

**En lo principal:** Recurso de reclamación; **En el otrosí:** Delega poder.

## HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Günther Guzmán Tacla**, abogado, en representación del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo ("SENCE"), en autos caratulados "*Consulta de Escuela de Conductores Automóvil Club de Chile sobre las bases de licitación del SENCE para la ejecución del Curso Especial con Simulador de Inmersión Total Conducente a Licencia de Conductor Profesional Clase A-3 y A-5*", iniciada por Automóvil Club de Chile ("ACCH"), causa no contenciosa seguida bajo el rol NC 488-2021, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("H. TDLC") respetuosamente digo:

1. Encontrándome dentro de plazo, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 31 inciso final en relación al artículo 27, ambos del Decreto Ley N° 211 de 1973 ("DL 211"), que fija normas para la defensa de la libre competencia, interpongo recurso de reclamación en contra de la Resolución N° 74/2022 de este H. Tribunal (la "Resolución Recurrída"), solicitando que sea enmendada en cuanto a eliminar las siguientes condiciones que fueron impuestas en el párrafo 92 letra F números 3, 4 y 5 de la Resolución Recurrída para los futuros concursos del Programa Fórmate para el Trabajo, Línea Sectorial Transportes:

*“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.”*

2. En cuanto a las condiciones referidas a la evaluación y al precio mínimo (números 3 y 5), estas deben ser eliminadas porque atentan directamente en contra del objetivo de política pública del SENCE referido a optimizar la calidad de los cursos y el cumplimiento de los ejecutores en la adjudicación; generará incentivos para que los ejecutores disminuyan la calidad en la ejecución; no consideran las particularidades de la formación laboral, al tratarla como una simple compra de servicios

exclusivamente regida por criterios económicos; y no se condice con las distintas realidades de los distintos mercados locales. A su vez, la condición referida al precio máximo de reserva (número 5) también debe ser eliminada ya que no tendrá ningún efecto económico, por lo que su aplicación solo generará una carga administrativa adicional. Por lo demás, ninguna de estas condiciones responde a una infracción al DL 211 que justifique la utilización de la potestad consultiva.

3. En cuanto a la condición referida a la inserción laboral (número 4), esta debe ser eliminada por cuanto limitaría irrazonablemente el cumplimiento de los objetivos legales del SENCE, en base a un análisis equivocado sobre sus efectos.
4. A su vez, solicitamos que se tengan presente ciertas consideraciones respecto a las condiciones impuestas para los futuros concursos del Programa Fórmate para el Trabajo, Línea Sectorial Transportes establecidos en el párrafo 92 letra F números 1 y 2 de la Resolución Recurrída, que disponen:

*“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 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.”*

5. Si bien esta parte está de acuerdo con dichas condiciones, solicitamos tener presente que la Resolución Recurrída se equivoca al calificar de arbitraria la imposición del límite de adjudicación, en el punto b.2 del párrafo 92 aludido<sup>1</sup>, principalmente porque: **(i)** no es efectivo que las bases cubran el riesgo de no ejecución de cursos acumulados; **(ii)** tampoco es efectivo que el límite de adjudicación genere incentivos a subir los precios, ya que tiene reglas de priorización que mitigan efectivamente dichos efectos; y **(iii)** tampoco es cierto que la regla afecte la cobertura, de hecho, el único ejemplo que utilizó este H. Tribunal, referido al concurso de 2022, tuvo un resultado distinto al expuesto en la Resolución Recurrída – ACCH no quedó fuera de ninguna comuna por aplicación del límite de adjudicación.

---

<sup>1</sup> Que señala: “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.”

6. Todo lo anterior, conforme a las consideraciones de hecho y de derecho que se expresan a continuación.

**I. Consideraciones previas respecto al SENCE, sus concursos y la Consulta de autos.**

**a) El SENCE y su rol social de fomento de la capacitación.**

7. El SENCE es un órgano público funcionalmente descentralizado, bajo la supervigilancia del Ministerio del Trabajo, que cumple una función social y de fomento consistente en aplicar las acciones que contempla el “Sistema Nacional de Capacitación de Empleo”<sup>2</sup>, que *“tiene por objeto promover el desarrollo de las competencias laborales de los trabajadores, a fin de contribuir a un adecuado nivel de empleo, mejorar la productividad de los trabajadores y las empresas, así como la calidad de los procesos y productos*<sup>3-4</sup> (énfasis agregado).

8. Una de las herramientas establecidas en la Ley No. 19.518 para la consecución de dichos fines, es el financiamiento de acciones de capacitación por medio del Fondo Nacional de Capacitación (“FONCAP”)<sup>5</sup>. El financiamiento de estas capacitaciones busca facilitar y desarrollar aptitudes y habilidades de los trabajadores del país, permitiéndoles alcanzar mejores oportunidades y condiciones de vida, y aumentar la productividad nacional.<sup>6</sup> Consecuentemente, la Ley No. 19.518 exige que estas acciones de capacitación se encuentren dirigidas, preferentemente, a personas de escasos recursos<sup>7-8</sup>.

---

<sup>2</sup> Artículo 8° de la Ley No. 19.518, que fija Nuevo Estatuto de Capacitación y Empleo: “Corresponderá al Servicio Nacional la aplicación de las acciones que se contemplan en el Sistema de Capacitación y Empleo, y que regula la presente ley, bajo la supervigilancia del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, a cuya aprobación deberá someter los programas correspondientes.”

<sup>3</sup> Artículo 1° de la Ley No. 19.518.

<sup>4</sup> Para estos efectos, el SENCE implementa las políticas de capacitación de fomento del empleo, las que, según prescribe el artículo 4° de la Ley No. 19.518, “deberán formularse y llevarse a cabo de acuerdo con las necesidades de modernización productiva de la economía del país, sobre la base de los requerimientos y posibilidades del mercado de trabajo y de las necesidades de los trabajadores.”

<sup>5</sup> El artículo 49 de la Ley No. 19.518, señala que “podrán ser beneficiarias de la modalidad de financiamiento (...)”, demostrando que más que la contratación de un servicio, se trata del financiamiento de una actividad.

