

Santiago, cinco de octubre de dos mil veinte.

VISTOS:

En los autos seguidos ante esta Corte bajo el Rol N° 8843-2019, caratulados "Constructora Luis Navarro SpA con Municipalidad de San José de la Mariquina", el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la sentencia N° 169/2019 de siete de marzo del año dos mil diecinueve, escrita a fojas 281, por medio de la cual rechazó, con costas, la demanda presentada por la citada compañía en contra del indicado órgano público, por la ejecución de actos que habrían tenido por objeto y efecto reducir y eliminar la competencia en la Licitación Pública llamada para la construcción de una estación sanitaria en Mariquina, conforme a lo prescrito en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211.

La demandante fundó su acción manifestando que la demandada incurrió en diversas infracciones con ocasión del diseño y aclaración de las Bases de la Licitación "Construcción Infraestructura Sanitaria Estación Mariquina", en la que su parte desea participar, mismas que, según asevera, operan como una barrera de entrada al mercado de construcción de un contrato de obra pública y, en concreto, al de construcción de infraestructura sanitaria.



Al respecto acusa, como una primera transgresión, que, concluido el período de observaciones, es posible aseverar que las citadas bases contienen una pauta evaluativa que impide competir en igualdad de condiciones, pues favorece a una empresa en particular o a pocas empresas, so pretexto que se está velando por la seguridad del correcto término de la obra pública licitada.

Al respecto manifiesta que, de acuerdo al sistema de evaluación contenido en dichas bases, que fuera modificado a través de diversas aclaraciones, el oferente que se adjudique la construcción de la obra será aquel que obtenga la mejor nota en la categoría de experiencia, concepto que se evalúa en base a una fórmula escalonada que dejaría a las empresas más pequeñas, aunque aptas para efectuar la obra, en una posición competitiva desfavorable en relación con otras con mayor trayectoria.

Así, explica que mediante la Aclaración N° 7, que lleva fecha de 6 de noviembre de 2017, se modificó la escala de puntaje para la experiencia, conforme a la cual el mínimo puntaje se obtiene con \$7.5000.000.000 en obras realizadas, y el máximo con \$40.000.000.000, mientras que el presupuesto de la obra licitada asciende tan sólo a \$3.000.000.000.

Añade que, por demás, a la experiencia se asigna un 32,5% del total del puntaje en el concurso, mientras que al



segundo concepto relevante, esto es, a la oferta económica, se otorga sólo el 30%.

En estas condiciones, afirma que el acto ilegal radica en la forma en que se puntúa la experiencia de los licitantes, método que se traduce, a su juicio, en que, si el resto de los parámetros es idéntico, se favorece a la empresa con mayor experiencia en perjuicio de la que tiene menos, aun cuando ésta sea apta para llevar a cabo la construcción de que se trata, pues la última debe sacrificar precio para poder competir.

Arguye que ese hecho, consistente en poner barreras de entrada a un determinado mercado, que favorecen a unos pocos en perjuicio de muchos contratistas aptos y calificados, está prohibido por la ley de libre competencia y añade que, si bien en licitaciones de obras públicas se exige, en general, cierta calificación o experiencia de las empresas participantes, con el objeto de asegurar la calidad de la construcción, según la forma en que dicha exigencia se pondere podría constituir una barrera a la entrada de nuevas empresas con menor experiencia, pese a la cualificación de las mismas.

Más aun, sostiene que la exigencia de experiencia debe tener relación con la complejidad de la obra y que la de autos no es una de gran dificultad, salvo por el uso de una tecnología para saneamiento sanitario denominada "lombri



filtro", que representa sólo el 5% del contrato y que podría ser abordada con los especialistas existentes.

Como colofón, destaca el carácter secundario del precio en estas licitaciones, en las que, debido a lo expuesto, se otorga una gran flexibilidad a ciertas empresas constructoras para fijar el precio, de lo que resulta que el Fisco termina pagando sobrepuestos absurdos, sin que exista una razón que justifique esta forma arbitraria de evaluar conforme a la experiencia.

A continuación, y como segunda infracción, denuncia que las bases de licitación contravienen la libre competencia al medir la experiencia de los participantes en millones de pesos y no en una unidad reajutable, pues, si las obras que dan cuenta de esa experiencia tienen varios años de antigüedad, entonces la empresa se verá perjudicada como consecuencia de que esos precios no sean expresados en un valor actualizado, como ocurriría si la evaluación se practicara convirtiendo el precio de las obras previas en Unidades de Fomento, toda vez que, a falta de dicha actualización, el puntaje que se obtenga por este acápite se reducirá en proporción a la antigüedad de los trabajos anteriores.

