

Santiago, diez de mayo de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos antecedentes Rol Corte Suprema N° 114.616-2022, se trajeron los autos en relación para conocer de la reclamación presentada por el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, en contra de la sentencia de veinticinco de agosto de dos mil veintidós, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que declaró que el diseño de las bases del concurso público para la ejecución del "Curso especial con simulador de inmersión total, conducente a licencia de conductor profesional clase A-3 y A-5", año 2021, aprobadas mediante la Resolución N°92 de dicho órgano, no se ajustan al Decreto Ley N°211 y, por consiguiente, en las futuras bases sobre esta materia deberán cumplirse las siguientes condiciones:

1) Las bases deberán establecer con total precisión y claridad las exigencias que deberán cumplir los participantes de una licitación al momento de presentar sus ofertas.

2) La imposición de eventuales límites a la adjudicación de los cupos licitados no deberá ser arbitraria y deberá estar justificada, de manera tal de no desincentivar la participación de oferentes y asegurar condiciones de mínima rivalidad entre los agentes que participen en la licitación.

3) La licitación deberá realizarse en dos etapas. En una primera, se deberán establecer los requisitos mínimos técnicos y de experiencia que deberán cumplir los



interesados, de manera tal que todos aquellos que los cumplan puedan pasar a una segunda etapa en la que el único criterio de adjudicación deberá ser el menor precio ofertado.

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

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

Los antecedentes se inician con la consulta de la Escuela de Conductores Automóvil Club de Chile Limitada, en relación a la Resolución Exenta N°92 del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo de 14.1.2021, que aprobó las bases ya singularizadas, requiriendo un pronunciamiento en relación a si el tenor de éstas puede infringir la libre competencia, específicamente en su numeral 3.1, que impone a cada oferente seleccionar un máximo del 20% del total de cupos ofrecidos a nivel nacional para realizar cursos de licencias A3 y A5, cláusula que, en concepto de la consultante, desincentiva la competencia y no asegura condiciones eficientes.

Por estas razones, solicita que se modifique el señalado numeral 3.1, eliminándose el límite máximo de selección de cupos, o bien, se modifique señalando que la limitación se aumenta a un 50% o la cifra mayor que el tribunal determine.

La Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) aportó antecedentes y explicó, en relación a la limitación consultada, que ella no está debidamente



justificada, existiendo además mecanismos alternativos menos restrictivos que podrían ayudar la prestación oportuna de los cursos, como multas o la designación de un segundo proveedor para el caso de no cumplir el titular.

Manifiesta el órgano que, además, existen otros aspectos analizados de las bases de licitación, que le merecen observaciones:

a) La baja ponderación de la oferta económica, con relación a los demás factores a evaluar, llamando la atención que tenga una influencia solamente del 5%, en circunstancias que el principal criterio de asignación debiese ser el precio, sin que se observe que tal limitación se encuentre justificada. Explica que es entendible que se desee asegurar la calidad de los servicios, pero no es necesario que le otorgue a la evaluación técnica una ponderación del 40% en desmedro de la oferta económica.

Señala que, incluso si existiera un aspecto técnico que se quisiera exigir adicionalmente, se podría realizar sin tener que sacrificar la competencia, porque existen otros mecanismos menos lesivos para cumplir con el objetivo, como el establecimiento de una licitación en dos etapas, una técnica y otra económica, con requisitos de admisibilidad.

b) La indicación en las bases de una banda de precios. Se consigna que los oferentes han de realizar su propuesta en una banda que va entre los \$4.500 y \$5.500 valor hora por alumno y, consultado el Sence, explicó que



dicha banda le permite hacer una mejor estimación de la cantidad de cupos y cursos que pueden realizarse considerando el presupuesto anual. Sin embargo, para la FNE, de ser ello efectivo, justifica el límite máximo, pero no el mínimo, recomendando que el primero sea publicado solamente al momento de abrir las ofertas económicas, porque de otra forma los oferentes tenderían a ofertar por el precio máximo.

c) Las bases establecen un compromiso de colocación que consiste en un porcentaje de alumnos a los cuales el oferente se compromete a insertar laboralmente, que no puede ser inferior a un 10%. Para la FNE, se trata de dos servicios diferentes, la capacitación para obtener la licencia y el apoyo al postulante para la obtención de un trabajo y la imposición de esta obligación puede erigirse como una barrera de entrada e implicar más costos para los licitantes.

También aportó antecedentes el Sence, refiriéndose solamente a la materia de la consulta, esto es, el tenor de la cláusula 3.1 cuestionada por el Automóvil Club de Chile, señalando que ella busca velar por la correcta ejecución de los cursos e incentiva la aparición de nuevos actores en un mercado concentrado y con limitaciones técnicas a la entrada.

Añade que el año 2021 fue el primero en que se usa este criterio, siendo la línea de base el concurso del año 2020 que no lo consideró, generándose el efecto preocupante de concentrar en un mismo ejecutor - el Automóvil Club de Chile - casi el 80% de los cupos a



nivel nacional y el siguiente oferente obtuvo un 20,51%, en circunstancias que la aplicación del límite permitió que hubiera una distribución más equitativa.

La sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia razona que, en el caso particular de las bases consultadas, el organismo público licitante actúa como un demandante de bienes o servicios y, por tanto, las mismas podrían infringir las disposiciones del Decreto Ley N° 211 si es que el órgano licitante, en este caso el Sence, cuenta con poder de compra en el mercado relevante del producto, esto es, que puede negociar precios, condiciones o volúmenes de compra distintos a los que existirían en una situación de competencia; si dicho organismo actúa de modo arbitrario o discriminatorio, abusando de su poder de compra o incurriendo en prácticas que alteren o tiendan a alterar el proceso competitivo del mercado en el cual se enmarca la licitación; y si las exigencias que incorpore en las bases de licitación no tienen una justificación objetiva ni razonable.