<sup>6</sup> Artículo 10 de la Ley No. 19.518: “Se entenderá por capacitación el proceso destinado a promover, facilitar, fomentar, y desarrollar las aptitudes, habilidades o grados de conocimientos de los trabajadores, con el fin de permitirles mejores oportunidades y condiciones de vida y de trabajo y de incrementar la productividad nacional, procurando la necesaria adaptación de los trabajadores a los procesos tecnológicos y a las modificaciones estructurales de la economía.” (énfasis agregado).

<sup>7</sup> Artículo 45: “El Servicio Nacional velará por que los programas que financie el Fondo Nacional de Capacitación se orienten, preferentemente, a beneficiarios de escasos recursos.”

<sup>8</sup> El SENCE cumple un rol vital en mejorar los índices de desempleo. Por ejemplo, según cifras internas del Servicio, que se obtienen de la información de la evaluación de sus programas, la

9. Las acciones de capacitación financiadas por el FONCAP son ejecutadas principalmente por organismos inscritos en el Registro Nacional de Organismos Técnicos de Capacitación<sup>9</sup>, denominados Organismos Técnicos de Capacitación (“OTEC”).
10. Año a año, el SENCE dispone de un presupuesto definido por la Ley de Presupuestos para financiar acciones de capacitación. En base a esto, define una cierta cantidad de cupos de capacitaciones, dentro de un abanico de diversos programas y líneas, de acuerdo a las necesidades de empleo en las distintas regiones del país.
11. Dado que existen distintos ejecutores que podrían recibir financiamiento para prestar estos cursos, año a año el SENCE lleva a cabo una serie de concursos públicos, los que están diseñados para determinar qué ejecutores ofrecen una mayor calidad en sus cursos de capacitación y tienen mayor índice de cumplimiento con ciertas obligaciones que están correlacionadas con las funciones del SENCE (ej. iniciar los cursos a tiempo; ejecutarlos correctamente; no incurrir en infracciones respecto a elementos esenciales de la capacitación; porcentajes de colocación de alumnos en empleos formales, etc.). Los oferentes con mejores puntajes en las distintas regiones o comunas concursadas son seleccionados para ejecutar los cursos. En dicha ejecución, deberán cumplir con una serie de condiciones impuestas por el SENCE mediante los instrumentos que rigen los concursos.

**b) El concurso objeto de la Consulta: Programa Fórmate para el Trabajo, Línea Sectorial Transportes.**

12. Uno de los múltiples programas de capacitación financiados por el SENCE es el Programa de Capacitación en Oficios, también denominado, “Fórmate para el Trabajo”, que tiene por finalidad el desarrollo de actividades de formación de oficios para el empleo<sup>10</sup>. Dentro de este, se encuentra la línea de ejecución “Sectorial

---

proporción de cotizantes de los egresados de los programas 2019 aumentó en 21 puntos porcentuales, pasando de un 17% que cotizan el mes previo a la capacitación a un 38% al sexto mes de egreso. Además, la renta promedio de los egresados aprobados aumenta en promedio un 59% al comparar el mes previo de la capacitación con el sexto mes desde el egreso.

<sup>9</sup> Artículo 19 Ley No. 19.518.

<sup>10</sup> Esta materia se encuentra regulada principalmente en el Decreto N° 42, de 2011, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que establece los componentes, líneas de acción y procedimientos, modalidades y mecanismos de control del programa de capacitación en oficios.

Transportes”<sup>11</sup>, objeto de la presente Consulta, en la que se capacita a estudiantes para obtener licencias de conducir profesionales para manejo de buses (clase A-3) y camiones (clase A-5).

13. La Línea Sectorial Transportes busca formar a conductores profesionales con la finalidad de responder al déficit existente a nivel país, cumpliendo de esta manera con requerimientos formulados por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”) y las Direcciones Regionales del SENCE<sup>12</sup>.
14. Estos cursos tienen la particularidad de que solo pueden ser impartidos por Escuelas de Conductores Profesionales, inscritas como OTEC, y reconocidas y certificadas oficialmente por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”) <sup>13</sup>, y que además cuentan con la autorización para impartir el Curso Especial con uso de Simulador de Inmersión Total (“SIT”) <sup>14</sup>. Esto implica que se trata de un mercado pequeño y transparente: hay 17 eventuales escuelas oferentes, y ninguna comuna cuenta con más de 3 escuelas. Dado que estos registros son públicos, las escuelas pueden prever quienes serán sus competidores en cada región/comuna concursada.

### **c) La Consulta de Automóvil Club de Chile.**

15. La Consulta de autos versa sobre el concurso del año 2021 del Programa Capacitación en Oficios, Línea Sectorial Transportes, que fue regido por las Bases aprobadas por Resolución Exenta N°92, de 14 de enero 2021, modificada por Resolución Exenta N°251, del 01 de febrero de 2021 (las “Bases”).
16. En el año 2020, con motivo de una serie de problemas detectados en distintos programas del SENCE (como por ejemplo, la existencia de altas concentraciones en el mercado, lo que contradecía el objetivo del SENCE de tener una red

---

<sup>11</sup> Los antecedentes del concurso “Programa Fórmate para el Trabajo, Línea Sectorial Transportes” se encuentran disponibles en el sitio web del SENCE, en el siguiente enlace: <https://sence.gob.cl/organismos/concursos-y-licitaciones/seleccion-1er-concurso-2021-programa-formate-para-el-trabajo-linea-sectorial-transportes>.

<sup>12</sup> Incluye la ejecución de los cursos especiales conducentes a la obtención de la licencia de conductor profesional Clase A-3 y la licencia de conductor profesional clase A-5, de 200 y 225 horas de duración respectivamente, además de horas prácticas individuales de conducción en vehículo (12 horas) y en Simulador de Inmersión Total (5 horas).

<sup>13</sup> En conformidad a lo dispuesto en el procedimiento regulado en el Decreto Supremo N° 126, de 2012, y en la resolución exenta N° 2.200, de 2012, ambos del indicado Ministerio.

<sup>14</sup> Y deben cumplir con las condiciones establecidas en las condiciones que se encuentran establecidas en el decreto N° 122, de 2012, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

desconcentrada de prestadores; y una gran cantidad de cursos cuya ejecución se encontraba con retraso producto de la pandemia, lo que hacía peligrar la capacidad de ejecutar las nuevas adjudicaciones, entre otros), el SENCE implementó en las bases de diversos programas para cursos del 2021 un límite o *cap* de adjudicaciones para los distintos participantes, bajo el cual cada participante podía seleccionar máximo un 20% de los cupos concursados.

