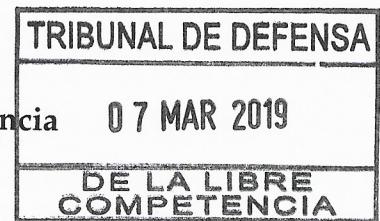


En lo principal: Interpone asunto de carácter no contencioso. Primer otrosí: Acompaña documento. Segundo otrosí: Se tenga presente. Tercer otrosí: Acredita personería. Cuarto otrosí: Patrocinio y poder. Quinto otrosí: Se tenga presente correos electrónicos.

AA
es



Patricia Ibáñez Crino, asistente social, cédula nacional de identidad N° 9.076.165-K, Directora (S) de la Dirección de Compras y Contratación Pública (en adelante "Dirección ChileCompra"), actuando en representación de Dirección ChileCompra, Rol Único Tributario N° 60.808.000-7, ambos domiciliados en Monjitas N° 392, piso 8, comuna de Santiago, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

De conformidad con lo establecido en los artículos 18 numeral 2), 31 y 32 del Decreto Ley N° 211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (en adelante "DL 211"), interpongo el presente asunto de carácter no contencioso a fin de que el H. Tribunal se pronuncie acerca de si las Bases Administrativas Tipo para la Adquisición Centralizada de Papel Multipropósito, con sus Anexos, contenidos en la Resolución N° 6 de Dirección ChileCompra, de fecha 5 de marzo de 2019¹, se ajustan al DL 211 y, en el caso que corresponda, pueda fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases administrativas de manera tal que éstas no infrinjan las disposiciones del DL 211.

I. ANTECEDENTES

Dirección ChileCompra es un Servicio Público descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda, creado por la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en adelante "Ley N° 19.886"), que comenzó a operar formalmente con fecha 29 de agosto de 2003, convirtiéndose en un servicio

¹ La Resolución N° 6 no se encuentra totalmente tramitada, a la espera de lo que resuelva el H. Tribunal en el presente procedimiento no contencioso. En razón de lo dispuesto en la resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, una vez terminado dicho procedimiento se someterá al trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República.

emblemático en la modernización del Estado, al instalar con éxito una reforma en materia de compras públicas, inédita en su profundidad y alcance en nuestro país.

Actualmente, Dirección ChileCompra sigue impulsando metas que permiten continuar por la senda de la innovación, generando oportunidades a más proveedores y por consiguiente asegurando más transparencia y eficiencia en la gestión de abastecimiento del Estado.

El Proyecto de Fortalecimiento Institucional de Dirección ChileCompra, para el período 2018-2019, pretende propiciar la modernización del sistema de compras públicas a través de seis medidas prioritarias: las compras colaborativas, las compras de bajo monto, el pago electrónico, la transformación digital, la evolución tecnológica y el observatorio de eficiencia.

En ese contexto, Dirección ChileCompra se encuentra implementando un modelo de compras colaborativas en el cual se potencia el rol estratégico de esta Dirección respecto de las compras públicas, específicamente en términos de generar modelos de adquisición colaborativos que tienen como principal objetivo la eficiencia y la obtención de ahorros para el Fisco a raíz del aprovechamiento de economías de escala y la reducción de costos de transacción.

Uno de los tipos de modelos de compras colaborativas son las denominadas compras centralizadas, las cuales se fundan en la atribución legal contenida en la letra e) del artículo 30 de la Ley N° 19.886, que establece que:

"Son funciones del Servicio [Dirección ChileCompra] las siguientes: e) Representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos a que se refiere esta ley², en la licitación de bienes o servicios en la forma que establezca el reglamento".

² En relación con el alcance de la expresión "organismos públicos a que se refiere esta ley", cabe señalar que el inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 19.886 establece que: "Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1º de la ley N°18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley". Agrega el inciso tercero del artículo 1º de la Ley N° 19.886 que "[e]sta ley también será aplicable al Consejo Nacional de Televisión". Por su parte, el artículo 1º de la Ley N° 18.575 establece que: "La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".

