

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 138/2014.

Santiago, treinta de julio de dos mil catorce.

VISTOS:

1. A fojas 80, con fecha 29 de mayo de 2013, Ramírez y Compañía Limitada (en adelante, “Ramírez”) dedujo demanda en contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (en lo sucesivo “el Ministerio” o el “MTT”) por supuestas infracciones a las normas de defensa de la libre competencia, con ocasión del diseño de las bases de la licitación para Otorgar Concesiones para Operar Establecimientos que Practiquen Revisiones Técnicas de Vehículos (en adelante, las “Bases” o las “Bases de Licitación”, indistintamente) y de los llamados efectuados conforme a las mismas para adjudicar concesiones de plantas de revisión en cada una de las las regiones V, VI y Metropolitana (en adelante también, las “Licitaciones”).

1.1. En su demanda, el actor expone que tiene como giro principal la revisión técnica de vehículos motorizados. A la fecha de la demanda había adquirido las bases para participar de los llamados a licitación de plantas de revisión técnica que realizó el MTT para las regiones V, VI y Metropolitana.

1.2. En lo que respecta al mercado relevante, explica que existen tres clases de plantas de revisión técnica: plantas revisoras clase A (para vehículos de más de nueve asientos, vehículos con capacidad para transportar más de 1.750 kilos, minibuses de transporte privado remunerado de pasajeros, vehículos de transporte escolar, maquinaria automotriz y otros); plantas revisoras clase B (para todos los vehículos no comprendidos en la clase A); y, plantas revisoras clase AB (para todo tipo de vehículos). En la Región Metropolitana existe una subdivisión de las plantas clase A: las A1 (sólo para buses); y las A2 (para otros vehículos clase A). Además, existen dos clases de líneas de revisión: tipo L, destinada a vehículos livianos y tipo P, para vehículos pesados. También existe una línea de revisión mixta para todo tipo de vehículos. En general, las plantas clases A1, A2 y AB tienen líneas tipo L, P y mixta; mientras que las plantas clases B, sólo tienen líneas tipo L.

1.3. Ramírez sostiene que a la fecha de la presentación de la demanda existían 24 concesionarios de plantas de revisión técnica, entre los cuales se distribuían las 94 plantas y 333 líneas livianas y pesadas que existían a nivel nacional.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.4. Luego señala que en Chile se realizan 4,9 millones de revisiones técnicas, lo que supera el total del parque automotriz (3,3 millones). Esto se debería en parte a los rechazos, que promedian un 30%, y a que determinados vehículos (taxis y diesel) deben efectuar dos revisiones al año.

1.5. Indica que con fecha 27 de noviembre de 2012, el MTT dictó la Resolución N° 251 que aprobó las Bases de Licitación. En ellas se establecieron las normas que regularían el proceso y se determinaron las condiciones que debería cumplir cada planta. El 10 de abril de 2013, por medio de la Resolución N° 83, se efectuaron modificaciones a las mismas.

1.6. En las Bases de Licitación, prosigue Ramírez, se establece que la duración de la concesión será establecida en la resolución que realice el llamado para cada una de las regiones, en un período que no podrá ser inferior a los 6 años ni superior a los 10.

1.7. En lo relativo a las cuestiones técnicas, la demandante afirma que *“llaman la atención”* algunas de las exigencias realizadas por el MTT, como por ejemplo: (i) la posibilidad de que el concesionario sea obligado a aumentar su capacidad, si los tiempos de espera en la planta superan los 60 minutos, sin considerar los rendimientos por línea, que también están regulados por las Bases; (ii) la exigencia de una certificación distinta a la que se debe obtener bajo la Norma ISO 9001:2008, no existiendo a la fecha de la demanda agencias que realicen dichas certificaciones; y, (iii) el establecimiento de la obligación de los concesionarios de elaborar el software a utilizar, el que inicialmente iba a proporcionar el MTT.

1.8. En lo relativo a las bases administrativas, éstas establecen que un proponente sólo se puede adjudicar una concesión por región, salvo en las regiones que determine el MTT, en que se podrán adjudicar dos concesiones a un mismo proponente, quien, en todo caso, no podrá adjudicarse más del 25% de las líneas por región.

1.9. El punto 2.2.5.5. de las Bases de Licitación regula la garantía de seriedad de la propuesta que deben realizar los concesionarios que quieran participar en las Licitaciones. Se exige una boleta bancaria de garantía de \$20.000.000, que debe ser entregada a más tardar 2 días hábiles antes de la recepción de las ofertas técnicas y económicas. La boleta debe tener un plazo de vigencia no inferior a 150 días contados desde la fecha de la entrega de las propuestas, y ser pagadera con un máximo de 30 días de aviso.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.10. Respecto de la adjudicación, Ramírez señala que: (i) se realiza la puntuación de las ofertas técnicas de acuerdo a la pauta, que tiene un máximo de 100 puntos; (ii) se abren las ofertas económicas de aquellos proponentes cuyas ofertas técnicas hayan alcanzado entre 80 y 100 puntos; y, (iii) se elabora una lista en orden ascendente según la tarifa de presentación, considerando todas las concesiones que se licitan en la región. Las distintas concesiones se adjudican considerando la menor tarifa de presentación para cada una de ellas. La primera concesión que se adjudique corresponderá al proponente que ocupe el primer lugar de la lista y así sucesivamente, hasta completar la totalidad de las concesiones a adjudicar en la región. En caso de empate, se adjudica la respectiva concesión al proponente que presente la mejor evaluación técnica. De mantenerse el empate, se adjudica al proponente que presente la mejor calificación en el ítem calidad de servicio; y, de persistir el empate, se adjudica al proponente que presente la mejor calificación en los ítems de personal, equipamiento técnico y localización de instalaciones (en este orden).

1.11. En las Bases de Licitación se regula además el procedimiento de firma del contrato de concesión y la entrega de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

1.12. La demandante explica que el llamado a licitación para la V Región fue realizado por Resolución N° 41, de 5 de febrero de 2013; el llamado a licitación para la VI Región fue realizado por Resolución N° 271, de 10 de diciembre de 2012; y, por último, el llamado a licitación para la Región Metropolitana fue realizado mediante Resolución N° 272, de 10 de diciembre de 2012. Las resoluciones N° 271 y N° 272 fueron modificadas por las resoluciones N° 89 y N° 88, respectivamente, que agregaron nuevos requisitos para los proponentes y, en el caso de la N° 88, además redistribuyó las zonas de concesión 2 y 3. Esto último, a juicio de la demandante, generó importantes beneficios para algunos de los incumbentes.

1.13. Ramírez señala que las Bases de Licitación y las diferentes resoluciones que realizan los respectivos llamados, sumados a ciertas acciones de funcionarios del MTT, constituyen atentados a la defensa de la libre competencia. Luego, agrega que la sujeción de las autoridades del Estado a las normas de defensa de la libre competencia en Chile está reconocida en el Decreto Ley N° 211 (en lo sucesivo, “D.L. N° 211”), la jurisprudencia de este Tribunal y en las guías de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.14. En particular, señala que las Bases de Licitación y sus correspondientes llamados impedirían, restringirían y entorpecerían la libre competencia de tres formas. En primer lugar, generarían barreras a la entrada al conceder preferencias “*exageradamente amplias*” a las actuales concesionarias, que serían imposibles de superar por nuevos entrantes. En segundo lugar, producirían un importante riesgo de colusión, al crear mecanismos de comunicación previos a la entrega de la oferta entre los mismos oferentes; al no resguardar la información que recibe el Ministerio; y al no proteger la identidad de los distintos oferentes (además de otras actuaciones de funcionarios del MTT que habrían organizado reuniones entre competidores previas a los llamados a licitación). En tercer lugar, el método de asignación de las distintas concesiones sería anticompetitivo, no respetaría el orden público económico, sería discriminatorio y redundaría en un mayor precio promedio a los usuarios.

1.15. En lo que respecta a las barreras a la entrada, éstas se habrían creado mediante el diseño de las Bases (con sus modificaciones) y de los llamados a licitación, al concederse ventajas a los actuales concesionarios de plantas de revisión técnica. Por ejemplo, a cambiar las exigencias de cantidad de estacionamientos, todos los actuales concesionarios de la Región Metropolitana cumplirían con este requisito de las Bases. Además, a partir de la modificación, se habrían generado excesivas ventajas para los incumbentes en las comunas de La Florida y Macul, al haberse rebajado el número de líneas de revisión en algunas concesiones y haberlo aumentado en otras. De esta forma, a su juicio, no se estaría resguardando la “*competencia por la cancha*”, por lo que la entrada de nuevos concesionarios sería prácticamente imposible.

1.16. En lo que respecta al “*riesgo de colusión*”, señala que el mercado relevante es uno con escasa o nula entrada de nuevas empresas; con condiciones estables y predecibles para la industria; que tiene productos o servicios estandarizados y que no tienen ningún sustituto, por lo que el riesgo de colusión entre los oferentes sería muy alto. Luego, afirma que en las Licitaciones la colusión entre los actores sería “*prácticamente inevitable*”, porque la persona a cargo del proceso por parte del MTT, doña Celeste Chiang Arias, sostuvo una reunión con concesionarios de la V Región, en la cual les habría dado a conocer las Bases con anterioridad a la fecha de su publicación, lo que sería contrario a la libre competencia por haber reunido en un mismo lugar a competidores, otorgándoles información acerca de un futuro llamado a licitación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.17. Además, alentaría las conductas colusorias el que, conforme a las Bases de Licitación, cada proponente deba entregar, a más tardar dos días hábiles antes de la recepción de la propuesta definitiva, una boleta bancaria de garantía por un monto de \$20.000.000, en un sobre cerrado, señalando la región a la que corresponde la licitación, la concesión a la que se postula y el nombre del proponente. Es decir, dos días antes de que se entreguen las propuestas, el MTT sabría exactamente quién, dónde, cómo postulará y a qué concesión, pues además se debe acompañar una boleta de garantía por cada una de las concesiones a las que se postula. Esto tendría dos consecuencias graves: (i) el elevado monto no cumpliría con la recomendación de la OCDE de no pedir montos altos de garantía; y, (ii) se crearía un riesgo de colusión entre ciertos concesionarios, quienes podrían repartirse el mercado en forma previa a las Licitaciones.