17. Dado que la regla impuesta limitaba la posibilidad de ACCH de resultar seleccionado con un número mayor de cupos (antes de la imposición de este límite, en el 2020 ACCH seleccionó el 75% de los cursos, y el 2019 un 48%), la empresa recurrió a este H. Tribunal solicitando que se pronuncie acerca de si las Bases del concurso 2021 podrían infringir las normas que protegen la libre competencia. Solicitaba, en específico, que se modifique el numeral 3.1. de las señaladas Bases, eliminándose el límite máximo de selección establecido para los oferentes, o en subsidio, que el porcentaje máximo de cupos por oferente se aumente a 50%, o aquel que este H. Tribunal dispusiera.
18. Reclamaba que el 20% restringiría la competencia, ya que disminuiría sustancialmente la calidad y cobertura de los servicios concursados, al restringir de forma artificial y arbitraria la participación de oferentes. También señalaba que facilitaría la coordinación de los eventuales oferentes.
19. Participaron en esta consulta ACCH, el SENCE, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), el Servicio de Capacitación Limitada (“Sercap”) y la Confederación Nacional de Transportes de Carga de Chile (“CNTC”).
20. Luego de oídas a las partes, este H. Tribunal resolvió en votación dividida (tres a favor y dos en contra) declarar que las Bases no se ajustaron al D.L. N° 211, y ordenó al SENCE la adopción de las siguientes condiciones aplicables para las futuras bases de concursos SIT para licencias A-3 y A-5 (establecidas en el párrafo 92 letra F de la Resolución Recurrída):
  - 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 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.*

21. En el voto de minoría, los Ministros Sres. Paredes y Barahona fueron del parecer de declarar que las Bases se ajustan al D.L. No. 211, en los términos previstos en su artículo 18 No. 2, en base a una serie de consideraciones.

22. Para efectos de esta impugnación, dividiremos lo resuelto por el H. TDLC en tres materias: **(i)** estructura de la evaluación y bandas de precio, establecidas en las condiciones números 3 y 5, que impugnamos, solicitando que sean eliminadas; **(ii)** la restricción de inserción laboral como criterio de evaluación, establecida en la condición número 4, que impugnamos, solicitando que sea eliminada; y **(iii)** las condiciones respecto a la imposición de límites de selección/adjudicación, establecidas en los números 1 y 2, sobre las que solicitamos se tengan presente una serie de consideraciones respecto a argumentaciones equivocadas de la Resolución Recurrida, para el caso de que sean impugnadas.

## **II. Impugnación de las condiciones referidas a la estructura de evaluación y bandas de precio.**

### **a) Contexto de la discusión sobre la evaluación del precio en la Consulta.**

23. En su Consulta ACCH solicitó exclusivamente a este H. Tribunal eliminar el límite de 20% de selección, establecido en la cláusula 3.1 de las Bases. Por ende, dado que el objeto de la consulta se concentraba en este punto, el debate frente a este H. Tribunal se centró principalmente en este respecto.

24. Por el contrario, ni la fórmula de evaluación ni los requerimientos en cuanto al precio fueron elementos latamente debatidos, ni respecto a los cuales los aportantes presentaran evidencia relevante.

25. La única parte que realizó una argumentación respecto a la fórmula de evaluación y los precios fue la FNE, la que en los párrafos 89 y siguientes de su informe<sup>15</sup> señaló que *“llama la atención que la oferta económica tenga una ponderación de un 5%, lo que es considerablemente inferior a los demás criterios de adjudicación”* y que, a su juicio, *“el principal criterio de asignación en una licitación debiese ser el precio ofrecido”*.

26. La FNE argumentó, por una parte, que no era necesario darle tal relevancia a la valoración técnica, ya que gran parte de los elementos estaban fuertemente regulados<sup>16</sup>. Y aun cuando se quisiese privilegiar estos objetivos, habrían fórmulas menos lesivas para la competencia que permitirían cumplir con estos, como el establecimiento de una licitación en dos etapas (una técnica y otra económica) y/o el establecimiento de requisitos técnicos como mínimos para la admisibilidad.

27. Haciendo eco de dichos argumentos, y sin mediar un análisis exhaustivo previo ni una discusión profunda sobre la materia, este H. Tribunal decidió modificar nada menos que la estructura de la evaluación de los oferentes, atentando directamente en contra de los objetivos de política pública del SENCE. Al efecto, ordenó que:

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.*

5) *No se podrá establecer un precio mínimo y en caso de que se establezca un precio máximo, este deberá ser reservado.*

28. Utilizó una argumentación exigua para sostener dicha conclusión, señalando que *“no existen antecedentes en autos que justifiquen su baja ponderación [del precio], 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)”* (párrafo 85). Es decir, sin justificarlo mayormente, se limitó a citar sentencias sobre otro tipo de concursos, y con esto concluyó que, aplicando el mismo criterio, la principal variable en todo concurso debería ser el precio.

---

<sup>15</sup> Acompañado a fojas 75.

<sup>16</sup> Párrafo 93 de su Informe.

29. Y, respecto al precio mínimo, señaló que este sólo se justificaría en licitaciones que requirieran elevados montos de inversión, en donde existe el riesgo conocido como el “mal del ganador”, bajo el cual el licitante podría no realizar, total o parcialmente, las obras requeridas<sup>17</sup>. Concluye que, *“sin embargo, la denominada maldición del ganador no se aplica al caso de autos y, por lo tanto, no tiene justificación el precio mínimo.”*

30. Tal como se expondrá, dichos argumentos no resultan procedentes. Las condiciones impuestas contravienen el marco de las consultas del DL 211, y afectan gravemente los objetivos de política pública del SENCE, según las consideraciones que pasamos a detallar.

