO	La Serena	• Automóvil Club de Chile Ltda.	• Automóvil Club de Chile Ltda.
	Ovalle	• Sociedad ECP Cordillera Ltda.	• Sociedad ECP Cordillera Ltda.
VALPARAÍSO	Valparaíso y Viña del Mar	• ECP SENCAP Ltda.	• ECP SENCAP Ltda.
		• Automóvil Club de Chile Ltda.	• Automóvil Club de Chile Ltda.
METROPOLITANA	Providencia, Estación Central, La Florida y Santiago	• Automóvil Club de Chile Ltda. • Sociedad ECP Cordillera Ltda. • Centro de Formación Profesional Ltda. • Corporación Nueva CIASPO • Instituto de Gestión del Transporte SpA-IGT SpA.	• Automóvil Club de Chile Ltda. • Instituto de Gestión del Transporte SpA-IGT SpA.
O'HIGGINS	Rancagua	• Automóvil Club de Chile Ltda.	• Automóvil Club de Chile Ltda.
		• Fénix Capacitaciones Ltda.	• Fénix Capacitaciones Ltda.
MAULE	Talca	• Automóvil Club de Chile Ltda.	• Automóvil Club de Chile Ltda.
BIO BIO	Concepción	• Automóvil Club de Chile Ltda. • Nogal SpA. • SERCAP Ltda.	• Automóvil Club de Chile Ltda. • Nogal SpA. • SERCAP Ltda.
ARAUCANÍA	Temuco	• Automóvil Club de Chile	• Automóvil Club de Chile
LOS RÍOS	Valdivia	• Todo Transporte Ltda. • Magma Tecnologías para el Desarrollo Ltda.	• Todo Transporte Ltda. • Magma Tecnologías para el Desarrollo Ltda.

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

LOS LAGOS	Puerto Montt	• Todo Transporte Ltda. • Automóvil Club de Chile Ltda.	• Todo Transporte Ltda. • Automóvil Club de Chile Ltda.
	Ancud	• ECP Nancy Velásquez Parra	• ECP Nancy Velásquez Parra
	Osorno	• Automóvil Club de Chile Ltda.	• Automóvil Club de Chile Ltda.
MAGALLANES	Punta Arenas	• Capacitaciones Avansur Ltda.	• Capacitaciones Avansur Ltda.

35. Si bien se observan 14 ECP autorizadas para dictar cursos A3 o A5 con SIT, en general éstas se caracterizan por tener presencia en una comuna o región, a excepción de la Consultante. Adicionalmente, se observa que el número de actores por mercado relevante geográfico es bastante acotado. En efecto, en 11 de los 17 mercados relevantes geográficos existe un único oferente autorizado para la dictación de los cursos A5 con SIT y, a excepción de la Región Metropolitana, donde existen cinco oferentes autorizados, en los mercados restantes solo existen dos o tres oferentes. De la misma forma, en 15 de ellos existe un único oferente de cursos A3.

36. Una vez caracterizada la oferta, se analizarán los riesgos levantados por la Consultante y la FNE en el diseño de las Bases:

(i) *En relación con el límite a la oferta establecido en la cláusula 3.1 de las Bases*

37. Tal como se indicó *supra*, la cláusula de las Bases cuestionada por la Consultante es aquella contenida en la cláusula 3.1. En esta cláusula, el Sence impone un máximo de 20% del total de cupos ofrecidos a nivel nacional a cada oferente en el concurso. Agrega, para efectos de entender la magnitud de esta restricción, que de los 1.520 cupos para la realización de cursos A-3, cada oferente solo podrá seleccionar 304 cupos; y para la realización de Cursos A-5, de un total de 760, cada oferente solo podrá seleccionar 152 cupos. De esta forma, la Consultante identifica tres riesgos a la libre competencia.

38. En primer lugar, señala que la cláusula 3.1 restringe de forma artificial y arbitraria la participación de oferentes en la licitación, ya que prohíbe a los mismos realizar ofertas por más de un 20% del total de cupos disponibles, excluyéndolos del resto de los cupos. Afirma que el Sence al ser consultado durante el proceso de licitación por la justificación de este límite, respondió que el objetivo era “evitar la concentración de un gran número de cupos en un solo oferente”, justificación que califica de insuficiente y contraria con el objetivo del Sence de promover la calidad y cobertura del servicio concursado.

39. En relación con la limitación de oferentes acusada por Automóvil Club, el

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

Sence afirma que las Bases no restringen la libertad de los interesados para presentar las ofertas que estimen pertinentes respecto de todos los cupos, comunas y planes formativos contemplados en las Bases, ya que el límite del 20% es una regla que aplica Sence recién al momento de la selección de ofertas, razón por la cual los oferentes deben señalar la prelación de su oferta por curso-región-comuna. Añade que dicho límite del 20% *“no es una limitación absoluta, por cuanto admite excepciones en el caso que exista un único proveedor autorizado para dictar el curso”* de tal forma que en aquellas *“regiones/comunas”* donde existe un oferente único, dichos oferentes *“no tienen límite de selección, y además los cupos que se adjudiquen en el marco de dichas excepciones no se consideran para los efectos del límite de 20% a nivel nacional”* (folio 67, p. 5). Por último, indica que la limitación de cupos a seleccionar por oferente es un mecanismo que ha sido utilizado en otros llamados a concurso público y que funciona como un incentivo para la entrada de nuevos oferentes en un mercado que califica de concentrado.

40. A su vez, Sence argumenta que uno de los objetivos buscados con esta cláusula es evitar que Sence dependa –para cumplir con su política pública– de una sola ECP. De esta forma, la limitación contenida en las Bases buscaría también asegurar que los oferentes adjudicados tengan la capacidad real para ejecutar los cursos contratados por el Servicio, teniendo a la vista los cursos adjudicados en años anteriores que se encuentran aún pendientes de ejecutar.

41. En el mismo sentido se pronunció el aportante Servicios de Capacitación Ltda. quien indicó que la mencionada cláusula 3.1. se limita a establecer normas de selección para el proceso de licitación, las que son iguales para todos los interesados. Agrega que con dicha norma se estaría fomentando la competencia, buscando la participación de nuevos actores en el mercado, lo que habría sido confirmado por los resultados de la licitación. Agrega que los efectos perniciosos se dieron en la licitación del año 2020, en la cual ACCH presentaba ofertas muy superiores en las comunas donde era el único proveedor en comparación con las comunas donde tenía alguna competencia.

42. La Fiscalía, por su parte, indica que la redacción de la cláusula 3.1. de las Bases no es clara acerca de cuándo se aplica el límite del 20%. Así, el tenor literal de la norma *daba a entender que el oferente solamente podía postular, por cada tipo de licencia, a un 20% de los cupos disponibles a nivel nacional*, lo que es contrario a lo señalado por el Sence en autos. Respecto de esta falta de claridad, la FNE afirma que la misma pudo haber desincentivado la participación de oferentes, impactando la intensidad competitiva de esta licitación en algunas comunas del país. En cuanto a las excepciones señaladas en las Bases para la

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

aplicación del límite del 20%, la FNE expone que las mismas no explicarían claramente la forma en la que éstas operarían, imposibilitándola de analizar sus eventuales efectos.