Establecido lo anterior, las bases consultadas se enmarcan en diversos planes de capacitación que el Sence ofrece a las personas para que obtengan licencias de conducir profesionales clase A-3 (transporte de pasajeros) y clase A-5 (transporte de carga). Respecto de los cursos de conducción que se licitan, éstos tienen la característica de realizarse con un sistema denominado "simulador de inmersión total" ("SIT"), diferenciándose así de los cursos tradicionales de conducción. Las



empresas que pueden ofrecerlos deben ser Organismos Técnicos de Capacitación (OTEC) inscritas en un registro nacional y constituidas como escuelas de conductores profesionales con autorización para este curso específico.

Tanto la consultante como la FNE coinciden en que ninguna comuna cuenta con más de 3 de estas escuelas.

Sobre el mercado relevante, se debe tener presente que las escuelas de conductores profesionales autorizadas a ofrecer cursos A-3 y A-5 con SIT tienen una presencia que, en general, no se extiende más allá de un nivel comunal. En este sentido, la consultante es la única oferente con una extensa cobertura, con presencia en 15 comunas y 10 regiones del país, de los 17 mercados relevantes geográficos en que inciden las bases de licitación.

Por su parte, el Sence tiene poder de compra en el mercado, en atención a la elevada concentración de la demanda de estos cursos y la participación de Sence en dicha demanda; a que dicha posición la ha adquirido a través de las bases consultadas y la imposibilidad de que las escuelas de conductores puedan hacer un uso alternativo de los SIT.

En relación con el límite de la cláusula 3.1, el fallo reprocha una falta de claridad en la redacción de la cláusula, que pudo haber desincentivado la participación de interesados. Por este motivo ordena que, en lo sucesivo, en caso de establecer una restricción como la analizada, se consignen con total claridad los



requisitos y condiciones que deben cumplir los oferentes para participar en licitaciones de este tipo, con el objeto de evitar una exclusión que impacte en la intensidad competitiva y, además, la misma se encuentre debidamente justificada.

Sobre los demás riesgos señalados por la FNE y, en primer lugar, en cuanto a los criterios de adjudicación, las bases contemplan la evaluación de cinco ítems: (i) La "Evaluación Experiencia", que pondera en un 10% a "Oferentes con Experiencia en Sence" y un 30% en "Oferentes nuevos"; (ii) La "Evaluación Comportamiento", que pondera en un 30% para "Oferentes con Experiencia en Sence"; (iii) La "Evaluación Técnica", que pondera en un 40% a "Oferentes con Experiencia en Sence" y en un 50% en "Oferentes nuevos"; (iv) La "Evaluación Compromiso y Resultados de Colocación", que pondera en un 15% final a ambos tipos de oferentes, pero construye de manera distinta para oferentes con y sin experiencia; y (v) La "Evaluación Económica", que pondera en un 5% a ambos tipos de oferentes.

La "Evaluación de la Experiencia", además de contener diferentes ponderaciones, dependiendo si el postulante tiene experiencia o no en Sence, es regulada de distinta forma en las bases. En efecto, para un oferente con experiencia, su puntaje se determina en función del porcentaje de cursos A-3 o A-5 con SIT realizados a nivel regional y nacional, definido este último como el promedio a nivel regional de los últimos tres años. Sin embargo, para los oferentes nuevos, esta



evaluación corresponde al puntaje obtenido por una presentación que pondera dos ítems, a saber: (i) "Contenido e historia en sector transportes" y (ii) "Profesionales Asociados al Curso". De esta manera, para los oferentes con experiencia Sence, la evaluación se realiza en términos de variables cuantitativas, mientras que, para los oferentes nuevos, corresponde a una evaluación de aspectos cualitativos.

Por lo tanto, se trata de criterios de evaluación totalmente diferentes, lo cual podría desincentivar la participación de los oferentes con experiencia Sence o aumentar la discrecionalidad del órgano y, por tanto, la incertidumbre para nuevos interesados.

Respecto de la "Evaluación de Comportamiento" sólo aplica a oferentes con experiencia Sence, pero clasifica a éstos entre aquellos que tienen o no experiencia en la región donde se dictarán los cursos. De esta manera, se pondera la existencia de multas aplicadas por el organismo público durante los últimos cuatro años, el nivel de deserción injustificado de participantes y el desempeño del oferente en la región. Como se aprecia, la Evaluación de Comportamiento contiene una variable de evaluación - nivel de deserción injustificado de participantes en cursos Sence a nivel regional o nacional - que puede ser considerada como exógena a las decisiones del oferente y se encuentra fuera del alcance de sus decisiones como proveedor de los cursos licitados, creándose una ventaja artificial para aquellos oferentes sin registro o bajo registro de participantes desertores



de manera injustificada, desincentivando la participación de aquellos con un mayor registro.

En cuanto a la "Evaluación Técnica" se pondera de forma diferenciada para oferentes con y sin experiencia, ponderando un 10% adicional sobre la oferta final para oferentes sin experiencia. De esta manera, dos oferentes con el mismo puntaje o calificación en la evaluación técnica, verán un impacto distinto en su oferta final, lo cual genera una ventaja injustificada para los oferentes sin experiencia y podría desincentivar la participación de oferentes que sí la tienen.

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



ello el proceso competitivo de la licitación que se analiza en autos.