Termina solicitando que se declare que la ponderación que se hace de la experiencia en las bases materia de autos atenta en contra de la libre competencia; que se ordene su



modificación por un sistema que, reconociendo requisitos mínimos de experiencia y capacidad económica, evalúe a los oferentes en igualdad de condiciones y que, en caso de estimarse necesario, se dicten instrucciones precisas en orden a fijar la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias para fomentar la participación de la mayor cantidad de oferentes posibles en los procesos de licitación de obras sanitarias

Al contestar la Municipalidad demandada solicita el rechazo de la demanda, con costas, basada en que su parte actuó con razonabilidad, objetividad y legalidad al fijar los criterios de evaluación de las ofertas en las bases de licitación, así como al establecer su ponderación.

Añade que las bases de que se trata gozan de la presunción de legalidad prevista en la Ley N° 19.880 e indica que la ponderación de la experiencia que en ellas se hace no excluye a ningún eventual oferente, pues todos los tramos otorgan puntaje. Así, según explica, las empresas que obtienen un menor puntaje en el ítem experiencia pueden equilibrar sus posibilidades ofreciendo un menor plazo para concluir la obra o un menor presupuesto de ejecución del contrato.

Manifiesta que su parte, en cuanto órgano autónomo de la Administración del Estado y conforme a sus facultades, previstas en este ámbito en los artículos 4 y 6 de la Ley



N° 19.886 y en los artículos 20 inciso segundo, 22 y 38 de su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° 250/2004, puede fijar criterios de evaluación que respondan a factores de experiencia del oferente y a su capacidad económica, destacando enseguida que dicho contorno normativo no se relaciona necesariamente con la libre competencia.

En esa perspectiva asegura que la experiencia y capacidad económica de un oferente constituye una garantía de que la obra llegará a término y que se podrá poner en marcha la infraestructura sanitaria de que se trata, de lo que deduce que la ponderación por experiencia establecida en las bases de licitación permite valorar de forma objetiva a las empresas constructoras que han persistido en la construcción de infraestructura sanitaria.

Por último, argumenta que la Municipalidad goza de una discrecionalidad amplia para escoger cualquier alternativa de evaluación de las ofertas y que, en este caso, lo ha hecho para asegurar que los oferentes tengan la idoneidad técnica necesaria para la construcción de obras como la licitada.

En segundo término alega que las empresas con baja experiencia no sólo cuentan con la variable precio para formular su oferta, pues para adjudicarse la licitación pueden sumar la experiencia de sus profesionales y, además,



pueden asociarse con otras empresas y formar una "Unión Temporal de Proveedores", con el objeto de obtener una mayor puntuación uniendo experiencia y capital de distintas empresas.

En tercer lugar niega la existencia de barreras de entrada para la participación de la demandante en la propuesta materia de autos, puesto que, por el contrario, la actora no obtuvo en el concurso debido a que no cumplió los requisitos exigidos en las bases, causa que sólo puede ser imputada a ella y que no guarda relación alguna con la vulneración del principio de libre competencia o del orden público económico por parte del municipio, como se alega. Al respecto precisa que la oferta de la actora fue rechazada como consecuencia de haber presentado un presupuesto incompleto en determinados ítems.

En cuarto y último término aduce que los actos realizados por su parte en el proceso licitatorio en estudio no sólo no afectan la libre competencia, sino que, además, están destinados a un bien superior como lo es la solución integral, definitiva y permanente de la disposición y tratamiento de aguas servidas en Estación Mariquina.

A fs. 281 se dictó sentencia definitiva por la que se rechazó, con costas, la demanda.



Para llegar a tal conclusión el tribunal deja asentado que, para evaluar si la conducta atribuida a la demandada impide, restringe o entorpece la libre competencia o tiende a producir dichos efectos, es necesario determinar, en primer lugar, el mercado relevante involucrado y que con tal fin, en el contexto de una licitación pública, resulta necesario determinar si, en su calidad de organismo de la Administración del Estado, la demandada actuó como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, o si lo hizo como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia en el mercado por competencia por el mercado, para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un período de tiempo. Los sentenciadores explican que esto es relevante, pues, en el primer caso, el mercado relevante involucrado será aquel en el que inciden los bienes o servicios licitados, mientras que, en el segundo, el mercado relevante será precisamente la licitación.