43. En cuanto a la justificación entregada por el Sence para la imposición de esta restricción, la FNE expone que el límite de 20% analizado no se encuentra justificado. En este sentido, indicó que no se encontraba respaldada la estimación hecha por el Sence de que Automóvil Club no iba a tener la capacidad para realizar de forma paralela los cursos pendientes y los que se podría adjudicar en la licitación 2021. En efecto indica que no se hizo un análisis cuantitativo de la capacidad existente en cada comuna en particular, *“lo que era necesario en consideración a que Automóvil Club es el único oferente en varias de las comunas concursadas, donde el establecimiento de un límite no conlleva necesariamente una mejora en los tiempos de ejecución de los cursos”*.

44. En adición a lo anterior, la FNE indica que la definición del límite del 20%, además de arbitraria, tiende a restringir aún más la competencia afirmando que es probable que dicho límite haya distorsionado el proceso competitivo. Para estos efectos, considerando el orden de adjudicación dado por la priorización señalada en las Bases (p.100), realiza un análisis de la competencia en aquellas comunas donde existen al menos dos escuelas autorizadas para funcionar, en las cuales una sea ACCH, concluyendo que dicha escuela podía gatillar la limitación del 20% una vez adjudicada la comuna de Santiago (cuyos cupos totales licitados fueron 580), para las licencias A-3, y una vez adjudicada la comuna de Concepción (cuyos cupos totales licitados fueron 200), para las licencias A-5. Lo anterior, por cuanto ambas comunas se encuentran en la primera y segunda posición de priorización de Sence para cursos A-3 y A-5 respectivamente y por lo tanto corresponden a las primeras comunas en ser adjudicadas. De esta manera, dada la restricción del 20%, ACCH podría haberse adjudicado sólo 300 cursos A-3 en la comuna de Santiago y 140 cursos A-5 en Concepción, aun cuando según estimaciones de la FNE, la Consultante tendría capacidad para cubrir un porcentaje mayor. Tal limitación, podría afectar la expectativa de los competidores de que ACCH llegaría al límite del 20% al momento de adjudicarse las comunas indicadas, incidiendo en la intensidad competitiva de las ofertas presentadas para las comunas que vienen después de Santiago (licencias A-3) y Concepción (licencias A-5), ya que los oferentes considerarían que ACCH ya no sería un competidor potencial, por cuanto habría alcanzado el límite del 20%, lo que pudo generar un efecto indeseado en los precios ofertados.

45. De esta forma, la FNE argumenta que el establecimiento de un límite del

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

20% no se encuentra debidamente justificado, pudiendo afectar la intensidad competitiva de la licitación, considerando que existían mecanismos alternativos menos restrictivos que permitían asegurar la prestación oportuna de los cursos, citando como ejemplo la aplicación de multas y garantías o designando un “segundo proveedor” en caso de que el primer adjudicatario no cumpla.

46. Como segundo riesgo, la Consultante afirma que con la limitación de cupos impuesta se disminuye la calidad y la cobertura de los servicios concursados, lo que sería contrario al objetivo de política pública perseguido por el Sence. Lo anterior, ya que la limitación de los cupos a los que se puede postular fuerza al Sence a contratar oferentes de calidad inferior, afectando con ello la cobertura de sus servicios. En relación con este riesgo, Sence afirma que las Bases regulan fuertemente los factores que inciden en la calidad del servicio ofertado además de fijar un valor hora mínimo y máximo para todas las ofertas.

47. La FNE expone que de la imposición de un límite de adjudicación no es posible colegir una disminución en la calidad del servicio que se prestará, considerando especialmente que las Bases asignan gran relevancia a los elementos de calidad y experiencia. En lo referente a la cobertura del servicio, la FNE expone que la falta de claridad en la aplicación de las excepciones al límite del 20% pudo limitar a un oferente a presentar ofertas en las comunas en las que tenga mayores costos de adjudicación.

48. Por último, la Consultante alega como tercer riesgo que la cláusula 3.1 facilitaría la colusión ya que *“genera el evidente riesgo de que los postulantes se asignen (al menos tácitamente) determinadas comunas del mercado licitado”*. Respecto de esta acusación, el Sence señala que no es posible vislumbrar cómo la inclusión de un límite en la selección de oferentes podría generar un incentivo de coordinación entre los mismos. Sustenta lo anterior señalando que las Bases no limitan la presentación de ofertas por participantes y que los oferentes solo pueden postular en aquellas comunas donde tienen autorización del MTT. La Fiscalía, por su parte, descartó que exista tal riesgo entre escuelas que coincidan en más de una comuna, ya que solo una de ellas podría adjudicarse más cupos por sobre el 20%. Sin perjuicio de ello, la FNE indica que, entre escuelas ubicadas en una misma comuna, el límite de asignación de cupos aumenta el riesgo de coordinación solo por la posibilidad de que concurren, en dichas comunas, un menor número de competidores, ya que los participantes del mercado podrían considerar que hay un actor menos con quien coordinar una eventual colusión.

49. Antes de analizar los riesgos señalados por los intervinientes en relación con la redacción de la cláusula 3.1 de las Bases, es necesario indicar, en primer lugar,

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

que el objetivo de dicha cláusula no era claro en la forma propuesta, al momento de la licitación. En efecto, la cláusula se encuentra en la sección de las Bases Consultadas denominada cupos a los que podrá postular el oferente y el texto señala que “*Se podrá seleccionar por oferente un máximo de cupos equivalente al 20% de los cupos nacionales, por tipo de licencia (...)*” por lo que es posible concluir que podía generar equívocos a los proponentes. El alcance de dicha cláusula fue aclarada por el Sence a petición de este Tribunal días después de que finalizó la etapa de presentación de ofertas de la licitación. En dicha oportunidad, el Sence expuso que, del tenor literal de la Resolución Exenta N° 92 de 2021, que aprobó las Bases, fluye que el límite de 20% de los cupos nacionales “*aplica únicamente para efectos de selección y no para postulación de los oferentes*” (p. 2, informe evacuado a folio 38 por Sence). Asimismo, en relación con las preferencias o prelación de las ofertas, el Sence aclaró en este mismo proceso que el límite de 20% de los cupos nacionales es una regla que aplicaría recién al momento de la selección de ofertas y “*de ahí que las bases contemplen la obligación de los oferentes en orden a indicar la prelación de su oferta por curso-región-comuna*” (p. 3).

50. Según se aprecia de los resultados de esta licitación (<https://sence.gob.cl/organismos/concursos-y-licitaciones/seleccion-1er-concurso-2021-programa-formate-para-el-trabajo-linea-sectorial-transportes>), la Consultante no presentó ofertas para cursos A-3 en las siguientes comunas: La Serena, Rancagua, Talca, Concepción, Temuco, Puerto Montt, y Osorno. Adicionalmente, tampoco presentó ofertas para cursos A-5 en las comunas de: La Serena, Talca, Concepción y Osorno, en circunstancias que tenía la capacidad para prestarlos. En esta línea, la FNE señala que “[e]sta falta de claridad habría llevado a Automóvil Club a seleccionar un 20% de los cupos a nivel nacional, privilegiando su participación en ciertas comunas, para dejar de postular en otras ...”. Este escenario es muy distinto al observado en la licitación del 2019 y 2022, donde la Consultante presentó ofertas admisibles para todas las comunas recién mencionadas. De ello se desprende entonces que la falta de claridad antes mencionada si pudo haber afectado la postulación de la Consultante en la licitación del año 2021.