A mayor abundamiento, se registra una nueva fuente de asimetría en la ponderación para oferentes con y sin experiencia en Sence, por cuanto estos últimos son evaluados en este ítem únicamente en función de su compromiso de colocación, mientras que para aquéllos se evalúa, además, el promedio de las cotizaciones previsionales de los tres meses posterior a la finalización de los cursos de participantes egresados de los tres últimos años, lo cual genera un desincentivo a participar de los oferentes con experiencia y una ventaja artificial para los nuevos.

Por último, en cuanto a la Evaluación Económica, no existen antecedentes que justifiquen su baja ponderación, toda vez que ésta debería ser la principal variable de adjudicación, por cuanto se fomenta la intensidad competitiva entre quienes participan en la licitación. A ello se suma que la banda de precios propuesta en las bases tampoco se encuentra justificada, puesto que, en cuanto a la fijación de un mínimo, este sólo cobra sentido en ciertas licitaciones que requieren elevados montos de inversión y el oferente desconoce con precisión el valor del bien licitado, de esta manera, podría ofertar un precio muy bajo en relación con los ingresos que le reportará el bien si se adjudicara la licitación, pudiendo no recuperar sus costos.

Por su parte, la fijación de un precio máximo conocido que no es reservado para los participantes,



también puede producir efectos contrarios a la libre competencia, porque la conducta natural que tendrán los agentes económicos será la de presentar ofertas que se aproximen o igualen a dicho precio, disminuyendo con ello la intensidad competitiva que debería darse en la licitación. En un caso extremo, en aquellas comunas donde sólo existe un oferente autorizado, la publicación del precio máximo determina ex ante el precio al cual se adjudicará el curso, razón por la cual se recomienda a las autoridades públicas que licitan un bien o servicio que el precio máximo sea reservado, lo cual en este caso se fijará como una condición.

En suma, los ítems analizados y su forma de ponderación pueden generar desincentivos para la participación de potenciales interesados en la licitación, producto de los espacios de discrecionalidad que se entregan al licitante, la incertidumbre y las claras ventajas que se presentan para los nuevos oferentes como consecuencia de las distintas ponderaciones que tienen los ítems en los que se evalúa la experiencia, comportamiento y la técnica. Asimismo, la baja ponderación del precio como factor de adjudicación reduce la intensidad competitiva de los postulantes, sin que exista justificación para establecer una banda de precios pública.

Por las razones expuestas, el fallo recomienda que las licitaciones futuras se realicen en dos etapas. En una primera, el licitante podrá definir los criterios mínimos necesarios en términos de experiencia,



comportamiento y evaluación técnica, tanto para oferentes nuevos y aquellos con experiencia Sence. La segunda etapa corresponderá a aquella que considera como única variable de adjudicación la oferta económica, sin que se puedan establecer precios mínimos y en que los precios máximos deberán ser reservados hasta el momento de apertura de la oferta económica para, en caso de que todas las ofertas superen el precio máximo reservado, el Sence pueda dar la posibilidad a los oferentes de mejorar su oferta por debajo de éste, con el objeto de no declarar desierto el concurso y, en caso de que exista más de un oferente dispuesto a mejorar su oferta, se adjudicará a aquel oferente que ofrezca el menor precio.

Por lo anterior se declara que el diseño de las bases administrativas y técnicas del concurso público para la ejecución del "Curso especial con simulador de inmersión total conducente a licencia de conductor profesional clase A-3 y A-5", año 2021, aprobadas mediante la Resolución N° 92 del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, no se ajustan al Decreto Ley N°211 y, por consiguiente, en las futuras bases sobre esta materia deberán cumplirse las siguientes condiciones:

1) Las bases deberán establecer con total precisión y claridad las exigencias que deberán cumplir los participantes de una licitación al momento de presentar sus ofertas.

2) La imposición de eventuales límites a la adjudicación de los cupos licitados no deberá ser arbitraria y deberá estar justificada, de manera tal de



no desincentivar la participación de oferentes y asegurar condiciones de mínima rivalidad entre los agentes que participen en la licitación.

3) La licitación deberá realizarse en dos etapas. En una primera, se deberán establecer los requisitos mínimos técnicos y de experiencia que deberán cumplir los interesados, de manera tal que todos aquellos que los cumplan puedan pasar a una segunda etapa en la que el único criterio de adjudicación deberá ser el menor precio ofertado.

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

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

Lo anterior es resuelto con la prevención de la Ministra señora Domper y el voto en contra de los Ministros señores Paredes y Barahona.

El Sence dedujo recurso de reclamación, solicitando se eliminen las condiciones N°3, 4 y 5, sin perjuicio de lo cual, en estrados, manifestó que se desiste del recurso en relación a la condición N°4, relacionada con el compromiso de colocación, indicando que éste ya fue eliminado de sus bases de licitación.

En aquella parte subsistente, señaló que las condiciones N°3 y 5 producirán importantes interrupciones en la evaluación, poniendo énfasis en que la función del Sence es buscar la mejor calidad posible, considerando un monto determinado de financiamiento, razón por la cual la



ponderación original era 5% precio; un 10% correspondía a experiencia; un 30% a comportamiento; un 40% a la evaluación técnica; y un 15% al compromiso y resultados de colocación. En este sentido, las condiciones atentarán contra el objetivo de optimizar la calidad de los recursos y el cumplimiento de los ejecutores, dado que la institución busca priorizar la calidad de los cursos más que el ahorro económico para el Fisco; en otras palabras, no se trata de capacitar al menor costo posible, sino con la mayor calidad posible y con un monto determinado dispuesto en la Ley de Presupuesto.

