



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

ANÁLISIS DEL ESTATUTO JURÍDICO DE COMPRAS PÚBLICAS EN CHILE Y SU RELACIÓN CON LA NORMATIVA Y PRINCIPIOS DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: JAIME ANTONIO AYALA CASTRO

Profesor Guía: ÁLEX PESSÓ STOULMAN

Santiago de Chile

Mayo, 2016

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	4
I. INTRODUCCIÓN	5
II. COMPRAS PÚBLICAS Y LIBRE COMPETENCIA	8
1. Vínculos e interacciones entre el estatuto jurídico de compras públicas y la normativa de defensa de la libre competencia en nuestro derecho positivo	8
a. Bases constitucionales y principios compartidos	8
b. Interacciones legales y reglamentarias	15
2. El cumplimiento del D.L. N° 211 por los órganos administrativos en los procedimientos de contratación pública regidos por la Ley N° 19.886	24
a. Estado de la cuestión	25
b. Algunos casos de jurisprudencia del TDLC en que se han aplicado normas de libre competencia a procedimientos de contratación pública	31
c. Recomendaciones de la Fiscalía Nacional Económica (FNE)	45
d. Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)	49
III. EL CASO “SONDA CON REGISTRO CIVIL” RELATIVO A LA LICITACIÓN PARA NUEVOS DOCUMENTOS DE IDENTIFICACIÓN PERSONAL	54
1. Relación del caso	54
a. Antecedentes	54
b. Pronunciamiento del H. Tribunal de Contratación Pública.....	55
c. Reanudación de la Licitación.....	57
d. Demanda de Sonda ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	57
2. Sentencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	62
3. Sentencia de la Excma. Corte Suprema	77
4. Análisis del conflicto y de las soluciones judiciales	81
a. Acerca de las entidades públicas como sujetos activos de infracciones a la normativa de defensa de la libre competencia	81
b. Sobre el conflicto de competencia entre las materias conocidas por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el H. Tribunal de la Contratación Pública.....	84
c. Sobre la afirmación de la Excma. Corte Suprema que señala que no se advierten atentados a la libre competencia por parte del SRCEI.....	85
d. Acerca de la afirmación de que al encontrarse una conducta conforme a la normativa de la licitación (esto es, las Bases y la Ley N° 19.886), no merece reproche de anticompetitividad.....	86

e. Acerca de la no declaración de la invalidez de la adjudicación y del contrato suscrito entre el SRCEI y Morpho por parte del TDLC.....	88
IV. CONCLUSIONES	90
V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	92
Doctrina citada	92
Jurisprudencia administrativa citada.....	94
Jurisprudencia judicial citada.....	95

RESUMEN

Con ocasión de los múltiples casos conocidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Chile en materia de contratación pública, este trabajo se centra, en primer lugar, en el análisis de las interacciones que existen entre ambos sectores de nuestro ordenamiento jurídico tanto a nivel dogmático –por la vía de los principios consagrados por la Constitución Política de la República de Chile– como a nivel legal y reglamentario –las que, como demostraremos, son escasas– a fin de escudriñar cómo los entes legislativos han dado reconocimiento expreso o tácito a tal vinculación. En segundo lugar, y a efectos de demostrar la necesidad de que ambos estatutos jurídicos se relacionen de forma más íntima y expresa, señalamos algunos pronunciamientos judiciales y doctrinales que explican cómo hacer aplicable, por la vía del principio de juridicidad administrativa, la obligación de observar por parte de todos los órganos de la Administración del Estado, en todas sus actuaciones, las normas contenidas en el DL 211. En tercer lugar, identificamos los casos en que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha emitido pronunciamientos respecto de conductas anticompetitivas en el marco de procesos de licitación regidos por la Ley N° 19.886, conociendo y resolviendo demandas incoadas por particulares y requerimientos interpuestos por la Fiscalía Nacional Económica en contra de diversos órganos administrativos licitantes, a fin de extraer de ellos los criterios que dicho Tribunal ha aplicado. Enseguida, expondremos algunas directrices que el ente persecutor de infracciones a la libre competencia en Chile, la FNE, ha recomendado a la Administración para, preventivamente, evitar conductas anticompetitivas y también ciertos lineamientos que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha aconsejado para resguardar la competencia en procesos licitatorios. Por último, hemos escogido un caso de cierta relevancia mediática y relativamente reciente para ser analizado a la luz de todos los planteamientos que se expusieron a lo largo del trabajo, cual es el de Sonda con Registro Civil, en el marco de la licitación para la provisión de servicios de identificación personal.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República de Chile, dentro del esquema de valores y principios fundamentales que prevé, establece expresamente que el Estado está al servicio de la persona humana y que los órganos integrantes del mismo deben adecuar su conducta al ordenamiento jurídico en su conjunto.

Es consustancial a la existencia de cualquier Estado de Derecho que se precie de tal la consagración constitucional de la necesidad de proteger y promover los derechos de todas las personas y orientar la actuación estatal hacia el bien común. En ese orden de ideas, el ámbito público está marcado por numerosas normas positivas que buscan, precisamente, poner al Estado al servicio de la persona humana. Una de ellas es la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en adelante, e indistintamente, “Ley de Compras Públicas” o “LCP”), la cual otorga un marco jurídico-legal para las compras que todos los organismos del Estado realizan para proveerse de los bienes o contratar los servicios necesarios de particulares para su funcionamiento.

Se estima que sólo el año 2014 se transaron 10.200 millones de dólares en la plataforma electrónica www.mercadopublico.cl¹, monto que representó aproximadamente un 3,5% de la totalidad del Producto Interno Bruto Nacional de ese año; mientras que en 2015 dicha cifra alcanzó los 12.157 millones de dólares, registrándose un crecimiento del 19,5% con respecto al período anterior según datos de la Dirección de Contratación y Compras Públicas². Las altas cifras de dinero involucrado en dichas transacciones encarnan el elevado gasto en que incurre la Administración del Estado para poner en ejecución la totalidad de las labores que la Constitución y las leyes han encargado a sus órganos, lo que refuerza la necesidad de que los la eficiencia y ahorro sean principios rectores del sector de las compras públicas en nuestro país, sobre todo si se toma en cuenta que el mayor gasto de ellas se distribuye entre el sector salud (32%), Obras Públicas (28%) y las municipalidades (27%).³

Como vemos, el Estado comprador tiene una injerencia significativa en el mercado nacional, por lo que no es baladí cuestionarse si tales compras se hacen adecuadamente.

¹ Cuenta Pública 2014 de la Dirección de Compras y Contratación Pública, p. 4.

² Indicadores ChileCompra año 2015, elaborados por la Dirección de Compras y Contratación Pública.

³ *Ibid.*

No sólo estamos hablando de la provisión de bienes o de la prestación de servicios a entidades públicas, sino que además de un elemento de desarrollo nacional y de estabilidad económica y financiera.⁴

Consideramos muy relevante entender que la Ley de Compras Públicas, como cualquier otra norma, debe adecuarse a la Constitución y a todas las demás leyes, de tal forma que no entre en contradicción con ninguna de ellas. Esto explica también el carácter instrumental inherente a las compras públicas, puesto que la regulación de la contratación administrativa, por antonomasia, no es un fin en sí mismo, sino que un medio para lograr que las instituciones públicas contraten eficientemente con otros sujetos y puedan desarrollar adecuadamente sus actividades. Por ello, y para su operatividad armónica, muchas de sus disposiciones hacen referencia a otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico, tales como el derecho administrativo general, el derecho tributario y el derecho del trabajo.

Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto del subsector de libre competencia. Como veremos en el desarrollo de este trabajo, son pocas las disposiciones que en materia de compras públicas hacen referencia expresa a la necesidad de resguardar y promover la competencia entre los proveedores que participen real o potencialmente en licitaciones regidas por la Ley N° 19.886. A la circunstancia anterior, se suma el hecho de que no son pocos los casos en que se ha discutido judicialmente la adecuación de los procedimientos de contratación pública a los principios de promoción de la competencia entre oferentes.

Así las cosas, y a poco más de doce años de la entrada en vigencia de la Ley de Compras Públicas, creemos legítimo cuestionarse si los objetivos de una contratación pública eficiente, eficaz y ahorrativa que el legislador se impuso a la hora de la creación de dicho cuerpo normativo se están cumpliendo a cabalidad. Judicialmente, el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, e indistintamente, “TDLC” o “H. TDLC”) ha conocido y resuelto casos en que ciertos particulares denuncian infracciones a la libre competencia en el contexto de licitaciones llevadas a cabo por órganos administrativos.

A lo largo de este breve trabajo, intentaremos inicialmente poner de relieve los principios constitucionales que el estatuto jurídico de compras públicas y el de libre competencia tienen en común. A continuación, mencionaremos las interacciones normativas expresas que

⁴ Esta visión de la contratación pública como una herramienta de desarrollo de las naciones se encuentra ampliamente recogida y desarrollada en SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE (SELA). (2014). *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe*. [En línea] <<http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2014/14876.pdf>> [consulta: 22 diciembre 2015].

podemos identificar entre ambos en nuestro ordenamiento jurídico objetivo. El carácter de este apartado es *de lege lata*, esto es, nos avocaremos a lo que actualmente dice la legislación (en sentido amplio) vigente, en búsqueda de razones normativas para aplicar el estatuto de libre competencia al de compras públicas, sea de forma directa o de forma indirecta.

Enseguida, nos referiremos a la exigibilidad de las normas contenidas en el D.F.L. N° 1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el cual fija el texto refundido, sistematizado y coordinado del Decreto Ley N° 211 de 1973 (en adelante, e indistintamente, “DL 211”) a los órganos de la Administración del Estado, con especial énfasis a las entidades licitantes en materia de contratación pública.

Luego, revisaremos jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia que revelan la relación entre los principios de libre competencia y el estatuto de compras públicas, para luego identificar ciertas recomendaciones nacionales e internacionales en orden a promover la competencia en las licitaciones de compras públicas.

Y en último lugar, nos centraremos en el caso “Sonda S.A. con Registro Civil”, conocido en primera instancia por el TDLC y en segunda instancia por la Excma. Corte Suprema, a fin de extraer ciertos criterios que ambos tribunales sostuvieron en sus respectivos pronunciamientos y poner de relieve la discordancia de criterios que se puede identificar entre ambos. El objetivo de este último análisis es determinar si jurisprudencialmente se ven reflejadas las bases teóricas que anteriormente se han expuesto, para luego exponer ciertas propuestas en las conclusiones de este trabajo a fin de dar solución a las falencias identificadas.

II. COMPRAS PÚBLICAS Y LIBRE COMPETENCIA

Como ya hemos adelantado en el acápite introductorio, en este trabajo abordaremos las razones que existen para hacer aplicable el estatuto de libre competencia a aquél que regula los procedimientos de compras públicas en nuestro país y desarrollaremos cómo se relacionan entre sí ambos subsistemas.

Consideramos pertinente ubicar en la parte inicial de este trabajo la exposición de ciertos aspectos en abstracto referentes al tema que nos ocupa, para luego continuar analizando casos concretos en que el mismo ha cobrado especial relevancia.

Para ello, en este capítulo comenzaremos haciendo una breve revisión de los puntos de contacto que es dable identificar entre los subsistemas en comento. Enseguida, continuaremos con un análisis de la forma en que le puede ser exigible a la Administración del Estado el cumplimiento del DL 211 en todas sus actuaciones. Y por último, entraremos de lleno en la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia a los procedimientos de contratación pública contemplados en la Ley N° 19.886.

1. Vínculos e interacciones entre el estatuto jurídico de compras públicas y la normativa de defensa de la libre competencia en nuestro derecho positivo

En este apartado mencionaremos, primeramente, las normas jurídicas que establecen, ya sea en forma expresa o tácita, un vínculo entre los subsistemas que analizamos. En segundo término, hablaremos de los principios que reciben aplicación en materia de compras públicas y cómo éstos se relacionan con el cumplimiento de normas de defensa de la libre competencia. Y en tercer y último lugar, expondremos la forma en que los bienes jurídicos de cada área en análisis pueden llegar a ser similares y, a consecuencia de ello, establecerse como un punto de contacto adicional entre ambas.

a. Bases constitucionales y principios compartidos

Reviste especial importancia hacer referencia en primer lugar a las normas de rango constitucional que pueden servir de base para sostener la existencia de una relación directa en términos normativos entre el estatuto de compras públicas y el de libre competencia.

Nos parece indispensable enumerarlas y describir de qué forma se pueden relacionar con la materia en análisis dado el rango jerárquico dentro del cual estas normas están insertas, de manera tal que se hace evidente que la exigibilidad de su cumplimiento es absoluta, sobre todo si se trata de Órganos de la Administración del Estado.

En forma inicial se erigen como bases constitucionales fundamentales a toda la actuación estatal **la primacía de la persona humana, la servicialidad del Estado y la promoción del bien común**. Estos principios emanan del artículo 1°, inciso 4°, de la Constitución Política de la República, disposición que señala que el Estado está *al servicio* de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común⁵.

Tradicionalmente, la relación de este principio con los órganos de la Administración del Estado se ha descrito como una forma de modelar la actuación estatal, haciendo primar la finalidad con la que ésta es ejecutada por sobre la mera organicidad del entramado de organismos administrativos. Esta afirmación es armónica con la intención que el constituyente tuvo en mente a la hora de elaborar una Carta Fundamental nueva, de manera tal que consolidó “un tipo de sociedad centrada en la persona y no en el poder político”⁶.

La relevancia de mencionar este principio queda de manifiesto si se toma en consideración que, por muy obvio que pudiere parecer, la regulación de las compras públicas en nuestro país bajo ningún punto de vista constituye un fin en sí mismo, sino que ha sido concebida para que los Órganos de la Administración del Estado den cumplimiento a los objetivos que nuestro ordenamiento les ha encomendado, esto es, la satisfacción íntegra y continua de necesidades generales. En el caso de las entidades estatales que contratan con particulares a través del sistema de compras públicas, aún más importante es considerar que la realización de tales contrataciones no se justifica en sí misma, sino que responde a un fin último, cual es el cumplimiento de un interés general, de manera que la “primacía de la persona humana” se constituye como un verdadero límite a su actuación. Bajo esta lógica, el principio mencionado le otorga a la contratación administrativa un carácter secundario e instrumental, orientado al fin último de atender y satisfacer de manera continua y completa las necesidades de los administrados⁷.

⁵ En este sentido, CELIS DANZINGER, G. (2008). Principios constitucionales en la Ley de Compras. *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 1 (1), pp. 77 y 80.

⁶ PANTOJA BAUZÁ, R. (2004). La Organización Administrativa del Estado. Chile: Editorial Jurídica, p. 257.

⁷ En tal sentido, VÁSQUEZ, Y. y KOCH, M. (2014). *Institucionalidad, procedimiento y jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública: Análisis jurisprudencial desde su establecimiento hasta la actualidad*. (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile, p. 91.

Ahora bien, no tan clara es la forma en que el principio de servicialidad del Estado informa al estatuto de libre competencia, por lo que conviene detenerse un tanto en este punto, sobre todo si tenemos presente que la doctrina no se encuentra conteste en cuanto a cuál es el bien jurídico protegido por las normas del DL 211, e incluso se cuestiona todavía sobre si éste es único o múltiple. Por lo pronto, es dable sostener, a nuestro juicio, que el principio en comento es sin duda una base fundamental que justifica la existencia de las normas de defensa de la libre competencia contenidas en el DL 211, aún cuando las mismas hayan sido dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. En efecto, la legislación de libre competencia en Chile procura crear y fortalecer condiciones óptimas para el correcto desenvolvimiento de todos los agentes económicos del mercado, para lo cual establece, entre muchos otros aspectos, una serie de sanciones asociadas a conductas consideradas atentatorias contra la libre competencia, a objeto de desincentivar de la mayor forma posible la comisión de las mismas por parte de los particulares en el ejercicio de su autonomía privada. En esa misma línea, no menos cierto es que la regulación contenida en el DL 211 apunta no sólo a la libertad, sino que también hacia una cierta equidad entre los particulares que participan del mercado, protegiendo su autonomía y realización y defendiendo “los abusos con que alguno intente imponer sus conductas a otro”⁸. En igual sentido, coincidimos con lo sostenido por el Profesor Jorge Streeter en cuanto a que la regulación de la libre competencia “no tiene su razón de ser en la mera restricción del poderoso, sino que encuentra su esencia y fundamento en hacer efectiva la autonomía privada del contratante más débil y el ejercicio que ese contratante pueda hacer de su autonomía en un mercado imperfecto”⁹, con lo cual se pone de relieve que la dictación del estatuto de libre competencia en Chile, al menos en atención a sus fines, contribuye a *crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible*, tal y como reza la parte final del inciso 4° del art. 1° de la Constitución Política de la República.

Cabe señalar que, aún en el terreno de la servicialidad del Estado, el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha sostenido 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*

⁸ AGÜERO, Francisco. (2004). Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N° 19, p.

⁹ STREETER, Jorge. (2001). *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia*. Documento de Trabajo, Estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner. Santiago, p. 13.

enmarca— a las nociones económicas de “bienestar” protegidas por antonomasia por el derecho de la competencia”.¹⁰

La segunda base constitucional en la cual ambos estatutos que son objeto de análisis de este trabajo se apoyan es el **deber de otorgar igualdad de oportunidades**, contenido en el inciso final del artículo 1° de nuestra Constitución Política. En lo pertinente, señala la disposición mencionada que “*Es deber del Estado (...) asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*”.

Con igual claridad, el Mensaje Presidencial de la Ley N° 19.886 señala que este principio es recogido en la legislación de compras públicas en tanto se traduce en la **igualdad entre oferentes**, de manera tal que cualquier persona sea contratante potencial del Estado. Esto significa además que “desde el comienzo del procedimiento de licitación hasta la formalización del contrato, todos los oferentes se encuentran en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus propias ofertas sobre bases idénticas”¹¹ y que “frente a diferentes sujetos que se encuentren en idénticos supuestos de hecho, incluidos los requisitos para poder contratar, la Administración no puede discriminar en razón de ninguno de ellos”¹². Amplísimo, expreso¹³ y reiterado reconocimiento por la Contraloría General de la República¹⁴ y por nuestros tribunales de justicia recibe este principio en materia de compras públicas.

En ese entendido, es posible encontrar en este deber constitucional otra interacción normativa entre los estatutos jurídicos analizados, pues el mismo no sólo se traduce en la igualdad en la contratación administrativa sino que también en la igualdad de condiciones

¹⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. (2014). Sentencia N° 138/2014 de 30 de julio de 2014, rol C-256-13, considerando 15°.

¹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (BCN). (2003). *Historia de la Ley N° 19.886. Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*. p. 13.

¹² *Ibíd.*

¹³ En tanto se consagra expresamente en varias disposiciones legales y reglamentarias; entre ellas, el artículo 6° de la Ley N° 19.886, que en el final de su inciso primero estatuye que “Estas condiciones **no podrán establecer diferencias arbitrarias** entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta” (énfasis agregado); el artículo 10° del mismo cuerpo legal, que dispone el principio de estricta sujeción a las bases; el artículo 8° bis de la Ley N° 18.575, que señala en su inciso 2° que “El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de **igualdad** ante las bases que rigen el contrato” (el destacado es propio); y el artículo 20, inc. 3° del Decreto N° 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda, Reglamento de la Ley de Compras Públicas, que en lo pertinente establece que “Estas condiciones no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos (...)”.

¹⁴ A modo ejemplar, la Contraloría General de la República ha señalado que este principio “radica en garantizar la actuación imparcial del servicio frente a todos los postulantes, para lo cual es imprescindible que las bases establezcan requisitos impersonales y de carácter general” (Dictamen N° 89.046 de 14 de noviembre de 2014).

para competir¹⁵ que podemos identificar como uno de los objetivos a los que propenden las normas de defensa de la libre competencia, en tanto éstas prescriben prohibiciones y sanciones a los competidores que no las cumplan, especialmente cuando ejerzan conductas de abuso o de deslealtad entre sí que generen una situación de desequilibrio o desigualdad.

A este respecto, el profesor Domingo Valdés ha sostenido que “lo esencial del ilícito de monopolio es la falta de igualdad de los competidores entre sí y los consumidores. Así, la igualdad se refiere al ejercicio de la autonomía privada y la falta de igualdad a las restricciones impuestas a dicho ejercicio, restricciones que deben ser ilícitas”¹⁶.

Asimismo, es necesario señalar que del principio de la igualdad deriva también el de **no discriminación arbitraria**, cuya relevancia es tanto o más importante en materia de libre competencia por cuanto se puede constituir como un criterio de análisis de la reprochabilidad de la conducta de un competidor si es que éste ejerce acciones anticompetitivas que importen discriminaciones arbitrarias. En este sentido, coincidimos con el profesor Domingo Valdés en orden a considerar que el principio de la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico es un principio general del derecho, y como tal, puede también ser un límite al ejercicio de potestades públicas o privadas, “como al ejercicio de todo derecho cuyo titular sea un privado, en las peculiares situaciones en que analógicamente aquel participa de la autoridad que permite el ejercicio de la [justicia] distributiva”.¹⁷

En tercer lugar, y muy ligado al principio anterior, informa también a ambos subsistemas en análisis el principio de **interdicción de la arbitrariedad**. Por mandato constitucional, en el quehacer de los poderes públicos se encuentra proscrita toda posibilidad de actuar en forma arbitraria, esto es, por mero capricho o sin motivación razonable. A *contrario sensu*, esto significa que los órganos administrativos han de realizar sus actos con estricto apego a la razón y, desde luego, al ordenamiento jurídico vigente.

¹⁵ En este sentido, se ha señalado que “La Libre Competencia es el motor de la economía, ya que asegura el derecho de todas las empresas y personas a participar con eficiencia y **en igualdad de condiciones** en las actividades económicas” (énfasis agregado) (CONFEDERACIÓN DE LA PRODUCCIÓN Y DEL COMERCIO DE CHILE (CPC). (2013). *Libre Competencia: entre el ser y el parecer. Bien común, dilemas éticos y compromisos empresariales*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015 desde <<http://www.cpc.cl/wp-content/uploads/2013/10/Libre-Competencia-entre-el-ser-y-el-parecer.pdf>>). Incluso se ha sostenido que la libre competencia es sinónimo de igualdad entre los competidores: “no cabe concebir una competencia libre en el sentido de competencia ilimitada o anárquica, sin más norma que la voluntad omnímoda de los competidores, porque la competencia es un fenómeno jurídico, aunque los móviles son económicos. (...) Libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad de competidores ante el derecho.” (GARRIGUES, Joaquín. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*, t. I. Bogotá: Editorial Temis, pp. 218-219).

¹⁶ VALDÉS, Domingo. (1991). *La discriminación arbitraria en el Derecho Económico y especialmente en la legislación antimonopólica*. (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile, p. 222.

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 38-39.

Este principio se desprende de los artículos 6°, inciso 1°, y 19 N° 2, inciso 2°, ambos de nuestra Carta Fundamental¹⁸, y en materia de compras públicas, se manifiesta principalmente en los artículos 24 y siguientes, que consagran la acción de impugnación que los proveedores participantes de un procedimiento de contratación pública pueden ejercer ante el Tribunal de Contratación Pública en contra de actos ilegales o arbitrarios que realice la entidad licitante.

En cuanto a las normas de defensa de la libre competencia, cabe señalar que la interdicción (o si se quiere, prohibición) de la arbitrariedad no sólo se encuentra concebida en orden a ser un principio constitucional de cuya observancia deba responder la entidad administrativa¹⁹ que vela por su cumplimiento²⁰ —a saber, la Fiscalía Nacional Económica— en el uso de las facultades que el DL 211 le ha conferido²¹, sino que también su consagración nos lleva nuevamente a la **no discriminación arbitraria** que, como ya hemos dicho, es un principio al que debe ceñirse tanto la autoridad como los particulares —o los órganos públicos que se encuentren actuando como privados²²—.

En cuarto lugar, creemos pertinente mencionar al **principio de juridicidad**, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución, como otra interacción normativa. Este principio es consustancial a la existencia de todo Estado de Derecho, y en brevísimos términos, consiste en el sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico en su conjunto, idea que no se limita al solo cumplimiento de las leyes en sentido estricto (por ello se prefiere llamarlo principio de “juridicidad” y no de “legalidad”), sino que también a la Constitución Política de la

¹⁸ CABRERA RABIÉ, Mariangel. (2004). *El derecho a la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad administrativa*. (Tesis de pregrado). Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile, p. 5.

¹⁹ En efecto, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) es un órgano administrativo en tanto se encuentra concebido como tal por el art. 33 del DL 211 (“servicio público descentralizado”), estando, además, “sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”.

²⁰ En este sentido, se ha sostenido que las atribuciones de la FNE “*tienen como finalidad la tutela de la Libre Competencia en los mercados, bajo una modalidad muy específica y de la cual dicho ente administrativo no puede apartarse: Auxiliar y promover la mejor administración de la Justicia Antimonopólica (...)*” (VALDÉS, Domingo. (2007). Independencia de la Fiscalía Nacional Económica: Una proposición para garantizarla. *Serie En Foco*, Corporación Expansiva, N° 104, p. 1.)

²¹ Potestades públicas que el Título III del DL 211 detalla y que, para estos efectos, opera como una verdadera ley orgánica al establecer su formación, fines, atribuciones, composición y formas de actuación. En igual sentido, VALDÉS, Domingo. (2007). *Loc. Cit.*

²² En este sentido se afirma que “*En el caso del DL 211, la libre competencia puede ser vulnerada por privados, autoridades públicas y autoridades privadas. A los privados infractores de la Ley Antimonopolio se les exige que desempeñen actividades económicas. Este desempeño o giro les confiere, en nuestra opinión, un carácter análogo al de la autoridad pública, toda vez que desempeñan una función social de gran importancia en la distribución de bienes y servicios, y es por esto que la discriminación arbitraria que realizan es tan reprochable como la que efectúa una autoridad pública.*” (énfasis agregado) (VALDÉS, Domingo. (1991). *Op. Cit.*, pp. 225-226.)