51. Esta falta de claridad se extiende además a las supuestas excepciones que aplicarían a dicha regla de adjudicación. En efecto, las Bases disponen de dos situaciones en las que se podría modificar el máximo de cupos a adjudicar, a saber: (i) si no existen otros oferentes seleccionables que permitan cumplir con las necesidades en una “región/comuna” y; (ii) si se redistribuyen cupos en la medida

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

que no exista otro oferente seleccionable en la “región/comuna”. De esta manera, el escenario (ii) establece que cuando queden cupos desiertos o inadmisibles en algunas regiones/comunas, Sence puede redistribuirlos entre una o más regiones, “*respetando el límite del 20% de selección*”. Para ello, el Departamento de Capacitación a Personas deberá determinar a qué regiones se deberán asignar los cupos que serán posteriormente adjudicados según el criterio de evaluación (Bases, p.14).

52. De esta forma, tal falta de claridad tanto de la aplicación del límite del 20% antes mencionado así como de las excepciones que se describen en el párrafo anterior, pudo desincentivar la postulación de la Consultante o de algún otro interesado a la licitación, razón por la cual se ordenará a Sence, en la parte resolutive, que, en lo sucesivo, se establezcan con total claridad en las bases los requisitos y condiciones que deben cumplir los oferentes para participar en licitaciones de este tipo, con el objeto de evitar la exclusión de eventuales oferentes, impactando la intensidad competitiva. Lo anterior, es sin perjuicio de lo que se ordenará sobre el límite establecido en la ya citada cláusula 3.1 de las Bases Consultadas.

53. Aclarado que el límite impuesto en la cláusula 3.1 no tenía por objeto restringir la postulación, sino la adjudicación, es necesario revisar si la imposición de esa limitación fue arbitraria, generando riesgos a la competencia, o si, por el contrario, se encuentra justificada.

54. En relación con los riesgos derivados de la imposición del límite del 20%, el Sence señaló que dicho límite buscaba disminuir la concentración, incentivando la entrada de nuevos oferentes, y con ello evitar la dependencia en pocos proveedores, mitigando el riesgo que los cursos queden sin ejecutarse atendida la eventual falta de capacidad de los oferentes (folio 67, p.5).

55. En relación con la concentración, en principio, la limitación impuesta en las Bases Consultadas sería consistente con el diagnóstico sobre el funcionamiento del sector que hizo la Comisión de Productividad que indica: “*En el mercado de las OTEC efectivamente ocurren dos situaciones. La primera es que existe un alto nivel de concentración, donde 3 intermediarios concentran el 70% del mercado (...) sin que exista una especialización sectorial de acuerdo a los datos del Sence y del seguro de desempleo. Los altos niveles de concentración no encuentran un correlato en una posible alta calidad de empresas pertenecientes al sector al que se enfocan (...)*” (<https://www.comisiondeproductividad.cl/wp-content/uploads/2018/06/Nota-Tecnica-4.-Franquicia-Tributaria.pdf>).

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

56. De este modo, la intención del Sence era inducir la entrada de nuevas OTEC con el objetivo de diversificar sus fuentes de suministro de servicios, lo que parece consistente con el propósito de potenciar la efectividad de la capacitación futura. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, esta justificación no es suficiente para mitigar los riesgos asociados a la imposición de un límite en la participación de esa licitación, atendido que, conforme se analiza en los párrafos siguientes, dicha restricción genera riesgos a la libre competencia que afectan el proceso competitivo del mercado, tal como se verá más adelante.

57. En cuanto a la posibilidad que algún o algunos cursos queden sin ejecutarse, atendida la eventual falta de capacidad de los oferentes, el Sence afirmó que la Consultante no iba a tener la capacidad para ejecutar de forma paralela los cursos pendientes a la época de la licitación y los que se podría adjudicar en la licitación 2021. Sin embargo, esta explicación tampoco se encuentra respaldada con los antecedentes que obran en el proceso. A mayor abundamiento, no es creíble esta justificación entregada por Sence toda vez que las Bases establecen como criterio de adjudicación para oferentes como ACCH (oferentes con Experiencia en Sence según se analiza en el párrafo 73 siguiente) la evaluación del comportamiento del oferente en anteriores licitaciones del mencionado organismo público, lo que incluye la ejecución de los cursos adjudicados (párrafo 3.4.2 de las Bases), por lo que la aprensión del organismo público está cubierta. Lo anterior atendido que las Bases generan los incentivos para que los oferentes que han resultado adjudicatarios de licitaciones convocadas en el pasado, ejecuten los cursos ya comprometidos. Ello, en definitiva, contribuye a desvirtuar la aprensión de Sence y refuerza la idea de que el límite establecido en las Bases afecta la competencia *ex ante* que se busca en un proceso de licitación y desnaturaliza su objetivo de eficiencia.

58. En suma, la explicación entregada por Sence, quien tiene poder de compra en el mercado afectado, para justificar el límite establecido en la clausula 3.1 no es suficiente. De esta forma, en lo siguiente se analizará si la limitación del 20% para la adjudicación puede o no alterar el proceso competitivo.

59. En primer lugar, la imposición de un límite del 20% restringe la competencia de los oferentes de la licitación, al generar incentivos en los oferentes distintos a ACCH de ofertar precios mayores, dado la menor cantidad de oferentes potenciales o competidores, a los que hubiesen ofertado en caso de no existir dicha limitación. En este sentido, el Tribunal concuerda con el análisis efectuado al respecto por la FNE descrito en el párrafo 44 anterior.

60. En adición a lo anterior, si bien el diseño de las Bases hacen suponer que la

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

limitación del 20% impuesta en la cláusula 3.1 no generaría riesgos en la cobertura de los servicios entregados por Sence, por cuanto, según ha señalado el organismo público “*se admiten excepciones en aquellas comunas donde existe un único proveedor autorizado*”, según se verá a continuación, la excepción no estaría garantizada y por lo tanto, la restricción a la cantidad de cupos que pueden ser seleccionados para una determinada OTEC, limitaría la realización de los cursos.

61. En efecto, en una licitación, del 2022, que tenía el mismo objeto que las Bases Consultadas, Sence incluyó una restricción similar en sus bases, pero limitando la selección por oferente a un 30% de los cupos nacionales. Según se desprende de los resultados, en aquella oportunidad se declaró desierta la licitación para cursos A-5 en las comunas de Iquique y Osorno, localidades para las cuales Automóvil Club presentó ofertas admisibles, siendo además el único oferente autorizado en dichas localidades (<https://sence.gob.cl/organismos/concursos-y-licitaciones/resultados-1er-llamado-2022-formate-para-el-trabajo-linea-transportes>).

62. Por lo tanto, dado que el análisis realizado en el párrafo anterior es conservador en relación con aquel que podría hacerse de las Bases Consultadas porque en 2022 se incluyó un umbral más laxo de 30%, se concluye que la restricción al 20% impuesta en la cláusula 3.1 de las Bases Consultadas tendría efectos aún más nocivos para el mercado.

