



Autoridades públicas y libre competencia

Nicole Nehme Z.

Nicole Nehme es abogada y socia del Estudio FerradaNehme.

Jue, 06/03/2010 - 14:40

Imagine que su empresa recién creada quiere participar en una licitación pública para la asignación de un contrato y que, con sorpresa, se informa de que las bases de licitación dictadas por la autoridad exigen una boleta de garantía tres veces superior en valor a las requeridas en licitaciones anteriores. Eso transforma la participación de firmas pequeñas, como la suya, en algo virtualmente imposible, a pesar de que cumpla con todos los demás requisitos.

Considere, a su vez, que el alza no tenga una justificación técnica o económica que la haga razonable. ¿Qué puede hacer, como orgulloso propietario de su nueva empresa?

En Chile, la uniforme jurisprudencia de los órganos de protección de la libre competencia -con más de 30 años- entrega una respuesta clara. Las normas antimonopolios resultan aplicables a todos los sujetos de derecho, incluyendo a las autoridades públicas y reguladores en el ejercicio de sus potestades discrecionales, aunque no actúen como agentes en un mercado.

Las antiguas Comisiones antimonopolios, el actual Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) e, incluso, la Corte Suprema, han señalado que los actos de la autoridad o la regulación sectorial dictada por un órgano del Estado no pueden infringir el deber de promoción y respeto de la libre competencia.

En el ejemplo, usted podría consultar a las autoridades antimonopolios respecto a la legalidad de actos como el señalado, o incluso podría decidir demandar ante el TDLC. La posibilidad de solicitar el resguardo de las autoridades de la competencia en caso de actos emanados de la autoridad no es tan clara en otras jurisdicciones, como en EE.UU. y la Unión Europea, aunque en esta última con matices. Pero en Chile esta posibilidad existe porque se ha interpretado que la garantía constitucional para ejercer una actividad económica lícita supone la obligación de respeto y promoción de la libre competencia, incluso por parte de las autoridades públicas.

Este escenario, en que existe la posibilidad de escrutinio judicial sobre las regulaciones que tienden a producir distorsiones competitivas en un mercado (que establezcan barreras a la entrada injustificadas, promuevan la coordinación entre competidores o generen una situación artificial de desventaja empresarial), es una circunstancia destacable de la legislación chilena. Entidades como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) la resaltan.

La proliferación de casos en que esta materia se ha planteado, en los últimos años, ha generado ciertas discusiones. Por ejemplo, la amplitud con que pueda intervenir el TDLC cuando la autoridad haya ejercido obligaciones de origen legal se encuentra en plena definición a la luz de cierta jurisprudencia reciente. No obstante esta doctrina, aún falta mucho por hacer en el ámbito de las relaciones entre actos de autoridad y libre competencia.