República y a las demás normas de rango reglamentario que resultaren aplicables, “*incluidos los principios generales del derecho*”²³.

El artículo 2° de la Ley N° 18.575 repite en sede legal la consigna de nuestra Constitución. El legislador estratégicamente la incluyó dentro de un cuerpo normativo de bases orgánicas para el quehacer de casi toda la Administración del Estado (salvas las excepciones enunciadas en la misma ley), a fin de recalcar y enfatizar en la necesidad de que esta última observe la totalidad del derecho en cualquiera de sus actuaciones.

En materia de contratación pública, este principio significa que “*la Administración no tiene libertad para contratar, sino en los casos y bajo las formas claramente dispuestas por la ley*”²⁴. Pues bien, en el caso de la Ley de Compras Públicas, entendiendo que la Administración debe contratar con el objetivo de satisfacer plenamente el interés público comprometido en su actuar, es dicho cuerpo legal el que otorga a los órganos administrativos la facultad de actuar “*con cierto grado de libertad a la hora de determinar el contenido de la relación*”²⁵ contractual, debiendo para tal efecto analizar de qué forma esta última no se opone a la norma.

Por su parte, en el estatuto de libre competencia se puede decir que la juridicidad recibe aplicación no sólo en tanto para el órgano administrativo que vela por su cumplimiento es necesario adecuarse a derecho, sino que también en lo que respecta a los particulares destinatarios del DL 211, pues tal cuerpo normativo es un verdadero límite al actuar de los mismos toda vez que los agentes deberán elegir, dentro de todos los posibles cursos de acción, aquellos que no infrinjan ninguna de las disposiciones contenidas en el estatuto de libre competencia. De elegir realizar una conducta atentatoria contra la libre competencia, se pondrán en marcha todos los mecanismos legales que el DL 211 contempla para controlar represivamente tales acciones u omisiones, de entre los cuales se enlistan procedimientos administrativos (tal como la investigación que la FNE está autorizada para llevar a cabo) y judiciales (que es la posibilidad misma de demandar al agente infractor ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para lo cual cuentan con legitimación activa tanto los demás particulares que pudieren verse afectados como la Fiscalía Nacional Económica).

²³ PONCE DE LEÓN SALUCCI, S. (1998). El principio de juridicidad administrativa frente a los derechos públicos subjetivos. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 203, p. 389.

²⁴ BCN. (2003). *Op. Cit.*, p. 12.

²⁵ OELCKERS, Osvaldo. (1983). Los principios informadores de la contratación administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 7 (0), pp. 154-155.

Por último, cabe señalar que, en nuestra opinión, el principio de juridicidad puede constituirse incluso como una fuente constitucional de obligaciones para los órganos públicos en orden al cumplimiento de las normas sobre libre competencia contenidas en el DL 211 y demás cuerpos normativos pertinentes en todas sus actuaciones, esto es, no sólo cuando actúen como un agente del mercado²⁶ y, evidentemente, deban abstenerse de ejercer conductas que entorpezcan la libre competencia, sino que también cuando actúen como órganos de la Administración del Estado, esto es, como autoridad.

En este escenario, es dable sostener que en razón de tal deber de actuar conforme a derecho, todas las entidades licitantes, por mandato constitucional, están obligadas a aplicar en los procedimientos de compras públicas tanto las disposiciones de la Ley del ramo (la Ley N° 19.886) y de su Reglamento (el Decreto N° 250 de 24 de septiembre de 2004 del Ministerio de Hacienda), como aquellas pertinentes de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; de la Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa; de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública; y, en general, de cualquier otra fuente normativa que resultare aplicable en la especie, entre las cuales no existe razón alguna para excluir al Decreto Ley N° 211 de 1973, que es el cuerpo legal que recoge las normas sobre defensa de la libre competencia en Chile y que es normativa vigente en nuestro país.

La circunstancia anterior permitiría que todo organismo de control –ya sea administrativo o jurisdiccional– de las actuaciones de los órganos estatales pueda exigirles a éstos, con ocasión de la revisión de sus actos, el cumplimiento de las normas y principios contenidos en el DL 211 en el marco de los procedimientos de contratación pública.

b. Interacciones legales y reglamentarias

Habiendo señalado las bases constitucionales que permiten entender que las compras públicas y la libre competencia son dos sectores de nuestro ordenamiento que se encuentran relacionados, creemos necesario hacer referencia ahora a las interacciones que podemos encontrar en cuerpos legales o reglamentarios entre ambos estatutos normativos.

En primer lugar, el **artículo 2° de la Ley 18.575** (en adelante, e indistintamente, “LOCBGAE”) reitera el contenido de los artículos 6° y 7° de nuestra Constitución Política, en

²⁶ Nos referimos a los distintos casos de empresas públicas, que son creadas por ley y regidas por un estatuto jurídico de derecho público.

referencia a la consagración, esta vez en sede legal, del principio de juridicidad. Como ya señalamos, esta norma, al igual que las que consagran el mentado principio en sede constitucional, puede a nuestro juicio ser considerada una verdadera fuente de obligaciones para la Administración del Estado cuando actúe como entidad licitante, debiendo en todas actuaciones desplegar conductas con estricto apego a las normas del DL 211.

Por otro lado, podemos mencionar también como una interacción normativa expresa a los **artículos 9° inciso 2° LOCBGAE, artículos 4° y 7°, letra a), de la Ley N° 19.886**, normas que consagran el denominado **principio de la libre concurrencia de oferentes al llamado de licitación**.

Este principio consiste en que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, puede concurrir a un llamado a propuesta pública, de manera tal que sólo se pueda descartar la oferta de un proponente si es que incurre en alguna de las inhabilidades señaladas por el artículo 4° de la Ley de Compras Públicas.

La Historia de la Ley N° 19.886 nos instruye acerca de los motivos que tuvo el legislador a la hora de contemplar un principio como éste en dicho cuerpo legal. Así, señala que el Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República recomendó en su oportunidad que se estableciera en forma expresa que *“el régimen de Licitación Pública fuera la regla general en materia de contrataciones, a efectos de asegurar la transparencia en el uso de los recursos públicos, sustentando las contrataciones en **principios básicos de ética pública** que promuevan y favorezcan la transparencia y publicidad, **la libre concurrencia y competencia de oferentes** (...)”*²⁷ (el resaltado es nuestro).

Así las cosas, no se puede desconocer el hecho de que uno de los objetivos que tuvo presentes el legislador en el proceso de creación de la Ley de Compras Públicas fue establecer una institucionalidad que promoviera correctamente la **libre competencia entre los oferentes**, no sólo por motivos de ahorro y de eficiencia en la contratación administrativa, sino que también porque considera que lograr dicho objetivo es un *“principio básico de ética pública”*, como podemos apreciar de lo transcrito.

Asimismo, y en virtud del principio en comento, es dable sostener que se ve reforzada la idea de que las entidades licitantes deben respetar y promover la libre competencia en todos los procedimientos de compras públicas que lleve a cabo en tanto el artículo 4° de la Ley N°

²⁷ BCN. (2003). *Op. Cit.*, p. 229.

19.886 establece taxativamente las inhabilidades para contratar la Administración, y la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha otorgado a tal disposición un carácter estricto²⁸, sosteniendo que no pueden incorporarse otras causales distintas.²⁹

En este escenario, y existiendo una interpretación restrictiva por parte del órgano contralor –la que, como tal, es obligatoria para todas las entidades administrativas que lleven a cabo procesos de licitación en compras públicas–, creemos que es posible afirmar que se puede apreciar, normativa y jurisprudencialmente, un esfuerzo por consagrar una competencia libre entre los oferentes, de manera tal que toda entidad licitante podrá descartar sólo ciertas ofertas, de ciertos proponentes, en casos calificados y de acuerdo a las normas que establezcan las inhabilidades, lo que se entiende sin perjuicio de la necesidad de motivar tal decisión de acuerdo al principio de interdicción de la arbitrariedad que nuestra Constitución consagra. Creemos que la intención del legislador fue precisamente restringir al máximo las posibilidades de dejar fuera ciertas propuestas en los procedimientos de contratación administrativa, lo que sin duda tiene que ver con una intención de aumentar la competencia entre los oferentes para obtener de ello la propuesta más favorable.

Enseguida tenemos al **artículo 6°, incisos 1° y final de la Ley N° 19.886**. Esta disposición consagra el **principio de eficiencia en la contratación**, el que en términos simples significa que la entidad licitante, a la hora de confeccionar las bases de licitación o de evaluar las propuestas recibidas, debe realizar un análisis costo-beneficio del precio y de los bienes que adquirirá mediante el correspondiente proceso de compra, propendiendo a obtener las condiciones económicas más favorables de acuerdo a las ofertas presentadas. En otras palabras, uno de los bienes jurídicos cautelados por la Ley de Compras Públicas es el adecuado logro del aprovisionamiento de bienes y de la prestación de servicios en los órganos públicos resguardando una adecuada inversión de los fondos públicos.

La relación de este principio con la libre competencia queda de manifiesto en tanto la norma señalada establece la obligación de que las entidades licitantes propendan a la eficiencia, eficacia y ahorro en sus contrataciones, de modo tal que la adjudicación deberá hacerse a la mejor oferta y no necesariamente a la que sea más barata. Así, es evidente que

²⁸ En tal sentido, el Dictamen N° 26.153/2012 de la Contraloría General de la República sostiene que *“las disposiciones que contemplan inhabilidades o prohibiciones –como el referido artículo 4° de la Ley N° 19.886– son de derecho estricto, de interpretación restrictiva y no pueden, por tanto, extenderse más allá de sus términos”*.

²⁹ Véase Dictámenes N° 40.100/2007, N° 59.709/2008, N°61.883/2008 y N° 66.157/2013 de la Contraloría General de la República.

una licitación en la que no haya una adecuada (y libre) competencia entre competidores, ya sea porque entre éstos se atentó contra ella o bien porque la entidad no tomó los resguardos necesarios para evitarlo ni las medidas conducentes a promoverla, no cumple con los estándares que pretende instaurar el principio de eficiencia en la contratación. En igual sentido, la Contraloría General de la República ha considerado que no cumple con este principio una “restricción o entorpecimiento a la competencia”³⁰ por parte de la entidad licitante en el marco de un procedimiento de contratación pública.

Trasladándonos a otro cuerpo normativo, debemos ahora hacer mención de la **Ley N° 20.238**, que modifica la Ley N° 19.886 asegurando la protección de los trabajadores y la libre competencia en la provisión de bienes y servicios a la Administración del Estado. Con la sola lectura del título de esta ley podemos apreciar que sus disposiciones apuntan hacia lograr una adecuada competencia entre los proponentes de procedimientos licitatorios.

La ley mencionada contiene un conjunto de normas modificatorias de la Ley de Compras Públicas, en las cuales se consagran obligaciones y prohibiciones para los particulares que participen en las licitaciones de compras públicas. En particular, establece: (i) La exclusión de los empleadores que hayan sido condenados por prácticas antisindicales o por infracción a los derechos fundamentales de sus trabajadores dentro de los dos últimos años; (ii) Que en caso de que una empresa que ha obtenido la licitación tenga deudas remuneracionales o previsionales pendientes con sus trabajadores contratados dentro de los dos últimos años, deberá ésta acreditar ante la entidad contratante, llegada la mitad del período de ejecución, que se han liquidado sus obligaciones con los primeros estados de pago producto del contrato licitado, de lo contrario, podrá ponerse fin al contrato y llamar a nueva licitación; (iii) Mayor puntaje para quienes exhiban mejores condiciones laborales en caso de licitaciones periódicas; entre otras disposiciones.

Como vemos, ninguna de las normas de esta ley se refiere en forma expresa a la protección de principios de libre competencia, por lo que creemos conveniente remitirnos a la

³⁰ En este sentido, Contraloría ha señalado que “es dable colegir que la aclaración en comento contraviene los principios de eficiencia y de ahorro que debe observar la Administración en sus contrataciones, toda vez que al restringir la competencia respecto del factor económico, impide alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del servicio y sus costos asociados” (Véase Dictamen N° 55.416/2015). En igual sentido, el mismo ente, absteniéndose de dar curso a una resolución del SERVIU Metropolitano que aprobaba un contrato de asesoría técnica que establecía la exigencia de que las ofertas económicas “no fueren inferiores al 15% del presupuesto oficial disponible”, señaló que “impedir ofertar un precio inferior al indicado deja de operar como un criterio de selección, ya que **restringe la competencia en ese factor** y no propende al cumplimiento de los principios de eficacia, eficiencia y ahorro de las contrataciones” (énfasis agregado) (Véase Dictamen N° 18.953/2013).

Historia de la Ley para descubrir en qué medida sus disposiciones –cuyo contenido, según se señaló, versa sobre materias laborales y previsionales– pueden contribuir al fin protector que su título indica. La Moción Parlamentaria de la Cámara de Diputados, de 22 de julio de 2004, Boletín N° 3.620-13, nos ayuda a comprender mejor el porqué de dicha circunstancia: **“el óptimo funcionamiento de estos mecanismos** [los procedimientos destinados a la provisión de bienes muebles y servicios a la Administración], **además, precisa la libre competencia entre los proveedores**, la que se ve dificultada y entorpecida por actitudes desleales de algunos oferentes que, mediante la violación de las leyes laborales, sociales y tributarias, consiguen mejorar sus costos y tener así mayores posibilidades de éxito en las licitaciones y convocatorias”³¹(considerando 5°) (énfasis agregado).

De lo anterior se deduce que la dictación de la Ley en comento revela la preocupación del legislador por asegurarse de que los proveedores que participen en las licitaciones no sólo sean respetuosos de las normas que regulan directamente las compras públicas, sino que, además, de otros ordenamientos que son parte de nuestro sistema jurídico y bajo los cuales subyacen principios particulares, como lo es el estatuto jurídico laboral, el de seguridad social, el de tributación y, precisamente, el de libre competencia. A lo anterior debemos sumar la preocupación que el legislador revela en torno a establecer mecanismos que faciliten la competencia en los procedimientos de contratación pública.

En tal sentido, el Primer Informe de la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados, de fecha 5 de julio de 2005, Boletín N° 3.620-13-1, señala que la transgresión a principios integrantes de tales ordenamientos específicos, permitida por la en ese entonces vigente Ley N° 19.886, no exigía a los proveedores del Estado **“requisitos elementales que aseguren la competencia leal”**³² (el destacado es nuestro). Esta afirmación deja entrever que el legislador decidió incluir estas normas modificatorias estando consciente de que, en ese entonces, las condiciones para competir entre los oferentes no eran las óptimas, criterio que si bien puede ser subsanado por la vía de adaptaciones legislativas, no menos cierto es que requiere del esfuerzo de todos los órganos del Estado, en especial de las entidades licitantes, pues son estas últimas quienes en definitiva ponen en práctica la norma y se encargan de retroalimentar al resto de los poderes estatales acerca de su efectividad.

A continuación, el **artículo 30, letra g), de la Ley N° 19.886** señala como una de las funciones de la Dirección de Compras Públicas la de **“promover la máxima competencia**

³¹ BCN. (2008). *Historia de la Ley N° 20.238*, pp. 4-5.

³² *Ibíd.*, pp. 7-8.

posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes” (énfasis agregado).

Considero que la importancia de esta norma radica en que le otorga al órgano administrativo que elabora, dirige, coordina y pone en marcha las políticas públicas más relevantes en lo tocante a la contratación administrativa en nuestro país, el poder (y deber³³) de promover, sin excepciones, la libre competencia en las contrataciones de la Administración.

Asimismo, cabe apuntar que esta es la única norma dentro de toda la Ley N° 19.886 que se refiere expresamente a la necesidad de cautelar los principios de libre competencia en materia de compras públicas. Si bien es un deber establecido para la Dirección de Compras Públicas y no uno general para todas las entidades licitantes, no sería razonable pensar que estas últimas no deban velar por el cumplimiento del DL 211 y demás normas sobre libre competencia en sus procedimientos de contratación, sobre todo en lo que respecta a la confección de las bases de licitación y la evaluación de las ofertas. Ya hemos dicho que constitucionalmente el principio de juridicidad obliga a la Administración completa a observar en todas sus actuaciones nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto, de manera tal que sería absurdo sostener que, por omitir la ley del ramo un establecimiento expreso de la obligación de respetar y promover la libre competencia en el ámbito de las compras públicas, no existe tal deber para las entidades licitantes y que, consecuentemente, la inobservancia del mismo no lleva aparejada sanción alguna.

Trasladándonos ahora al ámbito reglamentario, el **artículo 37, inciso 5° del Reglamento de la Ley N° 19.886** (en adelante, e indistintamente, el “Reglamento”), que regula el método de evaluación de las ofertas dentro de un procedimiento licitatorio, es otra norma que establece una interacción entre las compras públicas y la libre competencia.

Señala dicha disposición que *“En licitaciones en las que la evaluación de la oferta revista gran complejidad, y en todas aquellas superiores a 1.000 UTM, las ofertas deberán ser*

³³ Consideramos que la dotación de facultades a los órganos administrativos no significa que los mismos puedan decidir libremente si ejercerlas o no, sino que tienen la obligación de hacerlo. En este sentido, se ha sostenido que *“No es rigurosamente exacto decir que los órganos estatales pueden hacer todo aquello que les permite la ley, como si estas expresiones entrañaran alguna licencia o facultad para abstenerse o actuar. (...) las competencias administrativas revisten la condición de poderes-deberes y no de derechos susceptibles de ser renunciados, puesto que no miran al interés de su titular, sino que –siendo potestades– se hallan establecidas para el beneficio de la comunidad (...) Por lo mismo, se ha podido sostener que toda competencia lleva aparejada, en sí misma, la obligación para el órgano pertinente de ejercerla efectivamente.”*. ARÓSTICA, Iván. (2013). La actividad jurídica de la Administración del Estado. *Revista Actualidad Jurídica*, Año XIV, N° 28, julio de 2013. p. 261.

evaluadas por una comisión de al menos tres funcionarios públicos, internos o externos al organismo respectivo, de manera de **garantizar la imparcialidad y la competencia entre los oferentes**” (énfasis propio).

Consideramos destacable que el precepto en comento disponga la formación de una comisión de a lo menos tres funcionarios públicos con el explícito fin de resguardar la competencia entre los oferentes en el procedimiento correspondiente, de manera tal que a esta directriz se deberán ceñir las contrataciones que involucren “*gran complejidad*” o un monto “*superior a 1.000 UTM*”³⁴.

Por último, cabe señalar que la legislación de libre competencia contiene una norma que permite establecer un vínculo entre ésta y los procedimientos de contratación pública. Se trata del **artículo 3°, inciso 2°, letra a) del DL 211**, que reza lo siguiente:

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

*a) Los **acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos**, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o **afectar el resultado de procesos de licitación**”* (énfasis agregado).

La disposición transcrita tipifica uno de los delitos más graves en materia de libre competencia: el ilícito de colusión. Básicamente se prohíben *acuerdos* o *prácticas concertadas* entre competidores, de los cuales éstos obtengan *poder de mercado* o lo acrecienten. Ahora bien, ¿cómo se manifiesta ello en el ámbito de las compras públicas? A este respecto, lo que la norma señala es que tales acuerdos o prácticas concertadas deben consistir en “*afectar el resultado de procesos de licitación*”, en base a lo cual debe entenderse que queda bajo el supuesto de la norma toda concertación entre los oferentes, potenciales o reales³⁵, que les dé poder de mercado y que tenga por objeto alterar, modificar o influir (desfavorablemente) los resultados del procedimiento licitatorio respectivo. En derecho comparado, se conoce este ilícito en particular como “*bid-rigging*” o “*collusive*

³⁴ Lo que hace aplicable esta norma a los procedimientos de Propuesta Pública, dado que el artículo 5°, inciso 2°, de la Ley de Compras Públicas dispone que tal forma de contratación será obligatoria cuando supere las 1.000 Unidades Tributarias Mensuales.

³⁵ Se incluyen los oferentes potenciales dado que los acuerdos o las prácticas concertadas entre ellos pueden ser anteriores a la presentación de ofertas en una determinada licitación pública o privada, de manera tal que el ilícito anticompetitivo puede tener lugar aún cuando no se hayan presentado ofertas todavía.

tendering”³⁶, apareciendo relacionado principalmente con los sectores de construcción, salud, transporte y mercados asociados a éstos³⁷.

Se considera que hay distintas formas comunes o tradicionales de colusión en las licitaciones por los oferentes, aunque todas ellas entorpecen la eficiencia en la contratación. La OECD clasifica las formas que pueden adoptar las colusiones en compras públicas en cuatro categorías:

- 1) **Ofertas encubiertas o simbólicas (“cover bidding”)**: Ocurre cuando competidores potenciales de una licitación acuerdan anticipadamente un ganador de entre ellos, encubriéndolo mediante la presentación de ofertas que den la apariencia de que hay una competencia genuina. Los acuerdos consisten, a lo menos, en una de las siguientes situaciones: (i) Un competidor acuerda presentar una oferta mayor a la que presentará el que se ha designado previamente como el competidor ganador; (ii) Un competidor presenta una oferta que sabe que es demasiado alta como para ser aceptada; y (iii) Un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales tales que se sabe que será considerada inaceptable por el licitante³⁸.
- 2) **Supresión de ofertas**: En esta hipótesis los competidores potenciales acuerdan abstenerse de presentar ofertas a una licitación o bien los competidores reales aceptan retirar sus ofertas ya presentadas, con miras a que se adjudique a un ganador designado previamente.
- 3) **Rotación de ofertas**: Tiene lugar cuando los competidores acuerdan seguir ofertando pero turnándose para ganar las licitaciones, de acuerdo a sus volúmenes de producción o los precios que deseen obtener con los contratos.
- 4) **Asignación de mercado**: En esta hipótesis los competidores potenciales se reparten el mercado o zonas geográficas o clientes, de manera tal que algunos se abstendrán de presentar ofertas o procurarán presentar ofertas simbólicas para que otros se

³⁶ Se ha señalado como definición del *bid-rigging* la siguiente: “Es un tipo de conspiración horizontal ilícita que ocurre entre competidores (...) en esencia, los competidores concertan por adelantado cuál de ellos va a presentar la oferta ganadora en un contrato que está siendo ofrecido por una agencia gubernamental” (Traducción propia). GURNICK, David. (2011). *Distribution Law of the United States*. Nueva York: Juris Publishing, p. 157.

³⁷ ARAYA, Fernando. (2014). Sobre los diferentes tipos de boicot colectivo y la colusión en concursos. Corte Suprema, 23 de diciembre de 2013, Rol 2666-2013. *Revista Chilena de Derecho Privado*, comentario de jurisprudencia, N° 22, Santiago de Chile, julio de 2014. p. 342.

³⁸ Traducción libre de ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). (2009a). *Guidelines for fighting bid rigging in Public Procurement*. [En línea] <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>> [consulta: 28 de diciembre de 2015]. p. 2.

adjudiquen ciertas licitaciones a cambio de que lo mismo ocurra, esta vez a la inversa, en otras licitaciones.³⁹

De acuerdo a lo señalado anteriormente, cualquier concertación entre oferentes destinada a alterar el resultado del procedimiento de licitación respectivo desnaturaliza todo el objetivo del mismo. Ya hemos delimitado la idea de que la *eficiencia, eficacia y ahorro* en la contratación pública no es sinónimo de la aceptación, sin mayor análisis, de las ofertas más baratas, sino que, lejos de eso, el propósito es conseguir la oferta más económica y técnicamente ventajosa. Lo anterior, evidentemente, sólo puede lograrse en un contexto en que los proponentes participantes compitan libremente y no en virtud de acuerdos entre ellos para obtener un resultado en uno u otro sentido.

Con ello, deseamos poner de manifiesto la gravedad de las conductas colusorias en las licitaciones públicas, lo que lleva aparejada la consecuente necesidad de elaborar políticas públicas que las combatan eficazmente y que reduzcan al mínimo los incentivos de los oferentes a alterar el resultado de una licitación y obtener provecho de ello.

El rol que juegan las entidades licitantes en evitar estas conductas colusivas es fundamental, pues no sólo dirige el procedimiento de licitación sino que también diseña las bases a las cuales todos los intervinientes del mismo deben sujetarse. En este sentido, especial relevancia cobra lo razonado por el H. TDLC cuando sostiene que *“los municipios deben seleccionar a los proveedores de los bienes o servicios que requieren, así como desarrollar cualquier función que les encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención en los mercados, observando las normas de defensa de la libre competencia, de cuya aplicación ninguna norma los exime.”*⁴⁰

Respecto a la idea anterior, hay cierta aceptación general en torno a que, de los ilícitos de libre competencia, el más grave es la colusión, siendo la justificación tradicional de tal afirmación el daño que tal conducta genera a los consumidores⁴¹. En nuestra opinión,

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. (2012). Sentencia N° 118/2012 de 9 de enero de 2012, rol C-195-09, considerando 7°.

⁴¹ En varias ocasiones se ha hecho hincapié en la seriedad con la que debe enfrentarse la colusión y la gravedad que reviste como atentado a la libre competencia. En este sentido, a propósito de la reciente discusión sobre el eventual establecimiento de penas privativas de libertad por ilícitos de colusión, se reiteran estas ideas por variados académicos de extendido reconocimiento en el texto *“¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones”* del Centro de Estudios Públicos. Para consulta del texto completo, véase AGOSTINI, Claudio, BASCUÑÁN, Antonio, GONZÁLEZ, Aldo, GORAB, Daniela, MAÑALICH, Juan Pablo, NEHME, Nicole y PELLEGRINI, Julio. (2015). *¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones*. Editores: Raphael Bergoing y Lucas Sierra. *Puntos de Referencia*,

consideramos que más grave aún es la colusión para lograr artificialmente un resultado en licitaciones de compras públicas, en tanto ello implica atentar no sólo contra la libre competencia –la que se pretende cautelar en toda economía sana–, sino que también contra la adecuada satisfacción de necesidades públicas para lograr ventajas económicas que no se habrían logrado de no haber mediado tal concertación. En este sentido, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha señalado que *“En cuanto a la gravedad de la conducta, este Tribunal considera que la colusión es de aquellas que merece el mayor reproche para el derecho de la competencia, máxime cuando afecta el funcionamiento del mercado en materia de servicios esenciales para la comunidad”*⁴².