63. En suma, la restricción establecida en la cláusula 3.1 genera riesgos en el proceso competitivo del mercado afectado por la licitación que se analiza, y la explicación o aprensión entregada por Sence, quien tiene poder de compra en el mercado afectado, estaba cubierto por las Bases no siendo necesaria entonces para mitigar el riesgo identificado.

64. Por último, no es posible inferir, de los antecedentes de autos, que el límite del 20% facilita una posible coordinación de los agentes económicos interesados en la licitación. Sin perjuicio de ello, atendido que dicha restricción puede alterar el proceso competitivo conforme se analizó anteriormente, en lo resolutivo del fallo se ordenará a Sence que, en las sucesivas licitaciones, en caso de establecer una restricción como la analizada, la misma se encuentre debidamente justificada.

*(ii) Otros Riesgos levantados por la FNE*

65. Tal como se indicó *supra*, además de los riesgos levantados por la Consultante en relación con cláusula 3.1 de las Bases, la FNE cuestionó otros aspectos del diseño de las Bases. El primero de ellos dice relación con la regulación de la oferta económica en las Bases. De conformidad con lo indicado en el párrafo

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

12 anterior, esta oferta tiene una ponderación de un 5% y además las Bases exigen realizarla dentro de una banda de precios que va de \$4.500 a \$5.500 por hora. Al respecto, la FNE afirma que (i) la ponderación de la oferta económica es excesivamente baja, sacrificando los beneficios de la competencia en precio por la evaluación técnica de los servicios ofrecidos, lo que podría obtenerse a través de otros mecanismos menos lesivos; (ii) la imposición de un límite mínimo al precio inhibe la intensidad competitiva en precio en comunas con más de un eventual oferente; y (iii) en cuanto al precio máximo, la FNE recomienda que el monto estimado por cada licitante sea reservado y se publique solo al momento de abrir las ofertas económicas.

66. Respecto de estos riesgos, el Sence señaló en la audiencia pública de rigor que la baja ponderación de la oferta económica y la existencia de un precio mínimo de oferta responderían a los objetivos de su política pública, ya que no se trata de la adquisición de bienes y servicios para el Estado, sino que del financiamiento de una actividad cumpliendo una función legal de fomento. Añadió que la *“banda de precios es el monto que SENCE está dispuesto a financiar, considerando el valor normal por ejecutar estos servicios, el que se determina año a año en base a la información de ejecución y la que se obtiene de reuniones periódicas con los prestadores”*. Respecto de las alternativas planteadas por la FNE, argumentó que el establecimiento de mayores multas o garantías *“no es una alternativa viable para asegurar la calidad”*, aduciendo que han tenido casos de multas incobrables por cierre de OTEC, donde los beneficiarios de los cursos pierden la oportunidad de realizarlos.

67. La segunda observación de la FNE dice relación con la limitación geográfica realizada por el Sence en el diseño de las Bases. En específico, las Bases ofrecen una determinada cantidad de cupos a concursar por comuna, reduciendo, a juicio de la FNE, el ámbito geográfico de competencia entre escuelas. Debido a ello, la Fiscalía estima que los cupos asignados para las comunas de la Región Metropolitana y para las comunas de la Región de Valparaíso, se liciten en conjunto, aumentando con ello la intensidad competitiva.

68. En relación con esta observación, el Sence señaló en la audiencia pública que un aumento de la limitación geográfica no sería factible ya que *“la mayoría de las comunas en donde existen cursos autorizados por el MTT están en distintas ciudades”* y no sería factible que los estudiantes se trasladen de la ciudad donde residen a aquella donde se imparte el curso. Lo anterior salvo en Santiago. Sin perjuicio de ello, indicó que el Sence busca expandir la red de prestadores, por lo que es necesario mantener incentivos para que se abran OTEC en las distintas

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

comunas. Por último, agregó que es el MTT quien solicita la adjudicación por comunas.

69. A su vez, la Fiscalía expone un tercer aspecto: que las Bases contemplan como criterio de adjudicación, el compromiso de las escuelas oferentes de insertar laboralmente a los alumnos a quienes imparta el curso, el que no puede ser inferior a 10%. Este criterio tiene una ponderación de un 15%. Al respecto, la Fiscalía argumenta que, con ello, las Bases están licitando de forma conjunta dos servicios distintos: el servicio de capacitación para la obtención de una licencia de conducir profesional; y el servicio de apoyo para la obtención de un trabajo. A su juicio, esta dualidad podría erigirse como una barrera injustificada a la entrada para participar en la licitación, considerando especialmente que las OTEC son empresas de giro social único; que el cumplimiento de esta exigencia genera costos a los participantes; y que su incumplimiento trae aparejado multas elevadas y descuentos en los pagos realizados por el Sence.

70. En cuanto a este riesgo, el Sence señaló en la audiencia pública que la exigencia de colocación se encuentra alineada con los objetivos y fines del Servicio, los que *“deben primar por sobre la eliminación de supuestas barreras a la entrada”* (Minuta alegato Sence p. 14 agregada al expediente a folio 143).

71. Por último, la FNE afirma que los plazos establecidos en las Bases para el desarrollo de consultas y la presentación de ofertas serían insuficientes para que los interesados puedan formular ofertas serias, lo que podría generar una barrera de entrada para participar en la licitación.

72. En relación con este punto, Sence argumentó que *“los plazos contemplados responden a aspectos técnicos del sitio web del Servicio, ya que éste no puede tener más de dos licitaciones ingresadas al sistema al mismo tiempo. Lo anterior, sumado al alto número de concursos que efectúa SENCE anualmente, y que todos deben ser realizados entre octubre y marzo del año siguiente, no resulta conveniente -ni técnicamente posible- aumentar dichos plazos”*.

73. Para analizar los riesgos levantados por la FNE antes señalados, se analizará en primer lugar los criterios de evaluación y adjudicación establecidos en las Bases.

74. En primer lugar, las Bases distinguen entre los *“Oferentes con Experiencia en Sence”* –aquellos que *registren ejecución de cursos en programas SENCE y Becas Laborales, independiente de la región a la que postula en un período y de conformidad con criterios establecidos en las mismas Bases*– de los *“Oferentes Nuevos”* que son aquellos que no registran experiencia en Sence o bien *“registren*

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

*ejecución de cursos en un periodo anterior al periodo considerado para la evaluación de experiencia y comportamiento” (Bases, p.17)*

75. En cuanto a los criterios de adjudicación las Bases contemplan la evaluación de cinco ítems:

- (i) La “Evaluación Experiencia”, la que pondera en un 10% a “Ofertantes con Experiencia en Sence” y un 30% en “Ofertantes nuevos”;
- (ii) La “Evaluación Comportamiento”, la que pondera en un 30% para “Ofertantes con Experiencia en Sence”;
- (iii) La “Evaluación Técnica”, la que pondera en un 40% a “Ofertantes con Experiencia en Sence” y en un 50% en “Ofertantes nuevos”;
- (iv) La “Evaluación Compromiso y Resultados de Colocación”, la que pondera en un 15% final a ambos tipos de ofertantes, pero construye de manera distinta, ya que a los Ofertantes con Experiencia en Sence les evalúa el promedio de las cotizaciones previsionales de los participantes egresados en el período anterior; y
- (v) La “Evaluación Económica”, la que pondera en un 5% a ambos Ofertantes.