1.18. Finalmente, en lo relativo al método de asignación de las distintas concesiones (que tiene el precio como factor dirimente) señala que la norma contenida en el artículo 4° de la Ley N° 18.696 no sería congruente con la del artículo 6° de la Ley N° 19.886. Por esta razón, haber seguido un método distinto del utilizado por el MTT (heurístico), en que se realicen todas las combinaciones posibles, habría resultado en la entrega del servicio al menor precio posible, neutralizando las posibles colusiones entre los oferentes (porque no tiene sentido que éstos se pongan de acuerdo, si se busca el precio promedio más bajo entre los distintos postulantes).

1.19. En mérito de lo anterior, Ramírez solicita a este Tribunal:

(i) Suspender los llamados a licitación para otorgar concesiones para operar establecimientos que practiquen revisiones técnicas de vehículos, en las regiones V, VI y Metropolitana, según lo establecido en las resoluciones mencionadas en el cuerpo de su demanda, dictadas todas por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y las Bases de las Licitaciones establecidas por el mismo organismo;

(ii) Modificar las Bases de Licitación, de forma tal de neutralizar las amenazas a la libre competencia y garantizar una asignación justa y competitiva de las concesiones, asegurando por lo menos las siguientes cuestiones: (a) que las bases establezcan condiciones igualitarias entre los actuales concesionarios de plantas de revisión técnica y los proponentes que no se encuentran en el mercado; (b) eliminar las barreras a la entrada; (c) realizar una distribución de las zonas de concesión que asegure un justo equilibrio entre los costos y cargas en que debe

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incurrir cada proponente; (d) tomar medidas para neutralizar el riesgo de colusión, resguardando la información de cada proponente, garantizando el anonimato durante toda la licitación, estableciendo la entrega de todos los documentos en un solo acto -en lo posible por vía electrónica-, no realizar reuniones entre competidores antes o durante el proceso de licitación y durante el funcionamiento de ésta; (e) diseñar una fórmula de asignación de las concesiones que, buscando obtener el mejor servicio, se otorgue al mejor precio posible, de acuerdo a una fórmula heurística y probabilística, que garantice el menor precio promedio, o de acuerdo al mejor parecer de este Tribunal; y, (f) todo aquello que este Tribunal estime pertinente y necesario para garantizar que el proceso de licitación de plantas de revisión técnica sea justo y competitivo, garantizando el tratamiento equitativo entre todos los competidores;

(iii) En subsidio, que ordene al MTT modificar las Bases de Licitación, asignándole el deber de consultar las bases definitivas ante la FNE o ante este Tribunal;

(iv) Que se ordene al MTT realizar nuevos llamados a licitaciones para otorgar concesiones para operar establecimientos que practiquen revisiones técnicas de vehículos, en un plazo no mayor a 1 año desde la fecha en que quede firme la sentencia definitiva; y,

(v) Condenar en costas a la demandada.

2. A fojas 284, con fecha 8 de julio de 2013, el MTT contestó la demanda, solicitando su rechazo, con expresa condenación en costas, por las siguientes consideraciones:

2.1. El primer lugar, controvierte los hechos fundantes de la demanda, indicando que, de conformidad con el artículo 1698 del Código Civil, corresponde al demandante acreditar los elementos que configurarían la responsabilidad invocada, así como la existencia de los perjuicios reclamados.

2.2. Luego, indica que existe una intensa regulación aplicable a las plantas de revisión técnica, por la naturaleza misma del servicio, porque no obstante ser una actividad realizada por particulares, satisface una necesidad pública, ya sea que se le considere "*un servicio público impropio*" o una "*actividad privada de interés público*".

2.3. Las plantas de revisión técnica están reguladas por la Ley N° 18.696 (que regula la actividad de transporte de pasajeros), que establece las bases

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

esenciales y los lineamientos fundamentales sobre la materia y entrega al MTT amplias facultades para regular la actividad.

2.4. Respecto de la creación de barreras a la entrada, el MTT señala que no está obligado a justificar las modificaciones efectuadas a las Bases de Licitación, ya que estas decisiones se basan en facultades privativas de la autoridad. Afirma que los cambios respondieron a necesidades y no a las consultas realizadas. En lo que respecta al caso de La Florida y Macul (en que a juicio de Ramírez se habría favorecido a los incumbentes), explica que primero determina el número de líneas por comunas y, de acuerdo a esto, establece el número de plantas necesarias y las clases de las mismas. En el caso de Santiago, las comunas se agrupan en zonas, y atendida a la dificultad de encontrar terrenos en las comunas de Las Condes, La Reina, Vitacura y Providencia, se optó por agregar nuevas comunas a esa zona (La Florida, Macul y Colina, atendida su proximidad y el número de líneas que aportarían), a fin de que no todas las plantas quedaran ubicadas en Huechuraba y Lo Barnechea.

2.5. Agrega que no es efectivo que la búsqueda de terrenos sea uno de los mayores costos para los incumbentes, porque lo que constituye en sí un costo para las Licitaciones es el valor de los terrenos, y dicho costo es insoslayable para todos los interesados, aun cuando dispongan ya del terreno para presentarse a las Licitaciones.

2.6. En relación al cambio de exigencias en el número de estacionamientos, explica que esto tampoco responde a una solicitud, sino a la necesidad de mejorar la gestión de las plantas de revisión técnica; y que no sería efectivo que el número haya disminuido a la mitad, ya que éstos siguen siendo mayores que los exigidos en licitaciones anteriores.

2.7. Respecto del riesgo de colusión y la entrega de las boletas de garantía con 2 días de anticipación, señala que las bases no estipulan que los interesados asistan personalmente a entregarlas, pudiendo mandarlas por correo o a través de algún apoderado, y que las fechas señaladas en los llamados son las fechas máximas de recepción de las boletas, por lo que podrían entregarlas con anterioridad. Por otra parte, el MTT explica que el hecho de reunir las boletas no implica un riesgo de colusión (de existir ese ánimo, lo razonable sería que las empresas tomaran contacto con anterioridad y previo a efectuar las ofertas) y que mantiene en su poder garantías asociadas a otros procesos de licitación, bajo la debida custodia. Finalmente, agrega que el análisis de las boletas requiere de un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estudio pormenorizado que no se puede realizar en el acto de apertura, por lo que las solicita con antelación.

2.8. En relación a la garantía de seriedad de la oferta, señala que Ramírez se confunde, porque un interesado en instalar y operar cuatro plantas en la V a VIII región no debe desembolsar \$80.000.000, porque las garantías son por concesión y no por plantas, de modo que, independiente del número de plantas que integren una concesión, la boleta siempre será por un monto de \$20.000.000. Explica que la boleta se justifica en resguardar la seriedad de cada oferta a un mismo valor y no permite a los interesados presentarse a distintas concesiones con una sola boleta. Además, su monto corresponde al valor que el MTT estima le permitiría resarcir los perjuicios ocasionados cuando un interesado retire su oferta en el medio de una licitación; y, es menor que el valor solicitado en las licitaciones del 2003, en que la demandante fue proponente y se adjudicó una concesión en la VI región (lo que constituiría un comportamiento contradictorio, que va en contra de sus propios actos).

2.9. Respecto a la acusación relativa a propiciar una reunión entre los actuales concesionarios, explica que el día 27 de noviembre de 2012 efectivamente se realizó una reunión en las oficinas de la Seremitt de la V Región para tratar la modificación al Decreto Supremo N° 156, a la cual asistieron todos los “*planteros*” de la V región, la Seremitt y la profesional a cargo de las plantas de revisión técnica. A esa fecha, sin embargo, la Contraloría General de la República aún no tomaba razón de las Bases. Además, indica que se habría realizado otra reunión el 30 de enero de 2013, a la que asistieron el Ministro, la señora Celeste Chiang Arias y dos concesionarios de la V región, en la cual estos últimos manifestaron inquietudes respecto del texto de las Bases, que explicaron haber obtenido por medio de un requerimiento conforme a la Ley de Transparencia. Esto denotaría que no fue el MTT quien los puso en conocimiento del borrador. Agrega que a esa fecha aún no estaba definido el llamado para la región.

2.10. Por último, el MTT señala con respecto a esta acusación, que los concesionarios ya tendrían formas de reunirse, por ejemplo, porque participarían en una asociación gremial de plantas revisoras en la V Región.

2.11. Respecto del criterio de evaluación, indica que el artículo 4° de la Ley N° 18.696, impone al Ministerio un mandato de adjudicar “*al oferente que ofrezca el menor precio por los servicios para la tecnología y calidad técnica especificada en las bases de licitación*”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.12. Señala que ha actuado con estricta sujeción a la normativa. Agrega que el acto administrativo impugnado fue tomado de razón por la Contraloría General de la República, por lo que ha de presumirse que las Licitaciones se encuentran ajustadas a Derecho.