Sostenemos que la colusión en los procedimientos licitatorios implica una afectación no sólo al mercado sino que también a los intereses públicos que la entidad licitante, en tanto órgano administrativo, tiene la obligación de satisfacer cabal y eficazmente. Pretender lograr excedentes económicos mediante acuerdos o prácticas concertadas tendientes a asegurar resultados en algún sentido favorable a intereses de uno o más privados en las licitaciones públicas sin lugar a dudas dificulta la posibilidad de que los órganos que han realizado el respectivo llamado a concurso cumplan con el estándar de eficiencia, eficacia y ahorro que la Ley de Compras Públicas consagra; exigencia que, dicho sea de paso, tiene su fundamento en, precisamente, el objetivo de que la entidad licitante pueda cumplir las funciones que la Constitución y/o las leyes le han encomendado, bastando solamente recordar que si la institución respectiva realiza compras a través del sistema de contratación pública, no lo hace para sí, sino que en razón de la servicialidad a la persona humana que rige todo su quehacer.

2. El cumplimiento del D.L. N° 211 por los órganos administrativos en los procedimientos de contratación pública regidos por la Ley N° 19.886

En este apartado analizaremos cómo es exigible, preventiva y represivamente, el cumplimiento de las normas de defensa de la libre competencia principalmente contenidas en el DL 211 a los órganos de la Administración del Estado, poniendo especial énfasis a las situaciones en que éstos actúan como entidades licitantes en procedimientos de compras públicas regidos por la Ley N° 19.886.

Centro de Estudios Públicos, edición online, N° 409, agosto 2015. [En línea] <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_6023_3751/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf> [consulta: 27 diciembre 2015], 13 p.

⁴² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2010). Sentencia N° 94 de 7 de enero de 2010, rol C-149-07, considerando 98°.

a. Estado de la cuestión

Como ya explicamos en el título anterior, en nuestro país rige como principio esencial a toda actuación administrativa el denominado **principio de juridicidad** consagrado constitucionalmente, en virtud del cual todos los órganos públicos deben adecuar su conducta a la Constitución, a las leyes, a las demás normas integrantes del ordenamiento jurídico e incluso a los principios generales del derecho.

A esta directriz constitucional establecida en los artículos 6° y 7° de la Constitución, debemos agregar la contenida en el artículo 19 N° 21 de nuestra Carta Fundamental, en la parte que dice relación con el **orden público económico como límite al ejercicio de la libertad económica**. En efecto, la disposición señalada establece como garantía fundamental el derecho a desarrollar cualquier actividad económica “*que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen*” (énfasis agregado). En este entendido, y siguiendo la definición que sostiene sobre el particular el académico Arturo Fermandois⁴³, creemos que los órganos administrativos, en todas sus actuaciones, y en especial cuando ejerzan potestades normativas destinadas a regular un mercado o cierta parte del mismo, están obligados a respetar el *orden público* con estricto apego a las disposiciones constitucionales que sean atingentes.

Por ello, consideramos acorde a los fines cautelados por la Constitución, en orden a permitir y garantizar el desarrollo de actividades económicas lícitas, la obligación de los órganos administrativos de velar por que el *orden público*, dentro del cual se encuentra la normativa del DL 211, sea respetado por todos los agentes económicos. Empero, no sólo de nuestra Constitución emana tal deber, sino que también, en ocasiones, ha tenido su fuente en pronunciamientos judiciales⁴⁴.

⁴³ Quien define al Orden Público Económico como el “*adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana*”. (FERMANDOIS, Arturo. (2000). El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980. *Revista Ius Publicum*, N° 4, p. 76.)

⁴⁴ La profesora Nicole Nehme Zalaquett explica que “*el análisis detallado de la jurisprudencia emanada de los órganos de defensa de la libre competencia en la materia, revela que la sujeción de los órganos de la administración del Estado a la legislación pro-competencia se ha afirmado reiteradamente; se ha materializado en recomendaciones e incluso en órdenes dirigidas a las autoridades concernidas; y, en lo referido a normativas de alcance más general, se ha traducido en la proposición de su modificación o derogación para ajustarla a la normativa de libre competencia*”. NEHME, Nicole. (2011). *Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los órganos de la administración del Estado*. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (ed.). *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago, Thomson Reuters, p. 319.

En efecto, el TDLC ha sostenido en reiteradas ocasiones el deber de la Administración de actuar con el debido apego a la normativa de libre competencia.

Así, ha sostenido que ***“las 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. Entonces, con independencia de la naturaleza y fines que un ente pueda tener –sea éste público o privado–, lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo”***⁴⁵ (énfasis agregado).

De acuerdo a lo razonado por el H. TDLC, al parecer el criterio que determina la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia radica en si las actuaciones de un sujeto (público o privado) inciden en el mercado, lo que es evidente en el ámbito de las compras públicas, en tanto, como ya lo hemos dicho, las entidades licitantes, al diseñar los procedimientos de contratación, afectan la eficiencia económica en el uso de recursos que muchas veces son escasos.

Asimismo, con ocasión de la defensa esgrimida en un procedimiento contencioso por parte del Consejo de Defensa del Estado, en orden a considerar que una entidad administrativa licitante debía sólo sujetarse en la licitación a la ley del ramo (esto es, a la Ley N° 19.886), el H. TDLC señala acertadamente que ***“si lo que se pretende argumentar (...) es que el cumplimiento de dicha normativa especial [la contenida en la LCP] excluye al organismo público demandado de la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia o lo exime de cumplirlas, cabe tener presente que ello no es así, especialmente cuando no existe contradicción entre unas y otras. Por el contrario (...) la circunstancia de que los actos y contratos que se cuestionan en esta sede se realicen con sujeción plena a procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, no implica que dichos actos o contratos no deban sujetarse también a lo preceptuado en la legislación de defensa de la libre competencia que, por lo demás, también es de orden público. Ello por cuanto, si bien es cierto que hay bienes jurídicos que la legislación sobre contratación pública persigue resguardar, concurrentemente pueden verse afectados***

⁴⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2009). Sentencia N° 92/2009 de 29 de diciembre de 2009, rol C-172-08, considerando 9°.

también otros bienes jurídicos, tales como aquellos que han de ser tutelados en esta sede.”⁴⁶
(el resaltado es nuestro).

Mismo razonamiento se ha expuesto en relación a la consideración de que las normas del DL 211 se encuentran en íntima relación con la garantía constitucional consagrada en el art. 19 N° 21 CPR, en tanto son verdaderas normas integrantes del *orden público económico*. Así, el TDLC ha sostenido lo siguiente:

*“Decimosexto: Que, como cuestión previa, es preciso señalar que **existe una estrecha relación entre las normas de defensa de la libre competencia y la garantía contenida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República**, ya que el derecho a la libre competencia que este Tribunal está llamado a resguardar, en el ejercicio de sus atribuciones, se fundamenta en la mencionada garantía y contribuye a tutelarla;*

*Decimoséptimo: Que, en relación con lo anterior, cabe tener presente que los actos de autoridad pueden ser conocidos y juzgados en esta sede y, tal como ha señalado este Tribunal anteriormente (Sentencia N° 105/2010), ello es así toda vez que **las normas del D.L. N° 211 constituyen una parte esencial del orden público económico**, en tanto están destinadas a garantizar derechos que fundamentan el sistema económico consagrado por la Constitución, y que **deben ser respetados por los privados y también por el Estado y sus organismos. En particular, cuando se trata de actos de autoridad por medio de los cuales se asignan recursos o derechos, el D.L. N°211 contribuye a tutelar la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 21, en la medida que prevenga o reprima situaciones en las que tal asignación produzca la expulsión o una restricción o impedimento ilegítimo o injustificado al acceso o expansión de un competidor en un mercado;***

(...)

Cuadragésimo: Que al respecto, cabe tener presente que, tal como se ha señalado en oportunidades anteriores (Sentencia N° 105/2010), al implementar políticas públicas o perseguir objetivos de interés general o sectorial de diversa naturaleza, el Estado debe intentar producir la mínima distorsión posible en el funcionamiento competitivo de los mercados, por medio de acciones que sean proporcionales a los fines perseguidos. Por ende, la sujeción del Estado y sus organismos a las normas de defensa de la libre competencia se traduce en el deber de compatibilizar o armonizar los diversos fines de política pública de que se trate, con la protección de la libre competencia que habrá de respetar, a lo menos,

⁴⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2011). Sentencia N° 114/2011 de 17 de noviembre de 2011, rol C206-10, considerando 25°. En igual sentido, Sentencia N° 89/2009 de 12 de noviembre de 2009, rol C171-08, considerando 19°.

en la elección y diseño de los mecanismos por medio de los cuales se proponga alcanzarlos;⁴⁷ (énfasis agregado).

Sin embargo, no sólo el TDLC se ha pronunciado a favor de la aplicación de las normas de libre competencia a los órganos de la Administración del Estado. También lo ha hecho nuestra Excma. Corte Suprema, la que sostuvo en sentencia de 28 de enero de 2011, recaída sobre sendos recursos de reclamación intentados por las partes del proceso contencioso rol C-127-07, tramitado ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en lo pertinente, lo siguiente: ***“Las 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; lo que, por cierto, es sin perjuicio de la competencia que sobre otros aspectos relativos a las licitaciones públicas tengan otros tribunales. A este último respecto no debe olvidarse que de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual trasgresión.”***⁴⁸ (énfasis agregado).

A nivel doctrinario, señala la profesora Nicole Nehme Zalaquett que el DL 211 debe ser cumplido por todo sujeto de derecho, lo que emana de la materialización que dicho cuerpo normativo cumple respecto del mandato constitucional de establecer los límites que regulen las actividades económicas lícitas (art. 19 N° 21 CPR)⁴⁹. En ese entendido, el DL 211, como ya dijimos, forma parte del *orden público económico* chileno, y como tal, debe actuarse dentro de sus límites no porque el legislador lo haya querido sino que porque la Constitución eligió tal opción.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar en este apartado que el asunto no se encuentra completamente zanjado, dado que a nuestro juicio hay falencias en torno a la concretización del deber de respetar y promover la libre competencia por parte de los órganos administrativos. En específico, consideramos que la normativa se encuentra al debe en cuanto a la consagración de tal deber, sobre todo en lo que respecta a la protección de la

⁴⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2012). Sentencia N° 121/2012 de 10 de mayo de 2012, rol C-219-11, considerandos 16°, 17° y 40°.

⁴⁸ CORTE SUPREMA. (2011). Sentencia de 28 de enero de 2011, rol N° 6100-2010, considerando 6°.

⁴⁹ NEHME, Nicole. (2011). *Op. Cit.*, p. 321.

libre competencia en el ámbito de las compras públicas⁵⁰, pues no es posible advertir ni obligaciones expresas en nuestro ordenamiento jurídico objetivo (que le otorguen potestades a los entes públicos de manera de cautelar preventivamente la libre competencia entre los particulares sujetos a la regulación correspondiente), ni sanciones asociadas a su inobservancia, ni una dotación de facultades a las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de las normas del DL 211 para ejercer correctamente sus labores preventivas o represivas, según sea el caso.

En materia de compras públicas, consideramos que es indispensable que se diseñen mecanismos para asegurar una efectiva protección de la libre competencia, en especial por parte de quienes organizan y dirigen los procedimientos licitatorios, que son en todos los casos órganos de la Administración del Estado, pues en ellos radica la posibilidad de ejercer un control preventivo (al diseñar las bases de licitación) para evitar conductas anticompetitivas entre los oferentes y, además, ya hemos hecho referencia a la necesidad de que las compras públicas se lleven a cabo con adecuada eficiencia en los recursos involucrados dado el fin público para el cual dicha forma de contratación está contemplada. En ese entendido, la libre competencia en las licitaciones de compras públicas no es un fin en sí mismo, sino que, al igual que el establecimiento mismo de normas regulatorias de procedimientos licitatorios por parte de las entidades administrativas, tienen un carácter instrumental orientado a un mismo fin: la satisfacción continua de necesidades generales.

Reafirma lo anterior lo razonado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en tanto ha sostenido que *“las licitaciones para adquirir bienes o servicios son aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos;”*⁵¹.

No en pocos casos se ha puesto en duda la conducta de las entidades licitantes en torno a resguardar una adecuada competitividad en las licitaciones regidas por la Ley N° 19.886. Como veremos en la siguiente sección, en numerosas ocasiones el H. Tribunal de Defensa

⁵⁰ Ya hemos hecho referencia al déficit normativo que hay en las normas que rigen los procedimientos de compras públicas en el acápite anterior (Ver *Supra*, I., 1., b.), dado que no hay mayores interacciones de normas positivas entre ambos estatutos más que las ya reseñadas.

⁵¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2012). Sentencia N° 118/2012 de 9 de enero de 2012, rol C195-09, considerando 6°.

de la Libre Competencia ha conocido casos sobre atentados a la libre competencia en marcos de procedimientos de compras públicas.

En el texto “Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la Administración del Estado”, la destacada académica Nicole Nehme Zalaquett señala que hay algunas preguntas en torno a la potestad del TDLC de invalidar actos administrativos anticompetitivos, el rol que le concierne a dicho tribunal en casos en que un acto administrativo atentatorio contra la libre competencia derive del ejercicio de una potestad reglada, sobre la imperatividad de las decisiones del TDLC cuando los destinatarios de sus decisiones son órganos administrativos y sobre el alcance de las recomendaciones que el TDLC realiza por vía no contenciosa.⁵²

Como veremos más adelante, es paradigmático el caso de Sonda con el Servicio de Registro Civil e Identificación, conocido por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y por la Excm. Corte Suprema en recurso de reclamación, por cuanto, por un lado, el tribunal de primera instancia condena al Servicio por estimar que ha infringido su deber de respetar la normativa de libre competencia, pero por otro lado, el tribunal de alzada revierte la sentencia absolviendo al demandado por estimar que no tiene un poder de mercado que permita constatar una práctica anticompetitiva por parte del órgano público. Consideramos que si estuviese correctamente definido en nuestro ordenamiento jurídico el deber de promover la competencia en las licitaciones de compras públicas, el cual llevase aparejada la correspondiente sanción por el incumplimiento del mismo, la Corte Suprema no habría puesto su atención sobre otros criterios para tomar tal decisión. Ahondaremos sobre el particular en el acápite tercero de este trabajo.

Para finalizar esta parte, nos parece relevante poner de relieve cómo han tratado nuestros tribunales de justicia la posibilidad de que los órganos administrativos sean sujetos pasivos de demandas por infracciones a la libre competencia. Por lo pronto, el TDLC ha señalado que la normativa del DL 211 no hace distingos⁵³.

⁵² NEHME, Nicole. (2011). *Op. Cit.*, p. 319.

⁵³ En tal sentido, el TDLC ha argüido que “las normas que atribuyen competencia a este Tribunal para decidir los conflictos de libre competencia no contemplan excepciones o limitaciones a ella, derivadas de la circunstancia de que las infracciones puedan haber sido cometidas por entidades públicas o autónomas (...) tal como ha resuelto este Tribunal en reiteradas oportunidades, la expresión amplia “El que...” que utiliza el legislador en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 para aludir al sujeto activo de una infracción a la libre competencia, revela que éste no requiere de ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona natural o jurídica, de derecho público o privado que concurra a los mercados. Por lo tanto, dado que las normas de protección de la libre competencia son de orden público, si se hubiese querido exceptuar de cumplir con ellas a las corporaciones

A continuación enunciaremos algunos razonamientos que se desprenden de los distintos pronunciamientos jurisprudenciales que han tenido lugar por ilícitos anticompetitivos en contextos de procedimientos de compras públicas.

b. Algunos casos de jurisprudencia del TDLC en que se han aplicado normas de libre competencia a procedimientos de contratación pública

Resulta ilustrativo mencionar ciertos casos en que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha conocido causas contenciosas sobre infracciones al DL 211 en el contexto de procedimientos licitatorios de compras públicas.

A continuación enlistamos los casos mencionados, indicando cuál(es) es(son) el(los) Órgano(s) de la Administración del Estado demandado(s), el(los) demandante(s) y otros datos relevantes.

Tabla 1. Causas contenciosas por infracciones a la libre competencia conocidas por el H. TDLC en que el sujeto activo de la conducta anticompetitiva alegada es un órgano administrativo en el contexto de un procedimiento de licitación.

#	Rol	Demandante(s) o requirente	Demandado(s)	Sentencia N°	Resultado
1	C54-04	Entel Telefonía Local S.A.	Subsecretaría de Comunicaciones	13/2005	Rechazada
2	C37-04	Revisiones Santiago S.A.	Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones	14/2005	Rechazada
3	C72-05	Empresa Nacional de Servicios de Aseo S.A. (ENASA)	Ilustre Municipalidad de Cauquenes	34/2005	Acogida
4	C70-05	Sky Service S.A.	Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Junta de Aeronáutica Civil, Lan Airlines S.A., Lan Cargo S.A.	44/2006	Acogida parcialmente
5	C137-07	Fiscalía Nacional Económica	Municipalidad de Curicó	77/2008	Acogido
6	C148-07	Fiscalía Nacional Económica	Junta Aeronáutica Civil	81/2009	Acogido
7	C172-08	Fiscalía Nacional Económica	Ilustre Municipalidad de Antofagasta	92/2009	Rechazado
8	C127-07	Nutripro S.A., Empresas Tucapel S.A.,	Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A.,	100/2010	Acogida

autónomas como las municipalidades, tal excepción habría debido establecerse por ley, lo que no ocurre". (TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2012). Sentencia N° 118/2012 de 9 de enero de 2012, rol C195-09, considerandos 2° y 3°).

		Comercial Terramar Ltda., ED&F Man Chile S.A., Agroexportadora e Importadora Ltda., Agrícola Tarapacá Ltda., Soprodi S.A., Graneles de Chile S.A.	Ministerio de Obras Públicas		
9	C206-10	Rossano Droghetti Lobos	Dirección de Compras y de Contratación Pública	114/2011	Rechazada
10	C195-09	Fiscalía Nacional Económica	Kiasa Demarco S.A. (KDM), Municipios de: Conchalí, Pudahuel, Cerro Navia, Renca, Las Condes, Lo Barnechea, Vitacura, Lampa, Colina, Quilicura, Lo Prado, Quinta Normal, Recoleta, Independencia, Santiago, Providencia, Ñuñoa, La Reina, La Cisterna, Curacaví, San Miguel y Llay Llay	118/2012	Rechazado
11	C219-11	Naviera Valdivia Ltda., Comercial Selva E.I.R.L., Ricardo Da Bove Fierro	Ministerio de Obras Públicas, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Sociedad Marítima y Comercial Somarco Ltda.	121/2012	Acogida
12	C242-12	Sonda S.A.	Servicio de Registro Civil e Identificación	132/2013	Acogida parcialmente
13	C256-13	Ramírez y Cía. Ltda.	Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones	138/2014	Rechazada
14	C260-13	Applus Chile S.A.	Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones	143/2015	Rechazada
15	C266-13	Applus Chile S.A.	Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.	144/2015	Rechazada

Fuente: Jurisprudencia del TDLC obtenida de la web www.tdlc.cl.

De las sentencias del H. TDLC enlistadas, se pueden extraer ciertos criterios que dicho tribunal ha utilizado para decidir acoger o rechazar, según sea el caso, la demanda o requerimiento respectivo en relación a conductas de las entidades licitantes en los procedimientos de contratación pública de que se trate. A continuación enumeramos algunos de ellos:

1) Exigencia de que los oferentes sean personas jurídicas

El TDLC sostiene que el exigir que los proponentes sean personas jurídicas no constituye una barrera de entrada que pudiere afectar *per se* la libre concurrencia al proceso licitatorio, pues el costo para que las personas naturales se constituyan como jurídicas para participar en él es bajo.⁵⁴

2) Reducción del número de concesionarios

En un caso en el que uno de los oferentes participantes de un proceso de licitación pública de concesiones para operar plantas de revisión técnica de vehículos demandó a la entidad licitante por reducir el número de concesionarios, el H. TDLC no consideró ello como una práctica anticompetitiva pues, por un lado, existiendo sólo una planta de revisión técnica se fijan las tarifas máximas y se controla la calidad del servicio y, por otro lado, en el mercado relevante geográfico se exige que de haber más de una concesión, éstas pertenezcan a distintos proveedores.⁵⁵

3) Exigencia de tarifas máximas restringe posibilidad de precios predatorios

El TDLC sostiene que si las bases de licitación establecen tarifas máximas, las concesionarias se encontrarán limitadas de ejercer un abuso de posición dominante mediante precios predatorios.⁵⁶

4) Licitación que contenga exigencias que reducen sin justificación el número de participantes es contraria a la libre competencia

El TDLC señala que un proceso de licitación en el que se impongan exigencias innecesarias puede reducir el número de oferentes y con ello, la competencia. Ello, siempre que se trate de exclusiones injustificadas de acuerdo a los objetivos de la licitación.⁵⁷

5) Licitación que no cumpla con condiciones de transparencia es contraria a la libre competencia

⁵⁴ Sentencia N° 14/2005 de 5 de abril de 2005, rol C-37-04, del H. TDLC, considerando 7°.

⁵⁵ Sentencia N° 14/2005 de 5 de abril de 2005, rol C-37-04, del H. TDLC, considerandos 9° a 11°.

⁵⁶ Sentencia N° 14/2005 de 5 de abril de 2005, rol C-37-04, del H. TDLC, considerando 12°.

⁵⁷ Sentencia N° 34/2005 de 7 de diciembre de 2005, rol C72-05, del H. TDLC, considerandos 3° y 4°.

Si las bases de licitación establecen condiciones que denoten falta de transparencia, como lo sería incluir la facultad de la entidad licitante de declarar desierta la licitación sin expresión de causa, ello puede terminar disuadiendo a competidores potenciales de participar y con ello reducir la competencia. Una adecuada competencia *ex ante* requiere ser objetiva y transparente.⁵⁸

- 6) Inclusión de disposiciones sobre renuncia de acciones o impugnaciones y sobre atribuciones discrecionales para adjudicar o rechazar ofertas es contraria a la libre competencia

Tanto el Dictamen N° 1.269, de 22 de agosto de 2003, de la Honorable Comisión Preventiva Central, como la Sentencia N° 32/2005 del H. TDLC han estimado anticompetitivas bases de licitación que contienen atribuciones discrecionales de adjudicación o rechazo de ofertas a favor de la entidad licitante y que disponen renuncia de eventuales impugnaciones o de acciones ulteriores de los participantes.⁵⁹

En igual sentido, el TDLC ha sostenido que una estipulación de tal naturaleza “*eleva el riesgo de un comportamiento oportunista o arbitrario por parte del licitador, lo cual, por sí sólo, incrementa el riesgo de negocio y, por tanto, el costo esperado de participación por parte de eventuales interesados en competir en el proceso de licitación, generándose de esta forma desincentivos artificiales de participación que reducen la probabilidad de lograr una competencia ex ante vigorosa y eficiente en dicho proceso*”.⁶⁰

- 7) Es contrario a la libre competencia dejar sin efecto una licitación antes de la apertura de las propuestas sin expresión de fundamento alguno⁶¹
- 8) En casos en que lo que se esté licitando sea un monopolio legal, cualquier cláusula que entorpezca la selección de los operadores más eficientes es contraria a la libre competencia

Esta idea se extrae de un caso en el que un participante de una licitación para la recolección de residuos sólidos domiciliarios demandó al municipio licitante por haber incurrido en conductas presumiblemente anticompetitivas. Una de ellas fue la redacción de

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Sentencia N° 34/2005 de 7 de diciembre de 2005, rol C72-05, del H. TDLC, considerando 17°.

⁶⁰ Sentencia N° 77/2008 de 4 de noviembre de 2008, rol C137-07, del H. TDLC, considerando 62°.

⁶¹ Sentencia N° 34/2005 de 7 de diciembre de 2005, rol C72-05, del H. TDLC, considerando 18°.

una disposición de las Bases Administrativas que establecía que el municipio podía poner término al contrato de forma unilateral, anticipadamente y sin expresión de causa. Al evacuar el traslado, la Municipalidad invocó como argumento la circunstancia de que existían tres comunas de la provincia de Cauquenes que ofrecían un proyecto de relleno sanitario más económico.

El TDLC estima que ello sí puede justificar el término anticipado del contrato, siempre que en las bases se hubiese indicado que sería la única causal de ello. Sin embargo, la redacción de la cláusula era tan general que no permitía a los oferentes potenciales estimar razonablemente el riesgo de la licitación, de manera tal que los postulantes con mayor disposición a tal riesgo tendrían mayor posibilidad de adjudicarse la licitación. Ello sería contrario a la libre competencia en tanto, como se trataba de una licitación que adjudicaría el monopolio legal de un servicio esencial por varios años, tal cláusula entorpecería la selección de los operadores más eficientes.⁶²

Con todo, la Excm. Corte Suprema, si bien reitera el razonamiento del tribunal de primera instancia, hace presente que la prohibición de subcontratación no es en sí misma contraria a la libre competencia, aunque sí en el caso particular, en tanto hay empresas que son potenciales participantes del proceso licitatorio pero que se ven inhibidas de presentarse al mismo dado que, para dar adecuado cumplimiento a las prestaciones de la licitación, deberían incurrir en la conducta que las bases de la misma prohíben, por lo que la exigencia resulta inaceptable.⁶³

9) Cláusula en las bases de licitación que obliga a los oferentes a contratar cierto personal de trabajadores respecto de los cuales otros participantes tienen mayor información es contraria a la libre competencia

En el mismo caso antes referido, una de las cláusulas de las Bases de Licitación confeccionadas por el municipio licitante establecía que los oferentes debían contratar el total del personal que se encontraba trabajando en la empresa que prestaba servicios anteriormente en la comuna. El TDLC señala que dicha cláusula puede resultar en una discriminación a favor de operadores que ya se encuentran prestando el servicio o de

⁶² Sentencia N° 34/2005 de 7 de diciembre de 2005, rol C72-05, del H. TDLC, considerando 21°.