76. Una vez descritos los criterios de evaluación, se analizarán las restricciones a la competencia que se pueden derivar de la ponderación y de los subcomponentes de cada criterio de adjudicación.

77. En primer lugar, la “Evaluación de la Experiencia”, además de contener diferentes ponderaciones, dependiendo si el postulante tiene experiencia en Sence, es regulada de distinta forma en las bases. En efecto, para un ofertante con experiencia en Sence, su puntaje se determina en función del porcentaje de cursos A-3 o A-5 con SIT realizados a nivel regional y nacional, definido este último como el promedio a nivel regional de los últimos tres años. Cada uno de estos ítems es ponderado en un 50%. Sin embargo, para los ofertantes nuevos, esta evaluación corresponde al puntaje obtenido por una presentación que pondera dos ítems, a saber: (i) “Contenido e historia en sector transportes” y (ii) “Profesionales Asociados al Curso”. Dentro de dichos ámbitos de evaluación se considera, entre otras, las “Motivaciones” y “Proyección” (Anexo N°2 Bases, p.103 a 107). De esta manera, para los ofertantes con experiencia Sence, la evaluación se realiza en términos de variables cuantitativas, mientras que, para los ofertantes nuevos, corresponde a una evaluación de aspectos cualitativos.

78. Por lo tanto, según se infiere del párrafo 74, no sólo existen asimetrías con

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

respecto a la importancia relativa en el puntaje final para ambos tipos de postulantes (10% y 30%), sino que, además, constituyen criterios de evaluación totalmente diferentes. Lo anterior, podría desincentivar la participación de los oferentes con experiencia Sence o aumentar la discrecionalidad de Sence y, por tanto, la incertidumbre para nuevos oferentes interesados.

79. En segundo lugar, la “Evaluación de Comportamiento” sólo aplica a oferentes con experiencia Sence, pero clasifica a éstos entre aquellos que tienen o no experiencia en la región donde se dictarán los cursos. De esta manera, se pondera la existencia de multas aplicadas por el organismo público durante los últimos cuatro años, el nivel de deserción injustificado de participantes en cursos Sence y el desempeño del oferente en la región. Este último ítem se evalúa en función de los siguientes indicadores: (i) firma de convenios de los cursos seleccionados; (ii) inicio de los cursos seleccionados; (iii) ejecución de fases de cursos seleccionados y; (iv) resoluciones de cobro garantías. Como se aprecia, la Evaluación de Comportamiento contiene una variable de evaluación -nivel de deserción injustificado de participantes en cursos Sence a nivel regional o nacional- que puede ser considerada como exógena a las decisiones del oferente. En otras palabras, esta variable se encuentra fuera del alcance de sus decisiones como proveedor de los cursos licitados. Según se señala en las Bases, “[e]l nivel de deserción se calculará considerando el número de participantes desertores injustificados en relación al número de inscritos en los cursos. Se considerarán como desertores injustificados aquellos que registren al menos un día de asistencia en los cursos para la obtención de Licencias de Conducir A-3 y A-5 con un SIT, en los Programas Sence y en el Programa Becas Laborales. Por el contrario, no se considerarán en este cálculo a los participantes registrados como reemplazantes ni a los que hubieren concluido en curso como desertores justificados o que hubieren sido expulsados” (Bases, p. 22).

80. De esta manera, se crea una ventaja artificial para aquellos oferentes sin registro o bajo registro de participantes desertores de manera injustificada, desincentivando la participación de aquellos con un mayor registro.

81. En cuanto a la “Evaluación Técnica”, de conformidad con lo señalado en el párrafo 3.4.3 de las Bases, ésta se compone de una evaluación de la metodología que usará el oferente para impartir el curso licitado, tanto en modalidad presencial como mixta, y de la evaluación de reconocimiento del curso con una Institución de Educación Superior o IES (10%). En concreto, se busca “que los ejecutores puedan ofrecer condiciones concretas para la trayectoria formativa laboral de una persona y, por consiguiente, mejorar la calidad de la oferta programática y reconocer

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

*formalmente el desarrollo de competencias y experiencias adquiridas a lo largo de la vida de nuestros usuarios*" (Bases, p.32) mediante la convalidación del curso impartido con un programa formativo impartido por una IES.

82. Como se desprende del párrafo 74, la Evaluación Técnica se pondera de forma diferenciada para oferentes con y sin experiencia, ponderando un 10% adicional sobre la oferta final para oferentes sin experiencia. De esta manera, dos oferentes con el mismo puntaje o calificación en la evaluación técnica verán un impacto distinto en su oferta final. Por ejemplo, si la nota es de un 6.4 (nota promedio), uno verá incrementado su postura en 3.2 puntos y el otro en 2.6 por la oferta del "mismo producto". Lo anterior, genera una ventaja injustificada para los oferentes sin experiencia, lo que podría desincentivar la participación de oferentes con experiencia.

83. En lo que respecta a la "Evaluación Compromiso y Resultados de Colocación", efectivamente, tal como señala la FNE, este criterio constituye la prestación de un servicio distinto al que se licita, lo que puede constituirse en una barrera injustificada a la entrada para participar en la licitación. En efecto, conforme se indica en las mismas Bases y en el aporte de antecedentes de Sence, las Bases Consultadas se enmarcan dentro de los planes de capacitación que ofrece dicho servicio, y no dentro de los planes de empleabilidad. Adicionalmente, la ley N° 19.518 que fija el Estatuto de Capacitación y Empleo establece que los organismos que requieran inscribirse en el Registro Nacional de OTEC, deben contar con personalidad jurídica y "*tener como único objeto social la prestación de servicios de capacitación*" (artículo 21 N°1). Por consiguiente, la inserción laboral de quienes participan como usuarios de los cursos del Sence es una política que debe ser desarrollada por dicho organismo sin afectar con ello el proceso competitivo de la licitación que se analiza en autos.

84. A mayor abundamiento, se registra una nueva fuente de asimetría en la ponderación para oferentes con y sin experiencia en Sence. En particular, los oferentes nuevos son evaluados en este ítem únicamente en función de su Compromiso Colocación, mientras que para aquellos que registran experiencia en Sence, se evalúa además el promedio de las cotizaciones previsionales de los tres meses posterior a la finalización de los cursos de participantes egresados de los tres últimos años. De esta manera, cualquier oferente con experiencia Sence que no tenga las cotizaciones previsionales por sobre el promedio de los ejecutores, obtendrá un puntaje menor que un oferente sin experiencia que haya ofertado el mismo porcentaje de colocación. Lo anterior, genera un desincentivo a participar de los oferentes con experiencia y una ventaja artificial para oferentes nuevos.

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

85. Por último, en cuanto a la Evaluación Económica, no existen antecedentes en autos que justifiquen su baja ponderación, toda vez que esta debería ser la principal variable de adjudicación, según se ha expuesto en reiteradas decisiones de este Tribunal (V.gr. Resoluciones N°63, 66 y 67), por cuanto se fomenta la intensidad competitiva entre quienes participan en la licitación.