Explica que el modelo se vería afectado por un diseño en dos etapas, puesto que se impediría generar incentivos para ofrecer la mayor calidad. De este modo, si hubiera una primera etapa de admisibilidad, se estaría eliminando la competencia por calidad y se generarían incentivos para que los oferentes busquen exclusivamente cumplir con los parámetros mínimos para aprobar la primera etapa y después competir exclusivamente por el precio; de este modo, se podría verificar el "mal del ganador", esto es, adjudicarse con un precio muy bajo, con incentivos a no ejecutar el servicio.

Explica que la formación laboral no puede regirse exclusivamente bajo criterios de eficiencia de mercado y que el Sence no puede ser visto como una simple adquisición de bienes y servicios.

Respecto de la aplicación de un precio máximo de reserva, éste no tendrá un impacto real, generando exclusivamente una mayor carga administrativa a los



concursos. En efecto, año a año el Sence debe ejecutar su presupuesto para financiar la capacitación, y la forma de hacer calzar el presupuesto con la cantidad de personas que se requiere capacitar, es mediante una banda de precios, lo cual evita un potencial aumento que impida capacitar a todas las personas que son necesarias.

Estima que el precio de reserva sólo se justifica para un concurso centrado en el precio y para una licitación en dos fases, de modo que no tiene sentido cuando el precio es una variable más de la evaluación.

Asegura que, donde hay solo un oferente, es altamente probable que se oferte un precio alto, pero ese precio es limitado por el máximo establecido por el Sence y, si se aplica un máximo de reserva, el incentivo será a ofertar un valor muy alto para igualarlo cuando éstas se abran, de lo cual fluye que el precio de reserva sólo agregaría más trámites al concurso, sin generar efectos positivos.

Concluye indicando que el tribunal se basa en que el licitante busca maximizar su beneficio con criterios económicos, pero este no es el criterio que prima para el Sence, que tiene objetivos de política pública que priman, razones por las cuales, pide eliminar condiciones 3 y 5 de la letra f) del párrafo N°92.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, de manera previa a iniciar el análisis concreto del arbitrio impugnatorio, relevante resulta destacar que el Decreto Ley N° 211 presenta una finalidad



de carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la tutela, reglamentación y resguardo de la libre competencia, que forma parte del orden público económico desarrollado en la Constitución Política de la República, generando un marco regulatorio respecto de la actividad del Estado y de los particulares, en torno a la protección de las garantías individuales.

Diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la "*Constitución Económica*", que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°, 3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Carta Fundamental dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, asociándose la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al que se une la reserva legal en materia de regulación económica, la igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, la igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en



las distintas especies y, ciertamente, la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior, debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, que, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte, es un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución o *"la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad - públicos y privados - en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre"* (Víctor Avilés Hernández, "Orden Público Económico y Derecho Penal", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1998. Página 218).

Segundo: Que, conforme a lo expuesto, resulta que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la



constitución económica, entendido como un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

En este contexto, la garantía consagrada en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental es de contenido vasto, puesto que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el Constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto. Respecto de ésta garantía se ha dicho que *"si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad (...) la obligación de no atentar en contra de la garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúan en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleva al cierre o a la quiebra. Pero es contraria a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen*



de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país". (Enrique Evans de la Cuadra, "Los Derechos Constitucionales". Editorial Jurídica de Chile, 1999. Página 318).

Es así como el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente, tiene límites, que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público y la seguridad nacional.

Lo anterior es trascendente, toda vez que la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la prerrogativa en estudio, puesto que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado. Sin embargo, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, dado que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares quienes, esgrimiendo su propia libertad, pretendan alcanzar y ejercer un poder indebido en el mercado, violentando así, no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, consecuencia que, en último término, se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.



Así, el sistema jurídico establecido en nuestro país corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo, de esta forma, que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como *"el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público"* (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez en *"Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia"*, Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2015. Página 333), señalando los mismos autores que *"el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante"* (Ibidem. Página 276).



Tercero: Que, solamente teniendo en cuenta este contexto, donde se inserta la regulación contenida en el Decreto Ley N° 211, es que se entiende la existencia y relevancia de la jurisdicción de carácter voluntario que se entrega al TDLC, respecto de la cual puede indicarse que *"el legislador al establecer un procedimiento de jurisdicción voluntaria lo hace exactamente para garantizar la protección de un derecho socialmente relevante. Es el juez u otro órgano o sujeto que actúa preventivamente y para dar certeza y así proteger el bien o el derecho que, en la ausencia de la participación de la jurisdicción, quedaría entregado a la voluntad de los particulares"*. En resumen, en el Estado Constitucional el Juez tiene el deber de dar protección a los derechos, *"especialmente a los fundamentales y a los de mayor relevancia social (...) El magistrado, en la jurisdicción voluntaria es llamado incuestionablemente para dar protección a los derechos"* (Luis Guilherme Marinoni, Alvaro Pérez Ragone, Raúl Núñez Ojeda, "Fundamentos del proceso civil, Hacia una teoría de la adjudicación", Abeledo Perrot - Legal Publishing, 2010. Página 138).

Cuarto: Que, a continuación, se hace imprescindible establecer el marco jurídico que rige el presente procedimiento, labor para la cual es menester reproducir algunas disposiciones del Decreto Ley N° 211.

El artículo 5° señala: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya*



función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”.