La referida disposición legal se encuentra complementada por el inciso final del artículo 7º del Decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que Aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en adelante "Reglamento de la Ley N° 19.886"), que señala:

"Las entidades podrán ser representadas por la Dirección de Compras en la licitación de bienes o servicios. Para ello, y en cada caso, se suscribirá un convenio en el cual se regulará la forma y alcance del mandato requerido".

Dirección ChileCompra ha estimado necesario ejercer la atribución contenida en la letra e) del artículo 30 de la Ley N° 19.886 en relación con la adquisición de papel multipropósito, atendida la posibilidad de estandarización de dichas adquisiciones y de optimizar los procesos de compra de los organismos públicos que comparten esta necesidad transversal, procurando con ello alcanzar las eficiencias y ahorros que surgen de este modelo de compras públicas a raíz del aprovechamiento de economías de escala y la reducción de costos de transacción.

Para tal efecto y con el objeto de preparar el proceso de licitación respectivo, Dirección ChileCompra ha elaborado las bases administrativas que se someten a consulta ante el H. Tribunal.

II. EL MODELO DE COMPRAS CENTRALIZADAS

El modelo de compras centralizadas consiste en que Dirección ChileCompra, en su calidad de organismo central de compras (o, por su denominación en inglés, *central purchasing body* o 'CPB'), es el encargado de llevar a cabo el proceso de compra, licitando y adjudicando al proveedor o a los proveedores para que, posteriormente, cada entidad requirente proceda a firmar los contratos independientes con el proveedor adjudicado, solicitando el despacho, recepcionando y pagando directamente al proveedor respectivo. El modelo de compras centralizadas se ha recomendado que sea utilizado para la adquisición de bienes estandarizados³.

³ Como señala Herrera Anchustegui: "Centralized purchasing should be mainly employed for the acquisition of standardized goods, as if demand is heterogeneous CPBs will less adequate means to fulfil the contracting authorities' wishes. The more standard the goods, the easier will be for an economic operator to benefit of economies of scale as it allows the latter to distribute the fixed costs of its operation and operate with a downward

En este modelo de compra pública, las seis variables que conforman la decisión de compra - (i) cómo comprar, (ii) qué comprar, (iii) cuándo comprar, (iv) cuánto comprar, (v) a quién comprar o adjudicar, y (vi) cuándo pagar y quién paga - se centralizan en el organismo central de compras, es decir, en Dirección ChileCompra.

Al agregar la demanda proveniente de diversas entidades públicas, la centralización permite generar importantes eficiencias que se traducen en la generación de economías de escala y la consecuente reducción de costos de transacción. Como bien expresa Herrera Anchustegui, explicando las eficiencias asociadas a este modelo de compra pública:

"Las compras centralizadas incorporan al sector público las técnicas empleadas anteriormente en los mercados privados con el objetivo de unir el poder de compra, generar economías de escala, reducir costos y aumentar la competencia. En general, permite a las autoridades contratantes adquirir bienes en términos más favorables y mejorar la relación precio-calidad (...) La agrupación de compradores públicos a través de un CPB puede otorgar beneficios a los interesados en la adquisición desde una perspectiva pura de ahorro de costos (intra tender) o desde una perspectiva dinámica / estructura de mercado (extra-tender). La centralización puede reducir considerablemente los costos de licitación y mejorar la calidad de los bienes adquiridos y la solidez de las licitaciones públicas. Esto maximiza el superávit de las autoridades contratantes y, posiblemente, también el del operador económico; de ahí la promoción de la eficiencia. Estas eficiencias se logran fomentando la competencia entre operadores económicos, disminuyendo los precios de compra, generando economías de escala al reducir y simplificar los procedimientos de licitación, y