86. A propósito de la oferta económica, la banda de precios propuesta en las Bases tampoco se encuentra justificada. Así, en cuanto a la fijación de un precio mínimo, este solo cobra sentido en ciertas licitaciones que requieren elevados montos de inversión, como por ejemplo una licitación de un frente de atraque portuario, y existe el riesgo de que durante la concesión el concesionario no realice, total o parcialmente, las obras requeridas. Es lo que se denomina en la literatura económica como la maldición del ganador (Thales R., "*Anomalies The Winner's Course*", Journal of Economic Perspectives, Vol.2 (1988), p.191-202), la que tiene lugar en escenarios de incertidumbre, donde al momento de realizar la oferta, el oferente desconoce con precisión el valor del bien licitado. De esta manera, podría ofertar un precio muy bajo en relación con los ingresos que le reportará el bien si se adjudicara la licitación, pudiendo no recuperar sus costos.

87. Sin embargo, la denominada maldición del ganador no se aplica al caso de autos y, por lo tanto, no tiene justificación el precio mínimo. En efecto, si bien los ingresos de las ECP que se adjudiquen los cursos no están garantizados, por cuanto dependerá del número de personas que postulen y se inscriban en el curso, no representa una fuente de incertidumbre suficiente para justificar la imposición de un precio mínimo.

88. La fijación de un precio máximo conocido que no es reservado para los participantes, en tanto, también puede producir efectos contrarios a la libre competencia, porque la conducta natural que tendrán los agentes económicos será la de presentar ofertas que se aproximen o igualen a dicho precio disminuyendo con ello la intensidad competitiva que debería darse en la licitación. En un caso extremo, en aquellas comunas donde solo existe un oferente autorizado, la publicación del precio máximo determina *ex ante* el precio al cual se adjudicará el curso. Por ello, en estos casos se recomienda a las autoridades públicas que licitan un bien o servicio que el precio máximo sea reservado, lo que en este caso se fijará como una condición (V.gr. Informe N°23).

89. En suma, los ítems analizados y su forma de ponderación pueden generar desincentivos para la participación de potenciales interesados en la licitación, producto de los espacios de discrecionalidad que se entregan al licitante, la incertidumbre y a las claras ventajas que se presentan para los nuevos oferentes

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

como consecuencia de las distintas ponderaciones que tienen los ítems en los que se evalúa la experiencia, comportamiento y la técnica. Asimismo, la baja ponderación del precio como factor de adjudicación reduce la intensidad competitiva de los postulantes, sin que exista justificación para establecer una banda de precios pública.

90. Por las razones expuestas, se recomendará que las licitaciones futuras se realicen en dos etapas. En una primera, el licitante podrá definir los criterios mínimos necesarios en términos de experiencia, comportamiento y evaluación técnica, ya sea para oferentes nuevos y aquellos con experiencia Sence. La segunda etapa corresponderá a aquella que considera como única variable de adjudicación la oferta económica, sin que se puedan establecer precios mínimos y en que los precios máximos deberán ser reservados hasta el momento de apertura de la oferta económica. En caso de que todas las ofertas superen el precio máximo reservado, el Sence podrá dar la posibilidad a los oferentes de mejorar su oferta por debajo del precio máximo con el objeto de no declarar desierto el concurso. En caso de que exista más de un oferente dispuesto a mejorar su oferta, el concurso se adjudicará a aquel oferente que ofrezca el menor precio.

91. Finalmente, en cuanto al último cuestionamiento de la FNE sobre la insuficiencia de los plazos para el desarrollo de consultas y la presentación de ofertas, tal como ha señalado este Tribunal en diversas oportunidades (V.gr. Resolución N°66 ), el establecimiento de los plazos para la presentación de ofertas desde que se hace el llamado a la licitación, incluido el período de preguntas, respuestas y aclaraciones, debe ser lo suficientemente holgado para que los potenciales interesados puedan preparar debidamente sus ofertas y, de esa manera, se puedan presentar el mayor número de oferentes.

**E. Conclusiones y condiciones**

92. Del análisis de las Bases Consultadas realizado en la parte considerativa de esta resolución es posible concluir que éstas pueden infringir las disposiciones del D.L. N° 211, en los términos previstos en su artículo 18 N° 2, por cuanto, contienen condiciones que conllevan riesgos anticompetitivos. En efecto:

- a) Sence cuenta con poder de compra en el mercado relevante definido en autos.
- b) Las Bases Consultadas contienen cláusulas que alteran el proceso competitivo que se busca con esta licitación, toda vez que:
  - b.1. No se estableció con claridad, al momento de la licitación, si la limitación del 20% como máximo de cupos que podía adjudicarse un

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

postulante era un requisito para postular o solo operaba al momento de la adjudicación.

b.2. Dicho límite estaba fijado de manera arbitraria y, por una parte, desincentiva la participación de oferentes y, por otra, genera incentivos para que los oferentes distintos de ACCH oferten precios mayores a los que hubiesen ofertado en caso de no existir dicha limitación.

b.3. La evaluación de los ítems experiencia, comportamiento y técnica, entregan un ámbito excesivo de discrecionalidad al licitante y claras ventajas a los nuevos oferentes.

b.4. La evaluación del compromiso y de los resultados de colocación, como factores de ponderación, pueden constituirse en una barrera injustificada a la entrada para participar en la licitación, además de que constituye un servicio distinto del que se está licitando.

b.5. La ponderación del factor precio, que debería ser la principal variable de adjudicación, es muy baja.

b.6. El establecimiento de precios mínimos no se encuentra justificado conforme se analizó en el párrafo 85.

b.7. El establecimiento de precios máximos públicos puede producir efectos contrarios a la libre competencia porque induce a presentar ofertas que se plegarán al precio máximo.

c) Las exigencias establecidas por Sence y que han sido observadas en esta resolución, no tienen una justificación objetiva ni razonable, toda vez que el objetivo de evitar la concentración y la dependencia de un oferente, así como la aprensión de dicho organismo de que los cursos queden sin ejecutarse atendida la eventual falta de capacidad de los oferentes, podían haberse solucionado con medios menos restrictivos para la libre competencia, como la imposición de multas y garantías, o designando un “segundo proveedor” en caso de que el primer adjudicatario no cumpliera.

**F.** Por lo anterior y con el objeto de que las bases de licitación de cursos con SIT para licencias A-3 y A-5, se ajusten a las disposiciones del D.L. N° 211, se deberán cumplir las siguientes condiciones:

- 1) Las bases deberán establecer con total precisión y claridad las exigencias que deberán cumplir los participantes de una licitación al momento de presentar sus ofertas.
- 2) La imposición de eventuales límites a la adjudicación de los cupos licitados

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

no deberá ser arbitraria y deberá estar justificada, de manera tal de no desincentivar la participación de oferentes y asegurar condiciones de mínima rivalidad entre los agentes que participen en la licitación.

- 3) La licitación deberá realizarse en dos etapas. En una primera, se deberán establecer los requisitos mínimos técnicos y de experiencia que deberán cumplir los interesados, de manera tal que todos aquellos que los cumplan puedan pasar a una segunda etapa en la que el único criterio de adjudicación deberá ser el menor precio ofertado.
- 4) No podrá establecerse como factor de evaluación técnica el compromiso y resultados de colocación.
- 5) No se podrá establecer un precio mínimo y en caso de que se establezca un precio máximo, este deberá ser reservado.