2.13. En mérito de lo anterior, solicita a este Tribunal rechazar la demanda en todas sus partes, con expresa condena en costas.

3. A fojas 540, con fecha 28 de agosto de 2013, Guly Sociedad Anónima (en lo sucesivo, "Guly") dedujo demanda en contra el MTT por supuestas infracciones al artículo 3° del D.L. N° 211 al impedir, restringir y entorpecer la libre competencia en el mercado de la instalación y operación de plantas de revisión técnica de vehículos livianos y pesados, clases A, B y AB, en las regiones II, IV, V, VI, VII y Metropolitana.

3.1. En su demanda, Guly expone ser una persona jurídica de derecho privado, constituida en Uruguay, participante del mercado de las revisiones técnicas de vehículos en dicho país. Afirma que es una compañía con la experiencia y capacidad económica necesarias para participar en esta industria, lo que le permite ser parte de distintos procesos de concesión y operación de plantas de revisión técnica de vehículos tanto en Uruguay como en el resto de América Latina.

3.2. Guly describe el mercado relevante en los mismos términos que Ramírez y señala que, a su juicio, el acto que impediría, limitaría y entorpecería la libre competencia en dicho mercado es el requisito establecido en el punto 2.2.1. de las Bases, que dispone: "*Podrán presentar propuestas, personas naturales y/o jurídicas constituidas en Chile que acrediten haber adquirido las presentes bases*". Esta prohibición habría sido ratificada en la Resolución Exenta N° 1048/2013 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que aprobó aclaraciones y respuestas a las consultas sobre las Bases. En efecto, en una de las preguntas -la número 182- se le consultó al Ministerio: "*¿Las sociedades extranjeras constituidas en el extranjero e inscritas en Chile, pueden participar en el proceso de licitación?*". La respuesta textual fue: "*No. Las sociedades deben estar constituidas en Chile*".

3.3. Afirma Guly que la demandada, al impedir el acceso de sociedades extranjeras a las Licitaciones, ha limitado de forma arbitraria el derecho a competir en el mercado, ya que lo ha restringido sólo a sus connacionales. Esta conducta, a su juicio, configuraría una discriminación arbitraria o negativa injustificada de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contratación, en perjuicio de cualquier sociedad extranjera que desee participar en las Licitaciones.

3.4. En efecto, indica que para configurar una negativa a contratar deben concurrir copulativamente las siguientes circunstancias: (i) que un agente económico vea sustancialmente afectada su capacidad de actuar o de seguir actuando en el mercado, por encontrarse imposibilitada para obtener en condiciones comerciales normales los insumos necesarios para desarrollar su actividad económica; (ii) que la causa que impida a ese agente económico acceder a tales insumos consista en un grado insuficiente de competencia entre los proveedores de los mismos, de tal manera que uno de esos proveedores, o varios de ellos coludidos, niegue o nieguen a tal persona el suministro; y, (iii) que el referido agente económico esté dispuesto a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas por el proveedor respecto de sus clientes, pues tal aceptación impone necesariamente a éste la obligación de vender o suministrar lo que se le solicita. A su juicio, en el caso de autos se verificarían estos tres presupuestos, ya que Guly se habría visto absolutamente imposibilitada de participar en el mercado de las revisiones técnicas, al no poder acceder a los insumos que son administrados por el Estado a través del MTT. Finalmente, indica que las empresas extranjeras estarían dispuestas a aceptar las condiciones comerciales usualmente establecidas en este mercado. En consecuencia, el único elemento que impediría su entrada al mercado de las revisiones técnicas, sería el actuar arbitrario del MTT.

3.5. A mayor abundamiento, señala que el punto 2.2.1 de las Bases de Licitación y la respuesta a la pregunta 182, vulneran el espíritu del “*Acuerdo de Complementación Económica entre Chile y MERCOSUR (ACE N° 35)*” que entró en vigencia el 1° de octubre de 1996, en la parte que se refiere a que los países no pueden permitir la competencia desleal. También vulnera los documentos y directrices de la OCDE.

3.6. Además, afirma que las Bases de Licitación constituirían una violación flagrante a dos tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile que se encontrarían vigentes. Estos son: el “*Acuerdo de Inversiones Chile Uruguay*”, suscrito el 25 de marzo de 2010 -ratificado por el Congreso Nacional y promulgado por el Ejecutivo- que en su artículo 3° dispone que, “*cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio (...); y, el “*Acuerdo de Contratación Pública entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay*”.

3.7. Indica Guly que este último tratado entró en vigencia el día 13 de agosto de 2012, según lo establece el Decreto N° 84 de 2012, y regula los llamados a licitación que hacen ambos países, permitiendo que los nacionales o personas jurídicas de un país participen en las licitaciones en igualdad de condiciones con los nacionales o personas jurídicas del otro país. Su artículo 1° dispone: “*El presente Acuerdo tiene por objeto la apertura efectiva y recíproca de los mercados de contrataciones públicas entre las Partes, asegurando a sus bienes, servicios, incluidos los servicios de construcción u obra pública, y a los proveedores cubiertos por este acuerdo, un trato no discriminatorio en el territorio de la otra Parte*”.

3.8. Precisa que su artículo 3° establece que “*se aplica a las medidas que una parte adopte o mantenga relativas a las contrataciones públicas, por una entidad: por medio de cualquier modalidad contractual*”. Es decir, el acuerdo de contratación referido se aplicaría a las bases de licitación para otorgar concesiones para operar establecimientos que practiquen revisiones técnicas de vehículos, porque las bases son o constituyen un acto administrativo que establece procedimientos y requisitos para participar en una licitación.

3.9. Guly añade que el mismo acuerdo internacional, en su artículo 5° , define lo que es el Trato Nacional y No Discriminación, disponiendo que, “*Con respecto a cualquier medida cubierta por este Acuerdo, cada Parte otorgará a los bienes, a los servicios y a los proveedores de la otra Parte, un trato no menos favorable que la Parte otorgue a sus propios bienes, servicios y proveedores*”. Según Guly, en el caso de autos el MTT estaría dejando fuera del proceso licitatorio a un proveedor de Uruguay. El mismo artículo 5° es más específico y señala en su numeral 2 letra a) que, “*Con respecto a cualquier medida cubierta por este Acuerdo, ninguna parte podrá: (a) tratar a un proveedor establecido localmente de manera menos favorable que a otro proveedor establecido localmente, en razón a su grado de afiliación o propiedad extranjera*”. Esta norma sería, a su juicio, la que se aplicaría más directamente al caso de autos, pues aunque ella realizó todos los trámites necesarios e incluso obtuvo RUT, fue discriminada y tratada en forma desfavorable en relación a otros proveedores establecidos localmente en razón a su grado de afiliación extranjera.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.10. De esta forma el Estado de Chile, por medio del MTT, habría dado un trato menos favorable a proveedores de otro país, en circunstancias que existe un tratado que lo prohíbe en forma expresa. Además, las Bases le habrían quitado capacidad legal a las sociedades extranjeras sin tener en consideración las normas legales que lo prohíben. Afirma que cumple con los requisitos establecidos en Uruguay para participar en licitaciones públicas, y que las sociedades chilenas pueden participar en una licitación en Uruguay sin problema, pero en este caso, por un acto del MTT, que califica de arbitrario, las sociedades uruguayas no podrían participar en una propuesta en Chile.

3.11. Agrega que las antiguas bases tipo, aprobadas mediante el Decreto N° 2 del MTT del año 2003, establecían en el punto o artículo 3.2.2.1 que: “*Podrán presentar propuestas, personas jurídicas constituidas en Chile y Agencias de Sociedades extranjeras, de conformidad a los artículos 121, 122 y 123 de la Ley 18.046*” y afirma que el cambio es totalmente ilegal y arbitrario. Indica que ha sido excluida del proceso licitatorio, al igual que otras sociedades uruguayas, como la sociedad Handler S.A., (cuyo nombre de fantasía es “Autodiagnóstico”), quien habría efectuado una presentación formal ante la Cancillería de Uruguay, reclamando por los mismos hechos.

3.12. En mérito de lo descrito, solicita a este Tribunal:

- (i) Suspender los llamados a licitación para otorgar concesiones para operar establecimientos que practiquen revisiones técnicas de vehículos en las regiones II, IV, V, VI, VII y Metropolitana, en especial en las zonas donde ya se ha hecho y en aquellas regiones del país en que aún no se ha realizado el llamado a licitación;
- (ii) Modificar las Bases de Licitación, en el sentido de garantizar el libre acceso de las sociedades extranjeras, en especial a las sociedades uruguayas;
- (iii) Declarar que los procesos denominados “*Llamado a Licitación para otorgar concesiones para operar Establecimientos que practiquen Revisiones Técnicas de Vehículos*” para las Regiones II, IV, V, VI, VII y Metropolitana, infringen el D.L. N° 211 mientras no se subsanen los vicios;
- (iv) Realizar todo aquello que estime pertinente y necesario para garantizar que los procesos de licitación de plantas de revisión técnica, sean justos y competitivos, garantizando el tratamiento equitativo entre todos los competidores;
y,
- (v) Que se ordene a la demandada pagar las costas de la causa.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4. A fojas 572, con fecha 23 de septiembre de 2013, el MTT contestó la demanda de Guly, solicitando su rechazo, con expresa condena en costas.

4.1. El MTT controvertió los hechos fundantes de la demanda indicando que, de conformidad con el artículo 1698 del Código Civil, corresponde al demandante acreditar los elementos que configurarían la responsabilidad invocada, así como la existencia de los perjuicios reclamados.

