

C.P.C. N° 1168 /

ANT: Oficio N° 5135, de 12 de julio de 2001, del Sr. Presidente del Sistema Administrador de Empresas (SAE), de la Corporación de Fomento de la Producción.

ROL 108-01 C.P.C. =
ROL 285-01 F.N.E. =

MAT: Dictamen de la Comisión Preventiva Central.

SANTIAGO, 23 JUL 2001

1.- Por el oficio citado en el antecedente, el Sr. Presidente del Sistema Administrador de Empresas, dependiente de la Corporación de Fomento de la Producción (Corfo), en adelante SAE, expresa que en los procesos de licitación pública, actualmente en curso, de la Empresa de Servicios Sanitarios del Maule S.A., en adelante Essam S.A., y de la Empresa de Servicios Sanitarios de la Araucanía S.A., en adelante Essar S.A., se ha exigido que los interesados, ya sean consorcios o entidades individuales, presenten sus ofertas constituidos como sociedades anónimas – filiales en su caso – regidas por las normas de las abiertas y con ese preciso objeto, con lo cual se ha dejado fuera expresamente a las actuales sociedades del giro de agua potable y alcantarillado.

Agrega que, no obstante, se ha permitido que puedan presentar ofertas empresas filiales de sociedades anónimas actualmente vigentes y de ese giro, dentro de las cuales se encuentran aquellas ex – filiales de Corfo en las que esta institución mantiene una participación relevante.

Solicita dicha entidad que esta Comisión Preventiva Central emita un pronunciamiento acerca de si la participación de las ex filiales de Corfo podría originar una relación “no recomendable o de alguna asimetría de información” entre el contralor de Essam S.A. y de Essar S.A., el o los controladores de dichas ex – empresas filiales y el resto de los interesados.

2. Por el oficio Ord. N° 703, de 19 de julio de 2001, el Sr. Fiscal Nacional Económico informa en relación con esta consulta y remite las bases de las precalificaciones establecidas para los mencionados procesos de licitación, así como las aclaraciones formuladas a las mismas por los interesados.

3. En respuesta a la consulta formulada por el SAE, esta Comisión expresa lo siguiente:

3.1 Las empresas licitantes, antes individualizadas, han resuelto transferir el derecho de explotación de las concesiones de los servicios sanitarios de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas de que son titulares en sus correspondientes zonas de concesión.

Las bases de precalificación, acompañadas a la consulta, establecen condiciones generales, preliminares y referenciales de las futuras licitaciones, las que tendrán como único objeto el señalado en el párrafo precedente.

Las referidas condiciones son, en lo pertinente a la consulta, las siguientes:

3.2. Las empresas licitantes transferirán a la empresa adjudicataria los derechos de explotación de las concesiones de servicios sanitarios de que son titulares, desde la fecha de suscripción del correspondiente contrato de transferencia, en los términos que señalan los artículos 7° y 32 del DFL N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas – Ley de Servicios Sanitarios –, y 57 y siguientes de su Reglamento (Decreto Supremo MOP N° 121 de 1990).

Mediante la transferencia de los referidos derechos el adjudicatario podrá utilizar todos los bienes de propiedad del licitante adscritos a las concesiones en los términos y condiciones que se establezcan en el respectivo contrato de transferencia que se celebre con el licitador. El adjudicatario será el nuevo operador de los servicios sanitarios y titular de todos los derechos y deberes que en su calidad de explotador del servicio le otorgan la ley y el contrato respectivo, quedando sujeto a la normativa legal sanitaria y sometido a la fiscalización de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

3.3. Podrán participar en la precalificación empresas chilenas y extranjeras, individualmente o asociadas (consorcios), siendo requisito indispensable que se constituyan en sociedades anónimas abiertas conforme a las leyes N°s 18.045 y 18.046, e inscritas en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, con el objeto único y exclusivo de prestar servicios sanitarios, de acuerdo con el artículo 8° del DFL N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas.