⁶³ CORTE SUPREMA. (2009). Sentencia de 27 de mayo de 2009, rol N° 7796-2008, considerando 8°.

operadores locales, dado que ellos tienen un privilegio de información respecto a los trabajadores que son aptos para las labores solicitadas.⁶⁴

10) Exigir que los oferentes cuenten con años mínimos de experiencia en la actividad y dentro del país es contrario a la libre competencia

El TDLC señala que exigir que los oferentes tengan experiencia en la actividad que es objeto de la licitación, y además establecer como requisito que dicha experiencia haya sido obtenida dentro del país, entorpece la libre competencia en tanto deja fuera de la licitación a nuevos operadores que, por un lado, pueden tener experiencia en actividades similares y, por otro, pueden haberla obtenido en el extranjero.⁶⁵

11) Bases de licitación que establecen amplias atribuciones discrecionales para la adjudicación es contraria a la libre competencia

Se considera que restringe la libre competencia el hecho de que la entidad licitante se reserve para sí la facultad de adjudicar una licitación sin basarse en parámetros objetivos como el puntaje asignado a cada oferente.⁶⁶

12) Son cuestionables las bases de licitación que no definan conceptos de “calidad” o que no establezcan escalas de puntajes de acuerdo al nivel de cumplimiento con el criterio respectivo⁶⁷

13) Método de licitación por oferta monetaria

Con ocasión de un procedimiento contencioso en el que se denuncia que la Junta de Aeronáutica Civil ha sido anticompetitiva en un proceso licitatorio público de asignación de frecuencias internacionales de vuelos comerciales, el TDLC sostiene que un método de subasta ascendente, esto es, una licitación por oferta monetaria, no es el más adecuado cuando el valor del producto o insumo escaso a licitar depende de la cantidad del mismo con la que cada empresa potencialmente participante ya cuente, o bien, cuando se advierta anticipadamente la presencia de empresas con dominio de mercado⁶⁸. Confeccionar un

⁶⁴ Sentencia N° 34/2005 de 7 de diciembre de 2005, rol C72-05, del H. TDLC, considerandos 24° y 25°.

⁶⁵ Sentencia N° 34/2005 de 7 de diciembre de 2005, rol C72-05, del H. TDLC, considerando 26°.

⁶⁶ Sentencia N° 34/2005 de 7 de diciembre de 2005, rol C72-05, del H. TDLC, considerando 27°.

⁶⁷ Sentencia N° 34/2005 de 7 de diciembre de 2005, rol C72-05, del H. TDLC, considerando 28°.

⁶⁸ Sentencia N° 44/2006 de 26 de septiembre de 2006, rol C70-05, del H. TDLC, considerando 52°.

método de licitación en el que el elemento decidor sea el precio ofrecido por los proveedores, a la usanza de un “remate al mejor postor”, en condiciones en que hay una empresa incumbente que ostenta sobre sí un alto poder de mercado, es contrario a la libre competencia en tanto acota mucho las posibilidades de que un oferente pequeño pueda adjudicársela. Por ello, el Tribunal recomienda que la misma debe rediseñarse incorporando elementos competitivos acordes a las circunstancias del mercado relevante.

No obstante la recomendación del TDLC en la sentencia N° 44/2006, en 2007 la FNE dedujo un requerimiento en contra de la Junta Aeronáutica Civil por diseñar nuevamente una licitación de acuerdo al mismo método de licitación por oferta monetaria, aunque esta vez lo licitado eran frecuencias aéreas restringidas directas entre Santiago y Lima. El TDLC reitera la idea de que el sistema de subasta ascendente es inadecuado desde el punto de vista de la libre competencia, pues dadas las condiciones de la industria aeronáutica, tiende a favorecer a la empresa dominante y a aumentar su poder de mercado.⁶⁹

14) Cláusula de término anticipado de contrato por subcontratación de servicios

Es interesante el pronunciamiento del TDLC sobre la adecuación a la libre competencia de una cláusula incluida en las Bases de Licitación que otorgaba a la entidad licitante la facultad de poner unilateral y anticipadamente término al contrato en caso de que el proveedor subcontratara los servicios licitados.

Se trata de un caso en el cual la FNE requiere a la Municipalidad de Antofagasta por conductas anticompetitivas en el contexto de un procedimiento de licitación pública para los servicios de recolección, aseo, transporte y disposición final de residuos domiciliarios. La conducta alegada es la incorporación de la cláusula descrita en el párrafo anterior a las bases de licitación con el fin de excluir competidores que no estuviesen societariamente relacionados a la empresa que, a la época de la licitación, era dueña del relleno sanitario más conveniente en el cual podía realizarse el depósito final de los residuos recolectados.

El TDLC señala que tal cláusula no revela, en estricto rigor, una desigualdad entre potenciales competidores de la licitación, toda vez que se encuentra establecida para todo quien participe, sin efectuar distinciones. El problema que el Tribunal identifica radica en que, de todos los proponentes, algunos de ellos eran empresas relacionadas a la que tenía el

⁶⁹ Sentencia N° 81/2009 de 16 de enero de 2009, rol C148-07, del H. TDLC.

dominio del relleno sanitario más conveniente, de manera tal que las empresas no relacionadas, potencialmente participantes de la licitación se vieron disuadidas de presentar sus ofertas debido a que se verían obligadas a tercerizar el servicio de disposición de los residuos, y a que veían a las empresas competidoras relacionadas al dueño del relleno como una unidad económica en conjunto con este último.

Así las cosas, el H. TDLC estima contraria a la libre competencia la inclusión de tal cláusula, no siendo posible colegir que el objetivo de la misma era no entorpecer el proceso de control del cumplimiento del contrato por parte del municipio ni tampoco que de su redacción pueda extraerse la circunstancia de que la entidad licitante tenía contemplada la posibilidad de que el adjudicatario pudiese subcontratar el servicio de disposición de residuos, pues la disposición no efectuaba distinciones y la Municipalidad tampoco lo aclaró al resto de los competidores en las oportunidades que tuvo para hacerlo.

Por último, el TDLC ve reforzada la anticompetitividad de la cláusula en análisis en tanto la misma no permitía explicitar precios distintos según cuál fuese el servicio a prestar.⁷⁰

15) La integración vertical entre los competidores en una licitación y el dueño de una instalación esencial no es *per se* contraria a la libre competencia

Con ocasión del caso anteriormente comentado, el TDLC aclara que no es *per se* contrario a la libre competencia el hecho de que los oferentes de una licitación sean empresas relacionadas al dueño de una instalación esencial, siempre que este último dé condiciones de acceso objetivas y no discriminatorias a quienes requieran sus servicios y que éstas sean conocidas *ex ante* y claramente por todos los competidores.⁷¹

16) Es fundamental que en los procesos licitatorios se asegure una debida publicidad, transparencia y libre acceso al mercado

La idea anterior se enuncia a propósito de una de las acusaciones de la FNE que sostiene que el municipio licitante publicó con poca anticipación el llamado a licitación. El TDLC señala que la revisión de las bases de licitación por parte de la FNE y el intercambio de opiniones dentro de tal proceso debe hacerse resguardando plazos prudentes para realizar llamados a licitación e iniciar los servicios contratados, a objeto de dar a los potenciales

⁷⁰ Sentencia N° 77/2008 de 4 de noviembre de 2008, rol C137-07, del H. TDLC, considerandos 20° a 37°.

⁷¹ *Ibíd.*, considerando 39°.

competidores tiempo suficiente para preparar sus propuestas o para realizar las prestaciones a las que se obliguen, según corresponda.⁷²

- 17) Sin perjuicio de que en los contratos de concesión de obra pública estén involucrados bienes jurídicos tutelados por una legislación especial, pueden concurrentemente estar afectados otros, como la libre competencia, que es el que le corresponde cautelar al TDLC⁷³

Lo anterior siempre que, de acuerdo a lo indicado por el H. TDLC, no se advierta una situación de contradicción entre la normativa especial y la de defensa de la libre competencia que impida cumplir ambas en forma simultánea.⁷⁴

- 18) La asignación de monopolios por parte del Estado debe hacerse por medio de licitaciones competitivas que permitan reemplazar la competencia en el mercado

El TDLC previene que es necesario que, cuando a través de una licitación el Estado otorgue a un particular la explotación exclusiva de una actividad, la entidad licitante tenga especial cuidado en el diseño de la respectiva licitación a objeto de disipar rentas monopólicas y de evitar vacíos que permitan oportunismos y abusos por parte de los oferentes o en el mercado que se forma luego de la adjudicación o asignación del contrato.⁷⁵

- 19) Omisión atentatoria contra la libre competencia

El H. TDLC señala que para que una omisión dé lugar a un atentado a la libre competencia es indispensable inferir de alguna disposición legal un explícito deber jurídico de adoptar una determinada conducta a fin de no vulnerar la libre competencia, esto es, un “deber de garante”⁷⁶.

- 20) La legitimidad activa para demandar por infracciones a la libre competencia no requiere la existencia de derechos subjetivos sino que de un “interés legítimo”

El TDLC, al pronunciarse sobre la legitimidad activa del demandante en una causa contenciosa, arguye que los litigios que conoce y resuelve no están encaminados a

⁷² *Ibíd.*, considerando 50°.

⁷³ Sentencia N° 100/2010 de 21 de julio de 2010, rol C-127-07, del H. TDLC, considerando 17°.

⁷⁴ Sentencia N° 121/2012 de 10 de mayo de 2012, rol C-219-11, considerando 52°.

⁷⁵ Sentencia N° 100/2010 de 21 de julio de 2010, rol C-127-07, del H. TDLC, considerando 92°.

⁷⁶ *Ibíd.*, considerando 100°.

reconocer o declarar los derechos subjetivos de quienes intervienen en ellos, sino que a sancionar, prevenir, corregir o prohibir los atentados a la libre competencia, para lo cual las partes requieren un “interés legítimo”. Este concepto corresponde a dos clases de interés: (i) el “interés difuso” de la colectividad en el orden económico, en razón del cual se faculta al Fiscal Nacional Económico a presentar requerimientos ante el TDLC; y (ii) el “interés individual” de quienes resulten agraviados por una infracción a la libre competencia, en virtud del que se pueden interponer demandas ante el mismo Tribunal.

Así las cosas, el TDLC señala que el interés individual será legítimo en la medida en que el demandante sea alguna persona que participe en el mercado afectado por las conductas en cuestión, esto es, competidores, proveedores o clientes o que pudieren participar en el mismo de no mediar tales conductas.⁷⁷

21) Determinación del mercado relevante en materia de licitaciones

El TDLC señala que la determinación del mercado relevante en materia de licitaciones se puede realizar de acuerdo a 2 perspectivas: (i) el mercado en el cual la competencia es la que se da entre los participantes de la licitación, y (ii) el mercado final en el cual incide la licitación misma, tomando en cuenta las características del servicio o producto objeto de ella y de sus eventuales substitutos.⁷⁸

La primera forma es apropiada en casos de colusión entre oferentes para afectar el resultado de la licitación o cuando esta última asigna recursos con los que el asignatario podría alcanzar, mantener o incrementar su poder de mercado, pues el objeto asignado no tiene substitutos relevantes.⁷⁹

22) Incumplimiento de la obligación del Estado de promover la libre competencia en la contratación de sus organismos no puede asimilarse a la conducta de abuso de posición dominante del art. 3° del DL 211 si es que el respectivo órgano administrativo no tiene poder de mercado⁸⁰

23) Cuando lo que se denuncie como atentatorio contra la libre competencia sea la inclusión de cláusulas en un determinado contrato, no cabe computar el plazo de

⁷⁷ Sentencia N° 114/2011 de 17 de noviembre de 2011, rol C206-10, del H. TDLC, considerandos 17° y 18°.

⁷⁸ *Ibíd.*, considerando 27°.

⁷⁹ *Ibíd.*, considerando 30°.

⁸⁰ *Ibíd.*, considerandos 33° a 35°.

prescripción para ejercer la acción correspondiente en atención a sus efectos naturales, sino que debe atenderse al momento de su suscripción

La idea anterior se extrae del pronunciamiento del H. TDLC respecto del requerimiento de la FNE presentado en contra de una multiplicidad de municipios y en contra de una empresa de tratamiento y disposición de residuos sólidos domiciliarios –KDM–, por estimar que los primeros han incurrido en conductas atentatorias a la libre competencia en los procedimientos de licitación respectivos en cada comuna por los servicios mencionados.

Una de las conductas denunciadas es la celebración de un contrato entre las demandadas, dentro del marco de un proceso licitatorio, en el cual se incluyó una cláusula de renovación automática que supuestamente sería contraria a la libre competencia. El TDLC, sin entrar al fondo, primero se cuestiona sobre la posibilidad de que la acción se encuentre prescrita, invocando para dilucidar tal asunto primeramente la Ley N° 19.911 –que establecía que las acciones contempladas en el DL 211 prescribían en dos años contados desde la ejecución de la conducta atentatoria– y, enseguida, la Ley N° 20.361, en la cual se extiende a tres años el plazo de prescripción si es que la conducta no se trata de la señalada en el literal a) del art. 3° del DL 211.

Así las cosas, el TDLC llega a la convicción de que la acción está prescrita, pues el ejercicio de los derechos y obligaciones que un contrato libremente pactado establece para las partes es su efecto natural, no pudiendo cuestionarse el ejercicio de los derechos sin atacar la fuente de los mismos, que es el contrato. En tal sentido, por prolongados que sean los efectos de las conductas, éstas deben entenderse o ejecutadas en el instante mismo de su comisión, no cabiendo posibilidad de que el plazo de prescripción se renueve cada vez que el contrato correspondiente produzca sus efectos.

De esta forma, la conducta que se alega atentatoria contra la libre competencia se ha realizado en el momento de la suscripción del contrato, respecto del cual ya ha transcurrido los dos años que legalmente se exigen para que la acción respectiva sea declarada prescrita.⁸¹

24) La competencia en la licitación (“competencia por la cancha”) no siempre permite reemplazar la competencia en el mercado (“competencia en la cancha”)

⁸¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. (2012). Sentencia N° 118/2012 de 9 de enero de 2012, rol C-195-09, considerandos 13° a 18°, 20°, 22° y 23°.

El TDLC arguye que sólo en casos de licitaciones en las que se asignan derechos exclusivos al postulante que ofrezca las menores tarifas o mejor calidad al usuario final, es posible afirmar que la competencia “por la cancha” produce resultados similares a la competencia “en la cancha”, pues sólo en tal caso la subasta logra emular el equilibrio de un mercado competitivo.⁸²

25) La integración vertical es una solución que debe utilizarse excepcionalmente, cuando las deficiencias de los mercados sean tales que así lo ameriten o cuando existan razones de eficiencias que las hagan necesarias⁸³

Además de lo señalado, el TDLC sostiene que *“cualquier tarifa que el concesionario verticalmente integrado cobre a sus competidores en el mercado aguas arriba y que le produzca alguna rentabilidad, produce efectos contrarios a la libre competencia en el mercado aguas abajo, porque genera desventajas de costo artificiales para los competidores en dicho mercado.”*⁸⁴

26) Competencia del TDLC para conocer de reproches de libre competencia en contra de las bases de licitación

El TDLC aclara que, salvo en casos excepcionales, cuando las bases de una licitación se ajustan a lo dispuesto en el DL 211, su competencia para pronunciarse respecto de actos de autoridad que transcurran con posterioridad a su aprobación cesa luego de completada la tramitación del acto administrativo aprobatorio. Por ello, la etapa de diseño de las bases de licitación sí puede ser objeto de revisión del TDLC, pues existe la posibilidad real de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida.⁸⁵

27) El diseño de las bases de licitación debe asegurar mínimas condiciones de rivalidad

El TDLC señala que lo exigido para las entidades licitantes que se preparan para iniciar un procedimiento de contratación pública es simplemente la mantención de mínimas condiciones de rivalidad, pues ello es lo que la doctrina entiende como el más básico sentido de la competencia. Las “mínimas condiciones de rivalidad” consisten en (i) no facilitar la colusión de otros agentes económicos; (ii) no establecer condiciones injustificadamente que

⁸² Sentencia N° 121/2012 de 10 de mayo de 2012, rol C-219-11, del H.TDLC, considerando 31°.

⁸³ *Ibíd.*, considerando 38°.

⁸⁴ *Ibíd.*, considerando 47°.

⁸⁵ Sentencia N° 138/2014 de 30 de julio de 2014, rol C-256-13, del H.TDLC, considerandos 12° y 13°.

produzcan un potencial abuso de posición dominante luego de la licitación, y (iii) no limitar sin justificación la competencia mediante las condiciones de las bases.⁸⁶

28) La autoridad licitante puede establecer las exigencias que estime convenientes para participar en el respectivo procedimiento licitatorio, siempre que no infrinja el DL 211

EL TDLC sostiene que el Estado siempre tiene la posibilidad de escoger cualquier alternativa de exigencias a imponer o de diseño de la licitación, sin perjuicio de que pueda dar razón de su elección o justificar razonablemente su conducta indicando las medidas de resguardo que ha tomado respecto de las “condiciones mínimas de rivalidad” entre los competidores reales o potenciales.⁸⁷

29) Es inconveniente que los funcionarios públicos de la entidad licitante organicen reuniones entre competidores en tanto se incrementa con ello el riesgo de colusión

Se hace presente también por el TDLC que es recomendable evitar el riesgo de que los competidores en una licitación tengan contacto entre sí a fin de evitar incentivos perversos a que éstos puedan llegar a acuerdos que pudieren entorpecer la libre competencia en el respectivo procedimiento.⁸⁸

30) Está vedado a todo organismo público desatender el principio de legalidad de sus actuaciones aun a pretexto de proteger la libre competencia⁸⁹

31) La presentación de ofertas iguales por dos o más competidores distintos no acredita por sí misma una colusión entre ellos⁹⁰

Por otra parte, en la siguiente tabla enumeramos las causas contenciosas tramitadas ante el H. TDLC pero esta vez no con ocasión de procedimientos licitatorios sino que en un contexto diverso.

⁸⁶ *Ibíd.*, considerandos 16° y 17°.

⁸⁷ *Ibíd.*, considerandos 19° y 20°.

⁸⁸ *Ibíd.*, considerando 35°.

⁸⁹ *Ibíd.*, considerando 43°.

⁹⁰ Sentencia N° 143/2015 de 17 de marzo de 2015, rol C-260-13, del H.TDLC, considerando 5°.

Tabla 2. Causas contenciosas por infracciones a la libre competencia conocidas por el H. TDLC en que el sujeto activo de la conducta anticompetitiva alegada es un órgano administrativo, en un contexto diverso al de una licitación.

#	Rol	Demandante(s) o requirente	Demandado(s)	Sentencia N°	Resultado
1	C124-07	Helicópteros del Pacífico Ltda.	Corporación Nacional Forestal (CONAF), Ministerio de Agricultura	67/2008	Rechazada
2	C171-08	Sociedad Editora, Impresora y Distribuidora de Publicaciones y Videos Punto Final S.A.	Ministerio de Hacienda, Ministerio de Justicia, Ministerio de Planificación y Cooperación	89/2009	Rechazada
3	C189-09	Hotelera Rent a Home Ltda.	Ilustre Municipalidad de Providencia	91/2009	Rechazada
4	C209-10	Sociedad Gaete y Navarrete Ltda.	Fisco de Chile, Dirección de Bienestar Social de la Armada	123/2012	Rechazada

Fuente: Jurisprudencia del TDLC obtenida de la web www.tdlc.cl.

Como ya dijimos, los casos enumerados no tienen que ver con conductas atentatorias a la libre competencia ejercidas por órganos que ejercen funciones públicas con ocasión de procedimientos de licitación, sino que lo que se acusa en ellos es que las instituciones han incurrido directamente en prácticas anticompetitivas actuando como agentes del mercado respectivo.

A continuación revisaremos someramente algunos criterios que el TDLC fijó en las sentencias anteriormente enlistadas, los que principalmente versan sobre la conducta que a la luz de las normas de libre competencia es exigible para las entidades públicas demandadas:

- 1) Los órganos públicos pueden ser sujetos activos de las conductas anticompetitivas a que el artículo 3° del DL 211 hace referencia

Como ya aclaramos en el apartado primero de este capítulo, el TDLC ha razonado sostenidamente que el artículo 3° del DL 211 no efectúa distinciones acerca de si las conductas que tal disposición describe sólo pueden ser ejercidas por sujetos privados o públicos, o bien por personas naturales o jurídicas. Así las cosas, es perfectamente posible demandar ante el TDLC la tutela de la libre competencia por conductas anticompetitivas realizadas por entes públicos.⁹¹

⁹¹ Sentencia N° 67/2008 de 17 de junio de 2008, rol C124-07, del H. TDLC, considerando 10°.

- 2) No basta sólo la acreditación de una conducta de competencia desleal, sino que además se requiere que la misma haya tenido por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado

El H. TDLC señala que aunque se forme una convicción acerca de la existencia de conductas de competencia desleal por parte del demandado, al tenor del art. 3° letra c) del DL 211 no es sancionable tal situación si es que con ello el sujeto activo no tuvo por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado relevante respectivo.⁹²

- 3) Es ajeno a los fines propios de una licitación la solicitud por parte de la entidad licitante de información relativa a la estructura de costos de una o más empresas

El TDLC hace presente que no es razonable que, en el contexto de una licitación, se solicite a proponentes potenciales información confidencial, estratégica y relativa a la estructura de costos de la empresa, dado que ello es irrelevante para efectos de la adjudicación en el proceso. Lo cual es aún más cuestionable si el mismo órgano participa del mismo mercado relevante que los posibles oferentes a quienes ha solicitado información.⁹³

- 4) La adjudicación del avisaje estatal en medios de comunicación escritos debería considerar que el medio seleccionado para enviar un mensaje sea idóneo para alcanzar la mayor cantidad de destinatarios entre aquellos a quienes va dirigido⁹⁴

- 5) La inversión de publicidad estatal debe efectuarse bajo criterios transparentes, objetivos y no discriminatorios⁹⁵

- 6) El no poseer patente comercial ni de alcoholes puede afectar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas realizadas por un agente, mas tal circunstancia no es en sí misma constitutiva de una conducta contraria a la libre competencia⁹⁶

c. Recomendaciones de la Fiscalía Nacional Económica (FNE)

⁹² *Ibíd.*, considerando 58°.

⁹³ *Ibíd.*, del H. TDLC, considerando 57°.

⁹⁴ Sentencia N° 89/2009 de 12 de noviembre de 2009, rol C171-08, del H. TDLC, considerando 34°.

⁹⁵ *Ibíd.*, considerando 39°.

⁹⁶ Sentencia N° 123/2012 de 4 de julio de 2012, rol C209-10, del H. TDLC, considerando 42°.

El año 2012 la Fiscalía Nacional Económica (FNE) lanzó su guía “Sector Público y Libre Competencia” (en adelante, “la Guía”), cuya finalidad, según se señala en la misma, es “*entregar lineamientos y herramientas a los Órganos de la Administración del Estado para apoyar, en el ámbito de sus respectivas competencias, el cumplimiento del D.L. N° 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia*”⁹⁷.

Las recomendaciones que realiza dicha institución son de carácter genérico, haciéndose cargo de esta forma de la natural complejidad, diversidad y especificidad de los ámbitos y mercados con los que la Administración se relaciona al contratar con privados. Desde luego, recomendaciones que no vinculan en términos jurídicos a las entidades licitantes, sino que constituyen una cristalización de las que, a juicio de la FNE, constituyen las mejores prácticas a nivel comparado en la materia.

La Guía introduce la problemática sosteniendo que los órganos de la Administración del Estado necesariamente interactúan con los mercados en ejercicio de sus facultades y en cumplimiento de sus fines, y en dicha interacción pueden cometer actos anticompetitivos que infringen el DL 211.⁹⁸ Lógicamente, ello supone que –en opinión del organismo– la legislación de libre competencia vincula y obliga a la Administración, tal y como hemos sostenido en los apartados anteriores de este acápite⁹⁹. También la FNE reconoce que los objetivos y la regulación de ciertos órganos de la Administración podrían no estar alineados con los principios de la libre competencia, e incluso llegar a contravenirlos, caso en el que no cabría la posibilidad de efectuar un reproche anticompetitivo¹⁰⁰.

La Guía, en su parte introductoria, precisa el concepto de Órgano de la Administración del Estado (para lo cual se utiliza el concepto de la LOCBGAE), conceptualiza el principio de legalidad, y analiza las diferencias entre potestades regladas y discrecionales de la Administración. Luego, delimita el concepto de libre competencia, analizando los mecanismos por medio de los cuales el Estado interviene en los mercados y en la economía. Al respecto, la Guía sostiene de entrada que si las actuaciones de un organismo del sector público se han amparado en el ejercicio de una potestad discrecional, las mismas podrían

⁹⁷ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (FNE). (2012). *Compras Públicas y Libre Competencia*. Serie “Sector Público y Mercados”, Material de Promoción N° 1, p. 2.

⁹⁸ FNE. (2012). *Op. Cit.*, p. 4.

⁹⁹ Véase *Supra*, II., 2., a.

¹⁰⁰ Sin perjuicio de la facultad de la FNE de solicitar al TDLC que proponga los cambios regulatorios que estime pertinentes para promover la competencia, en virtud de la facultad contenida en el artículo 18 N° 4 del DL 211.

ser investigadas por la FNE y eventualmente sancionadas por el TDLC en tanto atenten contra la libre competencia en los términos del DL 211.¹⁰¹

Entrando ya derechamente a las recomendaciones del organismo persecutor, la FNE propone un procedimiento denominado “*Examen de Impacto de las Actuaciones del Sector Público sobre la Libre Competencia en los Mercados*” (en adelante, “el examen”). Este examen, que debe realizarse cuando estamos en presencia de actuaciones que entregan márgenes de discrecionalidad a los funcionarios públicos en su actividad, consiste en “(...) *el proceso a través del cual se seleccionan y analizan las diferentes opciones de política que pueden ser implementadas por un servicio*”¹⁰² buscando alcanzar los objetivos deseados de la forma menos restrictiva para la competencia o aminorando los efectos contrarios a la misma cuando sea posible y necesario.