A su turno, el artículo 18 indica: *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: (...) 2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.*

Luego, el artículo 31 establece el procedimiento aplicable y el régimen recursivo, disponiendo en su inciso final: *“Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1”.*

Quinto: Que el tenor de las normas transcritas en el considerando anterior deja en evidencia que el procedimiento en el cual se desarrolla la consulta es, precisamente, de naturaleza jurídica no contenciosa,



puesto que no cuenta con las características y principios que informan aquel previsto en los artículos 18 N° 1 y 19 a 29 del Decreto Ley N° 211. La doctrina es pacífica en señalar que en un procedimiento de carácter no contencioso el órgano público conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y un órgano requerido.

Sexto: Que, en concordancia con lo anterior, esta Corte ya ha señalado que, a través del artículo 18, numeral 2° del Decreto Ley N° 211, el legislador otorgó al Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención que se presente para su conocimiento pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva tiene por objeto entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del citado Decreto Ley N°211 y con carácter vinculante para los agentes económicos relacionados con el mercado relevante.

Séptimo: Que, establecidos estos lineamientos generales, resulta también de la máxima relevancia formular ciertas delimitaciones en la naturaleza y fines del procedimiento no contencioso en materia de libre competencia. En efecto, no es posible utilizar el procedimiento de la consulta con la finalidad que el TDLC imponga condiciones que regulen de manera abstracta un mercado en general. Para ello el Tribunal podría ejercer



su potestad para dictar Instrucciones Generales, establecida en el artículo 18 N° 3 del Decreto Ley N° 211.

Por otro lado, tampoco resulta procedente confundir las condiciones que puedan ser impuestas por el TDLC en el marco del ejercicio de la potestad contenida en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211, con aquellas medidas de orden preventivo, correctivo o prohibitivo que podría establecer en una sentencia como complemento o en lugar de una sanción en el marco del ejercicio de su potestad jurisdiccional. En este orden de ideas, aun cuando el artículo 26 señale como posibles medidas a adoptar en la sentencia definitiva, la de *"modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley"*, tal prerrogativa debe entenderse de manera matizada cuando se trata de un procedimiento no contencioso, cariz que está dado precisamente por la extensión de la competencia del TDLC que, a su vez, determina la mayor o menor particularidad o identificación con un caso concreto, que tendrá la decisión.

En consecuencia, aquello que se resuelva por la vía de la consulta se encuentra en un punto intermedio entre las instrucciones generales y las medidas sancionatorias que sólo podrían tener efectos para las partes del juicio.



De otro modo, la existencia de una potestad consultiva en materia de actos y contratos existentes, no tendría justificación.

Octavo: Que, en este particular, coincide esta Corte con aquello que ha afirmado la doctrina, en cuanto a que *“los asuntos relacionados con todo tipo de hechos, actos o contratos de agentes económicos que puedan afectar negativamente el proceso competitivo en los mercados pueden ser consultados. Esto comprende desde los que digan relación con los niveles de concentración que existan en determinadas industrias, hasta los relativos a actos materiales, como las diversas actuaciones de personas, asociaciones o empresas que puedan facilitar comportamientos anticompetitivos o generar efectos adversos para la libre competencia. Por cierto, toda la amplia gama de actos jurídicos que puedan incidir negativamente en el desempeño competitivo de los agentes que participan en un mercado pueden ser incluidos aquí”*. (Javier Velozo A. y Daniela González D. Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, En: La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Centro de Libre Competencia UC, Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile, 2011, pág. 33).

En otras palabras, el ejercicio de la potestad consultiva no impide el análisis de la conformidad de ciertos hechos con la legislación que rige la materia, siempre y cuando éstos sean determinados de manera



concreta y no exista una imputación formal y directa - y, a la vez, una pretensión sancionatoria - relacionada con ilícitos anticompetitivos. Bajo estos parámetros, no sería posible instrumentalizar la consulta, utilizándola para una decisión anticipada de un asunto contencioso y así restringir las posibilidades de defensa de la contraria, puesto que las medidas que es posible adoptar en uno y otro procedimiento tienen una naturaleza distinta, tratándose en este caso de disposiciones meramente preventivas, destinadas a evitar eventuales infracciones a la libre competencia y no a juzgar responsabilidad. El asunto sometido al conocimiento del tribunal no debe implicar la existencia de una controversia entre partes, sino sólo la petición para que se emita un pronunciamiento judicial de calificación o determinación de la posible disconformidad entre ciertos hechos singulares y la libre competencia, apreciada en un mercado relevante concreto.

Relacionado con lo anterior, la promoción de una consulta no requiere de una afectación actual a los bienes jurídicos protegidos, sino una eventual, que precisamente será evitada o prevenida a través de la adopción de las medidas que el tribunal imponga, las cuales pueden ser propuestas por el consultante, sin resultar vinculantes para los sentenciadores, que pueden decretar aquéllas, como también otras que sean idóneas para la finalidad buscada.

Noveno: Que, entendida de esta forma, la potestad que se viene analizando se erige como una competencia



consultiva-preventiva, para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado, al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopólico específico, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia. La potestad consultiva busca *"prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico"* (Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio". Editorial Jurídica de Chile, 2006. Página 612). Por otro lado, también se ha dicho que, por la vía de este procedimiento, es posible subsanar el daño que pueda causar una operación sujeta a aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, en "Libre Competencia y Retail: Un Análisis Crítico". Abelardo Perrot, 2010. Página 315).

Tales son los lineamientos que permiten otorgar un contenido propio a la potestad consultiva del TDLC.