**b) Las condiciones impuestas para la evaluación de la oferta económica y el precio mínimo (números 3 y 5) se contradicen con los objetivos de política pública del SENCE, y producirán importantes interrupciones en la evaluación.**

31. Como es descrito en la Resolución Recurrída, los concursos del SENCE se fundan en una serie de criterios de evaluación, incluyendo la experiencia de los oferentes, su propuesta metodológica, su propuesta de valor, su historial de cumplimiento, y su oferta económica. Con dicha fórmula de evaluación el SENCE busca escoger a los oferentes que presenten las mejores condiciones de calidad en la ejecución de las capacitaciones, para efectos de seleccionar y finalmente financiar dichos cursos.

32. En general, el SENCE aplica una baja ponderación al criterio de precio en sus distintos concursos, que en el caso específico de las Bases consultadas constituía un 5% del puntaje total (para oferentes con experiencia previa en estos cursos - como ACCH-, un 10% correspondía a experiencia; un 30% a comportamiento; un 40% a la evaluación técnica; y un 15% al compromiso y resultados de colocación), esencialmente porque la función del SENCE es buscar la mejor calidad posible dado un monto determinado de financiamiento.

33. Por ende, tal como se adelantó, la abrupta modificación de la fórmula de evaluación por la Resolución Recurrída, al instruir que la licitación se haga en dos fases, y sin

---

<sup>17</sup> Lo que ocurre en escenarios de incertidumbre donde el licitante no conoce con precisión el valor del bien licitado.

un precio mínimo, es altamente disruptiva para los objetivos legales y de política pública del SENCE, por cuanto:

34. En primer lugar, **la condición impuesta atentará directamente en contra del objetivo de optimizar la calidad de los cursos y el cumplimiento de los ejecutores.** Como se señaló, la misión del SENCE es financiar acciones de capacitación de la mayor calidad posible, que logren en definitiva la inserción laboral de sus destinatarios, aumentando su empleabilidad y la mejora en la productividad de las empresas. Justamente la baja ponderación de la oferta económica, sumado a la existencia de un precio mínimo de oferta, responde a dichos fines de política pública: el diseño de las Bases busca priorizar calidad de los cursos y cumplimiento de los ejecutores, más que el ahorro económico para el fisco. **No se trata de obtener las capacitaciones al menor costo posible, sino que por el contrario, se busca obtener la mejor calidad posible con un determinado monto de financiamiento dispuesto por la ley anual de presupuestos.**
35. Dicho objetivo de política pública se vería afectado enormemente por un diseño de licitación en dos etapas, ya que las reglas instruidas en la Resolución Recurrída impedirían generar incentivos a los oferentes para que ofrezcan *la mayor calidad posible* para adjudicar el concurso. En efecto, si se estableciera una primera etapa de admisibilidad con requisitos mínimos de calificación técnica, como instruye la Resolución Recurrída, en los hechos se estaría eliminando la *competencia por calidad*, ya que se estarían generando incentivos para que los oferentes busquen exclusivamente cumplir con los parámetros mínimos establecidos por el SENCE para aprobar la primera etapa, para luego en definitiva competir exclusivamente por el precio.
36. Debe considerarse S.S., que la forma en la que están diseñados los puntajes de los aspectos de experiencia, técnicos y de comportamiento previo, incentivan a los ejecutores a año a año ofertar cursos con la mejor calidad posible y a tener un mayor grado de cumplimiento con lo previamente ofrecido y con los requerimientos del SENCE, precisamente porque la competencia (puntajes de la licitación) se basa principalmente en dichos aspectos. Limitarlos a una fase de admisibilidad, eliminará dichos incentivos.
37. En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, **debe considerarse que una competencia exclusiva en precio generará incentivos para constreñir la**

**calidad.** El hecho de que la competencia se limite al precio (licitación en dos fases, más eliminación del precio mínimo), producirá una alta competencia a la baja, creando importantes incentivos para que los proveedores corten su presupuesto en aquellas áreas difíciles de medir para el SENCE (que no puedan ser evaluadas en las Bases), pero que tienen un impacto sobre la calidad de la formación entregada, como los sueldos del personal que se desempeñe en el programa, la calidad de la infraestructura disponible, la disposición de materiales, herramientas e insumos necesarios en la formación, y en general, elementos que afecten la correcta entrega de las diversas fases que componen un curso.

38. Los incentivos a reducir la calidad se produce especialmente porque dada la escasa demanda por estos cursos fuera del financiamiento del SENCE, aquellos oferentes que no resultan seleccionados tienen dificultades para ofrecer la totalidad de su parrilla a terceros. Ante esta amenaza, resulta altamente probable que, de primar el precio para la adjudicación, y no existir un precio mínimo, se genere una competencia agresiva en lo económico que en definitiva termine constriñendo la calidad.

39. Otro aspecto a considerar es que, a diferencia de lo que sostiene este H. Tribunal, en estos casos sí podría aplicar el *mal del ganador*, cuando a partir de la selección de un curso con un precio muy bajo el oferente tenga incentivos a no ejecutarlo. Esto se produce, por ejemplo, porque para ciertos ejecutores ofertar un bajo costo puede resultar rentable sólo en la medida que se logre seleccionar un gran número de cursos. Si no lo logra, tiene incentivos a no ejecutar los que sí adjudicó. También hay incentivos cuando logra adjudicar cursos en otras líneas que son más rentables, y prefiere utilizar su capacidad en estos (considerando que muchos ejecutores utilizan sus escuelas para prestar cursos en distintas líneas del SENCE). Los casos en que el oferente seleccionado opta por no concurrir a la firma del convenio de ejecución, o bien, habiendo iniciado el curso no lo concluye por no ser suficiente el presupuesto disponible, ocurren comúnmente en los concursos del SENCE, y atentan en contra del cumplimiento de sus objetivos. Estas reglas solo aumentaría dicho riesgo.

40. En tercer lugar, **debe considerarse que las capacitaciones en cuestión se encuentran dentro del ámbito de la formación laboral, actividad estatal que no puede regirse exclusivamente bajo criterios de eficiencia de mercado.** Se equivoca el H. Tribunal cuando aplica criterios competitivos que privilegian la

eficiencia económica (ahorro para el fisco) sobre los fines públicos de una política de fomento formada por subsidios sobre un mercado educacional imperfecto.