Establecido lo anterior subrayan que, en el caso de autos, la licitación tuvo por objeto la adquisición de bienes o servicios, en particular la construcción de infraestructura sanitaria, y no la asignación de un servicio que el adjudicatario prestaría luego en condiciones monopólicas, de lo que deducen que el mercado relevante está constituido por aquel en que inciden los



bienes o servicios licitados y no se limita a la licitación específica impugnada por la demandante.

A lo dicho, los juzgadores añaden que, sin embargo, las partes no aportaron antecedentes que permitan precisar el mercado en el que inciden los bienes o servicios licitados. En este sentido subrayan que corresponde a la demandante acreditar la posición de dominio de la demandada y demostrar si la conducta acusada impide, restringe o entorpece la libre competencia, o tiende a producir dichos efectos, cuestión que, empero, no hizo.

Conforme a lo razonado concluyen, entonces, que no existen en el proceso los antecedentes necesarios para acreditar la existencia de un abuso de posición dominante en los términos que exige el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 y rechazan, por consiguiente, la demanda intentada por Constructora Luis Navarro.

A fojas 291 la actora interpuso reclamación en contra de la sentencia antes referida, para cuyo conocimiento se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que Constructora Luis Navarro dedujo reclamación en contra del mentado fallo acusando que omite toda reflexión acerca de la infracción que sirve de sustento a la demanda, relativa a la utilización de la experiencia de las empresas constructoras como una barrera



de entrada, vicio que estima de relevancia, pues, pese al principio de inexcusabilidad que pesa sobre todos los tribunales, se omite toda motivación respecto del núcleo del asunto debatido y de la infracción alegada.

Agrega que, pese a lo asentado en la sentencia, no es posible concluir que el mercado relevante no esté constituido por la licitación misma. Al respecto afirma que en la especie la cuestión litigiosa se refiere a una licitación de infraestructura pública, única e irrepetible, en la que se establecen requisitos que, a su juicio, están orientados a una empresa en particular, que en definitiva resultó vencedora, y que, a la vez, configuran para su representada una serie de barreras de entrada al mercado, que, a pesar de su apariencia de legalidad, están incluidas en unas bases administrativas que califica de ilegales y poco felices.

Enseguida alega que para analizar la competencia en el mercado de obras públicas resulta imperativo establecer correctamente la definición del mercado relevante, de manera que circunscriba correctamente los efectos de una eventual conducta anticompetitiva de las empresas que participan en el mismo.

Desde esta perspectiva asegura que la demanda y la oferta en el mercado de obras públicas se define por cada proyecto, desde que los mismos no pueden ser reunidos por



cantidad o precio, y que, por lo mismo, la unidad relevante en este ámbito está constituida por la obra específica y propia de cada licitación, esto es, por el puente, el hospital o el alcantarillado respectivo, puesto que, según subraya, ningún proyecto es igual al otro.

Sostiene que, como lo expuso en su demanda, si las Bases de la Licitación ponderan la experiencia de forma tal que desincentivan la participación de ciertas empresas, a las que sólo permiten intervenir con posibilidades de éxito si bajan el precio, entonces la conclusión única, a su entender, es que dicho pliego de condiciones traba o dificulta el acceso a participar en igualdad de condiciones, pues favorece a uno o más licitantes, y, por ende, transgrede la libre competencia. Agrega que, no obstante, y pese a la claridad de su libelo y a la prueba rendida, la sentencia soslaya estos antecedentes al no examinar las probanzas aparejadas ni reflexionar debidamente en torno a tales cuestiones.

A lo dicho adiciona que, como el de autos no es un mercado atómico, en el que las construcciones licitadas sean parecidas, sustituibles o reemplazables, las disquisiciones que sobre el particular se viertan han de centrarse, por fuerza y para los efectos de la libre competencia, en una sola y única licitación, a la que se debe atender para proteger el bien jurídico propio de este



ámbito del Derecho. Expone que, en efecto, en el caso en examen el mercado relevante dice relación con un proyecto de ingeniería de una sola licitación, que estima irrepetible y que incide en un área geográfica determinada y en la que, además, el municipio, en cuanto agente económico, ejerce poder de mercado, pues define las condiciones de la compra por adhesión en forma unilateral y arbitraria.

Conforme a tales razonamientos, termina solicitando que se revoque el fallo impugnado y se acoja la demanda, con costas.