slopping marginal cost curve. Furthermore, as confirmed by an empirical study by the OECD, centralizing heterogeneous demand neglects the economic and administrative benefits driven by centralization" ["Las compras centralizadas deben emplearse principalmente para la adquisición de bienes estandarizados, ya que, si la demanda es heterogénea, los CPBs tendrán medios menos adecuados para cumplir los deseos de las autoridades contratantes. Cuanto más estandarizados sean los productos, más fácil será para un operador económico beneficiarse de las economías de escala, ya que le permite a este último distribuir los costos fijos de su operación y operar con una curva de costo marginal decreciente. Además, como lo confirmó un estudio empírico realizado por la OCDE, la centralización de la demanda heterogénea descuida los beneficios económicos y administrativos impulsados por la centralización"]. Ignacio Herrera Anchustegui. *Centralizing public procurement and competitiveness in Directive 2014/24* (2015), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2633445>, pp. 21-22.

minimizando el gasto público para ayudar a lograr una mejor relación precio-calidad en la contratación pública"⁴.

De esta manera, de acuerdo a lo dispuesto en la letra e) del artículo 30 de la Ley N° 19.886 y en el inciso final del artículo 7º del Reglamento de la Ley N° 19.886 anteriormente citados, uno o más organismos públicos pueden conferir un mandato a Dirección ChileCompra a fin de que ésta los represente en la licitación de bienes o servicios. Ello tiene lugar a través de la suscripción de un convenio que debe regular la forma y alcance del encargo requerido.

El objetivo de esta atribución es permitir que Dirección ChileCompra convoque a licitaciones en representación de diversos organismos públicos, agregando demanda y permitiendo el aprovechamiento de economías de escala y la reducción de costos de transacción lo cual, en último término, propiciará la generación de eficiencias y ahorros para los organismos públicos involucrados⁵;

⁴ Herrera, n. 3, p. 3 y p. 11 ("Centralized purchasing incorporates to the public sector techniques previously employed in private markets with the aim of pooling buyer power, generate economies of scale, reduce costs and increase competition. All in all, allowing contracting authorities to acquire goods in more favorable terms and increase best value for money (...) Pooling public buyer through CPBs may grant benefits to procurement stakeholders from a pure cost saving perspective (intra tender) or dynamic/market structure (extra-tender) perspective. Centralization may considerably reduce tendering costs, and improve the quality of the acquired goods and soundness of public tenders. This maximizes the contracting authorities' surplus and, arguably the economic operator's as well; hence promoting efficiency. These efficiencies are achieved by fostering competition between economic operators, lowering purchasing prices, generating economies of scale by reducing and streamlining tender procedures, and minimizing public expenditure helping in the achievement of better value for money in public procurement"). En el mismo sentido, Gian Luigi Albano y Marco Sparro señalan respecto a las compras públicas centralizadas: "Carefully designed centralized procurement strategies are able to reduce the total cost of public purchases, both by achieving lower purchasing prices and by streamlining the acquisition processes, so reducing transaction cost. This is mainly due to the interaction among several forces: Production economies of scale and increased bargaining power of the contracting authority. Optimization of the procurement process via specialization, information and know-how sharing, investments in (mainly ICT) infrastructures (e-procurement tools)". [Las estrategias de adquisición centralizadas cuidadosamente diseñadas pueden reducir el costo total de las compras públicas, tanto al lograr precios de compra más bajos como al optimizar los procesos de adquisición, reduciendo el costo de transacción. Esto se debe principalmente a la interacción entre varias fuerzas: economías de escala en la producción y mayor poder de negociación de la autoridad contratante. Optimización del proceso de adquisición a través de la especialización, la información y el intercambio de conocimientos, inversiones en infraestructuras (principalmente TIC) (herramientas de contratación electrónica)]. Gian Luigi Albano y Marco Sparro, Flexible Strategies for Centralized Public Procurement (Review of Economics and Institutions, 1 (2), Article 4. doi: 10.5202/rei.v1i2.4., disponible en <http://www.rei.unipg.it/rei/article/view/17>, 2010), p.4.