**III. PARTE RESOLUTIVA**

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1º, 18 y 31 del D.L. N° 211,

**SE RESUELVE:**

Declarar que el diseño de las bases administrativas y técnicas del concurso público para la ejecución del “Curso especial con simulador de inmersión total conducente a licencia de conductor profesional clase A-3 y A-5”, año 2021, aprobadas mediante la Resolución N° 92 del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, no se ajustan al D.L. N° 211 y, por consiguiente, en las futuras bases sobre esta materia deberán cumplirse las condiciones señaladas en el párrafo 92.

**Se previene** que la Ministra Sra. Domper si bien concurre a lo resuelto, estuvo porque Sence no imponga límites a los cupos adjudicados por un oferente en las futuras licitaciones por considerar que su determinación será siempre arbitraria y afectará de un modo u otro los incentivos a participar en las futuras licitaciones, pudiendo alterar con ello la libre competencia.

Acordado lo resuelto con el **voto en contra** de los Ministros Sres. Paredes y Barahona, quienes fueron de parecer de declarar que las Bases se ajustan al D.L. N° 211, en los términos previstos en su artículo 18 N° 2, en base a las consideraciones que siguen:

- i. Respecto del poder de mercado y específicamente al poder de compra del Sence, cabe señalar que este organismo tiene por objetivo promover

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

la capacitación y el empleo. Ello lo lleva naturalmente a diseñar cursos que son inexistentes o al menos, insuficientemente provistos por privados. Por su parte, el financiamiento público con que cuenta permite que los beneficiarios del programa que se analiza, especialmente cuando se trata de personas desempleadas e inactivas, no paguen por ellos. Ambos factores hacen esperable que cuando se define el mercado relevante en base a los cursos específicos que imparte el Sence, éste aparezca con una alta participación en la contratación de proveedores.

- ii. No obstante, su alta participación derivada de la definición de los cursos que diseña y que, como es natural, deben ser específicos para que tenga efectos en el empleo, se requiere que sea el Sence quien deba inducir la entrada y permanencia de proveedores, lo que hace esperable que su alta participación observada no tenga las consecuencias asociadas a un agente con poder monopsónico.
- iii. Sin perjuicio que las consideraciones previas matizan las aprensiones respecto del ejercicio de poder de compra por parte del Sence, cabe analizar el eventual riesgo que pudiera darse a partir de las Bases que se cuestionan, y que al menos en el corto plazo pudieran producirse por la posición que el Sence tendría sobre proveedores.
- iv. En relación con el planteamiento de la Consultante de que las Bases restringen artificial y arbitrariamente la participación de oferentes al concurso público, existe controversia si el máximo de 20% nacional se aplica a las postulaciones o al momento de adjudicar. Resulta inconcuso que si la decisión hubiera sido limitar la postulación ella habría restringido innecesariamente la oferta de ejecutores de los cursos.
- v. Sin embargo, el Sence aclaró en el informe que le fue solicitado por este Tribunal, que del tenor literal de la Resolución Exenta N° 92 de 2021, que aprobó las Bases, fluye que el límite de 20% de los cupos nacionales, a que se refiere la cláusula 3.1., *“aplica únicamente para efectos de selección y no para postulación de los oferentes”* (p. 2, informe evacuado a folio 38 por Sence). Agregó también que el límite de 20% de cupos nacionales es una regla que aplicará recién al momento de la selección de ofertas y *“de ahí que las bases contemplen la obligación de los oferentes en orden a indicar la prelación de su oferta por curso-región-comuna”* (p. 3).

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

- vi. Por otra parte, las Bases establecen que: *“En los casos que el oferente sea el único proveedor autorizado para dictar el curso en la región podrán alterarse los máximos nacionales indicado anteriormente”* (“Excepción”). Como se desprende de su redacción, ella necesariamente aplicaría para alguien que hubiera postulado por sobre el 20% de los cupos, pues solo así podría haber quedado con una asignación superior al 20%.
- vii. Como se desprende, la Excepción estaba incluida en las mismas Bases. Así, éstas estipularon que los postulantes deberían establecer prioridades, lo que solo tiene sentido frente a la posibilidad de que fuera aplicable la Excepción, es decir, para quien eventualmente pudiera exceder las adjudicaciones por sobre el 20%, puesto que, de no haber exceso, se asignarían los cupos en función del mejor postor y la jerarquización entre comunas sería un dato completamente irrelevante. Esto es, únicamente en el caso que un oferente postulara a más del 20% de los cupos, fuera el mejor postulante en un conjunto de comunas con competidores, y el único postulante en otras, la información sobre sus preferencias adquiere sentido.
- viii. Los hechos indican que al menos para la Consultante no pudo haber duda de su interpretación de las Bases. En efecto, las Bases señalan *“Se podrá seleccionar por oferente un máximo de cupos equivalente al 20% de los cupos nacionales, por tipo de licencia, es decir, podrá seleccionar un 20% nacional para cursos A-3 y un 20% para cursos A-5”*. Esto es, el límite aplicaba separadamente para los cursos A-3 y A-5. Sin embargo, ACCH se adjudicó 200 cupos de los cursos A-5, lo que representa un 26,3% de los cupos licitados, lo que demuestra que ACCH no se vio limitado a postular a más del 20% de los cursos licitados. Ello refleja que el máximo nacional contemplado en el artículo 3.1. de las Bases no determinó su decisión de postular y no la restringió en sus postulaciones en las licencias A-5 (Aporte de antecedentes Sence, folio 67, p. 11 y 12).
- ix. Establecido entonces que no era la postulación sino la adjudicación la que quedaba limitada por las Bases y que la eventual falta de claridad de las Bases al respecto no significó que ACCH restringiera sus postulaciones, es necesario responder si el límite a la asignación de cupos es necesariamente arbitraria y puede infringir la normativa de libre competencia, o puede tener un sentido consistente con el objetivo social que persigue el Sence.