Décimo: Que, entrando ahora al caso concreto, si bien la materia que dio inicio al procedimiento, consistente en la consulta del Automóvil Club de Chile en relación a la cláusula 3.1 de las bases del concurso público para la ejecución del "Curso especial con simulador de inmersión total conducente a licencia de conductor profesional clase A-3 y A-5", año 2021, aprobadas mediante la Resolución N° 92 del Sence, ha sido resuelta, al momento de aportar antecedentes, la FNE advirtió una serie de otros aspectos que resultan relevantes a la hora de examinar si las reglas impuestas por el órgano administrativo se ajustan o no al Decreto Ley N°211. La controversia en esta sede se centra, por tanto, en las condiciones N° 3 y 5 que precisamente se impusieron a propósito de las materias introducidas por la FNE.

La imposición de tales condiciones no es susceptible de ser analizada de manera aislada, sino que requiere entender las características del mercado que se busca regular a través de las bases en examen.

Undécimo: Que, sobre el particular, el fallo impugnado analiza el hecho que las bases consultadas se enmarcan dentro de los planes de capacitación que el Sence ofrece a efectos que distintas personas obtengan licencias de conducir profesionales clase A-3 y A-5, en una especial forma de instrucción, que incluye el denominado "Simulador de Inmersión Total" que lo diferencia de los cursos tradicionales de conducción.



Existe, además, sólo un grupo de escuelas de conductores habilitadas para ofrecer el curso en cuestión, las cuales además deben tener el carácter de Organismos Técnicos de Capacitación (OTEC) y encontrarse inscritas en un registro nacional al efecto.

Duodécimo: Que, sin embargo, existen una serie de regulaciones adicionales cuyo análisis no se observa en la sentencia impugnada y que, en concepto de esta Corte, revisten la mayor importancia para entender el carácter fuertemente regulado del mercado en que se desenvuelven las escuelas de conductores y, especialmente, aquellas que se encuentran habilitadas para impartir aquellos cursos a que se refieren las bases en análisis.

En efecto, la Ley de Tránsito N° 18.290 contempla en su Título I la regulación "De los Conductores y de las Licencias", estableciendo en su artículo 13 los requisitos para acceder a una licencia de conducir profesional que incluyen, en lo pertinente: "3) *Aprobar los cursos teóricos y prácticos que impartan las escuelas de conductores profesionales debidamente reconocidas por el Estado;*

5) *Acreditar, para el caso de las licencias de conductor profesional clases A-3 y A-5, en aquellos casos de conductores que no hayan estado en posesión de las licencias indicadas en el número 4) precedente, haber aprobado un curso teórico y práctico especial, que contemple el uso de simuladores de inmersión total u otra tecnología equivalente, cuyas características y especificaciones técnicas estarán establecidas en un*



reglamento dictado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en una Escuela para Conductores Profesionales reconocida oficialmente por dicho Ministerio, que haya sido autorizada para impartir este curso especial, de conformidad con el respectivo reglamento, y

6) Aprobar en la Municipalidad respectiva el examen teórico correspondiente a la Clase de licencia profesional a la que se postula".

A su vez, su artículo 15, preceptúa: "El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones determinará los estándares para calificar la idoneidad moral, física y psíquica, la acreditación de los conocimientos teóricos y prácticos de conducción y de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen al tránsito público, así como de las disposiciones legales y reglamentarias para prestar servicios de transporte de pasajeros, transporte remunerado de escolares y de carga, por calles y caminos. Lo anterior es sin perjuicio de la facultad del médico del Departamento de Tránsito y Transporte Público Municipal para solicitar exámenes especiales para determinar la aptitud psíquica del postulante".

El Ministerio de Transportes, por su parte, ha establecido una serie de regulaciones especiales que rigen a las escuelas de conductores, como así también a las licencias de conducir en general y a los permisos profesionales, en particular.

El Decreto N° 251 de 1999 Establece Normas para las Escuelas de Conductores Profesionales o Clase A, las



cuales "serán las encargadas de impartir los conocimientos, destrezas y habilidades necesarias, para que los egresados puedan optar a una licencia de conductor clase A, con el objeto de acceder a la conducción, en forma responsable y segura, de vehículos motorizados para el transporte de personas y para el transporte de carga" (artículo 1°).

Añade este cuerpo normativo la exigencia de una serie de antecedentes a presentar ante la Seremi de Transportes respectiva, a fin de obtener el reconocimiento oficial - que incluye requerimientos específicos de infraestructura, programas de estudio y equipamiento - trámite luego del cual la escuela queda sujeta a la fiscalización, tanto de la dicha Seremi como de los Directores de Tránsito de las comunas donde funcione (artículo 7°).

Corresponde destacar, además, que para obtener la autorización para impartir el Curso Especial con Simuladores de Inmersión Total, las escuelas deberán presentar al respectivo Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones junto con los respectivos planes y programas, una solicitud, la cual deberá acompañar los antecedentes especiales que el artículo 5 bis indica.

Respecto de las licencias de conducir en general, el Decreto N°170 del año 1986 contiene el Reglamento para el Otorgamiento de Licencias de Conductor, estableciendo los requisitos de idoneidad que cada persona debe cumplir para optar al permiso, como así también las



características y presupuestos de aprobación de los exámenes físicos y teóricos a los que deben someterse los postulantes.

Específicamente en relación al SIT, el Decreto N° 126 del año 2012 Establece las Características y Especificaciones Técnicas que deben observar los Simuladores de Inmersión Total, al cual define en su artículo 2° como *“Aquel dispositivo mecánico-computacional, compuesto de partes físicas que emulan el funcionamiento de un determinado tipo de vehículo y un programa computacional que controla el comportamiento de dichas partes, permitiendo al usuario realizar una conducción realista del mismo”*, debiendo la escuela de conductores respectiva acreditar ante el Ministerio de Transportes que su SIT cumple con las características y especificaciones del reglamento, evento en el cual se le entrega un certificado que la habilita para su utilización.