3.4. Los postulantes deben prestar una declaración jurada notarial relativa a sus antecedentes, a los de sus matrices y de sus filiales, según corresponda, y respecto de determinadas materias; entre otras, deben acreditar mediante esa declaración que directa o indirectamente no tienen ni tendrán impedimento alguno para adquirir el derecho de explotación de las concesiones sanitarias, considerando las restricciones establecidas en los artículos 63 y 65 de la Ley General de Servicios Sanitarios (D.F.L. N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas).

3.5. En los procedimientos de aclaración de las bases de 28 de junio y 11 de julio de 2001, el SAE, en lo atinente a la materia, reiteró lo siguiente:

a) Para presentar ofertas todos los precalificados, con la anticipación que se establezca en las bases de la licitación, deberán constituirse como sociedades anónimas, en los términos señalados en el N° 8 de las bases de precalificación (Respuesta N° 11, pág. 5, set N° 1).

b) Las entidades que individualmente participen y precalifiquen, que se constituyan como sociedades anónimas, deberán ser compañías formadas exclusivamente para esos procesos, con el objeto de ejercer el derecho de explotación de las concesiones sanitarias del licitador (Essam S.A. o Essar S.A.) y demás prestaciones relacionadas con dicha actividad, debiendo el postulante individual ser accionista mayoritario. En el caso de consorcios que precalifiquen, los socios de la sociedad anónima que constituyan deben ser

3

directamente los mismos integrantes del consorcio (Respuesta N° 18, pág. 1, set N° 2).

c) Los participantes precalificados deben, en consecuencia, constituir una sociedad anónima abierta para el proceso de Essam S.A., y otra, para el proceso de Essar S.A., y en ambos casos el objeto único y exclusivo debe estar referido a la explotación de las concesiones sanitarias.

De acuerdo con las bases de la precalificación, no podrán presentar ofertas en las licitaciones las sociedades anónimas sanitarias ya constituidas (Respuesta N° 26, pág. 4, set N° 2).

d) Respecto de la participación en estas licitaciones de las empresas Emos S.A., Essel S.A., Essal S.A., Esva S.A. y Essbio S.A., se establece que se consultará a esta Comisión Preventiva Central. (Respuesta N° 33, pág. 5, set N° 2).

4. En relación con la consulta que ha formulado el SAE, esta Comisión expresa que no corresponde excluir a priori del proceso de licitación de las empresas sanitarias Essam S.A. y Essar S.A., a las empresas que son ex filiales de Corfo, en las cuales esta institución mantiene una participación accionaria relevante.

Ello, en razón de que prohibir de antemano a las referidas empresas participar en las mencionadas licitaciones constituiría una discriminación fundada en motivos ajenos a la competencia propiamente tal y, por ende, contrario a las normas sobre protección de la libre competencia en las actividades económicas, contenidas tanto en disposiciones de rango constitucional como en el propio Decreto Ley N° 211, de 1973. Además, ello importaría una transgresión a lo dispuesto en la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En efecto, excluir ex ante a las referidas empresas por la sola circunstancia de que el Estado participa en su propiedad accionaria, cualquiera que sea su grado de participación, resultaría un proceder arbitrario, pues tal circunstancia no constituye una razón justificada para impedirles que ejerzan su derecho a competir con otros oferentes en igualdad de condiciones, a través de procesos de licitación pública, en la prestación de los servicios sanitarios.

El Decreto Ley N° 211, de 1973, se inspira en principios de orden constitucional y sus preceptos tienen como finalidad, entre otras, amparar a todas las empresas y personas jurídicas, sea cual fuere su modo de creación, de control o de propiedad, público o privado, en su legítimo derecho a competir en el desarrollo de actividades económicas lícitas, conforme a las normas legales que las regulen, y a no recibir un trato discriminatorio ilegítimo por parte del Estado y sus organismos en materias económicas.

La propia Constitución Política dispone expresamente que las empresas a través de las cuales el Estado ejerce actividades empresariales están sometidas a la misma legislación común aplicable a los particulares, motivo por el cual los órganos públicos no deben dar un trato distinto a las empresas públicas del que otorgan a las empresas privadas del mismo giro y que desarrollan sus actividades en las mismas condiciones de mercado.