41. A diferencia de lo que estima el H. Tribunal, la actividad del SENCE no puede ser vista como una simple adquisición de bienes y servicios. Por el contrario, se trata del financiamiento de un mercado esencialmente imperfecto, en donde de hecho el SENCE está potenciando un mercado que no existiría de no mediar la intervención del Estado, debido a que el público objetivo son trabajadores de baja calificación laboral, y personas esencialmente vulnerables o de escasos recursos que, de no mediar la intervención del Estado, no podrían generar la demanda suficiente para financiar estas escuelas de conducción.
42. No puede olvidarse que con el FONCAP el SENCE financia tanto a los OTEC que resultan adjudicatarios de sus concursos, pagando por la ejecución de cursos, como también directamente a los y las participantes de los diversos programas que lo componen, a los que se les otorga distintos subsidios directos – adicionales a la capacitación- para asegurar su participación<sup>18</sup>. Estos subsidios implican la existencia de una política redistributiva<sup>19</sup>, lo que hace inviable aplicarle sin matices los criterios de eficiencia, dejando los objetivos públicos de lado.
43. No resulta entonces aplicable el único argumento que utilizó este H. Tribunal para justificar la licitación en dos fases, en el que se limitó a señalar que en reiteradas decisiones ha resuelto que el precio debería ser la principal variable de adjudicación (ej. Resoluciones No. 63, 66 y 67)<sup>20</sup>. No puede extrapolar, así sin más, los criterios que aplican a otro tipo de concursos, en los que por su naturaleza prima la eficiencia económica, a este concurso.
44. Además, en cuarto lugar, **la competencia en dos etapas no se condice con la cantidad de ejecutores y diferencias a nivel local**. La Resolución Recurrída soslaya el hecho de que se trata de un mercado con pocos oferentes, y que tienen importantes diferencias de condiciones a lo largo del país. Dada las distintas realidades locales, y la baja cantidad de ejecutores, sería complejo definir un mínimo

---

<sup>18</sup> El Servicio entrega distintos tipos de subsidios a los y las estudiantes, como por ejemplo, un subsidio diario para facilitar su participación. Además, el Servicio asume los costos de la 'licencia habilitante' (incluyendo el pago de los exámenes médicos de audiometría y visión), que permite al estudiante desarrollar el oficio.

<sup>19</sup> Brindando asistencia a personas de escasos recursos para mejorar sus competencias, productividad, y posibilidades laborales, y proveyendo financiamiento a la red de prestadores.

<sup>20</sup> Párrafo 85 de la Resolución Recurrída.

técnico aplicable a todos, que no amenace con dejar comunas desiertas, o con menos competencia.

45. Debe recordarse además que gran parte de la oferta se basa en datos que el SENCE tiene de antemano, por lo que al establecer criterios mínimos de admisibilidad se estaría abriendo un amplio margen de discrecionalidad, ya que la fijación de estos podría estar condicionada con la información ya disponible.

46. Todas las razones expuestas hasta acá dan cuenta de que el voto de minoría acierta cuando afirma que: “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.” (Énfasis agregado).

**c) La aplicación de un precio máximo de reserva no tendrá un impacto real, generando exclusivamente una mayor carga administrativa a los concursos.**

47. Tal como reconoce implícitamente el voto de mayoría, y explícitamente el voto de minoría<sup>21</sup>, el precio máximo se funda en el funcionamiento presupuestario del SENCE.

48. En efecto, año a año el SENCE debe ejecutar el presupuesto establecido previamente en la Ley de Presupuestos, Glosa “Programa capacitación en oficios”<sup>22</sup>. Con este presupuesto anual fijo (determinado con anterioridad al momento de diseñar y seleccionar los concursos públicos) deberá financiar la capacitación de un número determinado de personas, que es fijado en base a un análisis de requerimientos de oficios en las distintas regiones. Por ende, la forma de hacer calzar presupuesto disponible con la cantidad de personas que se requiere capacitar, es estableciendo una banda de precios, que asegura que el presupuesto calce con los cupos requeridos. Esto evita que un potencial aumento en el precio impida en definitiva lograr capacitar a la totalidad de personas que son necesarias.

---

<sup>21</sup> En el punto xvi, el voto de minoría concluyó 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>)”.

<sup>22</sup> Decreto No. 42 de 2011, Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

49. Entendemos que esta razón fue tomada en cuenta cuando la Resolución Recurrida declinó eliminar el precio máximo, y se limitó a instruir su modificación por un precio de reserva.
50. Para justificar dicha decisión señala que el precio máximo *“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.”* (Énfasis agregado).
51. Ahora bien, llama la atención que por una parte se justifique eliminar el precio mínimo porque estaría constriñendo la competencia de precios a la baja, y por otra, al mismo tiempo, se sostenga que debe eliminarse el precio máximo porque lo natural será que los oferentes aproximen o igualen su oferta a dicho precio. Naturalmente, es la una o la otra, pero no pueden aplicar ambas razones al mismo tiempo.
52. Ahora bien, más allá de que la justificación utilizada por este H. Tribunal no es cierta, debe considerarse que existen al menos tres elementos en contra de la conveniencia de la imposición de un precio de reserva:

- **El precio de reserva solo se justifica para un concurso centrado en el precio.** Solo tiene sentido para una licitación en dos fases porque, de aplicar la reserva y abrirse el precio máximo, será aquel competidor que oferte el mejor precio (bajo el precio máximo) el que resulte seleccionado en la licitación. No tiene sentido, en cambio, cuando el precio es una variable más de evaluación de las que depende la adjudicación. No será el que ofrezca un menor precio quien necesariamente se adjudique los cupos, sino que será el oferente que obtenga un mejor puntaje global. No tiene sentido, por ende, hacer una fase posterior de apertura de precio de reserva.

Dado que es imprescindible eliminar la condición que obliga a ejecutar concursos en dos fases, inexorablemente debe eliminarse el precio de reserva.

- **El precio de reserva no producirá los efectos esperados por este H. Tribunal.** A diferencia de lo argumentado en la Resolución Recurrída, no es cierto que en las comunas con dos o más competidores el precio sea cercano al precio máximo. Por el contrario, los números de los concursos pasados muestran que en general se acercan más a la banda baja. Naturalmente, esto se produce porque la competencia por esta variable tiende a disminuir los precios. Lo cierto, S.S., es que bajo estas circunstancias el precio máximo no tendría ninguna aplicación ni utilidad, ya que la reserva no sería necesaria para generar una presión a la baja.