Finalmente, el Decreto N°122 del año 2012 aprueba el Reglamento de Curso Teórico Práctico Especial que Contempla el Uso de Simuladores de Inmersión Total, refiriéndose a la duración y contenidos mínimos teóricos y prácticos que deberán considerar los cursos respectivos, a fin de impartir al postulante las técnicas, destrezas y habilidades necesarias para la conducción, según el tipo de vehículo.

A todo lo anterior se añade que las escuelas de conductores que participen en las licitaciones objeto de estudio, deben además hallarse constituidas como



Organismos Técnicos de Capacitación (OTEC), esto es, cumplir con las normas dispuestas en la Ley N° 19.518 y la Norma chilena de calidad NCh2728, circunstancia que les permitirá ser inscritas en el registro especial dispuesto al efecto.

Décimo tercero: Que el análisis anterior permite entender que no todo tipo de cursos se imparte en toda clase de escuelas de conductores o, en otras palabras, no toda institución se halla habilitada para participar en las licitaciones que rigen las bases en estudio; muy por el contrario, las exigencias legales, técnicas y de infraestructura que imponen no sólo dichas bases sino también la normativa legal y reglamentaria ya citada, reducen el universo de oferentes que cumplen las condiciones necesarias para presentarse a la licitación, circunstancia que, por cierto, podría favorecer la concentración en el caso de existir instituciones habilitadas y que tengan presencia en gran parte de las comunas donde los cursos se desarrollen, escenario que se da, no por algún actuar anticompetitivo de dichas escuelas, sino por las especialísimas características del producto, como también del oferente y la fuerte regulación a que ambos están sometidos.

Décimo cuarto: Que considerando entonces, la especial situación regulatoria, tanto de las escuelas de conductores, del otorgamiento de las licencias de conducir, como así también del curso específico de que tratan las bases de licitación examinadas, se reducen sustancialmente los aspectos que el Sence puede



considerar a la hora de adjudicar, y se diluyen las argumentaciones de éste en orden a existir ciertas preocupaciones relativas a la calidad de lo impartido, toda vez que los contenidos, estructura, requisitos técnicos, equipamiento y otros que deben cumplir las escuelas, son regulados directamente tanto por la Ley como por la normativa dictada por el Ministerio de Transportes.

De aquí se entiende, por tanto, que los principales aspectos a ponderar por el Sence sean la experiencia, el comportamiento y los aspectos técnicos particulares de aquello ofrecido por cada postulante.

En este contexto y, si bien la realización de una etapa única de ponderación de las ofertas ha sido la forma a través de la cual, hasta la fecha de la sentencia, se habían desarrollado las adjudicaciones, el Sence en sus escritos no planteó argumentaciones suficientes para descartar que una evaluación en dos etapas sea idónea para elegir al mejor oferente o resulte atentatoria contra las normas del Decreto Ley N°211. En efecto, según aquello que se viene resolviendo, una primera etapa contendrá, al igual que bajo la metodología anterior, la evaluación técnica, de experiencia y comportamiento y, de esa manera, se asegurará que a la segunda etapa lleguen únicamente aquellos oferentes que aseguren condiciones de calidad, quienes luego competirán sobre la base del precio.

Décimo quinto: Que, sin embargo, resulta importante para esta Corte realizar una precisión sobre los términos



en que se encuentra redactada la condición N°3, la cual refiere: *"La licitación deberá realizarse en dos etapas. En una primera, se deberán establecer los requisitos mínimos técnicos y de experiencia que deberán cumplir los interesados, de manera tal que todos aquellos que los cumplan puedan pasar a una segunda etapa en la que el único criterio de adjudicación deberá ser el menor precio ofertado"*.

Pues bien, en concepto de estos sentenciadores, los requisitos técnicos y de experiencia que deben cumplir los interesados no deben limitarse a aquellos "mínimos" que pueda establecer el Sence en sus bases de licitación puesto que, tal como se ha expuesto detalladamente, tales presupuestos no quedan enteramente entregados al órgano licitante, sino que también están determinados, en gran medida, por las regulaciones legales y reglamentarias especiales que ya se han señalado en detalle, todas las cuales deberán ser observadas por los postulantes, sin excepción, puesto que el cumplimiento cabal e íntegro de tales condiciones es precisamente aquello que asegura el fiel cumplimiento de los estándares de calidad necesarios para así poder otorgar a los señalados cursos el financiamiento estatal al que postulan, sobre la base de la confianza de que ellos impartirán a sus destinatarios las destrezas necesarias para desempeñarse en la conducción de vehículos de transporte de carga y de pasajeros.

En otros términos, las escuelas de conductores oferentes deben cumplir con la totalidad de los



requisitos técnicos y de experiencia y no sólo con un conjunto "mínimo" de ellos.

Décimo sexto: Que lo razonado hasta ahora también se relaciona con aquello que dispone la condición N°5, esto es, que *"No se podrá establecer un precio mínimo y en caso de que se establezca un precio máximo, este deberá ser reservado"*, respecto de la cual el Sence ha señalado en su reclamación que propende a que las oferentes se adjudiquen a un precio bajo que posteriormente incentive a no cumplir con lo pactado.

En concepto de esta Corte, tal escenario no se verificaría toda vez que, tal como se ha señalado anteriormente, a la segunda etapa donde tiene incidencia esta variable, solamente llegarán aquellos oferentes que aseguren condiciones óptimas de calidad, comportamiento y cumplimiento normativo, en los términos que se ha expuesto en los motivos anteriores.