El artículo 2°, letra f), del Decreto Ley N° 211, de 1973, establece de una manera general que es contrario a sus disposiciones cualquier arbitrio, hecho o acto que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre

4
competencia en las actividades económicas, incluidos, por cierto, los actos de la autoridad, de las empresas públicas y demás organismos del Estado.

El artículo 8° bis de la citada Ley N° 18.575, luego de la modificación que introdujo la Ley N° 19.653, dispone, a su vez, que los contratos administrativos, naturaleza jurídica que tendría en la especie el contrato de transferencia de los derechos de explotación de las concesiones de servicios sanitarios, deben celebrarse previa propuesta pública, en cuyo procedimiento concursal rijan los principios de la libre concurrencia de todos los oferentes interesados en la convocatoria, sin exclusiones, y de igualdad ante las bases que rigen el contrato, sin otras restricciones que aquellas que emanen de los requisitos técnicos, financieros o económicos fijados en las bases para todos los postulantes.

Lo anterior no obsta a que en el presente caso, por tratarse los servicios sanitarios de un mercado regulado por ley, se dé cumplimiento, además, a las normas restrictivas especiales previstas en los artículos 63 y 65 de la Ley General de Servicios Sanitarios, aprobada por el D.F.L. N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, materia que ha sido expresamente contemplada en estas bases de precalificación, como se ha indicado en el N° 2.4. de este informe, y que debiera ser objeto de fiscalización por parte de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Se afirma en la consulta que no sería recomendable permitir que concursaran en estas licitaciones las empresas que fueron filiales de Corfo, ya que por tener en ellas esta institución una participación accionaria importante podría originarse alguna asimetría de información entre los controladores de esas empresas y de los licitantes con el resto de los interesados.

Sobre el particular, esta Comisión estima que esta materia debiera resolverse a la luz de otras legislaciones y ante otras instancias de control, que sancionan el uso indebido de información privilegiada, los conflictos de intereses y eventuales faltas a la probidad pública, según fuere el caso, pero en modo alguno corresponde, desde el punto de vista de la legislación sobre defensa de la libre competencia en las actividades económicas, considerar esta posible asimetría de información y un eventual aprovechamiento ilícito de la misma, para los efectos de negar el derecho a competir que tienen las aludidas empresas dentro de los procesos de licitación pública a que se refiere la consulta.

Igualmente estima esta Comisión que en la especie no podría considerarse que se transgrede el principio de igualdad entre los oferentes por el solo hecho de que el Estado y los organismos que lo representan tengan que resolver una licitación en que intervienen empresas con participación estatal minoritaria, toda vez que, a juicio de esta Comisión, en las bases de las licitaciones deben establecerse condiciones objetivas, generales y no discriminatorias para acceder a dichos concursos y, sobre todo, reglas precisas y objetivas a las que deba someterse la autoridad para resolver las adjudicaciones.

5. Por las consideraciones expuestas, esta Comisión informa al Sr. Presidente del Sistema Administrador de Empresas (SAE) que, desde el punto de vista de la legislación aprobada por el Decreto Ley 211, de 1973, no corresponde excluir a las empresas que fueron filiales de Corfo, en las que ésta mantiene participación accionaria, de los procesos de licitación de las empresas sanitarias Essam S.A. y Essar S.A., sin perjuicio de prevenir a esa entidad que es su obligación velar por que en las bases definitivas de las licitaciones se

establezcan condiciones objetivas, generales y no discriminatorias para acceder a esos procesos y para que la autoridad resuelva las respectivas adjudicaciones.

Notifiquese al Sr. Presidente del Sistema Administrador de Empresas (SAE), dependiente de la Corporación de Fomento de la Producción, y al Sr. Fiscal Nacional Económico.

El presente dictamen fue acordado en sesión de 20 de julio de 2001, de esta Comisión Preventiva Central, por la unanimidad de sus miembros, señores Sergio Espejo Yaksic, Presidente, José Yáñez Henríquez, Rodemil Morales Avendaño y Carlos Castro Zoloaga.

No firma el Sr. Castro, no obstante haber concurrido al acuerdo por encontrarse ausente.