⁵ Como ha señalado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: "Si consideramos la importancia del gasto público, mejorar la eficiencia, incluso aumentar la rentabilidad, es el primer y más importante objetivo de la compra pública". Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Contratación Pública en Chile: Opciones de política para convenios marco eficientes e inclusivos, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública (Ediciones OCDE, París 2017), p. 14. Dicha afirmación es realizada sobre la base de que: "Según los datos publicados en 2011 (OCDE, 2011a), las licitaciones públicas en Chile representaron casi el 7% del producto interno bruto (PIB) en 2008. En 2013, los países de la OCDE gastaron,

todo ello, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 6º de la Ley N° 19.886, que establece que: "En todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones"⁶.

Cabe agregar que en Chile, en el sector salud, la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (CENABAST) también constituye una aplicación del modelo de centralización para dicho sector al agregar la demanda de los servicios de salud del país de cara a las compras de medicamentos y otros insumos médicos a laboratorios farmacéuticos. Recientemente, el H. Tribunal ha reconocido las eficiencias asociadas a este sistema de compras públicas en el sector salud, sosteniendo que:

*"Dentro de los participantes del canal institucional se encuentra Cenabast, el que cumple un rol de intermediación entre los laboratorios farmacéuticos y las instituciones de salud. Su existencia permite alcanzar un resultado más eficiente al agrupar los requerimientos de los servicios de salud y disminuir el número de transacciones entre estos y los laboratorios farmacéuticos"*⁷.

III. EL ACTO CONSULTADO Y LAS RAZONES DE LA INTERPOSICIÓN DEL PRESENTE ASUNTO DE CARÁCTER NO CONTENCIOSO

Con el objeto de dotar de la necesaria certeza jurídica⁸ desde un punto de vista de las normas de defensa de la libre competencia a los procesos de licitación

en promedio, 12,1% del PIB en licitaciones públicas, lo que se traduce a un promedio de 28,4 del gasto general total del gobierno en comparación con un nivel promedio de 29,4% en 2009 (OCDE 2015a)".

⁶ Se ha señalado por la doctrina que en dicho artículo se encontraría implícito el principio de cautela del patrimonio público que debe observarse en todo procedimiento administrativo de licitación pública, el cual *"debe ser coordinado con el art. 62 N°7 de la ley 18.575 que considera infracción al principio de probidad administrativa contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración"*. Nancy Barra Gallardo, y Gabriel Celis Danzinger, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras* (5^a ed., Thomson Reuters, Santiago, 2018), p. 99.

⁷ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *Consulta de Asilfa A.G. sobre la Resolución Afecta N° 272, que contiene las bases administrativas tipo que rigen los procesos de licitación pública de compras de medicamentos*, Rol NC 432-15, Resolución N° 50/2017, párrafo 73.

⁸ La certeza jurídica asociada al presente procedimiento no contencioso se encuentra establecida, desde un punto de vista normativo, en el artículo 32 del DL 211 que dispone al efecto: *"Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [...] no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación"*.

para la adquisición centralizada de papel multipropósito⁹, Dirección ChileCompra ha decidido someter a consulta las Bases Administrativas Tipo para la Adquisición Centralizada de Papel Multipropósito, con sus Anexos, contenidas en la Resolución Nº 6 de Dirección ChileCompra, de fecha 5 de marzo de 2019.

En línea con los objetivos que persigue Dirección ChileCompra al interponer el presente asunto no contencioso, el H. Tribunal ha expresado que:

"[S]egún lo dispuesto en el artículo 18 número 2) del Decreto Ley Nº 211, el legislador otorgó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención, que presenten para su conocimiento quienes se proponen ejecutarlo o celebrarlo, pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o a 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 Decreto Ley Nº 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos que voluntariamente lo consulten, respecto de la compatibilidad entre los efectos, actuales o potenciales, de dicho hecho, acto o convención, y la libre competencia en uno o más mercados en particular y, por lo tanto, respecto de su juridicidad"¹⁰.