Por lo demás, corresponde también destacar que la sentencia es clara en establecer que aquello que se proscribe es el establecimiento de una banda de precios y que, respecto del precio máximo, tampoco se presenta aquel riesgo que identifica el Sence, en orden a que todos los oferentes fijen un precio alto, toda vez que, en tal evento, el fallo es claro en que se podrá dar la posibilidad de mejorar la oferta, de modo que no existirá la posibilidad de sobrepasar el presupuesto asignado por ley a los cursos y se promoverá así una debida competencia, toda vez que será conocido por los oferentes la circunstancia de que resultará adjudicado aquel que,



siempre manteniendo las condiciones técnicas y de calidad evaluadas en la primera etapa, ofrezca el mejor precio.

Décimo séptimo: Que, finalmente, corresponde hacer presente que en el petitorio del recurso de reclamación, el Sence solicita que esta Corte proceda a la eliminación de *"las condiciones establecidas en los números 3, 4 y 5 de la letra F del párrafo 92, y a su vez, tenga presente las consideraciones señaladas respecto a los números 1 y 2 de la letra F del párrafo 92, para el caso que sean impugnados"*.

Respecto de las condiciones N° 1 y 2, ellas no fueron cuestionadas por ninguna de las partes y, en efecto, parte el libelo indicando que el órgano está de acuerdo con ellas, razón por la cual esta Corte carece de competencia para emitir pronunciamiento a su respecto.

Por otro lado y, tal como se adelantó, en estrados el Sence manifestó desistirse de la reclamación en relación a la condición N° 4, relativa a la eliminación del compromiso y resultados de colocación como factor de evaluación, manifestando que éste ya fue suprimido de las bases de licitación futuras.

En consecuencia, no habiéndose acreditado que lo resuelto en relación a las condiciones N° 3 y 5 infrinja de forma alguna las disposiciones del Decreto Ley N° 211, de modo de habilitar a esta Corte a declarar la ilegalidad de dichas condiciones, el recurso en estudio necesariamente deberá ser rechazado, sin perjuicio de aquello que se ha indicado en el motivo décimo quinto.



□Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 y 31 del Decreto Ley N°211, se resuelve que **se rechaza** el recurso de reclamación deducido por el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, en contra de la sentencia de veinticinco de agosto de dos mil veintidós, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debiendo, en todo caso, cumplirse con aquello previsto en el motivo décimo quinto de la presente sentencia.

□Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Muñoz, quien estuvo por acoger la reclamación, únicamente en aquello que respecta a la condición N° 5 y solamente en cuanto a la mantención de un precio mínimo que debieran respetar todas las ofertas que se presenten al concurso respectivo, teniendo para ello presente:

1° Que, concordando este disidente con aquello que se viene resolviendo en relación a la condición N° 3 y a la reserva del precio máximo, en los términos que ya se ha indicado, estima que resulta relevante que se permita a la licitante establecer un precio mínimo que deberán cumplir todas las ofertas que se presenten al concurso respectivo. En efecto, son las particularidades del mercado y, especialmente del producto que se licita, las cuales se han expuesto en detalle en el fallo que antecede, aquellas que precisamente demandan la fijación de ciertos presupuestos básicos en materia de calidad, siendo la autoridad administrativa quien mejor conoce los requerimientos técnicos, de comportamiento y de



experiencia que se demandarán de cada oferente y el costo involucrado en el cumplimiento de tales exigencias.

2° Que, en este sentido, una competencia que únicamente se centrara en el precio, sin establecer parámetro técnico alguno, propendería a que, una vez cumplidos los requisitos que permitan a un concursante sortear la primera fase de la licitación, se ofreciera un precio extremadamente bajo con el sólo objeto de adjudicarse, lo cual generaría a la postre incentivos, ya sea para incumplir lo pactado a través de una disminución de la calidad de los contenidos - lo cual se torna, para este producto en particular, en extremadamente relevante, en tanto lo impartido son destrezas para la conducción de transporte de carga y pasajeros - o derechamente para no impartir los cursos adjudicados si su volumen no resulta rentable en relación al precio que se cobrará.

3° Que, en consecuencia, en concepto de este disidente, el establecimiento de un precio mínimo se justifica para evitar aquello que la doctrina ha denominado el "*mal del ganador*", esto es, el fenómeno a partir del cual el precio obtenido por el oferente del producto licitado es inferior a su real costo, materia especialmente importante en las licitaciones llamadas por órganos de la Administración o financiadas con recursos públicos, donde evitar o, a lo menos, prever las consecuencias de una eventual insolvencia del prestador resulta de la mayor importancia.

En otras palabras, en una licitación de dos etapas, donde la segunda de ellas se centra exclusivamente en el



precio, la fijación de un precio mínimo producirá el efecto de asegurar el cumplimiento de las prestaciones, toda vez que permite asegurar la seriedad y viabilidad de las ofertas, la efectiva prestación de los servicios y, de este modo, la eficiencia en el uso de los recursos públicos, materia esta última en la que la aplicación de criterios económicos debe siempre hacerse a la luz de los fines de política pública particularmente perseguidos por cada órgano licitante.

□Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Ravanales y la disidencia, de su autor.

Rol N° 114.616-2022.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sr. Jean Pierre Matus A. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro Sr. Muñoz por estar con feriado legal.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A., Mario Carroza E., Jean Pierre Matus A. Santiago, diez de mayo de dos mil veintitrés.

En Santiago, a diez de mayo de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