Por otra parte, en aquellas comunas donde hay solo un oferente, efectivamente es altamente probable que este tienda a ofertar un precio alto (cercano o igual al precio máximo), especialmente porque conoce su calidad de oferente único de antemano, dado que los registros del MTT son públicos. Actualmente dicho precio es limitado por el precio máximo establecido por el SENCE. Ahora bien, si se aplica un precio máximo de reserva, el oferente (que sabe de antemano que no tiene competencia) tendrá incentivos a ofertar un precio muy alto, para luego igualar el precio máximo cuando este se abra. Por ende, luego de esta segunda etapa quedaría el mismo resultado que se intenta evitar: que el oferente único sea seleccionado a un precio cercano al precio máximo.

- **Dado lo anterior, el precio de reserva solo agregaría más trámites al concurso, sin generar efectos positivos.** Al respecto, debe considerarse que el SENCE realiza múltiples concursos para una variedad de programas y líneas programáticas diversas. Estos concursos se encuentran muy ajustados en el tiempo, ya que todos deben realizarse entre octubre y marzo, por lo que es necesario actuar con la agilidad y prontitud que permita llegar a tiempo a quienes necesiten formarse en un oficio. Se debe considerar además, que el SENCE cuenta con escaso personal para toda la gestión administrativa que le corresponde realizar en esta materia. Por ende, agregar más etapas a los concursos, que no tienen una justificación económica significativa, solo traerá un mayor retraso en la selección e inicio de cursos, complejizando el logro de los objetivos del SENCE.

**d) Conclusiones aplicables a ambas condiciones relativas al precio.**

53. Adicionalmente a todo lo dicho hasta acá, pero no menos importante, **es que este H. Tribunal no puede soslayar que en este caso no existe infracción al DL 211 que motive o permita la imposición de las condiciones discutidas.** El artículo 18 No. 2 del DL 211 dispone que la facultad consultiva aplica para conocer actos que puedan infringir las disposiciones de esta ley. Resulta, sin embargo, que en este caso no aplica ninguna de las conductas descritas en el artículo 3 como atentatorias a la libre competencia. La preponderancia del precio y la banda de precios en el diseño de las Bases en ningún caso generará un abuso de posición dominante, ni una eventual exclusión, ni tampoco facilitará la colusión<sup>23</sup>. De hecho, la Resolución Recurrida nada dice al respecto.
54. Esto, de hecho, fue tomado en cuenta por el voto de minoría, el que sostuvo: *“que ninguna de las condiciones 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.”*<sup>24</sup>
55. Como ha sido expuesto hasta acá, a lo más se trata de una discusión sobre eficiencia en el uso de los recursos públicos y ahorro para el Estado (que debe ser ponderada, precisamente, con los objetivos de política pública expuestos), materia que claramente excede la potestad consultiva.
56. En definitiva, olvida el H. Tribunal que, tal como ha manifestado la FNE en su Guía de Compras Públicas, *“el diseño de un proceso licitatorio óptimo es un problema muy complejo y no existe una receta única para todos los casos.”*<sup>25</sup> En las escuetas explicaciones que brinda para justificar estas medidas disruptivas, el H. Tribunal se basa en la noción de una entidad licitante que busca exclusivamente maximizar su beneficio con criterios económicos (ej. maximización del presupuesto disponible, o la minimización del precio de intercambio). Sin embargo, como se ha explicado, este no debe ser el criterio que prime en los concursos del SENCE, los que tienen objetivos de política pública que priman sobre la eficiencia asignativa, a saber, la necesidad de financiar una red desconcentrada de ejecutores, que brinden capacitación con la mayor calidad posible con los recursos disponibles, y que puedan cubrir un número determinado de oferentes. La propia OECD en sus

---

<sup>23</sup> De hecho, en el párrafo 64 de la Resolución Recurrida se señala que: *“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.”*

<sup>24</sup> Párrafo xiv del voto de minoría.

<sup>25</sup> Guía de Compras Públicas de la Fiscalía Nacional Económica, página 7.

recomendaciones sobre contratación pública da a entender que un modelo de licitación en donde priman objetivos secundarios de política pública es una alternativa viable para los concursos públicos (al igual que aquellos modelos en donde prima el precio, o elementos mixtos entre precio y calidad)<sup>26</sup>.

57. Todo esto permite concluir que resulta necesario eliminar las condiciones 3 y 5 de la letra F del párrafo 92 de la Resolución Recurrída.

### **III. Impugnación de la condición (número 4) que imposibilita aplicar la inserción laboral como factor de evaluación.**

58. Otro de los aspectos cuestionados por la Fiscalía Nacional Económica en su informe fue la utilización de la inserción laboral como un criterio de evaluación.

59. Tal como fue descrito en la Resolución Recurrída, las Bases evalúan un compromiso de inserción laboral del oferente respecto a sus alumnos, además de la inserción laboral efectiva de los últimos tres años de estos (a través del promedio de sus cotizaciones previsionales).

60. La FNE estimó que esto provocaría una dualidad de servicios, al ser el ejecutor obligado a prestar la capacitación y además la inserción laboral, lo que a sus ojos podría erigirse como una barrera de entrada.

61. Este H. Tribunal, haciendo eco de tales cuestionamientos, decidió restringir la utilización de la inserción como un criterio de evaluación, disponiendo en la letra F del párrafo 92 que:

*4) No podrá establecerse como factor de evaluación técnica el compromiso y resultados de colocación.*

62. Señaló en la Resolución Recurrída esta exigencia podría erigirse como una barrera injustificada a la entrada, por cuanto: (i) “*las Bases Consultadas se enmarcan dentro de los planes de capacitación que ofrece dicho servicio, y no dentro de los planes de empleabilidad*”; (ii) “*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*

---

<sup>26</sup> Véase Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública, OCDE. <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

OTEC, deben contar con personalidad jurídica y “tener como único objeto social la prestación de servicios de capacitación” (artículo 21 N°1)” (véase párrafo 83); y (iii) que esta regla generaría una asimetría entre oferentes nuevos (que solo deben realizar su compromiso de inserción) y los antiguos (a los que también se les evalúa la inserción efectiva de los alumnos) (véase párrafo 84).