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



el derecho de los otros actores del ámbito económico en que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, situación que, en último término, se traduce en la alteración del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad.

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

También, se ha sostenido que en *"economía esta lucha [la competencia] es por la conquista del cliente. El competidor se propone apartar a los demás para ser el primero. En los países civilizados tal lucha no ha sido jamás libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada. Pues si toda forma de convivencia humana está sometida al Derecho, es claro que las relaciones económicas*



están sometidas también a él. La competencia es, pues, un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos”, añadiendo el autor que “libre competencia en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores” (Joaquín Garrigues, “La defensa de la competencia mercantil”. Temas de Derecho Vivo, Editorial Tecnos, 1977. Página 142).

La libre competencia comprende principalmente, entonces, los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Así, se ha manifestado que *“la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado [Decreto Ley 211], no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado”*



(Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto en "Libre Competencia y Monopolio", página 190).

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

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

CUARTO: Que, asentado lo anterior, conviene recordar que el artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, que fija el texto refundido del Decreto Ley N° 211, dispone, a la letra: *"El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que*



tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

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

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

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



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

d) *La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos”.*

QUINTO: Que para resolver la reclamación en examen se ha de consignar que esta Corte ha definido al mercado como aquel *“constituido por un conjunto de productos, bienes y/o servicios, que responden a una agrupación determinada por el agente económico, que puede estar relacionado con un área geográfica, actividad, segmento determinado de la sociedad y proporción”*, mientras que ha conceptualizado el mercado relevante como aquel *“vinculado a productos, áreas, actividades, segmentos y proporción que tiene en éste el agente económico, es el mercado del producto de referencia que se considerará en el análisis, como sus posibles*



sustitutos" (Sentencia pronunciada con fecha 7 de septiembre de 2012, en causa rol N° 2578-12).

En tal sentido la doctrina ha manifestado que la "determinación del mercado específico, también denominado mercado de referencia, importa establecer el bien económico -sea producto o servicio- y el lugar geográfico que la demanda y oferta interactivas respecto de dicho bien ocupan. Dicho bien económico determinará una demanda y una oferta con alguna base territorial y, por tanto, el grupo de competidores actuales tanto por el lado de la oferta como por el lado de la demanda que interactúan. [...] La importancia del mercado relevante o de referencia es que sólo allí ha de sopesarse cuál ha sido el efecto de la conducta cuya licitud antimonopólica o contradictoriedad con el bien jurídico tutelado busca despejarse, puesto que sólo allí ha de considerarse la libre competencia in concretum y, por tanto, allí habrá de medirse la puesta en peligro o la lesión que supuestamente ha sufrido tal bien jurídico mediante el estudio del poder de mercado existente o en vías de configurarse en tal mercado" (Domingo Valdés Prieto, obra citada, páginas 350 y 351).

SEXTO: Que, a su turno, la Fiscalía Nacional Económica incorpora un elemento trascendental en su "Guía para el análisis de operaciones de concentración", al afirmar que, para que un mercado determinado pueda ser considerado como



"relevante" para efectos competitivos, debe ser *"probable ejercer a su respecto poder de mercado"*, entendido como la capacidad para influir en el precio de un determinado bien o servicio, o determinar la exclusión de uno o más agentes económicos.

SÉPTIMO: Que, en tal orden de ideas, no resultan atendibles los fundamentos de la reclamación en examen, desde que no es posible entender que cada licitación, por separado, y, en particular la de autos, pueda ser considerada como un mercado relevante en sí misma.

En efecto, y como lo ha señalado esta Corte con anterioridad (verbi gracia, en sentencia dictada en autos Rol N° 278-2019), *"la precisión del mercado relevante exige tener a la vista aspectos como la naturaleza del negocio de que se trate, la porción geográfica comprometida y otros más específicos, razón por la cual la determinación se realiza caso a caso"*.

Asimismo, la doctrina ha planteado que el concepto de mercado relevante *"supone identificar el conjunto de productos (bienes o servicios) que compiten entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo y el área geográfica en la cual las condiciones de competencia para el suministro de dichos bienes o servicios son*



suficientemente homogéneas, diferentes en todo caso de las otras áreas geográficas próximas" (Alfredo Ugarte Soto. "Facilidades Esenciales y Abuso de Posición Dominante", en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Volumen 20, N° 2. Año 2013).