Dicho examen podría realizarse *ex ante* (de forma preventiva, en la etapa de diseño y elaboración de políticas públicas o reglamentos) o *ex post* (en el marco de una evaluación de los efectos de las intervenciones del sector público en un determinado mercado). La Guía está orientada principalmente a la fase preventiva o *ex ante*.

El examen consta de cuatro etapas macro: 1) *Definición de objetivos y metas del acto o actuación, y explorar sus diversas opciones*; 2) *Identificar los mercados afectados*; 3) *Análisis del impacto de las medidas y actuaciones sobre la competencia de dichos mercados*; y 4) *Mitigar el efecto negativo sobre la competencia que pudiesen causar las medidas*.¹⁰³

A continuación, expondremos brevemente en qué consiste cada etapa del examen.

1) Primera etapa: Definir objetivos y metas, y explorar alternativas.

La FNE sostiene que es fundamental la claridad sobre los objetivos perseguidos por una determinada política pública o actuación, así como por los resultados y metas que permitirán determinar si se alcanzaron o no los mismos. Luego, determinar cuáles son los instrumentos o alternativas existentes para alcanzarlos, considerando siempre el impacto competitivo de los mismos.

¹⁰¹ FNE. (2012). *Op. Cit.*, p. 12.

¹⁰² *Ibid.*, p. 14.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 15.

En síntesis, esta etapa implica determinar los siguientes puntos: a) objetivos de la medida; b) cómo la medida permite alcanzarlos; c) alternativas a la medida, si las hay; y c) efectividad de las medidas de cara al cumplimiento del objetivo.

2) Segunda etapa: Identificar los mercados afectados.

La FNE señala que es necesario identificar los mercados afectados por la medida determinando los mercados relevantes del producto y geográficos afectados directamente por la medida y los mercados relacionados con el mercado directamente afectado.

3) Tercera etapa: Análisis del impacto sobre los mercados afectados.

Esta etapa requiere del conocimiento por parte del órgano de los mercados identificados en el paso número dos.

En particular, sería necesario conocer, en primer término, a) el grado de competencia *actual* existente en los mercados afectados (determinando el número de oferentes y/o compradores, la participación de mercado o poder de negociación, el tipo de competencia que se observa, la existencia de barreras a la entrada o a la salida del mercado, etc.) y b) el grado de competencia *potencial* de los mismos (analizando si existe posibilidad de que ingresen nuevos actores, la sustituibilidad de la oferta, existencia de competidores cautivos o costos de cambio importantes, entre otros factores).

En base a dicho análisis, será posible luego analizar los efectos potencialmente negativos de la medida sobre la competencia, determinando si esta: a) limita el número o variedad de actores del mercado o b) la capacidad de los intervinientes para competir, o c) si reduce incentivos competitivos. La Guía detalla dichos criterios en base a recomendaciones de la OCDE en la materia, los que revisaremos en el siguiente apartado¹⁰⁴.

4) Cuarta etapa: Mitigar los impactos negativos sobre la competencia.

Ante la detección de efectos anticompetitivos que pudiese causar la medida, la FNE propone considerar la factibilidad de cambiar la medida por otra alternativa de menor o nulo impacto en la competencia, o considerar medidas de mitigación para dichos efectos anticompetitivos.

¹⁰⁴ Véase *Infra*, II., 2., d. Además, FNE. (2012). *Op. Cit.*, p. 20.

Ello implica determinar, en primer término, si existe alguna justificación a la restricción a la competencia que se está incorporando al mercado en cuestión mediante la medida, y luego, si es que existe una *relación de causalidad* entre la restricción a la competencia y los objetivos primarios determinados en la Primera etapa. Finalmente, es necesario analizar si existe *proporcionalidad* entre el beneficio de la medida y el costo anticompetitivo que ella implicará.

En caso de que la medida esté fundamentada tanto en términos de proporcionalidad como de causalidad, la FNE propone criterios de mitigación, que pueden consistir en acotar temporalmente la eventual restricción anticompetitiva (con la consecuente revisión periódica) o en minimizar su impacto (acotándola solo a las actividades esencialmente vinculadas a ella, no así a las relacionadas directa o indirectamente).

Concluye el organismo persecutor señalando que “(...) *todo organismo del sector público puede realizar una auto-evaluación de sus actuaciones e intervenciones y determinar si está afectando o no a la libre competencia en los mercados. Siguiendo ciertos pasos (y contestando ciertas preguntas), se puede proteger –e incluso fomentar- la competencia en los diferentes mercados, con el consiguiente beneficio de los consumidores y la sociedad en general*”¹⁰⁵.

d. Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

Consideramos conveniente, para cerrar este capítulo, tener en cuenta algunas directrices que ciertos órganos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) han señalado en materia de libre competencia y su aplicación a las compras públicas. Sus recomendaciones no dejan de ser importantes dado que Chile forma parte de tal organización desde mayo de 2010.

La OCDE, de forma relativamente reciente, ha venido resaltando el tema de las compras públicas y manifestando su interés en cuanto a la necesidad de que los Estados integrantes de la misma cumplan ciertos estándares para mejorar sus procedimientos de contratación

¹⁰⁵ FNE. (2012). *Op. Cit.*, p. 22.

pública, entendiendo que el gasto estatal destinado a ellas en los países miembros es bastante significativo¹⁰⁶.

Por ello, la OCDE ha elaborado estudios cuyos objetivos son, por un lado, detectar ciertas falencias en las compras públicas, y por el otro, proponer a los Estados la implementación de mecanismos para subsanarlas. De ellos, destacaremos dos:

- 1) “Collusion and Corruption in Public Procurement”¹⁰⁷ (*Colusión y corrupción en compras públicas*).

Este documento analiza, país a país, cómo el terreno de las compras públicas puede convertirse en un lugar propicio para la verificación de conductas colusorias y de corrupción entre agentes económicos.

En cuanto a Chile, el trabajo expone que una inadecuada confección de los requisitos en las licitaciones, así como incorrectas decisiones de compra por parte de las entidades licitantes, pueden hacer excesivamente predecibles las decisiones administrativas y/o introducir barreras a la entrada injustificadas, y con ello, facilitar comportamientos de los oferentes tendientes a adoptar acuerdos colusorios entre sí.¹⁰⁸

Interesante es también que, todavía en la fase de diagnóstico de los problemas, el trabajo en comento deje al descubierto la ausencia de una exigencia legal para los proponentes de presentar un Certificado de Determinación Independiente de Ofertas¹⁰⁹. La Fiscalía Nacional Económica, en respuesta a este cuestionamiento, señala en el mismo documento que,

¹⁰⁶ Se estima que, en promedio, el gasto fiscal en compras públicas en los países miembros de la OCDE asciende a un 12,8% del PIB nacional y representa en promedio un 29% del gasto público total de cada Estado. (ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). (2013). *Government at a Glance 2013: Procurement Data*. En: *OECD Meeting of Leading Practitioners on Public Procurement* (11 y 12 de febrero de 2013, París, Francia) [En línea] <http://www.oecd.org/gov/ethics/Government%20at%20a%20Glance%202013_Procurement%20Data%20GOV_P_GC_ETH_2013_2.pdf> [consulta: 29 de diciembre de 2015], p. 4).

¹⁰⁷ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). (2010). *Collusion and Corruption in Public Procurement*. En: *Global Forum on Competition* (9º, 18 y 19 de febrero de 2010, París, Francia). [En línea] <<http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>> [consulta: 28 de diciembre de 2015], 508 p.

¹⁰⁸ En este sentido, señala el documento lo siguiente: “A wrong design of relevant procurement decisions or tender requirements by public entities can introduce excessive predictability for industry members and/or raise unjustified entry barriers. This allows firms to easier achieve an effective collusive agreement. When these internal risks are combined with some characteristics of the product or service and of the industry, such as those detailed in the OECD Guidelines, a strong scheme of incentives directs firms’ behaviour towards collusive strategies”. (OCDE. (2010). *Op. Cit.*, p. 94).

¹⁰⁹ Este certificado es definido como aquel que “requiere que los licitadores revelen todos los datos materiales acerca de cualquier tipo de comunicación que hayan tenido con los competidores en relación con la invitación a presentar ofertas”. (ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). (2009b). *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*. [En línea] <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>> [consulta: 30 de diciembre de 2015], p. 9).

abogando por el establecimiento de tal requisito, ha instruido la difusión de un instrumento destinado a incentivar a las entidades licitantes a incluir tal exigencia en los procedimientos de compras que éstas lleven a cabo, lo que, a la fecha del estudio, había sido logrado en el ámbito de la administración de fondos de pensiones.¹¹⁰

Enseguida, al exponer las formas en que se ha combatido la colusión hasta la fecha, el documento señala que, como resultado de esfuerzos entre distintos órganos administrativos, los siguientes mecanismos fueron utilizados:

- (i) Auditorías generales por parte de Contraloría General de la República, en cuya realización se incorporaron criterios de detección y control de posibles conductas colusorias.
- (ii) Rendimiento de auditorías internas en todos los niveles gubernamentales.
- (iii) Trabajo conjunto entre distintas agencias administrativas, desarrollando prácticas colaborativas, de intercambio de información, de capacitación recíproca y de investigación paralela.
- (iv) Capacitación y “entrenamiento” de funcionarios de compras públicas en orden a crear en ellos una conciencia sobre las conductas colusorias y contribuir a su erradicación de los procedimientos de compras públicas.
- (v) Dar señales al sector privado del trabajo conjunto de todas las agencias administrativas en el combate contra la colusión, en tanto signifique la creación de un elemento disuasivo para los posibles oferentes.¹¹¹

Por último, en la revisión de las sanciones a la colusión en materia de licitaciones, la FNE hace presente que se espera que multas más altas sean solicitadas en un futuro cercano en contra de quienes manipulen las licitaciones.¹¹²

2) “Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”¹¹³

Este documento expone las formas más frecuentes en las que se manipulan las licitaciones, desarrolla las características del sistema de compras públicas que son

¹¹⁰ OCDE. (2010). *Op. Cit.*, p. 95.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 96.

¹¹² En este sentido, señala que “*It is expected that higher fines will be requested against bid riggers in the near future*”. (*Ibid.*, p. 99.)

¹¹³ OCDE. (2009). *Op. Cit.*

potenciales generadoras de incentivos perversos y entrega una serie de recomendaciones para reducir los riesgos de colusión.

Creemos necesario reproducir estas últimas, dada la importancia que revisten para un trabajo como este. A continuación se enlistan:

a) Contar con información adecuada en forma previa al diseño del proceso de licitación

Esto implica conocer las características del mercado en el cual se comprará, determinar si en el mismo existen particularidades que aumenten la probabilidad de colusión, investigar a los posibles proveedores, sus productos, sus costos y sus precios, informarse sobre los cambios recientes en los precios del producto a adquirir y de otros alternativos y tener presente la forma en que se llevaron a cabo licitaciones anteriores similares¹¹⁴.

b) Diseñar el proceso de licitación en orden a maximizar la participación potencial de licitadores que compiten genuinamente

Esta recomendación exige evitar el establecimiento de restricciones innecesarias que se traduzcan en la reducción del número de licitadores calificados. Lo anterior supone intentar no crear barreras a la entrada para la concurrencia de oferentes, una de las cuales puede ser la exigencia de grandes sumas de dinero por concepto de garantía de seriedad de la oferta o la introducción de limitaciones a la participación extranjera. Por otro lado, exige que la entidad licitante propenda a aumentar la incertidumbre en las empresas respecto del número e identidad de los oferentes (en la medida de lo posible) y a reducir los períodos que medien entre las fases de calificación y adjudicación de la licitación, a fin de evitar que en el intertanto los oferentes puedan coludirse. Asimismo, la Administración debe ser flexible respecto del número de empresas de las que ha de requerir una oferta, así como en cuanto a permitir ofertas sobre ciertos “lotes” del contrato y no sólo sobre su totalidad¹¹⁵.

c) Definir requisitos con claridad y evitar medidas predecibles

Esto significa reducir al máximo la posibilidad de que, luego de adjudicado el contrato, exista un margen para que el proveedor defina términos clave del mismo a su favor.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 5.

¹¹⁵ *Ibíd.*, pp. 6-7.

Además, implica evitar la facilidad de predecir los requisitos del contrato a lo largo de todo el proceso de licitación.¹¹⁶

d) Diseñar el proceso de licitación para reducir eficazmente la comunicación entre oferentes

Si bien en materia de compras públicas es importante el diálogo entre la entidad licitante y los oferentes, se debe evitar juntar a proveedores potenciales en reuniones previas a la presentación de ofertas. A su vez, es importante que la presentación de ofertas se haga en forma electrónica, pues si se exigiere de forma presencial, las empresas podrían reunirse y/o entrar en contacto, incrementando la posibilidad de que puedan concertarse. En la fase de publicación de los resultados de la licitación, la entidad licitante debe prestar especial atención a no revelar datos sensibles en términos de competencia, pues esto puede facilitar una futura concertación entre potenciales participantes de nuevas licitaciones. Y no sólo a ello deben atender con cautela, sino que también a cuando se enfrenten a la presencia de consultores, pues podrían tener relaciones de trabajo con licitadores específicos. También es deseable, en la medida de lo posible, que se contemple la posibilidad de presentar ofertas de forma anónima, por correo o por teléfono y que se requiera en la licitación la presentación de un Certificado de Determinación Independiente de la Oferta.¹¹⁷

e) Crear conciencia entre el personal de la Administración acerca de los riesgos de la colusión en los procesos de licitación

Por último, esta recomendación exige capacitar a los funcionarios encargados de poner en marcha los procesos de contratación acerca de criterios de detección de manipulación de ofertas y carteles y adoptar políticas de análisis periódico de las ofertas adjudicadas.¹¹⁸

¹¹⁶ *Ibíd.*, pp. 7-8.

¹¹⁷ *Ibíd.*, pp. 8-10.

¹¹⁸ *Ibíd.*, pp. 12-13.

III. EL CASO “SONDA CON REGISTRO CIVIL” RELATIVO A LA LICITACIÓN PARA NUEVOS DOCUMENTOS DE IDENTIFICACIÓN PERSONAL

Una vez hecho en análisis de los vínculos que es posible identificar entre la defensa de la libre competencia y el sector de las compras públicas, a continuación nos centraremos en el análisis de un caso relativamente reciente, y algo mediático por lo demás, en el cual el H. TDLC razona sobre presuntas conductas anticompetitivas en las que habría incurrido un órgano de la Administración del Estado.

Asimismo, nos parece interesante analizar el caso de dados los criterios que el H. TDLC tuvo en cuenta para resolverlo y las diferencias que se aprecian entre su pronunciamiento y el de la Excm. Corte Suprema, cuestión que abordaremos en su oportunidad.

En específico, se trata de una demanda interpuesta por Sonda S.A. (en adelante, e indistintamente, “Sonda” o la “demandante”) en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación (en adelante, e indistintamente, “SRCEI”, el “Servicio” o el “demandado”), por haber presuntamente incurrido este último en conductas anticompetitivas dentro del marco del proceso de Licitación Pública Internacional para la provisión de los servicios destinados al Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados, código 594-56-LP08 (en adelante, e indistintamente, la “Licitación” o el “proceso licitatorio”).

El caso se tramitó en primera instancia ante el TDLC bajo el rol C242-12 y en segunda instancia ante la Corte Suprema bajo el rol N° 13972-2013.

1. Relación del caso

a. Antecedentes

De acuerdo a lo señalado por las Bases de Licitación, el procedimiento fue iniciado por el SRCEI a objeto de proveer el nuevo Sistema de Identificación y de Viaje y Servicios Relacionados, fortalecer la verificación e identificación automática de la identidad de las personas, producir los nuevos documentos de identidad necesarios para ser utilizados dentro y fuera del país, cumpliendo con los estándares internacionales de uso y seguridad de los documentos emitidos y del proceso de producción de éstos, como también otorgar los servicios de información relacionados. En términos simples, se buscaba contratar a un

proveedor de servicios para la generación de nuevos instrumentos de identificación personal, esto es, cédulas de identidad y pasaportes.

El 14 de febrero de 2008 fueron publicadas en el portal Mercado Público las Bases de Licitación (en adelante, e indistintamente, las “Bases” o “BALI”), subdivididas en Bases Administrativas y en Bases Técnicas.

Los oferentes que se presentaron a la Licitación fueron los siguientes:

1. Coasin Chile S.A. (“Coasin”);
2. SICE Agencia en Chile S.A. (“SICE”);
3. Siemens S.A. (“Siemens”);
4. Sagem Sécurité S.A., hoy Morpho S.A. (“Morpho”);
5. Bundesdruckerei GmbH (“BG”);
6. Indra Sistemas Chile S.A. (“Indra”); y
7. Sonda S.A. (“Sonda”).

Luego de declarar inadmisibles las ofertas del resto de los oferentes, mediante Resolución Exenta N° 2492 de 12 de julio de 2010, el SRCEI declaró inadmisibile la oferta de Sonda dado que sus propuestas técnicas no superaban el puntaje mínimo de 60 puntos en al menos un componente.

Posteriormente, mediante Resolución Exenta N° 2562 de 15 de julio de 2010, el SRCEI adjudicó la licitación a Indra. En contra de tal resolución y de otros actos administrativos del Servicio, el 22 de julio del mismo año, Sonda interpuso demanda de impugnación ante el Honorable Tribunal de Contratación Pública (en adelante, e indistintamente, “H. TCP” o “TCP”). Cinco días más tarde, Morpho hizo lo mismo.

b. Pronunciamiento del H. Tribunal de Contratación Pública

En autos tramitados bajo el rol N° 82-2010, el H. TCP conoció de la impugnación de Sonda en contra de los siguientes actos administrativos dictados por el SRCEI:

1. Resolución Exenta que declaró la inadmisibilidad de la oferta de Sonda;
2. Resolución Exenta que adjudicó el contrato a Indra;
3. Acta de evaluación técnica de las ofertas;
4. Acta de evaluación económica de las ofertas; y
5. “Guía del Evaluador”.

En suma, Sonda adujo lo siguiente:

- 1) **El SRCEI aplicó criterios de evaluación que no estaban contemplados en las Bases:** De las cien mil fotos que el SRCEI le entregó para las pruebas, 29 de ellas presentaban problemas técnicos, razón por la cual el software de reconocimiento facial no las consideró válidas. Sonda entregó el tiempo de reconocimiento de las 99.971 fotos restantes, y obviamente sobre las restantes no lo entregó dado que eran “archivos corruptos”, sin embargo, el SRCEI no consideró ello y declaró inadmisibile la oferta de Sonda dado que ésta no proporcionó tal información. No obstante, en la Licitación no había obligación alguna de informar el tiempo de las fotografías de las cuales no se podía extraer minucias, por lo que ello no podía considerarse en la evaluación y en la asignación de puntajes.
- 2) **El SRCEI prescindió de los criterios que sí están contenidos en las Bases:** Lo que las BALI pretenden evaluar es la capacidad del software de identificar a personas a través de su imagen facial mediante algoritmos y el tiempo en que se demora en realizar dicha tarea. Sonda señala que el software es tan preciso que incluso procesó igualmente las 29 fotos defectuosas, extrayendo las minucias de las imágenes que venían en buen estado y detectando aquellas que estaban corruptas. El tiempo en que el software demoró en el procesar las fotos fue de 0,035 segundos, el más rápido, no correspondiéndole el peor puntaje, por lo que el SRCEI no tomó en cuenta que las Bases pretendían evaluar tiempos y no otra cosa. Además, el Servicio solicitó aclaraciones a algunos de los proponentes en los ítems impugnados, mas no lo hizo respecto de Sonda.

Dadas las razones anteriores, Sonda solicita:

- 1) Se declare la ilegalidad y arbitrariedad de la Resolución Exenta que declaró inadmisibile la oferta de Sonda
- 2) Se declare la ilegalidad y arbitrariedad de la Resolución Exenta que adjudicó la Licitación a Indra
- 3) Se ordene la reincorporación de Sonda al proceso de Licitación.

El H. TCP, en sentencia de 26 de julio de 2011, señala en la sentencia que no se pronunciará nuevamente sobre aspectos que afectan a la misma licitación respecto de la cual declaró ilegales y arbitrarios otros actos impugnados por Morpho en otro procedimiento seguido ante dicho tribunal, de manera tal que, ya encontrándose resuelto en este último

proceso que en la Comisión Evaluadora participaron terceros ajenos a los miembros designados oficialmente, y habiéndose ordenado retrotraer la Licitación, el TCP no se pronunciará sobre los vicios de calificación técnica alegados por Sonda y por tanto se deberá proceder a la nueva evaluación según lo razonado en la sentencia de autos rol N° 85-2010 (impugnación de Morpho).

c. Reanudación de la Licitación

Reanudada la Licitación, el 27 de julio de 2011 el SRCEI nuevamente declaró inadmisibles las ofertas presentadas por SICE y BG por no cumplir con la obligación de mantener vigentes las boletas de garantía de seriedad de sus ofertas. El 22 de agosto de 2011, el Servicio hizo lo mismo respecto de la oferta de Sonda, esta vez aduciendo que la empresa no cumplió con las exigencias de experiencia del proponente contenidas en las Bases Técnicas.

Luego, el 13 de octubre de 2011, mediante Resolución Exenta N° 4195, el Registro Civil adjudicó la licitación a Morpho.

d. Demanda de Sonda ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

El 13 de julio de 2012, Sonda demanda ante el H. TDLC al SRCEI por haber incurrido en conductas contrarias a la libre competencia en el proceso licitatorio.

Aduce Sonda, en suma, lo siguiente:

- 1) **La Licitación fue adjudicada a una empresa cuya oferta presentada era la más costosa de las ofertas económicas abiertas**, la cual, al haber llegado a la fase final del proceso sin competidores, no fue comparada ni económica ni técnicamente con ningún otro proponente.
- 2) **El SRCEI se extralimitó de las condiciones de las Bases e incumplió la Ley de Compras Públicas** a objeto de:
 - a. Alterar las condiciones objetivas de competencia;
 - b. Poner en situación de privilegio a algunos oferentes;
 - c. Excluir participantes para finalmente adjudicar el contrato al único proponente que dejó en carrera (Morpho).
- 3) **Conductas del SRCEI denunciadas:**

- a. La primera exclusión de Sonda, fundada en que no habría informado el tiempo en que su software de reconocimiento facial demoraba en procesar 29 fotografías, no sería procedente en tanto esas 29 fotografías entregadas por el SRCEI, de las 100.000, habrían estado incompletas o corruptas y por ello el programa no pudo procesarlas. Además, el Servicio no le solicitó a Sonda aclaraciones o rectificaciones, pese a que el Protocolo de Pruebas Prácticas de la Licitación establecía que las pruebas prácticas podían repetirse tantas veces fuere necesario. Por ello, Sonda dedujo una impugnación ante el H. TCP, la que fue acogida, sin expresar dicho tribunal a los supuestos vicios de la evaluación técnica.
- b. La adjudicación a Indra en el primer proceso licitatorio fue irregular: No existía boleta de garantía de seriedad de la oferta de la empresa y además en la Comisión Evaluadora de la Licitación participaron terceros ajenos. Tales irregularidades habrían sido reconocidas por el H. TCP en la impugnación que Morpho dedujo, consecuencia de lo cual fue el retrotraimiento de la Licitación al estado de efectuarse una nueva evaluación económica y técnica.
- c. Reanudada la Licitación, el SRCEI excluyó las ofertas de SICE y BG aduciendo que éstas no habrían renovado sus boletas de garantía de seriedad, lo que a juicio de Sonda sería arbitrario pues el vencimiento de tales boletas se dio durante la suspensión del proceso licitatorio dadas las acciones impugnatorias deducidas por ella y por Morpho.
- d. La segunda exclusión de la oferta de Sonda, fundada en que ésta no habría cumplido con el requisito de experiencia del proponente contenido en las BALI, también es irregular, en tanto el SRCEI no respetó lo ordenado por el H. TCP en orden a retrotraer el proceso licitatorio a la evaluación de las ofertas (fase terminal), en la cual la entidad licitante debió haber asignado puntajes a las propuestas y adjudicar el contrato. Lejos de eso, eliminó al último competidor (Sonda) volviendo a la evaluación de antecedentes administrativos, etapa que ya había terminado. Para excluir a Sonda era necesario evaluar su oferta técnica y determinar si, como consecuencia de una eventual falta de acreditación de experiencia, la calificación obtenida en el Componente “Plan de Desarrollo del Proyecto” no cumplía con el puntaje mínimo exigido por las BALI. Por último, considerar que Sonda no tenía la experiencia necesaria tampoco sería procedente, pues la empresa señala que

ha estado a cargo de la emisión de cédulas de identidad y de pasaportes en Chile durante años.

- e. El SRCEI habría discriminado arbitrariamente al excluir a cuatro oferentes de la Licitación al declarar inadmisibles sus ofertas por problemas en sus boletas de garantía y al no hacer lo mismo respecto de Morpho, la cual no presentó una boleta de garantía a la vista, siendo que las BALI y la LCP lo exigían así.
- f. El SRCEI no resolvió la anomalía consistente en que habían ofertas económicas de ciertos proponentes que estaban abiertas y otras que estaban cerradas. Lejos de eso, prefirió continuar con el proceso, sin corregir tal irregularidad para garantizar imparcialidad en el proceso.
- g. El SRCEI evaluó en forma dispar la admisibilidad de las ofertas de Morpho y de Sonda: A la última la evaluó según *ítems* y a la primera, según *componentes*. Si el criterio aplicado a Sonda hubiese sido el mismo que el aplicado a Morpho, debió haber declarado inadmisibile la oferta de esta última.
- h. La Subcomisión Técnica que evaluó finalmente las propuestas de los oferentes que continuaban en el proceso habría sido parcial, ilegal y arbitraria al estar integrada por un individuo que había declarado como testigo a favor de Morpho en el procedimiento impugnatorio que se siguió ante el H. TCP y en virtud del cual se retrotrajo el proceso.
- i. Debido a la exclusión de seis de los siete oferentes, la ausencia de elementos de comparación que permitieran evaluar la oferta del proponente que quedaba (Morpho), las irregularidades del SRCEI en la Licitación y el desfase tecnológico producido a consecuencia de la duración de más de 4 años del proceso, Sonda estima que lo que el Servicio debió haber hecho fue reincorporar a los proponentes arbitrariamente excluidos o bien declarar desierta la Licitación, de acuerdo a lo establecido en las BALI. No efectuar esas conductas implica un atentado a la libre competencia dado que no se cumplía el fin del proceso licitatorio, el cual era dotar de la mejor tecnología posible a los documentos de identificación comprometiendo la menor cantidad posible de recursos públicos.
- j. Las pruebas prácticas también se habrían realizado irregularmente, lo que a juicio de Sonda se ve reflejado en las demoras injustificadas en la entrega del Protocolo de Pruebas y de los datos para realizarlas, en la falta de objetividad en la observación de las pruebas de los oferentes (pues se hicieron por

distintas personas) y en la definición de los criterios de evaluación *a posteriori* (esto es, al momento de la calificación, no antes).