4.2. Explica, al igual que al contestar la demanda de Ramírez, que existe una intensa regulación aplicable a las plantas de revisión técnica, por la naturaleza misma del servicio. Añade, asimismo, que las plantas de revisión técnica están reguladas en la Ley N° 18.696, que en su artículo 4° entrega al MTT amplias facultades para regular la actividad.

4.3. Señala que no ha existido negativa de contratación, pues los requisitos para ello no concurrirían. En su entender, no se habría negado a las sociedades extranjeras la posibilidad de participar en las Licitaciones por una mera arbitrariedad o capricho, sino por las razones que expone a continuación.

4.4. En primer lugar, porque producto de las permanentes fiscalizaciones a las plantas de revisión técnica, las Secretarías Regionales inician una gran cantidad de procesos sancionatorios en contra de los concesionarios, a fin de hacer efectivas las responsabilidades por los incumplimientos detectados. Dado que los procesos son dirigidos en contra del representante legal de la empresa, sería prácticamente inviable iniciar un procedimiento administrativo de esa naturaleza contra una empresa extranjera que no se haya constituido en Chile, ya que se entorpecería la continuidad de los mismos, atendido que las notificaciones deben ser por correo certificado, lo que dilataría los procedimientos e incumpliría los plazos dispuestos. Además, el alto costo que ello implicaría se traduciría en un trato discriminatorio con las empresas nacionales.

4.5. En segundo lugar, porque sin perjuicio de que las Bases contemplan la exigencia para el concesionario de contar con una póliza de seguro por un mínimo de 3.000 unidades de fomento por daños y perjuicios ocasionados a los vehículos en el recinto de la respectiva planta de revisión técnica, los usuarios afectados podrían encontrarse en una situación de desmedro por lo costoso y complejo que resultaría demandar a una persona jurídica extranjera con domicilio fuera del país. De este modo, la exigencia de constitución en Chile operaría como una forma de protección a los usuarios del servicio u otro afectado por las actividades que pueda desarrollar el concesionario.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.6. En tercer lugar, porque existe una relación permanente entre el MTT y las concesionarias, y la comunicación e interacción necesaria se podría ver entorpecida por la inexistencia de representantes legales de empresas extranjeras no constituidas en Chile.

4.7. En cuarto lugar, porque se debe resguardar la igualdad de trato a los oferentes: las Bases están diseñadas para exigir idénticos requisitos a cualquier proponente que se presente al proceso licitatorio, y aceptar empresas constituidas en el extranjero implicaría efectuar distinciones para postular, en lo relativo a exigencias legales, financieras, laborales y previsionales.

4.8. En quinto lugar, porque se exige que la empresa adjudicataria comunique cualquier modificación societaria en el plazo de 10 días hábiles contados desde la fecha de la escritura, lo que es imposible de cumplir para empresas extranjeras y llevaría a que el MTT no cuente con información societaria actualizada de la empresa extranjera.

4.9. De esta forma, señala el MTT, la exigencia de ser una persona jurídica constituida en Chile encuentra gran parte de su fundamento en elementos prácticos y busca evitar complicaciones burocráticas excesivas en las relaciones que mantiene con los concesionarios, y las que existen entre estos últimos y los usuarios.

4.10. En cuanto a la alegación de que el punto 2.2.1 de las Bases vulneraría el espíritu del Acuerdo entre Chile y Mercosur, en la parte que se refiere a que los países no pueden permitir la competencia desleal, y en cuanto a que vulneraría también las directrices de la OCDE, afirma que la demandada no es competidora de la demandante, no es un agente dentro del mercado y no se han empleado medios ilegítimos.

4.11. Con respecto al *“Acuerdo de Inversiones entre Chile y Uruguay”*, indica que no es aplicable en la especie, dado que se trata de un tratado sobre inversión extranjera. Con todo, de tratarse de un caso de inversión extranjera, señala que igualmente la demandante tendría que demostrar que Uruguay no otorga un trato menos favorable en este tipo de servicios a las sociedades chilenas (“trato recíproco”). Además, Guly, omitiría precisar cómo se habría producido la supuesta vulneración.

4.12. En cuanto al *“Acuerdo de Contratación Pública entre Chile y Uruguay”*, señala que los objetivos del mismo son: (i) mejorar el ahorro del Estado; y, (ii) generar condiciones de acceso a los proveedores uruguayos en las compras de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otros países. Sería entonces necesario distinguir dos situaciones: (i) cuando el Estado actúa como requirente de bienes y servicios para el ejercicio de su función pública; y, (ii) cuando el Estado entrega a un tercero el ejercicio de dicha función pública mediante una concesión de servicio público. Sólo en el primer caso es aplicable el Tratado, y siempre que el Estado actúe como requirente y adquiera para sí bienes o servicios; y no cuando entregue una concesión para que un tercero gestione el servicio.

4.13. Finalmente señala que la Resolución que se pretende impugnar fue tomada de razón con fecha 4 de diciembre de 2012 por la Contraloría General de la República, por lo que ha de presumirse que se encuentra ajustada a derecho.

4.14. En mérito de lo anterior, solicita a este Tribunal rechazar la demandada interpuesta en todas sus partes, con expresa condenación en costas.

5. A fojas 442 y 722, con fecha 3 de octubre de 2013 se acumuló a la causa rol N° 256-2013, caratulada “*Demanda de Ramírez y Cía. Ltda. contra Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*”, la causa rol N° 261-2013, caratulada “*Demanda de Guly S.A. en contra del Ministerio Transportes y Telecomunicaciones*”.

6. A fojas 445, con fecha 3 de octubre de 2013, se tuvo a Revisiones Técnicas S.A. como tercero coadyuvante de Ramírez. Asimismo, según consta a fojas 1395 y 1430, con fechas 17 y 19 de diciembre de 2013 se tuvo a A. Denham y Compañía Limitada y Autotest Servicios de Revisión Técnica Limitada como terceros coadyuvantes de las demandantes Ramírez y Guly, respectivamente.

7. A fojas 288, con fecha 3 de julio de 2013, se recibió la causa a prueba en la causa rol N° 256-13. A fojas 721, con fecha 3 de octubre de 2013, se recibió la causa a prueba en la causa rol N° 261-2013. Los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos de ambas causas son los siguientes:

- (i) *Estructura y características del o de los mercados en que incidirían las conductas denunciadas en autos;*
- (ii) *Efectos en el o en los mercados concernidos de los términos y condiciones cuestionados por la sociedad Ramírez y Compañía Limitada de las bases de licitación materia de autos y sus modificaciones. Justificación de tales términos y condiciones y de sus modificaciones;*
- (iii) *Efectividad de haber existido, con anterioridad a la fecha de publicación de las bases de la licitación, alguna reunión entre la persona encargada del*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proceso de licitación y los concesionarios de la V región. Asistentes, circunstancias, oportunidad y materias tratadas; y,

- (iv) *Efectos, en el o en los mercados concernidos, del punto 2.2.1 de la Resolución N° 251 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que aprueba las bases de licitación para otorgar concesiones para operar establecimientos que practiquen revisiones técnicas de vehículos. Justificación del mismo.*

8. Documentos acompañados por las partes:

8.1. La demandante Ramírez acompañó, a fojas 80, copia de Resoluciones N°s 251, 271 y 272 de 2012 y N°s 41, 83, 88 y 89 de 2013, todas del MTT; certificado de vigencia de la Sociedad Ramírez y Compañía Limitada, emitido por el Conservador de Bienes Raíces de San Miguel; y, copia de facturas N°s 8982, 8983 y 8984, emitidas por la Subsecretaría de Transportes, con fecha 10 de mayo de 2013. A fojas 227, copia de Resoluciones Exentas N°s 1048 y 1049 de 2013 del MTT. A fojas 751, un informe técnico denominado "*Informe Software Licitación*", elaborado por don Jorge Alviarez Gómez. A fojas 1243, un informe en derecho denominado "*Derecho de la Competencia y Concesiones de Servicio Público: El caso de las Plantas de Revisión Técnica*", elaborado por el Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile. A fojas 1388, Ordinario N° 7971, de 26 de noviembre de 2013, del MTT, y Oficio N° 8574, de 6 de diciembre de 2013, de la Seremitt de la Región Metropolitana.

8.2. La demandante Guly acompañó, a fojas 414 y 540, copia de correo electrónico y factura por adquisición de las Bases de Licitación; copia del Acuerdo de Contratación Pública Chile Uruguay; copia del Acuerdo de Inversión Chile Uruguay; y copia de una presentación efectuada por don Álvaro González Lima ante el Ministerio de Relaciones Exteriores Uruguay. A fojas 709, copia de las Bases de Licitación; y copia de la Resolución Exenta N° 1048 de 2013 del MTT. A fojas 1172, las Bases Administrativas de los llamados a licitación para operar plantas de revisión técnicas de la VIII Región, año 1991; y de la Región Metropolitana, año 2000. A fojas 1353, copia del Protocolizado del Acta de Apertura de las Ofertas Económicas de las regiones II, VI y Región Metropolitana; copia del informe en derecho elaborado por el profesor Rafael Gómez Balmaceda sobre la elgalidad de las bases de licitación para obtener la concesión para operar plantas de revisiones técnicas; y copia de las recomendaciones dadas por el Tribunal de Contratación Pública en la Directiva de Contratación Pública N° 14.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.3. Denham, en su calidad de tercero coadyuvante acompañó: a fojas 1371, impresión del Ordinario N° 7971, de 26 de noviembre de 2013, del MTT; y copia de la hoja de evaluación de las Actas de Apertura de las Ofertas Económicas de las Regiones II, VI, y Región Metropolitana.