63. Estimamos respetuosamente, S.S., que dichos argumentos no son suficientes. Como explicamos (*supra* 7), el objetivo legal del SENCE es justamente *promover el desarrollo de las competencias laborales de los trabajadores, a fin de contribuir a un adecuado nivel de empleo*. Para lograr dichos fines, puede utilizar distintos instrumentos, dentro de los que se encuentra el financiamiento a través del FONCAP. Ninguna disposición legal limita cuáles de sus objetivos orgánicos puede perseguir a través de estos financiamientos.

64. Nada impide, además, que dentro del giro comercial de *capacitación* que deben tener los OTEC, se incluyan esfuerzos para lograr la empleabilidad de sus alumnos, sobre todo porque en general dichos esfuerzos se concentran a través de convenios de prácticas en la industria, las que sí están relacionadas a la capacitación.

65. Ahora bien, lo más importante en este punto es destacar que, al contrario de lo que predice este H. Tribunal, desde que se insertó este requerimiento en los distintos concursos del SENCE los ejecutores con experiencia han seguido participando en estos. Se han adaptado, y en general han logrado positivos resultados de inserción laboral. El SENCE se mantiene en constante contacto con ejecutores, a los que asesora y supervisa en sus labores, y no ha detectado mayores problemas al respecto.

66. Estimamos respetuosamente que esta restricción no puede basarse simplemente en argumentos relativos a las competencias legales del SENCE y los ejecutores. Para tomar una medida tan drástica en un procedimiento de esta naturaleza se requeriría al menos que se realice un análisis cuantitativo o cualitativo, existiendo una multiplicidad de datos disponibles.

67. Además, reiteramos lo dicho respecto a las condiciones de evaluación y precio (*supra* 53), en cuanto a que en ningún caso aquí existe una infracción al DL 211 que pueda fundamentar el uso de la facultad consultiva.

68. Por lo anterior, solicitamos respetuosamente que la Resolución Recurrida sea enmendada en este punto, eliminando la condición número 4 de la letra F del párrafo 92, por carecer de todo sustento en el expediente.

#### **IV. Consideraciones respecto al límite de selección establecido en las Bases.**

69. Como señalamos, la Consulta de ACCH versó principalmente respecto a la procedencia de la imposición de un límite de selección de un 20% del total de cupos, dispuesto en la cláusula 3.1 de las Bases.

70. Respecto a dicho reclamo, este H. Tribunal terminó resolviendo que para los próximos concursos: **(i)** las bases deberán establecer con total claridad las exigencias que deberán cumplir los licitantes; y que **(ii)** los eventuales límites de adjudicación de los cupos licitados no deberán ser arbitrarios y deberán estar justificados<sup>27</sup>.

71. Esta parte está de acuerdo con dichas condiciones, y solicita que se confirmen en caso de que sean impugnadas por la consultante u otro interviniente. No obstante, consideramos relevante que se tengan presente ciertas consideraciones al respecto:

72. **La primera condición** surge porque ACCH consideró confusa la redacción de las Bases, lo que lo habría hecho entender que la regla imponía un límite a la participación (relativo al porcentaje de cupos a los que se podía postular), siendo que en realidad imponía un límite para la selección (pudiendo postular al 100%, pero adjudicarse máximo un 20%). No obstante, quedó claro en el expediente, y de la aplicación práctica de la cláusula en el concurso, que dicho límite se aplicaba a la adjudicación. De hecho, ese mismo año ACCH se adjudicó más de un 30% de los cupos, lo que significa que en los hechos se le permitió participar en más del 20% de los cupos.

73. Dada la confusión generada, en el proceso siguiente el SENCE modificó la redacción de las Bases, buscando dar total claridad al respecto. Entendemos que dicho

---

<sup>27</sup> Instruyó que: *“los eventuales límites a la adjudicación de los cupos licitados 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.”*

objetivo se cumplió, no teniendo la industria dudas sobre su aplicación. Por ende, la condición impuesta en este respecto debería estar cumplida.

74. Por otra parte, **respecto a la segunda condición**, si bien el SENCE coincide con su contenido, valga hacer presente que no compartimos las consideraciones que tuvo el H. Tribunal para considerar que el establecimiento del límite fue arbitrario y no justificado.
75. Como fue explicado en la consulta, la cláusula de límite a las adjudicaciones tuvo distintos fundamentos. Entre ellos, el cumplimiento de objetivos institucionales del SENCE, que incluyen el fomentar que exista una red de prestadores estable y desconcentrada que vaya ampliando su cobertura, para lo que debe evitar que exista una concentración muy relevante en la prestación de cursos, tanto de la misma línea como en diversas líneas que son prestadas por los mismos ejecutores. Dicho objetivo fue considerado por el H. Tribunal, al reconocer la importancia de las conclusiones de la Comisión Nacional de Productividad que lo respaldaban<sup>28</sup>.
76. Otro elemento relevante fue la necesidad de estandarización de las bases de los distintos concursos, al haberse aplicado límites análogos a lo largo de los distintos programas<sup>29</sup>. La estandarización es necesaria para el gran número de evaluaciones que debe hacer el SENCE en tan corto plazo, colaborando con disminuir los errores en el proceso.
77. Por último, también era importante tener en cuenta que el 2021 se estableció un límite estricto de 20% debido a los efectos de la pandemia. En efecto, el Servicio constató que existía un riesgo de que los cursos -tanto pendientes como futuros- se retrasen significativamente o no logran ser ejecutados por los distintos ejecutores,

---

<sup>28</sup> Al respecto, en su párrafo 55, señaló: “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>).”

<sup>29</sup> En efecto, aplicó límites análogos en el “Programa Capacitación en Oficios, Línea Regular Registro Especial”, el “Programa Bono de Capacitación para Micro y Pequeños Empresarios”, y el “Programa de Becas Laborales de Capacitación”. De hecho, la propuesta de aplicar esta regla a la línea sectorial Transportes surgió al término del año 2020, cuando la experiencia en dichos concursos resultó positiva.

dada la gran acumulación de cursos pendientes en distintas líneas y programas que se había generado producto de la emergencia sanitaria que atravesaba el país.