- 4) **Definición del mercado relevante:** Sonda arguye que las circunstancias en que se desarrolla la Licitación, entre las cuales se cuenta la especificidad del servicio a contratar, genera un mercado relevante entre los oferentes, esto es, una competencia “por la cancha” y no “en la cancha”. Geográficamente, el mercado relevante sería todo el territorio de la República de Chile. Temporalmente, el mercado relevante sería por el período de 10 años de duración del contrato a adjudicarse.
- 5) **Peticiones concretas:**
 - a. Dejar sin efecto u ordenar al SRCEI dejar sin efecto la adjudicación a Morpho;
 - b. Dejar sin efecto u ordenar al SRCEI dejar sin efecto el contrato suscrito con motivo de tal adjudicación;
 - c. Aplicar las multas establecidas en la ley en contra del SRCEI y los funcionarios involucrados;
 - d. Adoptar las demás medidas que se estimen convenientes; y
 - e. Condenar al SRCEI en costas.

El SRCEI contesta la demanda sosteniendo lo siguiente:

- 1) La Licitación fue convocada para dar cumplimiento a los fines del Servicio, buscando seleccionar a un contratista que proveyera un nuevo sistema de identificación automática de cédulas de identidad y pasaportes, ajustado a altos estándares internacionales de seguridad.
- 2) Sonda es el incumbente del mercado, cuyo contrato vencía en 2009 pero se dilató por cuatro años más gracias a las 2 veces en que se contrató con ella mediante trato directo dada la dilación de la Licitación, de manera tal que la demandante se habría visto beneficiada con tal extensión de la vigencia del contrato y, además, se habría aprovechado de distintas acciones judiciales (ante el H. Tribunal de Contratación Pública) y administrativas (ante Contraloría General de la República y la FNE) para retardar o entorpecer el ingreso de Morpho.
- 3) La primera exclusión de Sonda no puede ser objeto de discusión en este proceso dado que el H. TCP ya se pronunció sobre tal acto y ordenó retrotraer el proceso licitatorio de la forma ya indicada.
- 4) Sonda no tiene legitimación activa para demandar en contra del SRCEI por haber excluido las ofertas de las empresas SICE y BG, en tanto no representa el interés

general en el orden económico y además no se identifica cómo tal circunstancia podría haber afectado su capacidad de desenvolverse competitivamente en el mercado relevante. También, el Servicio aduce que Sonda es contradictoria en sus dichos en tanto ella misma renovó su boleta de garantía durante la suspensión de la Licitación, cosa que SICE y BG no hicieron. Por último, esto ya habría sido resuelto por el H. TCP en el proceso rol N° 138-2011.

- 5) En cuanto a la irregularidad que Sonda señala en orden a que el SRCEI habría discriminado arbitrariamente entre, por un lado, SICE y BG, y por otro, Morpho, por deficiencias en las respectivas boletas de garantía de las primeras, el Servicio arguye que el hecho de que la boleta de esta última exija la presentación de un aviso al banco emisor no la priva de su condición de pagadera de inmediato, de manera que no habría arbitrariedad en la exclusión. Además, una cosa es la vigencia de las boletas de garantía, que era el vicio existente en las de SICE y BG, y otra es la forma en que fue extendida por Morpho, por lo que no son situaciones equiparables ni comparables.
- 6) En cuanto a la existencia de ofertas económicas abiertas y cerradas, el SRCEI señala que ello es un efecto de la orden de retrotraer el proceso licitatorio que emanó del H. TCP, de manera tal que dicha situación no le es imputable. Con todo, afirma que esta circunstancia no generó ventajas o desventajas competitivas.
- 7) La segunda exclusión de Sonda se justifica por la circunstancia de que las Bases Técnicas señalaban claramente cómo se debía acreditar la experiencia del proponente, y Sonda no cumplió aquello. Si el SRCEI no hubiese excluido la oferta de Sonda, habría vulnerado el principio de estricta sujeción a las bases.
- 8) La experiencia de Sonda no se puede dar por acreditada dado que hay diferencias tecnológicas entre el sistema objeto de la Licitación y el que la demandante había provisto desde 2001, siendo ésta incumbente.
- 9) El pronunciamiento del H. TCP no obligaba al SRCEI a proceder directamente a la asignación de los puntajes, sino que simplemente ordenó retrotraer el proceso a la etapa de evaluación técnica, lo que no exime al Servicio del principio de estricta sujeción a las bases.
- 10) La toma de razón de Contraloría General de la República ratifica la legalidad de la adjudicación a Morpho.
- 11) Respecto a la afirmación de Sonda de que el SRCEI utilizó distintos criterios de evaluación para Morpho, el demandado señala que la actora confunde

“Componentes” con “Ítems”, pues en ningún lugar de las BALI se exigía la obtención de un puntaje superior a 60 puntos para las Materias y los Ítems que integraban los 8 Componentes. En otras palabras, la obtención de menos de 60 puntos no era causal de exclusión de la oferta.

- 12) En relación a no haber declarado desierta la Licitación, el SRCEI expone que, como el proceso es de carácter concursal y no corresponde a una subasta, no se requería la concurrencia de más de un oferente. Por otra parte, las BALI no establecen el deber de declarar desierta la Licitación ya que bastaba para la adjudicación la existencia de una oferta que cumpliera con las Bases y los intereses del Servicio.
- 13) En cuanto a la integración de la Comisión Evaluadora con un funcionario que carecía de imparcialidad, el SRCEI plantea que ello es irrelevante para efectos de la libre competencia, sólo lo sería en materia de Estatuto Administrativo, lo que escapa a la competencia del TDLC.
- 14) El petitorio de la demanda de Sonda adolece de ciertos vicios:
 - a. No solicita la declaración de haberse cometido alguna infracción a las normas de libre competencia;
 - b. Solicita dejar sin efecto la adjudicación de la Licitación a favor de Morpho y la celebración del contrato con ella, lo que no se encuentra contemplado en las sanciones de las que habla el artículo 26 del DL 211;
 - c. Requiere la aplicación de multas, pero sin indicar su monto y naturaleza; y
 - d. Solicita imponer multas a funcionarios no individualizados en la demanda ni emplazados en el proceso.
- 15) Petitorio: El SRCEI solicita que el H. TDLC:
 - a. Rechace la demanda interpuesta por Sonda en todas sus partes; y
 - b. Condene en costas a la demandante.

2. Sentencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

El H. TDLC sostiene lo siguiente:

1) En cuanto a su competencia para conocer los hechos que motivan el proceso

El Tribunal primeramente se hace cargo de la alegación del SRCEI en torno a que, para que el TDLC conozca y resuelva el litigio en el que se alega que las conductas que le son imputadas por Sonda son atentatorias a la libre competencia, es necesario que previamente

el H. Tribunal de la Contratación Pública haya constatado la naturaleza arbitraria o ilegal de tales conductas, lo que se encuentra pendiente.

El TDLC señala que las cuestiones de prejudicialidad son excepcionales en nuestro sistema jurídico, como por ejemplo las que ocurren en el proceso penal, que requieren el pronunciamiento previo del tribunal civil. Respecto al caso, no existe ninguna norma que obligue al TDLC a esperar el pronunciamiento del H. TCP para poder conocer y sancionar actos u omisiones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia.

El carácter excepcional de las cuestiones de prejudicialidad se justifica en tanto un hecho puede dar lugar a diversas responsabilidades legales, todas las que pueden perseguirse en forma simultánea por regla general, lo que concuerda con pronunciamientos que la Excm. Corte Suprema y el mismo H. TDLC han realizado sobre el particular.

Por lo demás, el legislador de la LCP tuvo por objeto lograr un uso eficiente de los recursos, compras de mejor calidad, ahorros presupuestarios y mayor transparencia en los actos del Estado¹¹⁹, mientras que el DL 211 tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados de acuerdo a lo que señala su art. 1°. Por ello, los bienes jurídicos protegidos por ambas legislaciones son distintos, por lo cual la infracción de sus normas genera distintas responsabilidades, no habiendo obstáculo para su persecución simultánea.¹²⁰

2) En cuanto a las conductas del SRCEI como entidad licitante

Primero, el Tribunal señala que la Licitación del SRCEI para cumplir con la provisión de un nuevo sistema de identificación y la emisión de las cédulas de identidad y de los pasaportes de la República de Chile tiene efectos en el mercado en que incide, pues el resultado del proceso respectivo implica la selección de un único contratista por un lapso de 10 años.

Al licitar los servicios, el SRCEI no actúa sólo como demandante directo de ellos sino que también en representación de los chilenos y los habitantes de Chile, quienes contribuyen a soportar el costo de ellos pues pagan tasas por sus cédulas y pasaportes.

En segundo lugar, el TDLC hace presente que su jurisprudencia reciente, si bien ha analizado en su mayoría diseños de bases de licitación presuntamente contrarios a la libre

¹¹⁹ BCN. (2003). *Op. Cit.*, p. 5.

¹²⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2013). Sentencia N° 132/2013 de 25 de octubre de 2013, rol C242-12, considerando 15°.

competencia, también en algunas ocasiones se ha pronunciado sobre las conductas de las entidades licitantes en el marco de la respectiva Licitación.

Por ello, el H. TDLC **rechaza** las defensas del SRCEI relativas a que hay una cuestión de prejudicialidad y a que las conductas de la entidad licitante no son relevantes para el conocimiento del tribunal de la instancia.

3) En cuanto a los supuestos vicios del petitorio de la demandante alegados por el SRCEI

Si bien se aplican supletoriamente las normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil (en adelante, "CPC") al procedimiento contencioso del TDLC, ello sólo ocurre en la medida en que dicha aplicación no sea incompatible con él.

Toda demanda que se interpone ante el H. TDLC debe contener:

- Una exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían el DL 211;
- Indicación del mercado o los mercados en que incidiría la infracción;
- Menciones del art. 254 CPC, entre las cuales está la enunciación precisa y clara de las peticiones que se someten al fallo del Tribunal.¹²¹

El TDLC estima que de la sola lectura de la demanda de Sonda se puede desprender que contiene una enunciación clara y precisa de sus peticiones, razón por la cual no solicitó a la demandante subsanar defectos y el demandado tampoco lo hizo pues no opuso la correspondiente excepción dilatoria de ineptitud del libelo.

Ahora bien, el TDLC explica que en el procedimiento ordinario civil la competencia del juez para conocer los hechos de la litis queda indefectiblemente unida a las peticiones concretas formuladas en la demanda, de lo contrario la sentencia incurrirá en el vicio de casación en la forma de *ultra petita*, contemplado en el art. 768 N° 4 del CPC.

Sin embargo, el principio dispositivo que informa el proceso civil no recibe aplicación en el procedimiento contencioso destinado a sancionar infracciones a la libre competencia, pues en todas las causas que conoce el TDLC va envuelto un interés público. Además, en el procedimiento contencioso, el TDLC puede ejercer facultades de oficio, tales como decretar

¹²¹ *Ibíd.*, considerando 28°.

diligencias probatorias en cualquier estado del proceso, impulsar el proceso hasta su resolución definitiva y decretar las medidas cautelares que sean necesarias.

En ese sentido, los límites dentro de los cuales la decisión del Tribunal debe enmarcarse están dados por:

- Los hechos o circunstancias contenidos en el requerimiento o demanda, no por las peticiones concretas de la misma; y
- La debida individualización de los requeridos o demandados, a fin de que ejerzan debidamente su derecho a defensa.

A esta conclusión también debe arribarse si se toma en cuenta que la clase de responsabilidad a que se desea hacer efectiva es de tipo infraccional, por lo que, aunque atenuadamente, deben aplicarse los principios del derecho sancionatorio.¹²²

Por ello, el TDLC hace presente que **no acogerá** la solicitud de multar a funcionarios del SRCEI, pues éstos no fueron individualizados en la demanda ni emplazados en el proceso y **rechazará** las defensas del SRCEI relativas a los supuestos vicios del petitorio del libelo.

4) Determinación del mercado relevante

Las partes coinciden en que el mercado relevante del caso es el de la Licitación, pues se trata de una competencia “por el mercado” y no “en el mercado”, pues una vez adjudicado el contrato la competencia deja de existir, dado que una sola entidad se hace cargo de proveer el bien o servicio licitado.

A su vez, la Licitación tenía por objeto la contratación de un único proveedor de los insumos necesarios para proveer un nuevo sistema de identificación y emitir nuevos documentos de identidad. Las características de los servicios licitados, las inversiones exigidas para su prestación y la necesidad de uniformidad y seguridad que requieren los documentos hacen necesario asignar la Licitación a un solo proveedor y por un período prolongado, el que en la especie es de 10 años. Lo anterior es ratificado por las BALI.

Dado lo anterior, el SRCEI debía tener como su principal objetivo subsanar a través de la Licitación la competencia que no existirá *ex post*, creando instancias de competencia entre

¹²² *Ibíd.*, considerandos 31° a 36°.

los proveedores presentando ofertas para adjudicársela, bajo condiciones de precio, calidad y cantidad que se aproximen a un mercado competitivo.¹²³

El TDLC finalmente estima que el mercado relevante es el de la Licitación misma, comprendiendo todo el proceso licitatorio, y es en tal contexto en el que se puede dar competencia o bien desarrollar conductas que la perjudiquen.

5) Características relevantes para la competencia de la licitación de cédulas de identidad y pasaportes

Primero, el tribunal señala que se trata de una Licitación “multivariable”, esto es, un proceso en el cual se ponderan, por un lado, requisitos técnicos y, por otro, el precio ofertado. Esto acarrea una dificultad: Comparar elementos difícilmente confrontables, lo que obliga al licitante a definir en las BALI alguna regla de ponderación discrecional.

En segundo lugar, las BALI establecen puntuaciones que se asignan a cada proponente en cada ítem o subítem de su oferta, pues consideran que si el postulante cubre el mínimo de lo requerido en un Ítem cuantificable, obtendrá entre 60 y 100 puntos; de lo contrario, obtendrá como máximo 50 puntos. La manera en que se califican las ofertas dependerá de la distancia que exista entre la calidad de la propuesta en ese ítem o subítem y la mejor oferta presentada, la cual recibe la máxima puntuación. La mejor propuesta para los ítems no cuantificables recibe también la puntuación máxima, estableciéndose que las ofertas de menor calidad pero que cumplen con el mínimo exigido en ese ítem o subítem deben calificarse con 80 puntos, mientras que la calificación que corresponde a un incumplimiento parcial asciende a los 20 puntos, sin mediar comparación entre los oferentes en este caso.

En la especie, necesariamente el único proponente que quede en competencia obtiene 100 puntos al cumplir por sobre el mínimo requerido en cada ítem. En tal situación, sería fácil para el único competidor alcanzar en cada Componente los 60 puntos requeridos para no quedar fuera, por lo que se puede deducir que con el sistema de evaluación descrito podría aprobarse una oferta técnica que cumpla apenas por sobre la calidad mínima exigida en algunos ítems y que no cumpla en otros; mientras que la misma oferta, comparada con otras, podría ser declarada inadmisibles por no cumplir con el puntaje mínimo de uno o más Componentes.

¹²³ *Ibíd.*, considerando 42°.

En consecuencia, el TDLC estima que las BALI establecieron un método de evaluación con asignación de puntaje relativo, esto es, uno en el que la valoración de las ofertas depende de la evaluación que el ente licitante haga de las otras propuestas. Por ello, la competencia no se extinguía al momento de presentar las ofertas, sino que se generaba cuando se evaluaban todas ellas en mutua comparación, de manera tal que si el licitante no podía comparar al menos dos propuestas, el puntaje asignado a la única oferta restante podría quedar sobrevalorado.

6) Conductas imputadas al SRCEI como contrarias a la libre competencia por Sonda

a) En cuanto a la primera declaración de inadmisibilidad de la oferta de Sonda

El TDLC estima que tal conducta no puede ser calificada jurídicamente como lo hace la demandante, esto es, como un abuso exclusorio, pues el SRCEI no compite con los oferentes.

Si bien Sonda se dirigió en contra de tal conducta por estimarla arbitraria e ilegal ante el H. TCP, lo cierto es que tal tribunal no se pronunció sobre el actuar el Servicio ni de la Comisión Evaluadora en relación a la evaluación técnica de la oferta de Sonda. Y aunque lo hubiera hecho, ello no habría impedido que se pudiesen denunciar tales conductas ante el TDLC, pues como ya se dijo, se trata de bienes jurídicos diferentes y de pretensiones distintas.

El H. TDLC estima que la no realización de consultas por parte del SRCEI para que Sonda aclarase aspectos de su oferta técnica representa un trato diferenciado para la demandante, pues no ocurrió lo mismo respecto a otros oferentes. Esta omisión constituyó una discriminación arbitraria que afectó a Sonda y que podría haber influido en los puntajes relativos asignados a las ofertas técnicas y económicas. Si bien ello es anticompetitivo, no hay antecedentes en virtud de los cuales se permita establecer una relación de causalidad directa entre la falta de solicitud de aclaración de Sonda y el puntaje definitivamente asignado a ella, por lo que **no es posible acoger la demanda en esta parte.**

b) Exclusión de SICE y BG

El Tribunal recuerda que en los procesos de libre competencia subyace un **interés general** en asegurar que en el funcionamiento de los mercados no existan interferencias

ilícitas por parte de agentes económicos e incluso por actos de autoridad, que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia que debe desarrollarse en los mismos. El DL 211 entrega a la Fiscalía Nacional Económica la facultad de representar ese interés general, mas no le otorga un monopolio en el ejercicio de la acción a tal órgano, pues también se contempla la posibilidad de que pueda ejercerla un particular, como lo es Sonda, cuando los hechos, actos o convenciones denunciados como anticompetitivos pudieren afectarle.

Por ello, desde el momento en que Sonda participó en el proceso licitatorio cuya validez se cuestiona, se desprende claramente su legitimación activa, siendo indiferente que las conductas anticompetitivas del SRCEI le hayan afectado a la demandante o a los otros oferentes.

La circunstancia de que la demandante no pueda actuar en contra de sus propios actos no implica validar *per se* una conducta cuyo examen y juzgamiento de acuerdo a la libre competencia recaen exclusivamente en el TDLC, por lo que no puede aducirse que las conductas del SRCEI respecto de la exclusión de SICE y BG se ajustan a la libre competencia por el solo hecho de que Sonda actuó de manera contraria a ellos (esto es, manteniendo la vigencia de sus boletas de garantía, cosa que las otras empresas no hicieron). Por ello, cabe analizar si tal exclusión de los dos oferentes impidió, restringió o entorpeció la libre competencia, o si tendió a producir dichos efectos.

Así las cosas, previo análisis de las cláusulas de las BALI, el TDLC estima que no puede hacerse un reproche de anticompetitividad al SRCEI por la exclusión de SICE y BG, pues esta conducta se ajustó estrictamente a lo contenido en las Bases, lo que, por lo demás, fue ratificado por la Contraloría en tanto no podía exigírsele al Servicio otra conducta. De esta manera, el tribunal **desestima la imputación de Sonda a este respecto.**

c) Segunda exclusión de Sonda

El TDLC señala que, nuevamente con independencia de la calificación jurídica que Sonda le ha dado a la conducta, debe analizar si la conducta del SRCEI tendió a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en la Licitación.

Como ya se dijo, Sonda alega que su experiencia se encuentra acreditada por el hecho de que ella ha estado a cargo de la emisión de cédulas de identidad y pasaportes en los últimos años, por lo que su exclusión por parte del SRCEI habría sido arbitraria.

De acuerdo a lo establecido en las BALI, la experiencia del proponente debía ser acreditada presentando los certificados de uno o más proyectos correspondientes a uno o más clientes, en los que aquél participe o haya participado como contratista principal, subcontratista, proveedor y/o fabricante de alguno de los componentes del Sistema de Identificación.

De esto se sigue que la experiencia acreditada por medios distintos a certificados emitidos de acuerdo al Anexo N° 25 de las BALI no podía ser considerada por el SRCEI, pues de lo contrario estaría infringiendo el principio de estricta sujeción a las bases del art. 10 de la LCP. Además, en el proceso de consultas, el SRCEI reafirmó esta idea.

Asimismo, en la Licitación se contemplaban mejoras tecnológicas que no existían durante la vigencia del contrato entre Sonda y el SRCEI vigente antes de la Licitación, de forma tal que **el carácter de incumbente de la demandante no permite por sí mismo acreditar la experiencia exigida por las Bases.**

d) Incumplimiento por parte del SRCEI de lo ordenado por el H. TCP

El TDLC estima que no le corresponde pronunciarse sobre el cumplimiento del SRCEI de lo resuelto por el H. TCP en orden a retrotraer la Licitación a la etapa de la evaluación técnica. Lo que sí puede analizar es si, al reanudar la Licitación, el SRCEI incurrió o no en discriminaciones arbitrarias que alteraron el proceso competitivo.

Aclarado el punto, el TDLC considera que hay razones para estimar que las omisiones de Sonda en orden a la exigencia de acreditación de experiencia no deberían haber sido sancionadas con la declaración de inadmisibilidad de su oferta, pues el SRCEI elevó el cumplimiento de tal ítem como un elemento esencial de su propuesta técnica, en circunstancias de que las BALI no lo contemplaban en tal sentido. Nada permite concluir que los certificados de experiencia constituyan elementos esenciales sin los cuales no se pueda proceder a la evaluación, o que sean más relevantes que los otros ítems a ser evaluados.

De todo lo anterior, sumado a lo ordenado por el H. TCP al SRCEI por la sentencia de rol N° 85-2010, se sigue que la entidad licitante contaba con un margen de acción para no haber declarado inadmisibile la propuesta de Sonda y, en su lugar, evaluarla técnicamente de acuerdo a las BALI.

Además, la evaluación de la oferta técnica de Sonda era exigible desde la perspectiva de las normas de defensa de la libre competencia, atendido el carácter relativo de la regla de evaluación de las propuestas ya explicado.

Por tanto, **el SRCEI debió haber evaluado técnicamente la oferta de Sonda**. No hacerlo, teniendo discrecionalidad suficiente para actuar en contrario, implicó impedir la comparación de dos o más ofertas en la Licitación y con ello vulneró las normas de defensa de la libre competencia.

Con todo, la mayor gravedad de las conductas del SRCEI se explica con la evaluación de la oferta técnica de Morpho, pues si el servicio hubiese utilizado iguales criterios que los que usó para evaluar a Sonda, debería también haber declarado inadmisibles la oferta de la empresa que finalmente se adjudicó la licitación.

En efecto, algunos certificados de experiencia de Morpho, al igual que los de Sonda, no cumplían cabalmente con las exigencias del Anexo N° 25 de las BALI. Morpho presentó un certificado de experiencia relativo a la Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia, el cual no informaba el monto total del contrato celebrado en dólares ni se encontraba firmado por el representante del proponente, ambas exigencias que estaban en el Anexo N° 25 de las BALI y que además fueron reiteradas en la fase de preguntas por el Servicio. A la vez, tampoco se encontraba firmado el otro certificado de experiencia relativo al Instituto Federal Electoral de México que Morpho presentó. No obstante la existencia de tales vicios, el SRCEI igualmente procedió a evaluar la propuesta de Morpho y a otorgarle, en virtud de los dos certificados señalados, el máximo puntaje posible de los ítems de acreditación de experiencia.

De tales circunstancias se sigue que **el SRCEI no aplicó iguales criterios a la evaluación de Sonda y a la de Morpho, con lo que incurrió en una discriminación arbitraria contraria a la libre competencia** y, además, soslayó requisitos de las Bases.

Además de lo anterior, en igual conducta incurrió el SRCEI al evaluar otras exigencias respecto de otros Componentes, en desmedro de Sonda y a favor de Morpho, en las cuales se advierte que esta última incumplió varios ítems de las Bases Técnicas, mas no fue castigada de la misma forma que Sonda.¹²⁴

¹²⁴ Para mayor detalle, véase TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2013). Sentencia N° 132/2013 de 25 de octubre de 2013, rol C242-12, considerandos 115° a 120°.

Por todo lo anteriormente expresado, el H. TDLC estima que **el SRCEI, al excluir la oferta de Sonda, incurrió en una discriminación arbitraria que afectó el proceso y el resultado competitivo en el mercado relevante**, lo que es especialmente grave en un contexto como el de la Licitación que contemplaba una forma de asignación relativa de puntajes que dependía del número de oferentes.¹²⁵

e) Adjudicación a Indra

Si bien el H. TCP, en su oportunidad, declaró ilegal y arbitraria la adjudicación a Indra y ordenó dejarla sin efecto, corresponde al TDLC analizar si tal conducta del SRCEI es contraria a la libre competencia. Lo que Sonda reprocha es haber privilegiado a Indra en desmedro del resto de los oferentes.