En consecuencia, la determinación del mercado relevante en cada caso se ha de fundar en la consideración de circunstancias de tiempo y lugar concretas, determinadas y específicas, que permitan circunscribir y establecer con claridad los términos precisos que sirven de límite a dicho mercado en particular, atendiendo a los elementos reseñados en lo que precede.

OCTAVO: Que, por su parte, la actora propone que el mercado relevante está constituido por la licitación específica a la que postuló, vale decir, por aquella denominada "Construcción Infraestructura Sanitaria Estación Mariquina", pues, según afirma en su reclamación, la unidad relevante en el mercado de las obras públicas está constituida por el encargo concreto objeto de cada concurso, considerando que las diversas construcciones a que cada uno se refiere no son sustituibles entre sí.

Semejante argumentación, empero, no podrá ser oída, pues, analizados los diversos componentes que integran la señalada licitación, no es posible advertir en ella la concurrencia de los elementos que definen y dan forma a un



mercado relevante, cualquiera que éste sea; por el contrario, la tantas veces mencionada licitación recae en la ejecución de una obra sanitaria determinada y particular, esto es, en la construcción de una edificación singular, que, con total independencia de la importancia y trascendencia que pueda representar para los habitantes de San José de la Mariquina, corresponde al levantamiento de una infraestructura sanitaria única, que, dado su carácter irrepetible, impide que se configure en la especie la noción de mercado relevante, tal como ha sido descrita más arriba.

Así, en el caso en estudio no se advierte la concurrencia de diversos productos que, ofrecidos por distintas empresas o agentes económicos, compitan entre sí para satisfacer las necesidades de los consumidores en un área geográfica determinada; por la inversa, sólo se observa el llamado de un ente público a las empresas del rubro para la construcción de una obra de infraestructura sanitaria, con el fin de que, aquellas que estuvieren interesadas, concurrieran al concurso convocado con ese objeto.

NOVENO: Que, por otro lado, y desde el punto de vista del poder de mercado que, a juicio de la reclamante, ejercería la Municipalidad demandada en el concurso de que se trata, cabe destacar que, tal como lo ha reseñado la



doctrina, la "política de la competencia se interesa por aquellas situaciones en las que una o varias empresas disfrutan de poder de mercado del que pueden abusar en detrimento de clientes, usuarios o consumidores", destacando al respecto que, de manera habitual, "los economistas han relacionado el poder de mercado -y su uso- con la capacidad para incrementar los precios por encima del nivel competitivo". En tal sentido los mismos autores expresan que la circunstancia de que la "empresa disfrute de esa capacidad dependerá de si enfrenta o no presiones competitivas que disciplinen su comportamiento", de modo que la "definición del mercado relevante consiste precisamente en identificar estas presiones competitivas" (Fernando Jiménez Latorre y Enrique Cañizares Pacheco. "Dificultades para la definición del mercado relevante". Informe preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, Madrid, Fundación Rafael del Pino. Página 4. Se puede consultar en el siguiente hiperenlace: https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE006-02_Dificultades_definicion_mercado_relevante-Varios_autores.pdf).

DÉCIMO: Que desde esta perspectiva resulta preciso subrayar que, pese a lo sostenido al efecto por la actora en su recurso, no se entiende de qué manera un llamado a



licitación como el descrito, esto es, para la construcción de una obra de infraestructura particular y única, puede generar en el licitante un poder de mercado del que éste, a su turno, pueda abusar en detrimento de los consumidores, del público o de los oferentes que han concurrido a ese concurso, afectando, por consiguiente, la libre competencia.

En este sentido resulta inaceptable la alegación de la recurrente, en cuanto sostiene que el municipio, en tanto agente económico, ha ejercido en la especie poder de mercado, del que podría abusar, al definir las condiciones de la licitación tantas veces citada, pues la determinación de los elementos que han de regir el citado concurso constituye una emanación de sus facultades en este ámbito y, además, un modo de resguardar el interés público que tal ente está llamado a servir. Más aun, una interpretación distinta supondría poner en entredicho las potestades de que la Municipalidad está provista para el cumplimiento de sus obligaciones, en particular de aquellas que le han sido asignadas en relación a la satisfacción del interés público y al debido empleo de los fondos públicos puestos a su disposición.