A mayor abundamiento, con el objeto de velar por el cumplimiento de la normativa de defensa de la libre competencia en futuros procesos de licitación para la adquisición centralizada que recaigan sobre otros bienes o servicios, Dirección ChileCompra podrá implementar en las respectivas futuras bases de licitación las directrices o criterios jurisprudenciales que el H. Tribunal tenga a bien generar en su resolución definitiva del presente asunto de carácter no contencioso, en la medida que éstos resulten pertinentes.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 18 numeral 2), 31 y 32 del DL 211 y demás disposiciones pertinentes,

⁹ Como lo ha sostenido la doctrina: "Los consultantes pueden ser la Fiscalía Nacional Económica o cualquiera que tenga un interés legítimo. Esta última categoría comprende toda suerte de competidores, actuales o potenciales, y por cierto autoridades públicas que con determinadas actuaciones propias buscan certeza de que no están conculcando la libre competencia. Así, la jurisprudencia administrativa previa a la Ley 19.911 muestra consultas efectuadas, por ejemplo, por el Ministro Presidente de la Comisión Nacional de Energía" (énfasis agregado). Domingo Valdés Prieto. *Libre Competencia y Monopolio* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006), p. 619.

¹⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, Rol NC 199-07, Resolución Nº 24/2008, párrafo 8 de parte II) Consideraciones del Tribunal (énfasis agregado).

AL H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PIDO: Tener por interpuesto el presente asunto de carácter no contencioso, admitirlo a tramitación y, en definitiva, pronunciarse acerca de si las Bases Administrativas Tipo para la Adquisición Centralizada de Papel Multipropósito, con sus Anexos, contenidos en la Resolución N° 6 de Dirección ChileCompra, de fecha 5 de marzo de 2019, se ajustan al DL 211 y, en el caso que corresponda, fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases administrativas de manera tal que éstas no infrinjan las disposiciones del DL 211.

PRIMER OTROSÍ: Para los efectos de la tramitación del presente asunto de carácter no contencioso, acompaña copia de la la Resolución N° 6 de Dirección ChileCompra, de fecha 5 de marzo de 2019, que Aprueba Formato Tipo de Bases Administrativas para la Adquisición Centralizada de Papel Multipropósito, con sus Anexos.

Sírvase el H. Tribunal: Tenerla por acompañada.

SEGUNDO OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el Auto Acordado N° 7/2006 del H. Tribunal, hago presente que, con esta misma fecha, esta parte envía al correo electrónico de la Sra. Secretaria del H. Tribunal un documento de Microsoft Word que contiene la versión electrónica de esta presentación.

Sírvase el H. Tribunal: Tenerlo presente.

TERCER OTROSÍ: A fin de acreditar mi personería para actuar en representación de Dirección ChileCompra, acompaña copia del Decreto N° 307, de 2015, del Ministerio de Hacienda, que Establece el orden de subrogación en el cargo de Director de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Sírvase el H. Tribunal: Tenerla por acompañada.

CUARTO OTROSÍ: Designo abogados patrocinantes y confiero poder para obrar en estos autos a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión **Ricardo Miranda Zúñiga, Jorge Grunberg Pilowsky y Jaime Puyol Crespo**, todos domiciliados en Isidora Goyenechea 2939, oficina 402 A, comuna de Las Condes, quienes podrán actuar indistintamente en forma separada o conjunta en estos autos y firman en señal de aceptación.

Sírvase el H. Tribunal: Tenerlo presente.

QUINTO OTROSÍ: Para los efectos de imponer a Dirección ChileCompra del estado del procedimiento si el H. Tribunal lo estimare necesario, indico las siguientes direcciones de correo electrónico: ricardo.miranda@chilecompra.cl, jgrunberg@grunbergpuyol.cl ipuyol@grunbergpuyol.cl. y fgherardelli@grunbergpuyol.cl.

Sírvase el H. Tribunal: Tenerlo presente.