El TDLC señala que más allá de la ilegalidad y arbitrariedad de la adjudicación a Indra, no hay antecedentes suficientes como para considerar que tal conducta es, además, anticompetitiva, pues no se desprende que lo actuado por el SRCEI haya sido sólo por gracia, beneficencia o parcialidad, que es la definición que la Real Academia de la Lengua Española otorga al vocablo “privilegio” que utiliza la demandante. No se puede inferir, de manera lógica y razonada, que el SRCEI haya tenido el propósito de querer privilegiar ilegítimamente a Indra para adjudicarle la Licitación en desmedro de los demás competidores y, con ello, afectar la libre competencia.¹²⁶

Por ello, **se rechaza la demanda de Sonda en esta parte.**

f) Discriminación del SRCEI al no declarar inadmisibile la propuesta de Morpho por no haber presentado boleta de garantía a la vista

El TDLC estima que no existen antecedentes que permitan colegir alguna intención discriminatoria por parte del SRCEI al momento de evaluar si la boleta de garantía de Morpho cumplía o no con las exigencias establecidas en las BALI.

Además, señala el Tribunal que el cuestionamiento de Sonda respecto de la boleta de garantía es discutible, pues la exigencia para hacerla efectiva (que el beneficiario dé aviso escrito previo al Banco) puede entenderse como una condición o simple formalidad para su cobro, no como un plazo.

¹²⁵ *Ibíd.*, considerando 121°.

¹²⁶ *Ibíd.*, considerandos 128° a 130°.

Por tanto, se estima que **no es contrario a la libre competencia haber admitido la boleta de garantía de seriedad de la oferta de Morpho.**

- g) Evaluación de ofertas en condiciones desiguales para los proponentes por existir ofertas económicas abiertas y cerradas

El TDLC considera que el resultado de la evaluación técnica podía verse afectado por tal circunstancia, ya que generaba el incentivo al SRCEI de otorgar más puntaje en la evaluación técnica al proponente que presente la menor oferta económica, si lo que se quería era ahorrar; o bien, de darle menor puntaje técnico a los proponentes que presentaren ofertas de menor precio a la empresa a la que el Servicio deseaba adjudicar la Licitación, si es que se tenía una preferencia por una empresa.

Sin embargo, no es imputable al SRCEI tal circunstancia, pues en las BALI se contemplaba una apertura secuencial de las ofertas económicas, y así fue realizado en el primer intento de adjudicación, mientras que en el segundo no era posible retrotraer la apertura de las ofertas económicas ya efectuada. Además, la posibilidad de distorsión es sólo teórica.

Habida consideración de lo anterior, el TDLC considera que **el SRCEI no incurrió a este respecto en una conducta contraria a la libre competencia.**¹²⁷

- h) Arbitrariedad en la integración de un funcionario parcial en la Comisión Evaluadora

El TDLC estima que, dado que Sonda no dio mayor información en la demanda sobre cómo las actuaciones del sr. Opazo (integrante de la Comisión Evaluadora que declaró a favor de Morpho en causa rol N° 85-2010 del H. TCP) habrían provocado un privilegio a favor de la adjudicataria final y en desmedro del resto de los oferentes, y en razón de que tampoco hay antecedentes que permitan sostener ello en el proceso, **se rechaza la alegación de Sonda a este respecto.**

- i) Adjudicación a Morpho y no declaración de deserción de la Licitación

El Tribunal hace presente que las condiciones bajo las cuales el SRCEI podía declarar desierta la Licitación se encuentran establecidas en el art. 9° de la LCP, y en similares términos se encuentran señaladas en las BALI. Así, se estima que el SRCEI debía declarar

¹²⁷ *Ibíd.*, considerandos 140° a 143°.

desierta la Licitación si es que no se hubieren presentado propuestas o bien si es que éstas no resultaren convenientes a sus intereses.

Como ya se explicó, se puede producir una distorsión en los puntajes que se deben asignar a las propuestas técnicas cuando sólo queda un oferente en carrera, lo que no significa que a partir de esa posibilidad se hayan afectado necesariamente los intereses del Servicio.

Por ello, no es posible establecer, a partir de la evidencia aportada al proceso, si la declaración de deserción de la Licitación convenía o no a los intereses del SRCEI. Como no se pudo comparar los costos de la oferta de Sonda con la del adjudicatario, no se deduce necesariamente que el Servicio eventualmente iba a pagar más al adjudicar el contrato a Morpho.

En cuanto a los desfases tecnológicos que a juicio de Sonda demostrarían la necesidad de que la licitación se hubiese declarado desierta, el Tribunal estima que no hay convencimiento respecto a tal desfase, lo que además, de darse en la realidad, podría subsanarse a través de la incorporación de cambios tecnológicos al sistema mediante el procedimiento descrito en las BALI. Por ello, **no se puede decir que la adjudicación de la Licitación a Morpho fuere contraria a los intereses del SRCEI, y, mucho menos, que dicha conducta haya vulnerado la libre competencia en la Licitación.**

j) Pruebas prácticas llevadas a cabo en el primer intento de Licitación fueron irregulares

El TLDC estima que de las pruebas aportadas al proceso es dable dar por acreditado que el SRCEI entregó en al menos dos oportunidades material defectuoso, o bien, que no habría entregado el material necesario para efectuar las pruebas establecidas en las BALI. Por ello, se pueden constatar algunas irregularidades del SRCEI a este respecto, mas no necesariamente se ha podido demostrar por la demandante cómo tales irregularidades habrían limitado, restringido o entorpecido la libre competencia. Tampoco se acredita cómo las mismas habrían alterado la importancia relativa de los componentes económico y técnico de la Licitación.

Además, el pronunciamiento del H. TCP en causa rol N° 82-2010 estableció que no procedía que la Comisión de Evaluación considere la ejecución de nuevas probanzas o la repetición de pruebas ya efectuadas, por no estar contemplada esta posibilidad en las BALI.

Por las razones expuestas, el TDLC **rechaza esta imputación de Sonda**.

7) Conclusiones

El TDLC arriba a la conclusión de que el SRCEI ejecutó actos de autoridad que restringieron la libre competencia en el mercado relevante que representa la Licitación del caso, al excluir de manera discriminatoria a Sonda impidiendo la comparación de sus propuestas, lo que es determinante para la libre competencia en tanto los participantes competían “por el mercado” y no “en el mercado”, lo que, además, supone que el SRCEI, en calidad de diseñador de las BALI, no pudo sino representarse que la imposibilidad de comparar ofertas, sumada al sistema de evaluación relativo de la Licitación, podía llevar a adjudicarla a una oferta técnicamente defectuosa como lo fue la de Morpho.

Por ello, se resuelve:

- 1º. **Acoger la demanda** sólo en cuanto se declara que el SRCEI infringió el inciso 1º del art. 3º del DL 211 al incurrir en discriminaciones en la evaluación de las ofertas de Sonda y Morpho;
- 2º. **Condenar al SRCEI** al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Anuales;
- 3º. **Ordenar al SRCEI** a abstenerse de incurrir en conductas discriminatorias en los procesos de licitaciones que lleve a cabo y que afecten la libre competencia que debe darse en ellos; y
- 4º. **No condenar en costas al SRCEI.**

Por último, se hace presente que el TDLC no está de acuerdo en acceder a la solicitud de dejar sin efecto la adjudicación y la suscripción del contrato entre Morpho y Sonda, pues considera que sería una medida desproporcionada.

8) Disidencias

a) Ministro Radoslav Depolo Razmilic

El Ministro Sr. Depolo estuvo por fijar el monto de la multa no en 200 UTA sino que en **500 UTA**, dado que la elección del SRCEI no refleja el resultado esperado en un proceso de competencia *ex ante* como el que encarna la Licitación comentada, lo que implica alterar significativamente las condiciones de competencia que el mismo Servicio habría estimado necesarias para el mercado relevante.

A la vez, estuvo por **dejar sin efecto la adjudicación y el contrato suscrito entre Morpho y el SRCEI**, pues tales actos conforman un solo todo con la Licitación cuestionada y no pueden estimarse, en cuanto a su licitud, separados de las conductas que durante el proceso llevaron a la exclusión de Sonda. No es lógico dejar sin reproche ni reparación el efecto que deriva de esa causa, de lo contrario, se incurre en una paradoja: se establece como ilícita la causa pero se mantienen como lícitas sus consecuencias.

b) Ministro Tomás Menchaca Olivares

El Ministro Sr. Menchaca estuvo por **rechazar la demanda en todas sus partes** en cuanto estima que la única imputación realizada por Sonda en contra del SRCEI que fue acogida por el TDLC también debe ser desestimada.

El Ministro considera que el caso de autos se refiere a la Licitación de servicios tecnológicos y de informática necesarios para que el SRCEI pueda cumplir una función pública que sólo el Estado puede desarrollar. En este caso, el Estado no actúa como oferente de bienes o servicios en el mercado, aunque puede demandar bienes o servicios como insumos para el ejercicio de su función pública. Por ello, la ley establece el tributo que deben pagar los ciudadanos cuando solicitan cédulas de identidad o pasaportes, el cual no dice relación con los costos de producción de tales documentos. Por ello, el Ministro estima que en el caso no hay un “mercado *ex post*”, como señala la sentencia, en que incida la Licitación a nivel de consumidor, por lo que los efectos en la competencia o la falta de ella tienen la potencialidad de afectar el erario fiscal, no el mercado.

El mercado en que incide la Licitación en análisis es el de los servicios informáticos licitados, sin que se pueda sostener que el SRCEI tiene poder de mercado a su respecto y que haya abusado del mismo, que es lo que se requeriría para sancionarlo.

En la decisión mayoritaria se llega a la convicción de que los efectos anticompetitivos de las conductas del SRCEI en la Licitación se habrían producido igualmente con independencia de si Sonda hubiese sido excluida legítima o ilegítimamente del proceso de Licitación, pues derivan del hecho de que haya quedado un solo licitante en la etapa de evaluación técnica, lo que habría aumentado artificialmente los puntajes de su propuesta al no tener otra oferta con la cual compararse. Este problema se habría podido solucionar en las Bases simplemente impidiendo que llegue un solo oferente a la etapa de adjudicación.

A su vez, hace presente que el mero análisis de si la segunda exclusión de Sonda del proceso se sujetó a la LCP y a las BALI es materia de conocimiento del H. Tribunal de Contratación Pública y no del TDLC. Esto no es contradictorio con el rechazo de la excepción de incompetencia del tribunal interpuesta por el SRCEI, pues dicho servicio está evidentemente sujeto a la competencia del TDLC para conocer de eventuales infracciones a la libre competencia que pueda cometer.

Agrega que, a su juicio, las partes, la cosa pedida y la causa de pedir son idénticas en este juicio y en el juicio seguido ante el H. TCP bajo el rol N° 162-2011, pues:

- La **cosa pedida** en el TDLC es la declaración de la ilicitud de la segunda exclusión de Sonda en el proceso licitatorio.
- La **causa de pedir** en el TDLC es el incumplimiento del SRCEI de las condiciones de la LCP y de las BALI para excluir a Sonda y no a Morpho, infringiéndose con ello los principios de igualdad entre los oferentes y de estricta sujeción a las bases.
- Las **partes** en el TDLC son las mismas que litigan ante el H. TCP en el proceso señalado.

Además de lo anterior, el disidente entiende que los actos de autoridad, para que puedan infringir el DL 211, deben constituir actos, hechos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, pues ese es el único bien jurídico protegido por dicha ley. Por el contrario, el bien jurídico que pretende proteger la Ley N° 19.886 es el buen uso de los recursos fiscales en la contratación pública y dicha ley existe para el suministro público precisamente porque el legislador entiende que los incentivos de los funcionarios públicos por elegir la alternativa más económica pueden no ser los mismos que los de un particular que gasta su propio dinero cuando compra.

El disidente estima que no hay diferencia entre la materia específica a que se refiere la sanción impuesta por la sentencia del TDLC y el caso en que por ejemplo una empresa nacional licite la provisión de un servicio informático en un mercado que no se ha demostrado ser monopólico y discrimine entre los oferentes. La única diferencia visible es que en el caso el licitante es un ente público y que, por tanto, podría no tener iguales incentivos para cuidar su patrimonio que los que tendría una empresa privada. Precisamente por tal diferencia se creó un tribunal especial en la Ley de Compras Públicas, el H. Tribunal de Contratación Pública.

Por ello, las alegaciones formuladas por Sonda en esta sede, en lo que dice relación con la única petición acogida por el TDLC, son las mismas que se han hecho valer ante el H. TCP en la causa individualizada.

Por otro lado, la única conducta imputada al SRCEI que el TDLC estima contraria a la libre competencia, en opinión del disidente, se trataría en realidad de una controversia de contratación pública, no de infracciones a la libre competencia. Los antecedentes del proceso no son suficientes como para desvirtuar la naturaleza eminentemente administrativa de la única imputación acogida por la mayoría del TDLC.

En consecuencia, el disidente estima que se debería accionar de manera tal de circunscribir el conflicto de cada tribunal (TDLC y TCP) al ámbito de sus respectivas atribuciones, a fin de evitar juicios paralelos y sentencias contradictorias sobre iguales hechos. En el caso, el conflicto es de aquellos de competencia del H. TCP y no del H. TDLC, pues es un conflicto surgido entre la aprobación de las BALI y la adjudicación, como lo previene el art. 24 LCP.

Por último, y a mayor abundamiento, el disidente sostiene que no hay conductas por parte del SRCEI que hubieren tendido a limitar, restringir o entorpecer la libre competencia.

3. Sentencia de la Excma. Corte Suprema

Bajo el Rol N° 13972-2013, nuestra Máxima Magistratura conoció de la reclamación que dedujo Sonda en contra del fallo del TDLC que acogió parcialmente la demanda presentada por esta sociedad en contra del SRCEI, solicitando que se dejara sin efecto, o se ordenara a ese órgano público dejar sin efecto la adjudicación y el subsiguiente contrato suscrito con la adjudicataria Morpho, que se aumentara la multa a 20.000 U.T.A y, por último, que se adoptaran las demás medidas necesarias para restablecer el derecho quebrantado y para la adecuada reparación de las infracciones a la libre competencia. Todo ello fundado en la incongruencia del fallo del citado Tribunal, al acoger la demanda sin dejar sin efecto la adjudicación a Morpho y el subsiguiente contrato, pues, si bien el TDLC estableció que el Servicio habría incurrido en actuaciones indebidas, no toma medida alguna para remediarlas¹²⁸.

¹²⁸ CORTE SUPREMA. (2014). Sentencia de 6 de agosto de 2014, rol N° 13972-2013, considerando 1°.

En este fallo, la Corte Suprema se hace cargo principalmente de dos aspectos. El primero de ellos dice relación con el mercado relevante del caso de autos, mientras que el segundo, con el tribunal competente para conocer de la reclamación que ha deducido Sonda.

En primer término, la Corte sostiene, a partir de los artículos 1°, 3° y 26° del DL 211, que las conductas que pueden ser sancionadas por impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o que tienden a producir dichos efectos, deben verificarse en relación a un determinado mercado relevante, el que, en la especie, ha sido circunscrito por las partes a la licitación propiamente dicha.¹²⁹ Lo anterior dado que la reclamante ha señalado que la licitación generaría un mercado relevante entre los oferentes, produciendo una competencia “por el mercado” y no “en el mercado”, ya que llevada a cabo la adjudicación, la competencia dejaría de existir. El mercado está definido por la prestación de bienes y servicios de carácter computacional y tecnológico en el marco de las necesidades del Servicio de Registro Civil e Identificación, en especial las emisiones de cédulas de identidad y pasaportes. El reclamado, por su parte, se manifestó de acuerdo en cuanto a que el procedimiento licitatorio constituiría un mercado en sí mismo. Conclusión a la que también llega el TDLC.¹³⁰

Sin embargo, es del caso señalar que la actora, antes de deducir la demanda ante el TDLC, dedujo en contra del mismo Servicio, pero ante el Tribunal de la Contratación Pública, la acción del artículo 24 de la Ley N° 19.886, impugnando la Resolución Exenta que declaró inadmisibles su oferta en el proceso licitatorio y fundando su pretensión en las seis ilegalidades siguientes:

- a) Al reiniciar la licitación se debió verificar la evaluación técnica y económica de las ofertas presentadas, no pudiendo el servicio demandado retrotraerla a una etapa previa, como efectivamente lo hizo;
- b) Que lo cuestionado por el Servicio en esta materia ya había sido aceptado por él previamente, a través de su coordinador, de modo que no podía volver a revisarlo;
- c) Que las aclaraciones solicitadas por el Servicio de Registro Civil e Identificación lo fueron a los proponentes que cumplían con las bases y no a los que no las satisfacían, por lo que la exclusión dispuesta respecto de su parte dos años después resulta arbitraria;

¹²⁹ *Ibíd.*, considerandos 6° y 7°.

¹³⁰ *Ibíd.*, considerandos 7° y 8°.

- d) Que el demandado actúa en contra de sus actos propios, pues al solicitar las citadas aclaraciones y no objetarlas las aceptó, así como se conformó también con los antecedentes presentados referidos a la experiencia de los interesados;
- e) Que el servicio demandado ha interpretado erróneamente la facultad que le entrega la sección 4.6 de las Bases, pues no ha podido excluir a un oferente por temas menores, que no ameritan una medida extrema como la adoptada; y
- f) Que su representada sí cumplió lo establecido en las bases respecto de la presentación de documentos relativos a su experiencia, acreditando este elemento. Finalmente solicita que se declare ilegal y se deje sin efecto la mencionada Resolución Exenta N° 3492, disponiendo la reincorporación de su parte a la licitación¹³¹.

Así las cosas, a juicio de la Corte Suprema, ambas acciones son promovidas por la misma sociedad –Sonda– en contra del mismo órgano –SRCEI–, incidiendo en un mismo proceso licitatorio y fundadas en las mismas consideraciones y transgresiones, dado que ante ambos tribunales la demandante impugna el proceder del Servicio por haber éste vulnerado las Bases de Licitación y la Ley N° 19.886, estableciendo una situación de privilegio en favor de uno de los proponentes –Morpho– alterando gravemente la secuencia de la licitación¹³².

Pese al esfuerzo de Sonda por dotar su demanda de una apariencia propia de la materia que es de competencia del TDLC, la Corte Suprema concluye que ésta incide en cuestiones de exclusivo conocimiento del Tribunal de Contratación Pública¹³³.

La Corte señala que es la propia demandante quien reprocha el proceder del Servicio vulnerando las Bases de la Licitación, transgrediendo la igualdad entre los oferentes, alterando la secuencia de la licitación o creando situaciones de privilegio para alguno de los proponentes, todo lo cual es materia de competencia exclusiva del H. TCP, habida consideración de los artículos 10° y 24° de la Ley N° 19.886 y 9° de la Ley N° 18.575, de cuya lectura se concluye que la competencia este Tribunal se refiere a la impugnación de actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley

¹³¹ *Ibíd.*, considerando 10°.

¹³² *Ibíd.*, considerando 12°.

¹³³ *Ibíd.*, considerando 15°.

N° 19.886, es decir, de aquellos que deben regirse por los principios de libre concurrencia e igualdad de los oferentes y de estricta sujeción a las bases.

Por otro lado, el fallo recurrido decide el asunto a través de un examen de la eventual ilegalidad o arbitrariedad del actuar de la Administración durante la licitación y adjudicación, especialmente en lo relacionado con la sujeción a las BALI que debe observar el Servicio y la igualdad entre los proponentes.

De esta forma, la materia que ha sido sometida –erróneamente, a juicio de la Corte– al conocimiento y decisión del TDLC, escapa de su esfera de competencia, por lo que las consideraciones de los sentenciadores de dicho tribunal relativas al incumplimiento de las BALI y a la actuación discriminatoria del demandado (aspectos entregados por el legislador únicamente al conocimiento y decisión del Tribunal de Contratación Pública) constituyen una extralimitación de dicha judicatura, la que no ha podido resolver el asunto sin ir más allá de la esfera de sus prerrogativas. Además, la Corte Suprema sostiene que la demandante no fue capaz de manifestar de qué manera las actuaciones reprochadas al Servicio podrían haber conculcado efectivamente la libre competencia de los mercados, que es el bien jurídico por cuya preservación debe velar el TDLC.¹³⁴, excluyendo expresamente de la discusión la existencia de defectos en el diseño de las Bases Licitatorias.

A mayor abundamiento, la Corte estima que la facultad relativa a la selección del proponente que ha de adjudicarse la licitación corresponde a una reglada, cuyo ejercicio se encuentra normado en las BALI del referido concurso, por lo que no se advierte de qué manera el desarrollo de tal facultad podría afectar la libre competencia en los mercados, toda vez que, aprobadas las Bases, el órgano público se encuentra en la obligación de respetarlas. Por ello, en tanto su proceder se ciña a ellas, no podrá sino calificársele como apegado al ordenamiento jurídico, por lo que no se le podría imputar que impida, restrinja, entorpezca la libre competencia o tienda a producir dichos efectos, porque entonces el origen de ello habría que buscarlo en las propias Bases. De esta manera, la Corte considera que, por su naturaleza y en esas condiciones, la ejecución de tales facultades reglamentadas no constituye materia que deba conocer el TDLC.¹³⁵

¹³⁴ *Ibid.*, considerando 16°.

¹³⁵ *Ibid.*, considerando 19°.

Asimismo, la Corte Suprema es tajante al sostener que del mérito del proceso no es posible demostrar la existencia de actos del licitador que hayan podido impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o bien, que hayan tendido a producir tales efectos.¹³⁶

Por todo lo anterior, la Corte Suprema decide **acoger la reclamación presentada por el SRCEI, rechazando la demanda deducida por Sonda.**

4. Análisis del conflicto y de las soluciones judiciales

En los apartados anteriores hemos expuesto detalladamente la sucesión de acontecimientos del caso y los razonamientos que tanto el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como la Excm. Corte Suprema han esgrimido a su respecto.

Por lo pronto, lo primero que deseamos resaltar es el carácter controvertido del caso, en relación a diversas materias. Ello nos permite deducir que la aplicación de los principios de libre competencia a las compras públicas es aún materia de discusión, existiendo interpretaciones discordantes a su respecto no sólo en el ámbito doctrinal sino que también en la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia.

A continuación señalaremos, por separado, ciertos tópicos que se identifican como controvertidos en las sentencias analizadas y expondremos algunas particularidades que se vislumbran en ellas en relación con lo ya reseñado en el capítulo II. de este trabajo.

a. Acerca de las entidades públicas como sujetos activos de infracciones a la normativa de defensa de la libre competencia

Es menester hacer referencia al pronunciamiento del TDLC en orden a la consideración de que, si bien en el caso no se cuestionaba el diseño de las Bases de Licitación, dicho Tribunal sí se encuentra en situación de analizar conductas de órganos administrativos que pueden ser anticompetitivas y que se den en el marco de un procedimiento regido por la Ley de Compras Públicas.

De lo resuelto por el TDLC, podemos identificar que no se encuentra discutida la potencialidad de los órganos administrativos de afectar la libre competencia, lo que no sólo puede tener lugar en la fase de confección de las bases de licitación sino que también en el desarrollo del respectivo proceso. Queda en evidencia lo que hemos sostenido en el acápite

¹³⁶ *Ibíd.*, considerando 20°.

segundo¹³⁷ en orden a que el estado de dicha cuestión en Chile está insoslayablemente orientado a considerar que las instituciones públicas, al igual que los particulares, pueden ser sujetos activos de conductas que limiten, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, lo que cobra una especial relevancia cuando actúan como entidades licitantes, por cuanto en sus manos se encuentra la responsabilidad de generar adecuadas condiciones de competencia entre los oferentes a la hora de contratar con ellos y de poner en marcha mecanismos para evitar conductas de los particulares que concurren a la licitación que atenten en contra de ella.

Lo anterior también se relaciona con la calidad de destinatarios de las normas del DL 211 que los órganos administrativos tienen, los cuales, a pesar de no ser particulares que actúan en persecución de intereses propios, pueden influir en el mercado en su rol de autoridad.

Como es posible observar en los considerandos 3° a 18° de la sentencia del TDLC que hemos expuesto, los sentenciadores razonan sobre la base de los términos en que se encuentra redactado el artículo 3° del DL 211, es decir, sobre el hecho de que tal disposición no efectúa distinciones y no exige calidad especial alguna para ser sujeto activo de una conducta anticompetitiva. En el caso de los órganos administrativos, tal y como hemos sostenido en el primer y segundo apartado del capítulo II de este trabajo¹³⁸, el principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de nuestra Constitución Política y en el artículo 2° de la LOCBGAE sirve como fuente suficiente de la obligación de los órganos de la Administración del Estado de someter su acción a todo el ordenamiento jurídico vigente, el cual integra el DL 211 como cuerpo normativo vinculante.

Asimismo, en el fallo del H. TDLC se aprecia con claridad una manifestación de lo que sostuvimos cuando revisamos la relación que existe entre el principio de juridicidad administrativa y la libre competencia, en tanto dijimos que el DL 211 podía constituirse como un verdadero límite al actuar de todos sus destinatarios (sean éstos particulares o públicos). Hemos observado en los distintos razonamientos de la sentencia analizada que el TDLC reiteradamente hace referencia a la necesidad de que el Servicio cuyas conductas dentro del proceso licitatorio se cuestionan, cumpla con la normativa de defensa de la libre competencia en todas sus fases.

¹³⁷ Véase *Supra*, II, 2., a.

¹³⁸ Véase *Supra*, II., 1., a. y b.

En esa misma línea, consideramos acertada la afirmación del H. TDLC referida a que el DL 211 es aplicable a todo sujeto que “intervenga directa o indirectamente en los mercados”¹³⁹, pues con ello se refuerza la idea de *orden público* como límite al actuar de la Administración que también hemos definido con anterioridad a lo largo de este trabajo.

No obstante lo anterior, algunos de los pronunciamientos analizados plantean dudas respecto a si en el contexto de un proceso licitatorio como el del caso analizado la entidad licitante puede no ser considerada un sujeto activo de conductas anticompetitivas. Con esto nos referimos a los cuestionamientos que el Ministro Sr. Menchaca sostiene en su voto disidente, en el cual señala que como el SRCEI no tiene poder de mercado, difícilmente puede estimarse que ha abusado de él en sus conductas, por lo cual no debe ser sancionado de acuerdo al artículo 3° del DL 211.