8.4. Autotest, en su calidad de tercero coadyuvante acompañó: a fojas 1426, fotocopia del Acta de Apertura de las Ofertas Económicas; copia de una carta enviada por Autotest al Ministro de Transportes; y copia de la respuesta a dicha carta.

8.5. El demandado, MTT, acompañó: a fojas 1106, copia de Resoluciones N°s 251, 271, 272 y 276 de 2012; y N°s 41, 42, 50, 83, 87, 88, 89, 121, 122, 123, 169, 178 y 218 de 2013, del MTT; copia de Resoluciones Exentas N°s 1541, 1569, 2447, 2528 y 2255 de 2013 del MTT; copia de Acta de Apertura de las Ofertas Técnicas presentadas en las licitaciones correspondientes a las regiones V, VI y RM; copia del Oficio N° 1126, de 13/08/2013, del Seremitt de la VI Región; resumen con los horarios y tarifas de las diversas plantas de revisión técnica, actualizado al 8/11/2013; y copia de D.S. N° 143, de 3/07/2013, del MTT. A fojas 1106, copia de D.S. N° 12, de 23/10/2012, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Acuerdo entre Chile-Uruguay y sus anexos; copia del Acuerdo de Inversiones entre la República Oriental del Uruguay y la República de Chile y sus anexos; copia de la publicación en el D.O. del D.S. N° 84, que promulga el Acuerdo de Contratación Pública entre Chile y Uruguay; copia del Acuerdo de Contratación Pública Chile Uruguay; copia del Digesto Departamental, Volumen V, cuadro resumen plantas de revisión técnica, que señala el número de plantas, concesiones, líneas y vencimiento de aquellas, por región; y minuta de modificación del D.S. N° 156, mayo 2013, “*versión 2.0*”, de 2/05/2013. A fojas 1588, Resoluciones N°s 1365, 1366 y 1367 de 2013, de la Contraloría General de la República, que adjudican concesiones en la II Región; Oficios N°s 21, 168 y 251 del MTT, que se pronuncian sobre la calificación final de las propuestas en procesos de licitación pública en concesiones de las Regiones IV, V y VII; y Resoluciones N°s 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 de 2013 de la Contraloría General de la República, que adjudican concesiones en la Región Metropolitana.

9. Prueba testimonial rendida por las partes:

9.1. Por Ramírez: (i) a fojas 1747, el señor Carlos Armando Román Toro; (ii) a fojas 1528, el señor Rafael Antonio Antognoli Castelli; y, (iii) a fojas 1503, el señor Jorge Félix Alviarez Gómez.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9.2. Por Guly: (i) a fojas 1534, la señora Celeste Sio-Ying Chiang Arias.

10. Documentos exhibidos por las partes:

10.1. Según consta a fojas 1258, con fecha 10 de diciembre de 2013 se realizó la exhibición de documentos de la FNE, solicitada a fojas 1116 por Ramírez. En dicha audiencia la FNE exhibió y acompañó su expediente de investigación Rol N° 2172-2013.

10.2. Según consta a fojas 1438 y 1458, con fecha 6 y 27 de enero de 2014 se realizaron las audiencias de exhibición de documentos del MTT, solicitada a fojas 1116 por Ramírez. En dicha audiencia el MTT exhibió y acompañó 30 cajas con copias de las ofertas técnicas presentadas por los postulantes en las regiones V, VI y RM con excepción de los antecedentes financieros que se solicitaron a estos últimos.

11. Absoluciones de Posiciones:

11.1. A fojas 1255, con fecha 9 de diciembre de 2013 compareció el entonces Ministro de Transporte y Telecomunicaciones Sr. Pedro Pablo Errázuriz Domínguez. Dicha diligencia fue solicitada por Ramírez a fojas 1113 y ordenada a fojas 1125.

12. Observaciones a la prueba:

12.1. A fojas 1588 rola el escrito de observaciones a la prueba del MTT.

13. Con fecha 15 de abril de 2014 el Tribunal declaró vencido el término probatorio y ordenó traer los autos en relación. Se fijó la fecha para la audiencia de vista de la causa, la que se efectuó el día 15 de mayo de 2014.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que con fecha 29 de mayo de 2013, Ramírez interpuso una demanda en contra del MTT, indicando que esta entidad habría impedido, restringido y entorpecido la libre competencia en el mercado de la instalación y operación de plantas de revisión técnica de vehículos livianos y pesados, clases A, B y AB, de las regiones V, VI y Metropolitana. Los supuestos efectos anticompetitivos de las conductas denunciadas derivarían tanto de los llamados a licitación en estas regiones, como de las Bases que regulan todo el proceso;

Segundo: Que, en síntesis, las conductas que Ramírez califica como supuestamente anticompetitivas pueden ser enmarcadas en tres grupos. Primero,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que las Bases y sus modificaciones crearían barreras de entrada que irían en directo beneficio de los incumbentes, permitiéndoles mantener su actual posición. Segundo, que durante el proceso se habrían generado riesgos de colusión en razón de que -por una parte- se habría permitido la comunicación entre los futuros postulantes de forma previa a la entrega de sus propuestas definitivas y -por otra parte- el mecanismo establecido para la entrega de las boletas de garantía podría facilitar la comunicación estratégica entre potenciales competidores. En tercer lugar, Ramírez indica que habrían ciertos contenidos de las Bases (como por ejemplo, el factor dirimente de la entrega de la concesión) que restringirían las condiciones de competencia;

Tercero: Que el MTT contestó la demanda señalando, respecto de las supuestas barreras a la entrada, que los cambios respondieron a necesidades regulatorias que no está obligado a justificar; respecto del riesgo de colusión, que no es tal, porque se habían tomado todas las medidas necesarias para resguardar la información de las ofertas; y, respecto del criterio de adjudicación, que éste le ha sido impuesto por mandato legal;

Cuarto: Que, por su parte, con fecha 28 de agosto de 2013, Guly también demandó al MTT, indicando que este último habría vulnerado tanto el D.L. N° 211 como los tratados internacionales que cita en su demanda, al impedir el acceso a las Licitaciones a sociedades extranjeras, lo cual habría configurado, en los hechos, una negativa (injustificada) de contratar. Estas acciones le habrían imposibilitado participar en los procesos licitatorios en las regiones específicas mencionadas en la parte expositiva de esta sentencia;

Quinto: Que el MTT contestó esta demanda señalando que no habría existido negativa de contratación, pues los requisitos para ello no concurrirían, y afirmando que la exigencia de ser una persona jurídica constituida en Chile encontraría su fundamento en razones prácticas, no siendo además aplicables los tratados internacionales en la especie;

Sexto: Que previo a resolver acerca del carácter competitivo o no de las imputaciones específicas efectuadas por las demandantes en este proceso, es necesario referirse brevemente a la competencia de este Tribunal para resolver acerca de actuaciones de organismos de la administración del Estado (también referidos en esta sentencia como “organismos estatales” u “organismos del Estado”, indistintamente), como las de autos; y -en caso que este Tribunal sea competente- la importancia del mercado relevante y cómo se restringe, impide o entorpece la competencia mediante esas actuaciones;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Séptimo: Que la cuestión relativa a si las instituciones del Estado están sujetas al derecho de la competencia posee una respuesta afirmativa relativamente pacífica en nuestro derecho. Dicha sujeción ha sido establecida de manera consistente y conteste por la jurisprudencia de este Tribunal y de la Excma. Corte Suprema, quienes no sólo han interpretado el elemento subjetivo del artículo 3° del D.L. N° 211 (singularizado en la expresión “*el que*” del inciso primero) de una forma amplia y carente de excepciones, sino que además han establecido que “[l]as normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción” (Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 6100/2010, que acoge reclamación en contra de Sentencia del TDLC N° 100/2010);

Octavo: Que, a mayor abundamiento, la competencia subjetiva amplia y sin excepciones es indisputada por las partes, aún cuando se han referido a ella en autos. Así, mientras la demandante Ramírez presentó un informe a fojas 1243 titulado “*Derecho de la Competencia y Concesiones de Servicio Público: el Caso de las Plantas de Revisión Técnica*”, el cual confirma la competencia de este Tribunal en este caso; el MTT indica expresamente, a fojas 1628, que “[...] *no discute sus conclusiones [en lo que respecta a] los constreñimientos del derecho de la competencia a los órganos administrativos y a los particulares involucrados en concesiones de servicio público*”. Ninguna otra parte ha controvertido tampoco la competencia de este Tribunal desde la perspectiva analizada;

Noveno: Que, no obstante la competencia amplia y general de este Tribunal para juzgar actos realizados por órganos de la administración del Estado, todos los cuales deben ajustar su comportamiento a las normas del D.L. N° 211, esta competencia debe ser concretada en un ámbito específico de revisión, el cual necesariamente es determinado caso a caso, como se verá en las consideraciones siguientes;

Décimo: Que en casos como el presente, en los que la conducta anticompetitiva imputada deriva de un acto de autoridad y no de una posición de dominio de la cual supuestamente se ha abusado, este Tribunal no requiere definir de manera precisa y concreta el mercado relevante a través de las metodologías tradicionales que se utilizan para efectuar inferencias acerca del poder de mercado de un determinado agente económico por medio de la identificación, en términos de producto y área geográfica, del ámbito de actividad de las fuerzas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competitivas centrales al caso concreto (véase, por ejemplo, Massimo Motta, *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, p.101; Louis Kaplow, “*Why (Ever) Define Markets?*”, *Harvard Law Review*, vol. 124 (2), 2010, pp. 437 y siguientes; y, Gregory J. Werden, “*The Relevant Market: Possible and Productive*”, *Antitrust Law Journal online*, abril 2014). En los casos en que se adjudica un servicio en condiciones no competitivas mediante una licitación, dicho ámbito queda definido por las bases de licitación y, por lo tanto, el licitante tiene un amplio poder para afectar el funcionamiento del mercado al diseñarlas;