DÉCIMO PRIMERO: Que, conforme a lo razonado, forzoso es concluir que la reclamación en análisis debe ser desestimada, toda vez que, como acertadamente concluyeron



los falladores del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no existen antecedentes que permitan precisar el mercado materia de autos, considerando que la obra pública objeto de la licitación de que se trata no constituye, por sí sola, un mercado relevante en torno al cual se pueda examinar si, efectivamente, concurren los supuestos fácticos y jurídicos del ilícito anticompetitivo que la demandante atribuye a la Municipalidad de San José de la Mariquina.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, no obstante que la indeterminación del mercado relevante basta para desechar el recurso en estudio, en tanto el establecimiento del indicado elemento se alza como una exigencia ineludible para la configuración del ilícito que sirve de sustento a la demanda, resulta necesario dejar explícitamente asentado que concurre otra circunstancia que impide su acogimiento.

DÉCIMO TERCERO: Que, en efecto, la acción deducida en autos se funda en que la demandada habría incurrido en diversas infracciones anticompetitivas al diseñar las Bases de la Licitación denominada "Construcción Infraestructura Sanitaria Estación Mariquina", pues, por su intermedio, habría establecido una barrera de entrada que impide o, cuando menos, dificulta, el acceso de la actora al mercado de la construcción de infraestructura sanitaria.



Así las cosas, y como resulta evidente, las conductas reprochadas a la Municipalidad demandada sólo han podido acaecer con motivo, o a propósito, de la aprobación de las Bases Administrativas y Técnicas del concurso mencionado.

DÉCIMO CUARTO: Que desde esa perspectiva resulta pertinente recordar que el artículo 22 de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, dispone la creación de "un tribunal, denominado "Tribunal de Contratación Pública", que tendrá su asiento en Santiago", mientras que su artículo 24 prescribe, en sus dos primeros incisos, que: *"El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley.*

La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive".

DÉCIMO QUINTO: Que, a su turno, el inciso tercero del artículo 10 de la citada ley establece que: *"Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las*



bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente".

A su vez los dos primeros incisos del artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, preceptúan que: "Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley.

El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato".

DÉCIMO SEXTO: Que, como surge de la debida inteligencia de las normas citadas, la competencia del Tribunal de Contratación Pública se refiere a la impugnación de los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886, vale decir, de aquellos que deben regirse, en lo fundamental, por los principios de libre concurrencia e igualdad de los oferentes y de estricta sujeción a las bases, contenidos en los artículos reproducidos en la consideración precedente.



Esclarecido lo anterior, resulta evidente que la demanda intentada en autos por Constructora Luis Navarro SpA, pese a la pretensión de la actora de dotarla de una apariencia propia de la materia que es de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, incide en cuestiones que son de exclusivo conocimiento del Tribunal de Contratación Pública. En efecto, es la misma demandante quien arguye que el proceder que reprocha a la Municipalidad de San José de la Mariquina ha tenido lugar en la aclaración de las Bases de la licitación de que se trata y ha transgredido la igualdad entre los oferentes, al crear situaciones de privilegio en favor de alguno o de algunos de los proponentes.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, así las cosas, aparece con claridad que la materia sometida al conocimiento y decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia mediante la demanda de fs. 95 escapa por completo del ámbito de su competencia y se inscribe de lleno en aquel que es propio del Tribunal de Contratación Pública, órgano de la judicatura a quien corresponde exclusivamente decidir en torno a la existencia de actos u omisiones arbitrarios o ilegales verificados con ocasión de procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886, entre la aprobación de las Bases de la licitación y su adjudicación.



En ese entendido, y considerando que la demanda de autos se funda, precisamente, en infracciones del señalado carácter, la vía procesal planteada para la decisión del asunto controvertido resulta inapropiada, motivo que, unido al ya expresado en lo que antecede, conduce al rechazo de la reclamación intentada por la actora, Constructora Luis Navarro SpA.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, se resuelve que se **rechaza** el recurso de reclamación deducido por la demandante en la presentación de fojas 291, en contra de la sentencia de siete de marzo de dos mil diecinueve, escrita a fojas 281.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Muñoz.

Rol N° 8843-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., y Sr. Leopoldo Llanos S., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. Santiago, 05 de octubre de 2020.

SERGIO MANUEL MUÑOZ GAJARDO
MINISTRO
Fecha: 05/10/2020 15:12:28

MARIA EUGENIA SANDOVAL GOUET
MINISTRA
Fecha: 05/10/2020 15:12:29



ANGELA FRANCISCA VIVANCO
MARTINEZ
MINISTRA
Fecha: 05/10/2020 15:12:30

LEOPOLDO ANDRES LLANOS
SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 05/10/2020 14:16:01

JORGE LAGOS GATICA
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 05/10/2020 15:12:31



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