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

- x. Respecto de la eventual arbitrariedad de poner límites a las postulaciones y, en particular, una que diga relación con el eventual poder de compra del Sence, esto es, una acción que permita reforzarlo, la literatura económica plantea que tal poder pudiera ser mayor cuando es ejercido sin un contrapeso por parte del oferente. Así, el efecto adverso de un agente con poder monopsónico de limitar las adjudicaciones provendría de debilitar a un oferente de que podría ejercer tener un poder de mercado que lo enfrentara (véase, por ejemplo, Campbell, T. “Bilateral Monopoly in Mergers”, *Antitrust Law Journal*, 521, 74, 2007). Sin perjuicio de la posibilidad teórica de este caso, en ninguna forma ACCH ha planteado tal avenida de argumentación; esto es, sugiriendo que el Sence, con la limitación de cupos a las que nos referimos, habría procurado reducir el poder de negociación de ACCH, ni tampoco constan en autos antecedentes que den sustento a la misma.
- xi. En contraposición a la argumentación previa, es necesario ponderar las argumentaciones de eficiencia. En esta dirección, el Sence argumenta que la limitación de cupos ha sido utilizada en otros llamados a concurso público. Si bien estas restricciones se impusieron por primera vez para este llamado realizado en conjunto con el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, ello lo justificó el Sence en darle viabilidad al cumplimiento de la impartición de los cursos y el cumplimiento de sus metas (Respuestas Sence en investigación FNE, relativas al nivel de ejecución de los cursos y causas de retraso, para los cursos años 2018, 2019 y 2020, folio 70).
- xii. Por otra parte, aunque la instauración de cupos en la asignación del servicio pudiera considerarse fuente de ineficiencia estática, puesto que un postulante con una oferta marginalmente mejor que queda excedido en cupos puede ser remplazado por otro que es comparativamente peor, que no está excedido, sería el efecto dinámico el que prevalecería. En este sentido, el Sence indica que las restricciones de cupo incentivarían la aparición de nuevos oferentes en un mercado que califica de concentrado. Esta explicación es consistente con el diagnóstico sobre el funcionamiento del sector que hizo en un análisis de alta difusión pública, la Comisión Nacional de Productividad que indica: *“En el mercado de las OTEC efectivamente ocurren dos situaciones. La primera es que existe un alto nivel de concentración, donde 3 intermediarios concentran el 70% del mercado (...) sin que exista una especialización sectorial de acuerdo*

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

*a los datos del Sence y del seguro de desempleo. Los altos niveles de concentración no encuentran un correlato en una posible alta calidad de empresas pertenecientes al sector al que se enfocan (...)*" (ver <https://www.comisiondeproductividad.cl/wp-content/uploads/2018/06/Nota-Tecnica-4.-Franquicia-Tributaria.pdf> ).

- xiii. Un segundo riesgo que refiere la Consultante es aquel relacionado con que la restricción de cupos generaría problemas en la eficiencia, calidad y cobertura del servicio a licitar, afectando los objetivos de política pública del Sence. Si bien una limitación arbitraria de posibles licitantes podría generar problemas de eficiencia y cobertura, no hay antecedentes en autos en el sentido que las Bases consultadas muestren que una restricción limitada a los cupos asignados efectivamente haya generado falta de cobertura. En efecto, no es efectivo que haya comunas que pudieran quedar sin ser servidas a partir de la literalidad de las Bases. Como se indicó previamente, en los casos que el oferente fuera el único proveedor autorizado para dictar el curso en la región, las Bases contemplan que podrán alterarse los máximos nacionales indicados, a través de la Excepción, para permitir que le sean adjudicados cursos, y evitar este efecto no deseado. Así, sin perjuicio que, en un concurso posterior a la Consulta, del año 2022, quedaron comunas sin ser servidas a pesar de que hubo postulantes, no se puede deducir de que haya sido la restricción a la postulación la que originara el problema señalado, que es más posiblemente asociado a una implementación errada del criterio de Excepción.
- xiv. La FNE también objeta otros elementos de las Bases, argumentos que fueron acogidos por la resolución de mayoría. Así, en cuanto a la evaluación de los ítems experiencia, comportamiento y técnica, se establece que ellas entregan un ámbito excesivo de discrecionalidad al licitante y claras ventajas a los nuevos oferentes. A este respecto, cabe remarcar que: i) el propósito de política pública que tiene el Sence y su condición técnica, hacen esperable que esa institución prevea de mejor manera las características de los proveedores que influirán de forma más efectiva en la capacitación que está llamada a entregar; ii) que un diagnóstico externo de gran difusión pública, como el realizado por la Comisión de Productividad y que se aludió en el párrafo 12, es que un problema del sistema de capacitación tiene que ver con la falta de diversidad de oferentes; y, por último, iii) que ninguna de las condiciones

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

cuestionadas permiten aprovechar ni potencian un eventual poder de mercado por parte del Sence, por lo que no constituyen esas condiciones elementos que puedan infringir el D.L. N° 211.

- xv. En relación con la ponderación del factor precio, que en la decisión de mayoría se califica que ella es muy baja, y que el establecimiento de precios mínimos y máximos públicos pueden producir efectos contrarios a la libre competencia, porque facilitan la coordinación, o inducen a presentar ofertas que se plegarán al precio máximo, un análisis similar al previo procede a su respecto. Adicionalmente, debe considerarse que es de público conocimiento que el Sence ha fijado históricamente precios hora para distintas modalidades y tipos de cursos, por lo que el establecimiento de condiciones en las Bases para que los precios resultantes de la licitación no se aparten drásticamente de ese listado, son consistentes con esa forma de actuar, que parece tener más que ver con aspectos presupuestarios y de orden (véase, por ejemplo, información Sence sobre valor hora 2019, <https://sence.gob.cl/organismos/noticias/valor-hora-sence-2019> ).
- xvi. Finalmente, la FNE cuestionó que la licitación mezclara lo que a su juicio son dos aspectos distintos, el curso y la reinserción. Al respecto, a juicio de estos disidentes, no es objetable este diseño, en consideración a que ello ha sido una práctica frecuente del Sence y que sigue algo que es reconocido en la literatura de capacitación y empleo para inducir la creación de cursos de capacitación que apunten efectivamente a la promoción del empleo. Así, el diseño de los programas de capacitación progresivamente ha venido considerando mecanismos para inducir a los organismos capacitadores a alinear sus incentivos con los del empleo y vincular la colocación con la adjudicación, siendo un camino reconocido para ofrecer cursos de mayor pertinencia (véase, Informe Final Evaluación de Programas Gubernamentales; Programa de Capacitación en Oficios, Sence, 2017, [https://www.dipres.gob.cl/597/articles-163125\\_informe\\_final.pdf](https://www.dipres.gob.cl/597/articles-163125_informe_final.pdf) ).
- xvii. Sin perjuicio que las Bases se ajustan el D.L. N° 211, resulta recomendable que, en el caso que el Sence persista impartiendo cursos con bases similares y particularmente busque diversificar la oferta de sus cursos a través de la imposición de limitación de cupos, establezca claramente que:
- a. Se trata de una restricción a las asignaciones, no a las postulaciones;

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

- b. Los licitantes deberán establecer prioridades solo en casos en que sus postulaciones excedan los cupos totales;
- c. En caso de que un licitante tenga mayor puntaje en varias comunas pero ello llevaría a exceder el límite de cupos, se respetará el orden de prelación que el licitante estableció hasta que complete el máximo de cupos; y,
- d. Si habiendo completado el máximo de cupos en el orden que el licitante señaló, quedaran comunas que no serían servidas por otro licitante, se le eximirá de la restricción de cupos.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Consultante y a los aportantes de antecedentes, salvo que estos autoricen notificación vía correo electrónico. Atendida la emergencia sanitaria y lo dispuesto en el artículo décimo séptimo transitorio de la Ley N° 21.394, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que la Consultante y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados. No obstante haber concurrido al acuerdo, no firman la Sra. Daniela Gorab Sabat por estar haciendo uso de su feriado legal y el Sr. Enrique Vergara Vial por no contar con medios electrónicos para ello. Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 488-21.

Pronunciada por los Ministros Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Presidenta(S), Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autorizada por el Secretario Abogado(S), Sr. Carla Harcha Bloomfield



\*AA71E1C6-E71B-4B3B-9646-E4B06A7AB1C9\*