Undécimo: Que, definido el ámbito de la controversia, corresponde ahora referirse el estándar con que se deben medir las actuaciones estatales efectuadas dentro de él en relación con las normas de la libre competencia. Para estos efectos, el hecho determinante para el análisis son las bases de licitación. Desde el punto de vista de la temporalidad de los hechos, es necesario diferenciar, como lo ha hecho este Tribunal en otras ocasiones, entre las actuaciones que realiza un organismo estatal una vez que las bases de licitación han sido aprobadas y aquellas que tienen lugar durante la etapa de diseño de las bases de licitación;

Duodécimo: Que, salvo casos excepcionales, cuando las bases de una licitación se ajustan a lo dispuesto en el D.L. N° 211, la competencia de este Tribunal para pronunciarse respecto de actos de autoridad que transcurran con posterioridad a su aprobación, cesa luego de completada la tramitación del acto administrativo aprobatorio. Tales asuntos dicen relación normalmente con el cumplimiento y apego a las bases de licitación y, consecuentemente, con el resguardo del principio de legalidad, al cual, por expreso mandato constitucional (replicado en la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado), están sujetos todos los órganos del Estado. Por esta razón, el ordenamiento jurídico suele entregar la competencia de estos asuntos a otras instituciones, tales como el H. Tribunal de la Contratación Pública (en el caso del artículo 24° de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios) o la Contraloría General de la República;

Decimotercero: Que, a diferencia de los casos anteriores, las actuaciones estatales materializadas durante la etapa de diseño de las bases de licitación sí son, de modo más general, materia de escrutinio por parte de este Tribunal, por cuanto existe en este caso una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello. Reiterando el razonamiento aplicado respecto del mercado relevante, las justificaciones de una eventual intervención de este Tribunal no son

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en este caso las tradicionales del derecho de la competencia relativas a potenciales infracciones por conductas coordinadas o unilaterales, sino las aplicables a actos de autoridad que pudieren infringir las normas del D.L. N° 211;

Decimocuarto: Que, de este modo, en casos como el de autos, es necesario ponderar los intereses de la política pública sectorial, materializada en un determinado diseño de bases de licitación, y la adecuada protección de la libre competencia, a fin de determinar si la autoridad ha cometido una infracción a la misma. La finalidad de la actuación del Tribunal, tal como se ha indicado en otras ocasiones (por ejemplo, en la Sentencia N° 34/2005), es simplemente velar porque las condiciones de competencia *ex ante* aseguren que la ausencia de rivalidad *ex post* se traduzca de todos modos en las más eficientes condiciones de prestación del servicio en términos de precio, cantidad y calidad ofrecidas;

Decimoquinto: Que, en este mismo orden de consideraciones, se debe tener presente que la finalidad de las actuaciones del Estado, por expreso mandato del artículo 1° de la Constitución Política de la República, es promover el bien común, concepto que puede ser equiparado –o al menos considerar que enmarca– a las nociones económicas de “*bienestar*” protegidas por antonomasia por el derecho de la competencia;

Decimosexto: Que es necesario preguntarse, entonces, cuáles son las limitaciones que el derecho de la competencia impone al despliegue de la política pública. Este Tribunal entiende que lo exigido es simplemente la mantención de mínimas condiciones de rivalidad, en el entendido que ésta última corresponde a lo que la doctrina entiende como el más básico sentido de la competencia para alcanzar ciertos fines socialmente deseables (véase por ejemplo, Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, p.22; y Richard Whish, *Competition Law*, OUP, 6a ed., p.3);

Decimoséptimo: Que la mantención de estas mínimas condiciones de rivalidad en el caso del diseño de bases de licitación en general se debe traducir en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases;

Decimoctavo: Que al realizar el escrutinio del diseño de las bases, se debe tener en cuenta que es perfectamente posible que el Estado establezca ciertas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

exigencias para participar en una licitación cuando ellas son necesarias para cumplir con los fines de política pública perseguidos por el mismo. Esta regla es similar a la que rige sobre los agentes económicos privados en sus relaciones comerciales. En este último ámbito, cualquier firma privada, incluso dominante, tiene derecho a desenvolverse en el comercio y elegir a sus contrapartes contractuales de la forma que más le acomode a sus propósitos, sin perjuicio que excepcionalmente pueda estimarse que sus métodos han sido anticompetitivos (la Corte Suprema norteamericana, por ejemplo, ha sido explícita desde antiguo en este punto: *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 [1919]). De modo similar, es probable que si una firma dominante discrimina precios respecto de sus clientes no competidores (lo que la literatura denomina “*daño de segundo orden*”, situación que, vista de manera genérica, resulta similar a la situación del presente caso), al carecer de un interés obvio en afectar la competitividad de un cliente por sobre otro (e incluso representar esto una potencial desventaja para ella), tenga razones válidas para ello, y que el efecto en el bienestar derivado de su conducta no sea negativo (véase, por ejemplo, Robert O’Donoghue y Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 2013, pp. 777 y siguientes). Estas razones son también aplicables como regla general al actuar de los organismos del Estado en situaciones como la que es materia del presente análisis;

Decimonoveno: Que, en este sentido, el establecimiento de exigencias por parte de la autoridad para participar en los procesos licitatorios naturalmente produce una exclusión respecto de un número de competidores, lo que no podría ser estimado en principio contrario a las normas de la libre competencia. En Chile, al igual que en el derecho comparado, es claro que la preocupación del derecho de la competencia no es proteger competidores, sino el proceso competitivo;

Vigésimo: Que, por lo expuesto, el Estado tiene siempre la posibilidad, con posterioridad a que se le haya imputado una conducta supuestamente anticompetitiva, de justificar objetiva y razonablemente su elección por un determinado diseño, indicando cómo ha resguardado, en concreto, la rivalidad mínima en las condiciones de entrada al mercado. Esto no es más que un corolario del hecho que el diseño de bases de licitación es eminentemente un ámbito donde se expresa la política pública. A este respecto, se debe destacar que la autoridad, entre una multiplicidad de opciones posibles, puede escoger cualquiera de ellas siempre que la elegida no constituya una infracción al D.L. N° 211;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo primero: Que, por consiguiente, en casos como el presente, el grado de convicción que debe tener este Tribunal para declarar que una autoridad ha cometido una infracción a las normas del D.L. N° 211, debe tener en cuenta las consideraciones anteriores; esto es, que las autoridades públicas, al dictar actos de autoridad, persiguen fines de bien común que pueden considerar otros objetivos de política pública que pueden ser distintos de la libre competencia; y que en los procesos licitatorios que lleva adelante el Estado en los que se asigna la explotación de un servicio en condiciones monopólicas, es normal y legítimo que el licitante establezca requisitos y exigencias razonables que naturalmente producirán la exclusión de eventuales interesados en participar en ella;

Vigésimo segundo: Que hechas las consideraciones precedentes, a continuación este Tribunal procederá a analizar las imputaciones de las partes para efectos de determinar si ellas resultan ser efectivamente conductas anticompetitivas reprochables en esta sede;

Vigésimo tercero: Que un primer grupo de conductas imputadas al MTT dice relación con la creación de barreras de entrada en las Bases diseñadas por dicho organismo público e impugnadas por las partes. Este asunto puede, *prima facie*, ser considerado dentro del ámbito sobre el cual este Tribunal puede pronunciarse, por cuanto por su intermedio se podría generar un efecto exclusorio (en el sentido indicado en las consideraciones precedentes), reprochable en la medida que el hecho no se encuentre justificado;

Vigésimo cuarto: Que en sus respectivas presentaciones, las demandantes hacen mención esencialmente a cuatro hechos que, a su juicio, serían constitutivos de barreras de entrada. Estos serían:

- (i) El cambio innecesario en las condiciones de licitación: específicamente, se imputa que se habría producido una disminución en el número de estacionamientos requeridos, con un consecuente impacto en la posibilidad de utilizar los mismos terrenos para instalar y operar plantas de revisión técnica, lo que favorecería a los operadores incumbentes. Aun cuando la demandante presenta formalmente este hecho bajo el acápite de “*riesgos de colusión*” (a fojas 111 y 112), este Tribunal lo considerará como una barrera de entrada, atendida su naturaleza y el argumento de fondo que se presenta;
- (ii) La modificación en la distribución de las zonas a licitar, cambiando comunas de una zona a otra y modificando el número de concesiones a ser otorgadas;
- (iii) La exigencia de que cada oferente deba elaborar y entregar el *software* para la realización de revisiones técnicas. Este último hecho, al igual que en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

caso (i) anterior, es presentado formalmente por la demandante bajo el acápite de “riesgos de colusión” (p.33 a fojas 112). Sin embargo, este Tribunal lo considerará como una barrera de entrada, atendida su naturaleza y el argumento de fondo que se presenta; y,

(iv) La exigencia de que los proponentes de ofertas deban ser personas naturales chilenas o jurídicas constituidas en Chile, requisito establecido en el punto 2.2.1 de las Bases. Esta última conducta, Guly (no Ramírez) la califica como una “discriminación arbitraria o negativa injustificada de contratación”, en razón de la cual se habría visto “absolutamente imposibilitada de participar en el mercado de las revisiones técnicas, ya que no puede acceder a los insumos que son administrados por el Estado”. Sin embargo, este Tribunal también la considerará como una barrera de entrada, atendida su naturaleza y el argumento de fondo que se presenta;