78. Por ejemplo, la información que tenía el SENCE respecto al caso particular de ACCH, es que a la época de dictarse las Bases de 2021 la empresa tenía 26 cursos de 2019 pendientes (equivalentes a 525 cupos)<sup>30</sup>, y 90 cursos de 2020 pendientes (equivalentes a 1800 cupos de los 2.000 adjudicados ese año). Es decir, iba a postular a la licitación de 2021 con una cantidad de cupos acumulados sin ejecutar mayor al total de cupos adjudicados el 2020.
79. No buscamos responsabilizar a ACCH de dichas cifras, se trató de una circunstancia provocada principalmente por la pandemia. De hecho, en la misma situación se encuentran varios ejecutores.
80. Simplemente constatamos que los ejecutores se encontraban en una compleja situación, lo que llevó al SENCE a tomar medidas más restrictivas.
81. Si bien el H. Tribunal reconoció la necesidad de mitigar la concentración en el mercado, y que existían cursos sin ejecutar, terminó resolviendo que estas justificaciones no mitigaban suficientemente los riesgos asociados a la imposición del límite en cuestión<sup>31</sup>. Para llegar a esta conclusión, sin embargo, utilizó argumentos que no compartimos.
82. Señaló primero que no es creíble que los oferentes no vayan a tener la capacidad para ejecutar todos los cursos, porque precisamente los concursos evaluaban el comportamiento anterior de los oferentes, cubriendo por ende dicho riesgo (párrafo 57). Sin embargo, si bien es cierto que existe ese incentivo en las Bases, esta no es la realidad en la práctica. Probablemente provocado por la sobre-estimación de sus propias capacidades, durante estos años los distintos oferentes ofertaron más cursos de los que eran capaces de ejecutar (dados los retrasos de los años anteriores). De hecho, lo cierto es que incluso actualmente muchos cursos de distintos oferentes adjudicados durante la pandemia siguen retrasados o simplemente no fueron ejecutados, debido a la falta de capacidad de los oferentes provocada por la sobre adjudicación de cupos cuando ya venían acumulándose dichos retrasos.

---

<sup>30</sup> De los cuales 11 cursos nunca pudieron ser ejecutados por incumplimiento de los plazos.

<sup>31</sup> Por ejemplo, véase párrafo 56.

83. Dada que la finalidad del SENCE es perseguir que los cursos se presten, no podía sino tomar medidas para evitar la sobre acumulación.
84. Luego, este H. Tribunal señala que la existencia del límite de 20% generaría incentivos a subir los precios por parte de los oferentes distintos a ACCH que sabrán que la competencia está reducida. Omite este H. Tribunal, sin embargo, que las Bases exigen que los oferentes presenten una lista de priorización de los lugares a adjudicarse, por lo que la oferta de aquellos que exceden el límite será considerada primero en dichos lugares. Como dicha priorización es desconocida por los rivales, no pueden estos prever que no tendrán competencia y por ende subir sus precios.
85. De hecho, se demostró en el expediente que todas las predicciones que hizo la FNE en este concurso, en la realidad, no se cumplieron, precisamente porque estaba desconociendo la regla comentada.
86. En tercer lugar, este H. Tribunal rebate lo señalado por el SENCE en cuanto a que las reglas del concurso permitirían que no se afecte la cobertura. El SENCE demostró que las reglas de la licitación permiten adjudicar al oferente que excede el límite máximo todas aquellas comunas o regiones en las que es oferente único (o único admisible). Demostró, de hecho, que así ocurrió en el concurso objeto de esta Consulta, en donde ACCH finalmente se adjudicó el 30,9% de los cupos.
87. Para rebatir esta afirmación, sin embargo, el H. Tribunal consultó el resultado del concurso del año 2022 (posterior a esta Consulta y los alegatos de las partes), verificando que en Iquique y Osorno la oferta admisible de ACCH habría sido desestimada por exceder el máximo de adjudicación, quedando dichas comunas desiertas.
88. Desconoce, sin embargo el H. Tribunal, que una vez detectada la incorrecta aplicación de la regla por parte del SENCE (lo que nada tuvo que ver con la sentencia, ya que sucedió meses atrás), el SENCE rectificó la evaluación y adjudicó a ACCH ambas comunas.
89. De hecho, valga aclarar que dado que los efectos de la pandemia se han reducido, en el concurso de 2022 el SENCE modificó el límite máximo de un 20% a un 30%.

Bajo esta regla, ACCH se adjudicó 920 de 2.260 cupos, es decir, un 40,7% del total. Esto fue posible porque, como ya explicamos, las bases permiten superar el límite de adjudicación cuando el oferente que lo excede es el único proveedor admisible en una determinada región o comuna. Así, las reglas de las bases impiden que queden comunas desiertas.

90. Ni el 2021 ni el 2022 hubo comunas desiertas producto de la aplicación de esta regla, por lo que el “análisis conservador” de los párrafos 61 y 62 de la Resolución Recurrida simplemente no es efectivo.
91. Es decir, todo muestra que la imposición del límite no ha afectado la competencia, y su cálculo no ha sido arbitrario.
92. Con todo, recalcamos que este servicio respalda la condición instruida por este H. Tribunal al respecto, y trabajará elaborando y documentando los respectivos análisis económicos que se realicen en el futuro al definir los límites de adjudicación.

### **POR TANTO,**

**Al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente pido:** tener por interpuesto el recurso de reclamación para ante la Excma. Corte Suprema, en contra de la Resolución N° 74/2022 de 25 de agosto de 2022 de este H. Tribunal, concederlo y elevarlo a la Excma. Corte Suprema, a fin de que dicho Excmo. Tribunal conozca el recurso interpuesto, y enmiende la Resolución Reclamada en lo dispuesto en su Resuelvo, eliminando las condiciones establecidas en los números 3, 4 y 5 de la letra F del párrafo 92, y a su vez, tenga presente las consideraciones señaladas respecto a los números 1 y 2 de la letra F del párrafo 92, para el caso que sean impugnados.

**OTROSÍ: SÍRVASE S.S.** tener presente que delego el poder con el que actúo en autos en el abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, don Camilo Lledó Veloso, cédula nacional de identidad número 16.100.236-4, correo electrónico clledo@chll.cl, de mí mismo domicilio, quien podrá actuar de forma conjunta o separada al suscrito, y firma junto a mí en señal de aceptación expresa del poder delegado.