Vigésimo quinto: Que la demandante Ramírez entiende las barreras de entrada como “aquel costo en que un nuevo entrante deberá incurrir y que los incumbentes no han debido (o no han tenido que) soportar” (fojas 107). Aunque la definición de barreras de entrada es en sí misma controversial, existiendo una serie de definiciones alternativas de uso común en materia de análisis de mercados, este Tribunal ha usado un concepto similar en ocasiones anteriores (por ejemplo, en la Sentencia 116/2011, c. 29°). No existiendo razón suficiente para cambiar dicho criterio, es posible asumir dicha definición para efectos del presente análisis;

Vigésimo sexto: Que la prueba presentada por las partes para acreditar las supuestas barreras de entrada se limita fundamentalmente a las resoluciones del MTT que establecen las Bases, así como las que corresponden a los llamados para cada región, y sus modificaciones, todas las cuales darían cuenta, según la demandante, de ajustes hechos “a la medida” de los incumbentes, entregándoles una posición ventajosa respecto de potenciales entrantes;

Vigésimo séptimo: Que, más allá de las afirmaciones de la demandante, no existe constancia en autos respecto de cómo los tres primeros hechos beneficiarían a los operadores incumbentes por la vía de no hacerles soportar un costo que sí debieran soportar los entrantes. Al estar establecidos los costos de forma igualitaria, no existe una barrera a la entrada que, sumada a otros factores, pueda afectar la competencia;

Vigésimo octavo: Que, a mayor abundamiento, y sin perjuicio de la inexistencia de las barreras de entrada alegadas, ponderadas las razones de mérito esgrimidas por el MTT, expuestas en la parte expositiva de esta sentencia, ellas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

resultan plausibles como justificación objetiva y razonable de su opción de política pública en cada una de las situaciones antes indicadas y desvirtúan, en el caso de autos, cualquier calificación de tal opción como contraria a la competencia;

Vigésimo noveno: Que, finalmente, no existe prueba en autos que demuestre que la exigencia relativa a que los proponentes sean personas naturales chilenas o jurídicas constituidas en Chile haya impedido que al menos un proponente extranjero participe de a lo menos uno de los procesos que se llevan a cabo en el marco de las Bases. De hecho, consta de los antecedentes del proceso que no existe ninguna razón, de costos o temporales, por la cual una firma extranjera cualquiera -incluida la propia Guly- no podría haber constituido en tiempo y forma una sociedad en Chile si deseaba participar en las licitaciones. En este sentido, la imposición de la exigencia en comento no puede en caso alguno ser considerada una barrera; tal y como, por lo demás, ya había sido indicado por este Tribunal en un caso similar anterior (Sentencia 14/2005, c. 7°). Por tanto, no se observa un efecto anticompetitivo reprochable desde la perspectiva de la competencia en este caso;

Trigésimo: Que, sólo a mayor abundamiento, el MTT ha justificado este requisito en la necesidad de velar por el adecuado desempeño de sus funciones públicas, en particular la fiscalizadora. A juicio de este Tribunal, al igual que respecto de las demás elecciones de la autoridad que supuestamente constituirían una barrera a la entrada, esta clase de justificaciones puede ser considerada objetiva y razonable, y permite, por tanto, desvirtuar los potenciales riesgos a la competencia que puedan derivar de un actuar meramente caprichoso por parte de la autoridad;

Trigésimo primero: Que, enseguida, el supuesto riesgo de colusión imputado por Ramírez –el cual es alto, a su juicio– se funda en dos hechos derivados de las propias características del mercado de plantas de revisión, el que tendría “[...] *escasa o nula entrada de nuevas empresas al mercado; con condiciones de mercado estables y predecibles para la industria, que tiene productos o servicios estandarizados y que no tiene ningún sustituto*” (demanda, fojas 111). El primer hecho habría sido el que, sin considerar las aludidas características, habrían existido reuniones entre una funcionaria del MTT y concesionarios incumbentes de la V región, potenciales oferentes en futuras licitaciones. Por su parte, el segundo hecho consiste en el establecimiento de ciertas condiciones en las Bases (en el punto 2.2.5.5. de las mismas); específicamente, la entrega de una boleta de garantía por parte de los proponentes, por un monto elevado, a más tardar dos días hábiles previos a la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

recepción de la propuesta definitiva, con ciertas indicaciones relativas a la región, la concesión a la que se postula y el nombre del proponente;

Trigésimo segundo: Que la prueba presentada por Ramírez en este punto consiste esencialmente en la Resolución que establece las Bases, las cuales exigen la entrega de una boleta de garantía en la forma señalada precedentemente. Por otra parte, a solicitud de Ramírez, la FNE exhibió, según consta a fojas 1258, su expediente de investigación Rol N° 2172-2013, donde se encuentra información referente a las antedichas reuniones, cuya existencia, en todo caso, no fue controvertida por la demandada. Las demás partes no presentaron antecedentes complementarios para acreditar este hecho concreto;

Trigésimo tercero: Que el primero de los hechos imputados no constituye base suficiente para condenar al MTT en esta sede, en la medida que, de acuerdo a la prueba de autos y las propias declaraciones de Ramírez, él no deriva directamente de las Bases. Aun cuando las reuniones entre la funcionaria y los potenciales oferentes se hubiera producido, e incluso si se considera esta situación indeseable desde la perspectiva de la competencia, en estos autos no se ha imputado una colusión a un número determinado de participantes en las Licitaciones, por lo que su sola ocurrencia no basta para entender materializado alguno de los atentados que dicha demandante acusa al MTT;

Trigésimo cuarto: Que, por lo demás, de los antecedentes de autos no se desprende que los riesgos de colusión hayan aumentado por el mero hecho de llevarse a cabo las antedichas reuniones. Por una parte, durante el período en que ellas se produjeron los agentes poseían otras instancias de encuentro que resultaban igualmente idóneas para eventualmente materializar dicho riesgo, como lo es, por ejemplo, la existencia de una agrupación en la cual participaban los futuros proponentes, según consta en el cuaderno de versiones públicas del expediente de investigación Rol FNE N° 2172-2013. Por otra parte, la cronología de los hechos permite a este Tribunal inferir que en las reuniones no fue entregada información relevante para los efectos de la competencia. En efecto, a la fecha de su ocurrencia todavía no había sido publicado el llamado a licitación para la V Región. Si bien algunos concesionarios habrían obtenido ya en ese entonces una supuesta copia de las bases, vía solicitud de acceso a la información pública por Ley de Transparencia, éstas tienen un carácter general y, a diferencia de los llamados a cada licitación, no proveen de información respecto de las comunas específicas en que se concesionarían plantas de revisión técnica ni tampoco de sus características relevantes (tales como el número y tipo de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

líneas de revisión), por lo que la mera tenencia de dichas bases a juicio de este Tribunal no pudo afectar negativamente la capacidad de potenciales concesionarios entrantes de competir en el proceso específico con aquellos que sí tuvieron acceso a las mismas;

Trigésimo quinto: Que, finalmente, para evitar los potenciales riesgos a la competencia que pudieran derivar de reuniones como la denunciada por la demandante, este Tribunal estima necesario reiterar la inconveniencia de que este tipo de encuentros sea organizado por los funcionarios públicos respectivos (en este caso, los Secretarios Regionales Ministeriales del MTT), pues se trata de situaciones que pueden incrementar los riesgos de colusión entre participantes de una licitación. Esta sugerencia fue efectuada también por la Fiscalía Nacional Económica en el marco de su propia investigación por este hecho, según consta en el expediente de investigación Rol FNE N° 2172-2013 acompañado a fojas 1258, la que fuera en definitiva archivada;

Trigésimo sexto: Que, respecto de la entrega de una boleta de garantía por parte de los proponentes a más tardar dos días hábiles previos a la recepción de la propuesta definitiva, con ciertas indicaciones relativas a la región, la concesión a la que se postula y el nombre del proponente, corresponde indagar si afectó la libre competencia en las Licitaciones y si existió una justificación objetiva para su establecimiento;

Trigésimo séptimo: Que este Tribunal tuvo en consideración precisamente este riesgo al decretar de oficio la medida precautoria de fojas 289. Allí se estimó –sin prejuzgar el fondo del asunto– que se trataba de un *“elemento facilitador de un eventual acuerdo que podría existir entre los postulantes, ya que favorece el monitoreo de un cartel”* (fojas 290), por lo que se ordenó al MTT modificar las Bases estableciendo la presentación de las boletas de manera conjunta con las ofertas. Con esta medida, el riesgo de colusión derivado de esta circunstancia quedó suficientemente mitigado en el presente caso;

Trigésimo octavo: Que, no obstante, para determinar si el MTT cometió una infracción al D.L. N° 211 mediante la inclusión de dicha cláusula en el diseño de las Bases, lo que corresponde es ponderar si la entrega de una boleta de garantía por parte de los proponentes a más tardar dos días hábiles previos a la recepción de la propuesta definitiva, afectó las mínimas condiciones de rivalidad que debían darse en el proceso licitatorio, esto es, como se señaló en la consideración décimo séptima precedente, si dicha cláusula manifiestamente facilitó la colusión de los oferentes;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo noveno: Que, al respecto, de los antecedentes de autos presentados con posterioridad a dicha medida, no es posible concluir que la solicitud de boletas en las condiciones antes descritas manifiestamente facilitó una eventual colusión de los participantes. Esto último sólo sería posible si se hubiese probado que los futuros participantes tuvieron un conocimiento efectivo de tales boletas y que, por tanto, pudieron haber actuado (o planificado su actuar) en base al comportamiento de los otros y no de forma individual. El carácter altamente especulativo de las afirmaciones de la demandante, sumado a la nula prueba entregada en este punto, permiten ahora desechar la acusación de una conducta contraria al D.L. N° 211 que en algún momento del proceso pudo haberse estimado como plausible;

Cuadragésimo: Que, además, la demandante sostiene que el monto de las boletas exigido por el MTT eventualmente podría disuadir a pequeños y medianos empresarios a participar en licitaciones. A este respecto, ya se ha señalado que el estándar relevante para mantener el proceso competitivo no mide si un cierto número de competidores pudieran no estar en condiciones de cumplir con las exigencias impuestas por el licitante, pues esto resulta de la propia naturaleza de una licitación, sino si el monto en concreto es o no excesivo, en el sentido de si él restringe, impide o entorpece el aludido proceso. En el caso de autos, no existe prueba que indique que el monto solicitado por el MTT fue elevado, menos aún si se le compara con anteriores procesos licitatorios (como por ejemplo el proceso de licitación de plantas de revisión técnica llevado a cabo el año 2000 para la Región Metropolitana, cuyas bases fueron acompañadas a fojas 1172). Por estas razones, esta alegación no puede ser acogida;

Cuadragésimo primero: Que un último grupo de imputaciones efectuadas por Ramírez dice relación con el apego del MTT al artículo 4° de la Ley N° 18.696, que le obliga a adjudicar los procesos al oferente que ofrezca el menor precio por los servicios para la tecnología y calidad técnica especificada en las Bases. La primera imputación de este grupo se basa en una supuesta incongruencia normativa entre dicho precepto y el artículo 6° de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, de acuerdo al cual las bases de una licitación deben establecer condiciones que permitan alcanzar la combinación “*más ventajosa*” entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. En su parecer –implícito, por cierto–, la interpretación más adecuada consistiría en aplicar esta última disposición en desmedro de la primera, pues ello sería

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

congruente con la competencia y la garantía constitucional que protege el desarrollo de una actividad económica lícita;

Cuadragésimo segundo: Que, relacionado con lo anterior, Ramírez realiza otra imputación en su demanda: estima que el actuar del MTT es anticompetitivo en lo que dice relación con el método que dicho ente escogió para adjudicar. Se trata ésta de una cuestión distinta de la anterior, referida a si la autoridad pública siguió efectivamente el mandato legal que le ha sido encomendado. En opinión de esta demandante, las Bases no establecerían *“requisitos técnicos claros y su forma de asignación implica, en definitiva, que el promedio de todas las asignaciones en una determinada región, siempre arrojará la tarifa más alta”* (fojas 116), desviándose entonces del criterio legal. Además, indica que la tabla de puntuación contenida en el anexo N° 9 y que permitiría implementar el punto 2.2.9.1 de las Bases sería insuficiente como criterio de evaluación y habría sido diseñada *“solamente para dar una apariencia de objetividad”* (fojas 117);

Cuadragésimo tercero: Que respecto de la imputación referida en la consideración cuadragésimo primera, y sin perjuicio que este Tribunal no observa una necesaria incongruencia normativa entre los dos preceptos allí indicados, en la medida que es posible que el legislador haya estimado *ex ante* que precisamente la adjudicación por menor precio a usuario es la alternativa más ventajosa aplicable en los casos de plantas de revisión técnica (atendidas las demás características que la misma norma indica), la cuestión de fondo dice relación con la posibilidad que tiene la autoridad pública de desatender una norma legal, no ejerciendo sus potestades regladas, en razón de promover o proteger la competencia. En este caso, la única norma aplicable para determinar bajo qué variable se asigna una concesión de plantas de revisión técnica, es el artículo 4° de la Ley N° 18.696, el cual obliga al MTT a adjudicar los procesos al oferente que ofrezca el menor precio por los servicios para la tecnología y calidad técnica especificada en las Bases. Por el contrario, de seguirse la tesis de la demandante, el MTT debiera contemplar la posibilidad de no optar por el criterio de menor precio en algunas ocasiones, infringiendo con ello el principio de legalidad que rige sus actuaciones. En este sentido, este Tribunal ha sostenido que está vedado a los organismos públicos desatender dicho principio aun a pretexto de proteger la libre competencia, por ejemplo, en la reciente Sentencia N° 132/2013, c. 17° . Lo mismo ha sostenido la Excma. Corte Suprema, por ejemplo, en Sentencia rol 1855/2009, de 15 de junio de 2009, c. 7° y 8°;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo cuarto: Que, por lo demás, la aludida desviación a la legalidad sería materia de un reproche que no necesariamente compete a este Tribunal. Para que fuera cuestionable en esta sede, el demandante debería haber acreditado no sólo la ilegalidad, sino también una exclusión (en el sentido indicado en las consideraciones décimo sexta y siguientes) en los procedimientos desarrollados al amparo de las Bases, derivado de la aludida actuación ilegal; lo que no hizo;

Cuadragésimo quinto: Que no obstante esta omisión de su parte, la prueba rendida en estos autos no permite acreditar que el MTT se ha desviado del criterio legal que le impone el artículo 4° de la Ley N° 18.696, estableciendo una metodología que permita adjudicar siguiendo algún criterio diverso. En efecto, la prueba rendida por Ramírez en este punto consiste fundamentalmente en un informe elaborado por el señor Jorge Álvarez, quien luego prestó la declaración testimonial transcrita a fojas 1503 y siguientes. De las propias declaraciones del testigo se desprende con claridad que su rol consistió en desarrollar *“una aplicación”* y explicarla en un informe, para luego compararla con el método utilizado por el MTT y establecer cuál era, a su juicio, la solución *“óptima”* (fojas 1504). En su parecer, el sistema utilizado por el MTT no garantizaba alcanzar tal óptimo *“[...] en todos los casos, sólo en algunos casos”* (fojas 1507). Como se observa, se trata ésta de una cuestión de mérito que se encuentra más allá del ámbito de actuación de este Tribunal, que –se reitera– no está llamado a revisar decisiones propias de la política pública, suplantando, de facto, al ente regulador, en tanto tales decisiones no afecten la libre competencia;

Cuadragésimo sexto: Que, a mayor abundamiento, a juicio de este Tribunal, sea que se aplique la fórmula de adjudicación señalada en las bases o el método heurístico propuesto por la demandante a fojas 751, en ambos casos se cumple con el mandato del aludido artículo 4° de la Ley N° 18.696, siendo el propio MTT quien puede optar por uno de los métodos. En este caso, este Tribunal no observa reparos desde la perspectiva de la competencia en la alternativa elegida en las Bases;

Cuadragésimo séptimo: Que, en todo caso, de haber optado el MTT por el método heurístico que señala Ramírez, no existe certeza de que los precios que hubieran ofertado los participantes serían iguales a los efectivamente ofertados. En efecto, al momento de hacer sus ofertas, los participantes tienen en cuenta el criterio de adjudicación establecido en sus respectivas bases de licitación, razón por la cual la comparación efectuada en el informe acompañado a fojas 751 no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

permite llegar a la conclusión a la que arriba, esto es, que el MTT habría incumplido con el artículo 4° de la Ley N° 18.696;

Cuadragésimo octavo: Que, finalmente, Guly ha señalado que con su actuar, el MTT habría vulnerado dos acuerdos internacionales: el “*Acuerdo de Inversión Chile-Uruguay*” y el “*Acuerdo de Contratación Pública entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay*”, en ambos casos por haber otorgado un tratamiento discriminatorio a los inversionistas uruguayos con respecto a los chilenos;

Cuadragésimo noveno: Que, sin embargo, dicha demandante no ha señalado ni acreditado cómo esta supuesta vulneración ha infringido específicamente la libre competencia. Si la discriminación alegada se ha producido -cuestión que, se reitera, no se encuentra acreditada de manera alguna en autos; así como tampoco si esa discriminación es contraria a las normas protectoras de la libre competencia-, la posterior calificación de si con ello se han infringido las normas internacionales aludidas por Guly excede el ámbito de competencias de este Tribunal. Para ello, debieran seguirse los mecanismos de solución de controversias especiales establecidos en los propios Tratados, en la medida que ello sea necesario y legalmente posible;

Quincuagésimo: Que de todo lo anterior se sigue que no existen bases suficientes, ni de hecho, ni de derecho, ni económicas, que permitan a este Tribunal llegar a la convicción de que el actuar del MTT en el presente caso ha vulnerado la competencia, por lo que las alegaciones de las partes deben ser desestimadas;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1° , inciso segundo; 2° ; 3° , inciso primero; 18° N° 1); 22° , inciso final; y, 29° del D.L. N° 211, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170° del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

- 1) RECHAZAR** en todas sus partes la demanda de fojas 80 interpuesta por la sociedad “Ramírez y Compañía Limitada” en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, sin costas, por estimar que la demandante tuvo motivos plausibles para litigar.
- 2) RECHAZAR** en todas sus partes la demanda de fojas 540 interpuesta por “Guly Sociedad Anónima” en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3) CONDENAR en costas sólo a “Guly Sociedad Anónima”, por haber sido totalmente vencida y no haber tenido motivo plausible para litigar en esta sede.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 256-13

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sr. Enrique Vergara Vial, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra y Sr. Javier Tapia Canales. Autorizada por la Secretaria Abogada, Srta. Carolina Horn Küpfer.