No compartimos el razonamiento del Ministro Sr. Menchaca por cuanto no puede el SRCEI, por el solo hecho de no ser un competidor en la licitación, excusarse de dar cumplimiento a las normas de orden público que el DL 211 contiene. No nos parece atendible tal pronunciamiento en tanto, si bien en estricto rigor el Servicio no ostenta sobre sí un “poder de mercado” del cual pueda abusar, en el respectivo procedimiento se sitúa como un sujeto dotado de amplias facultades de decisión respecto de las condiciones de la Licitación que lleva a cabo y que es en sí misma el mercado relevante, de manera tal que es perfectamente posible que dentro de la misma ejerza conductas limitativas, restrictivas o que entorpezcan la libre competencia entre los proponentes. El SRCEI no se encuentra en una posición que vele por sus intereses propios, pues en tanto órgano público y administrativo lo hace en representación de todos los habitantes de la República, de manera tal que sin duda alguna ostenta el deber perentorio de asegurarse de que la contratación del servicio en cuestión se haga bajo parámetros de igualdad, eficiencia, transparencia y, por sobre todo, en condiciones de adecuada competencia. De esta forma, ejercer actos que tiendan a desviarse de tal fin, o bien llevar adelante conductas de discriminación arbitraria como las que han quedado acreditadas a juicio del TDLC, afectando con ello la libre competencia entre quienes participan del mercado relevante que es la Licitación –diseñada, iniciada, dirigida y ejecutada en todas sus fases por el Servicio–, indudablemente infringe el bloque de normas que protegen el bien jurídico en cuestión, por lo que, a pesar de no ser un competidor directo en la Licitación, ni mucho menos tener “poder de mercado” en un sentido estricto, sus

¹³⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2013). Sentencia N° 132/2013 de 25 de octubre de 2013, rol C242-12, considerando 8°.

conductas sí son merecedoras de las sanciones que correspondan en caso de limitar, restringir o entorpecer la libre competencia en el procedimiento concursal que lidera.

Para finalizar, el hecho de que la propia Corte Suprema en su sentencia no haya formulado una cuestión de tal naturaleza viene a reforzar la idea de que, en términos generales, se encuentra aceptada la posibilidad de que el sujeto activo de una conducta anticompetitiva sea un órgano administrativo, pues de lo contrario se habría puesto preliminarmente en tela de juicio la legitimación pasiva del Servicio como demandado en primera instancia, la cual de haberse estimado improcedente, habría impedido entrar al fondo del asunto controvertido.

b. Sobre el conflicto de competencia entre las materias conocidas por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el H. Tribunal de la Contratación Pública

A este respecto, como ya vimos, tanto el voto disidente del Ministro Sr. Menchaca como la sentencia de la Excm. Corte Suprema consideran que el TDLC es incompetente, puesto que tal materia es de conocimiento exclusivo, a juicio de los sentenciadores, del H. Tribunal de la Contratación Pública.

No nos parece atendible la conclusión a la que ambos sentenciadores llegaron en tanto niegan de lleno la posibilidad de que un mismo hecho, o una misma secuencia de acontecimientos, transgredan dos o más bienes jurídicos de distinta naturaleza. Si bien Sonda alega en ambas sedes infracciones por parte del SRCEI a la normativa de compras públicas, no menos cierto es que dicha vulneración no afecta necesariamente a bienes jurídicos idénticos.

Por ello, concordamos con el criterio que el TDLC pone de manifiesto considerando que la persecución de actos ilegales o arbitrarios dentro de un proceso de contratación pública no obsta al juzgamiento de si tales actos, sean o no de tal entidad, limitan, restringen o entorpecen la libre competencia en el mentado procedimiento licitatorio.

A su vez, tampoco nos parece dable sostener que el hecho de que haya igual causa de pedir en ambos tribunales sea razón suficiente como para considerar que sólo uno de ellos es competente, dado que, como ya dijimos, una misma conducta puede dar origen a dos infracciones distintas, conocidas y sancionadas en sedes diferentes. Así ocurre, por ejemplo, en el proceso penal, en el cual el conocimiento y juzgamiento del delito cometido, destinado

a establecer la responsabilidad penal del autor del mismo, no obsta a que la víctima pueda deducir en su contra las correspondientes acciones indemnizatorias que deriven de los mismos hechos, en sede civil¹⁴⁰. En igual situación se encuentra la persecución de la responsabilidad administrativa del funcionario público que incurriere en ella, la cual se realiza mediante los procedimientos administrativos de investigación sumaria y sumario administrativo, según correspondiere, ambos independientes de la responsabilidades civiles y penales que derivaren de su conducta y las cuales habrán de hacerse efectivas mediante los instrumentos procesales que nuestro ordenamiento contemple para tal efecto.¹⁴¹

A mayor abundamiento, en la propia sentencia del TDLC vemos que los sentenciadores se pronuncian única y exclusivamente respecto del examen que merecen las conductas del servicio demandado en cuanto a su eventual afectación a la libre competencia, sin entrar a calificar la ilegalidad o arbitrariedad de ellas, de manera tal que bajo ningún respecto puede sostenerse que hay una extralimitación de sus competencias al conocer del caso.

c. Sobre la afirmación de la Excm. Corte Suprema que señala que no se advierten atentados a la libre competencia por parte del SRCEI

Consideramos que yerra el Tribunal Supremo al afirmar que de los antecedentes del caso no se desprenden atentados a la libre competencia por parte del SRCEI. Creemos que dicha afirmación no se encuentra lo suficientemente fundamentada en la sentencia de la Máxima Magistratura, pues obvia algunas conclusiones a las que el H. TDLC llegó en torno a conductas entorpecedoras o limitativas de la libre competencia en la Licitación. Con ello nos referimos en concreto a la omisión en la que incurrió el SRCEI en torno a la evaluación de la oferta técnica de Sonda, en circunstancias en que ello era exigible tanto desde el punto de vista de las Bases de Licitación como desde la perspectiva de las normas de defensa de la libre competencia.

¹⁴⁰ En efecto, el artículo 59 del Código Procesal Penal establece un principio general, que en lo pertinente señala que “durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado (...) todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las **responsabilidades civiles derivadas del hecho punible.**” (énfasis agregado).

¹⁴¹ El artículo 120 del Decreto con Fuerza de Ley N° 29/2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, establece en lo pertinente que “**La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal** y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a ésta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos.” (énfasis propio).

En efecto, el tribunal de primera instancia logró llegar a la convicción de que el carácter relativo de las reglas de evaluación de las propuestas generaba un espacio suficiente para que el ente licitante actuase con discrecionalidad en el proceso, por lo cual era necesario y exigible que, por razones de promoción y resguardo del bien jurídico que el TDLC está encargado de cautelar, el SRCEI efectuara la correspondiente evaluación de la oferta técnica de Sonda y realizara las comparaciones que le permitirían adjudicar el contrato licitado a la propuesta que mejor se ajustara a los objetivos de la Licitación.

No bastando con desconocer este razonamiento, la Corte Suprema tampoco se hace cargo de la constatación que los sentenciadores en sede de libre competencia realizaron en torno a la diferencia de criterios para declarar inadmisibles la propuesta de Sonda y no la de Morpho, en circunstancias que se encuentra acreditado por prueba documental que esta última había incurrido en defectos al presentar sus respectivos certificados de experiencia. De haber utilizado en contra de Morpho el mismo criterio que se utilizó en contra de Sonda para declarar inadmisibles sus propuestas, el Servicio debería haber excluido también a la empresa a quien terminó adjudicando el contrato, de manera tal que a partir de ello el TDLC da por acreditada la circunstancia de que la conducta del SRCEI es contraria a la libre competencia, independientemente de si en ella hay algún vicio de ilegalidad o de arbitrariedad conforme a las normas que rigen las compras públicas.

A la vez, el TDLC dio por acreditadas otras vulneraciones a las Bases de Licitación por parte de Morpho, ninguna de las cuales fue atendida correctamente por el SRCEI. Nuevamente la Corte Suprema no se pronuncia sobre estas constataciones y simplemente se limita a realizar una afirmación general en orden a que la entidad licitante no ha incurrido en conductas anticompetitivas, sin entrar a desvirtuar las conclusiones a las que arribó el tribunal *a quo* luego de una fundamentada argumentación en base a las pruebas aportadas en el proceso.

d. Acerca de la afirmación de que al encontrarse una conducta conforme a la normativa de la licitación (esto es, las Bases y la Ley N° 19.886), no merece reproche de anticompetitividad¹⁴²

¹⁴² Criterio que es compartido por el Profesor Francisco Zúñiga Urbina, en tanto sostiene que *“resulta evidente que la decisión del tribunal de Defensa de la Libre Competencia comentada es ultra vires, dado que llega a pronunciarse sobre la regularidad del procedimiento licitatorio público contrastando su ajuste con el bloque de legalidad que lo rige, y por tanto, entrando en el campo ya no de la competencia, sino derechamente de la legalidad de la actuación administrativa, lo que indefectiblemente obliga a reconocer que dicho juzgador ha extralimitado su ámbito competencial, invadiendo la esfera que el legislador expresamente le ha asignado al*

El TDLC en su sentencia señala que la Licitación en comento se trataba de una de carácter “multivariable”, en la cual se ponderan requisitos técnicos y económicos. Explica además que ello acarrea una dificultad: Comparar elementos difícilmente contrastables, de modo tal que el ente licitante debe definir en las Bases alguna regla de ponderación necesariamente discrecional.¹⁴³

Sin embargo, la Corte Suprema sostuvo en su sentencia que *“una vez aprobadas las Bases de la Licitación el órgano público se encuentra obligado a respetar su contenido, de manera que su proceder, en tanto se ciña a las mismas, no podrá ser sino calificado de apegado al ordenamiento jurídico y en ese contexto no se le podrá imputar que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos.”*¹⁴⁴

Lo anterior deja de manifiesto una evidente discordancia de criterios entre la Excma. Corte Suprema y el TDLC, en tanto la primera, a diferencia del segundo, desconoce que el método de evaluación de las ofertas por parte del SRCEI otorgaba a la entidad licitante rangos de discrecionalidad en sus decisiones, entre las cuales está precisamente una de las más importantes cuestionadas por Sonda: su exclusión de la Licitación y la no exclusión de Morpho.

En este sentido, no compartimos los pronunciamientos de la Corte Suprema en tanto da por sentado que las Bases de Licitación del proceso en comento eran iguales a aquellas que se dan por regla general en las licitaciones públicas, esto es, Bases que otorgan facultades regladas a los órganos, y no discrecionales. No ponemos en duda que las potestades regladas están por sobre las discrecionales, en el sentido de que no dejan espacio a arbitrariedades, sin embargo, en el caso comentado, no hay potestades regladas dentro de las BALI que hubieren obligado, en razón del principio de juridicidad, al SRCEI a excluir a Sonda y no a Morpho. Por el contrario, tal conducta se ejerció en uso de las potestades discrecionales que la misma entidad licitante se otorgó para sí al momento de confección de las Bases.

Por tanto, creemos que afirmar tajantemente que la conducta del SRCEI es reflejo del ejercicio de una potestad reglada es erróneo, toda vez que, como ya dijimos, las mismas BALI habían dejado a discreción de la entidad licitante algunas decisiones, entre las cuales

tribunal de la Contratación Pública.” (Véase ZÚÑIGA, Francisco. (2014). Contratación pública y libre competencia. *Revista de Derecho Público*, Vol. 81, 2° Semestre 2014, p. 200).

¹⁴³ *Ibíd.*, considerando 45°.

¹⁴⁴ CORTE SUPREMA. (2014). Sentencia de 6 de agosto de 2014, rol N° 13972-2013, considerando 19°.

estaba la de excluir a ciertos oferentes por el incumplimiento de requisitos contenidos en ellas. El carácter “multivariable” al que hace referencia el TDLC, con su consecuente dificultad para evaluar, es también imputable a la entidad licitante, quien no fue diligente al diseñar Bases de Licitación adecuadas para un desenvolvimiento de los proponentes en condiciones de libre competencia, de manera tal que es cierto que esta situación no es merecedora de reproche de ilegalidad, mas no tan prístina es la conclusión a la que llega nuestro Tribunal Supremo al considerar que ello no es constitutivo de una acción u omisión anticompetitiva.

En otras palabras, consideramos que no es lógico sostener que el cumplimiento de las Bases por parte de la entidad licitante implica que ello no es en caso alguno contrario a la libre competencia, toda vez que en las mismas se otorgaban potestades discrecionales al Servicio, las cuales tienen como límite no sólo la normativa sectorial (esto es, las Bases mismas), sino que también el estricto apego a todo el resto del ordenamiento, dentro del cual se encuentra también el DL 211.

Lejos de ello, creemos que sólo podría llegarse a tal conclusión si existiese una norma legal que decida cautelar un bien jurídico –el de la estricta sujeción a las bases en materia de compras públicas– en desmedro de otro –el de la libre competencia¹⁴⁵–, excluyendo expresamente la aplicación de las normas del DL 211 en caso de constatarse que en un procedimiento de compras públicas la entidad licitante, a pesar de haber ejercido actos contrarios a la libre competencia, se sujetó estrictamente a las Bases y a la Ley de Compras Públicas, cosa que actualmente no sucede en nuestro ordenamiento jurídico.

e. Acerca de la no declaración de la invalidez de la adjudicación y del contrato suscrito entre el SRCEI y Morpho por parte del TDLC

En torno a este punto, nos inclinamos por los argumentos mencionados en el voto del Ministro Sr. Depolo, quien señala muy acertadamente que es un equívoco determinar la ilicitud de una conducta pero mantener como lícitas las consecuencias derivadas de ella.

En efecto, los actos de adjudicación y de suscripción del contrato son las etapas finales de un procedimiento regido por las normas de compras públicas, de manera tal que son también, en sí mismos, efectos de la Licitación. Por ello, es ilógico sostener que, aunque en la especie el TDLC haya advertido que la entidad licitante incurrió en conductas

¹⁴⁵ Englobando en tal concepto todos aquellos bienes jurídicos que distintos sectores de la doctrina consideran que son protegidos por las normas de defensa de la libre competencia en nuestro país.

anticompetitivas y que sus actos u omisiones entorpecieron la libre competencia entre los oferentes, aun así se deban considerar válidas las consecuencias de tales conductas, por lo que era mucho más aconsejable adoptar la medida de anular la adjudicación y la suscripción del contrato dentro de la decisión del Tribunal de la instancia.

Asimismo, es el mismo cuerpo normativo que rige a la libre competencia en Chile el que contempla la posibilidad de que el Tribunal al cual se le ha encargado cautelar dicho bien jurídico pueda hacer cesar los efectos anticompetitivos de una conducta mediante la anulación de ellos.

En concreto, el artículo 26 inciso 2° letra a) del DL 211 establece que una de las medidas que el TDLC puede disponer es la de “*Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley*”. Pues bien, como ya vimos en el caso *sub lite*, el H. TDLC dio por acreditada una de las conductas que Sonda imputa al SRCEI como anticompetitivas en el contexto del proceso de licitación en que ambas intervenían, por lo que, al igual que el Ministro Sr. Depolo, nos llama profundamente la atención que el voto de mayoría de los sentenciadores no haya hecho uso de la facultad que expresamente le entrega la disposición precitada al tribunal y que, lejos de eso, haya decidido mantener vigentes las consecuencias de un acto jurídico cuyo proceso de formación –la Licitación– adolecía de vicios anticompetitivos.

No nos queda más que pensar que el voto mayoritario del TDLC consideró que invalidar la adjudicación y el contrato sería una medida desproporcionada a la conducta constatada, lo que tampoco compartimos en tanto no existe norma legal o reglamentaria alguna que establezca tal exigencia para adoptar una medida de esas características; muy por el contrario, creemos que si el legislador del DL 211 decidió incluir expresamente dentro del catálogo de medidas que puede adoptar el TDLC una como la mencionada, es porque precisamente esperaba que dicho tribunal, en tanto especializado y circunscrito a un específico sector de nuestro ordenamiento, se encontrara en especial situación frente a las eventuales vulneraciones a la libre competencia que se sometiesen a su conocimiento.

IV. CONCLUSIONES

Habida consideración de todo lo expuesto y razonado en este trabajo, creemos que es dable identificar ciertas falencias en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al tema que nos convoca.

La primera de las falencias mencionadas salta a la vista luego de la revisión normativa que realizamos al inicio de este trabajo, y consiste en la escasez de normas que expresamente permitan hacer aplicables las disposiciones de defensa de la libre competencia a los procedimientos de compras públicas. Si bien, como vimos, nuestros tribunales de justicia no niegan la posibilidad de que un órgano administrativo sea sujeto activo de conductas contrarias a la libre competencia, no menos cierto es que suscita bastante discusión el hecho de que se afirme, por ejemplo, que en las licitaciones, por no tener poder de mercado, las entidades públicas que las dirigen están excluidas de la posibilidad de ser sancionadas de acuerdo al art. 3° del DL 211. La ausencia de normas que explícitamente reconozcan la potencialidad de afectar la libre competencia por parte de entidades licitantes deja abierta la posibilidad de arribar a conclusiones como esas y, consecuentemente, de dejar sin sanción vicios anticompetitivos en los que las instituciones públicas que dirijan los procedimientos licitatorios respectivos pudieren incurrir.

Por ello, consideramos necesario consagrar legalmente la vinculación entre dos sectores de nuestro ordenamiento que se necesitan mutuamente para la adecuada cautela de los bienes jurídicos que intentan proteger y de los derechos de todos quienes se involucren en ellos.

En segundo lugar, también hemos identificado que es problemática la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia cuando hay Bases de Licitación ya aprobadas, pues, tal como ocurre en el caso de Sonda con Registro Civil, se termina centrando la discusión en cuestiones como qué tribunal es el competente para conocer del caso y no en cómo sancionar las conductas de la entidad licitante que afectaron de una u otra forma la libre competencia en el respectivo procedimiento.

Consideramos además que la discordancia de criterios entre tribunales obedece precisamente a una redacción equívoca de las normas sectoriales respectivas, por lo cual recomendamos que tales falencias sean corregidas por la vía legislativa que corresponda para que, con ello, se terminen uniformando criterios. Creemos necesaria una modificación legislativa que zanje ambigüedades en torno a los aspectos señalados y que hagan armonizables las cautelas de bienes jurídicos distintos si es que un mismo hecho es capaz de afectar a uno o más de ellos.

Por otro lado, y dada la proliferación de casos en que se demandan infracciones a la libre competencia con ocasión de la confección de las Bases de Licitación por parte de los distintos órganos administrativos, tal y como hemos visto en el capítulo segundo de este trabajo, creemos necesario redoblar los esfuerzos que preventivamente pueden hacerse en orden a asegurar que los procesos de compras públicas se sujeten, desde un principio, a estándares de competitividad adecuados, de manera de compatibilizar licitaciones exitosas desde un punto de vista económico con una competencia sana en el desarrollo de las mismas. Por ello, creemos que deben recogerse, a lo menos por vía reglamentaria, todas las recomendaciones que tanto la Fiscalía Nacional Económica como la OCDE han entregado para que las compras públicas se lleven a cabo con el debido respeto a la libre competencia y a los participantes.

Y por último, creemos necesario dotar de mayores atribuciones normativas y de ejecución de lo resuelto al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en orden a cautelar el bien jurídico que se le ha encomendado proteger (teniendo en cuenta su naturaleza específica y su singular importancia, a la que nos hemos referido latamente en este trabajo) sin la necesidad de tener que pasar a llevar otros bienes jurídicos, cuya entidad y relevancia no merecen ser puestas en entredicho por encontrarse su tutela en superposición o en contradicción con la protección de la libre competencia en nuestro país.

V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Doctrina citada

1. AGOSTINI, Claudio, BASCUÑÁN, Antonio, GONZÁLEZ, Aldo, GORAB, Daniela, MAÑALICH, Juan Pablo, NEHME, Nicole y PELLEGRINI, Julio. (2015). ¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones. Editores: Raphael Bergoeing y Lucas Sierra. *Puntos de Referencia*, Centro de Estudios Públicos, edición online, N° 409, agosto 2015. [En línea] <http://www.cepchile.cl/dms/archivo_6023_3751/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf> [consulta: 27 diciembre 2015].
2. AGÜERO, Francisco. (2004). Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N° 19.
3. ARAYA, Fernando. (2014). Sobre los diferentes tipos de boicot colectivo y la colusión en concursos. Corte Suprema, 23 de diciembre de 2013, Rol 2666-2013. *Revista Chilena de Derecho Privado*, comentario de jurisprudencia, N° 22, Santiago de Chile, julio de 2014, pp. 341-354.
4. ARÓSTICA, Iván. (2013). La actividad jurídica de la Administración del Estado. *Revista Actualidad Jurídica*, Año XIV, N° 28, julio de 2013. pp. 261-277.
5. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (BCN). (2003). *Historia de la Ley N° 19.886. Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*. 598 p.
6. CABRERA RABIÉ, Mariangel. (2004). *El derecho a la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad administrativa*. (Tesis de pregrado). Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile.
7. CELIS DANZINGER, G. (2008). Principios constitucionales en la Ley de Compras. *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 1 (1), pp. 71-106.
8. CONFEDERACIÓN DE LA PRODUCCIÓN Y DEL COMERCIO DE CHILE (CPC). (2013). *Libre Competencia: entre el ser y el parecer. Bien común, dilemas éticos y compromisos empresariales*. [En línea] <<http://www.cpc.cl/wp-content/uploads/2013/10/Libre-Competencia-entre-el-ser-y-el-parecer.pdf>> [consulta: 28 de noviembre de 2015].
9. DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. (2015). Cuenta Pública 2014 de la Dirección de Compras y Contratación Pública, p. 4.

10. FERNANDOIS, Arturo. (2000). El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980. *Revista Ius Publicum*, N° 4, pp. 63-78.
11. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (FNE). (2012). *Compras Públicas y Libre Competencia*. Serie "Sector Público y Mercados", Material de Promoción N° 1.
12. GARRIGUES, Joaquín. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*, t. I. Bogotá: Editorial Temis, 1820 p.
13. GURNICK, David. (2011). *Distribution Law of the United States*. Nueva York: Juris Publishing. 398 p.
14. NEHME, Nicole. (2011). *Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los órganos de la administración del Estado*. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (ed.). *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago, Thomson Reuters, pp. 317-373.
15. OELCKERS, Osvaldo. (1983). Los principios informadores de la contratación administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 7 (0), pp. 151-164.
16. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). (2013). *Government at a Glance 2013: Procurement Data*. En: *OECD Meeting of Leading Practitioners on Public Procurement* (11 y 12 de febrero de 2013, París, Francia) [En línea] <http://www.oecd.org/gov/ethics/Government%20at%20a%20Glance%202013_Procurement%20Data%20GOV_PGC_ETH_2013_2.pdf> [consulta: 29 de diciembre de 2015].
17. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). (2010). *Collusion and Corruption in Public Procurement*. En: *Global Forum on Competition* (9°, 18 y 19 de febrero de 2010, París, Francia). [En línea] <<http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>> [consulta: 28 de diciembre de 2015], 508 p.
18. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). (2009). *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*. [En línea] <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>> [consulta: 30 de diciembre de 2015].
19. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). *Guidelines for fighting bid rigging in Public Procurement*. [En línea] <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>> [consulta: 28 de diciembre de 2015].

20. PANTOJA BAUZÁ, R. (2004). *La Organización Administrativa del Estado*. Chile: Editorial Jurídica. 477 p.
21. PONCE DE LEÓN SALUCCI, S. (1998). El principio de juridicidad administrativa frente a los derechos públicos subjetivos. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 203, junio 2008.
22. SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE (SELA). (2014). *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe*. [En línea] <<http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2014/14876.pdf>> [consulta: 22 diciembre 2015].
23. STREETER, Jorge. (2001). *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia*. Documento de Trabajo, Estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner. Santiago.
24. VALDÉS, Domingo. (1991). *La discriminación arbitraria en el Derecho Económico y especialmente en la legislación antimonopólica*. (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile.
25. VALDÉS, Domingo. (2007). Independencia de la Fiscalía Nacional Económica: Una proposición para garantizarla. *Serie En Foco*, Corporación Expansiva, N° 104, 25 p.
26. VALDÉS, Domingo. (2009). *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
27. VÁSQUEZ, Y. y KOCH, M. (2014). *Institucionalidad, procedimiento y jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública: Análisis jurisprudencial desde su establecimiento hasta la actualidad*. (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile.
28. ZÚÑIGA, Francisco. (2014). Contratación pública y libre competencia. *Revista de Derecho Público*, Vol. 81, 2° Semestre 2014, pp. 181-200.

Jurisprudencia administrativa citada

1. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2007). Dictamen N° 40.100/2007 de 04 de septiembre de 2007.
2. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2008). Dictamen N° 59.709/2008 de 17 de diciembre de 2008.
3. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2008). Dictamen N° 61.883/2008 de 30 de diciembre de 2008.
4. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2012). Dictamen N° 26.153/2012 de 07 de mayo de 2012.
5. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2013). Dictamen N° 18.953/2013 de 28 de marzo de 2013.

6. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2013). Dictamen N° 66.157/2013 de 15 de octubre de 2013.
7. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2014). Dictamen N° 89.046/2014 de 14 de noviembre de 2014.
8. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2015). Dictamen N° 55.416/2015 de 10 de julio de 2015.

Jurisprudencia judicial citada

1. CORTE SUPREMA. (2009). Sentencia de 27 de mayo de 2009, rol N° 7796-2008.
2. CORTE SUPREMA. (2011). Sentencia de 28 de enero de 2011, rol N° 6100-2010.
3. CORTE SUPREMA. (2014). Sentencia de 6 de agosto de 2014, rol N° 13972-2013.
4. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2005). Sentencia N° 14/2005 de 5 de abril de 2005, rol C-37-04.
5. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2005). Sentencia N° 34/2005 de 7 de diciembre de 2005, rol C72-05.
6. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2006). Sentencia N° 44/2006 de 26 de septiembre de 2006, rol C70-05.
7. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2008). Sentencia N° 77/2008 de 4 de noviembre de 2008, rol C137-07.
8. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2008). Sentencia N° 67/2008 de 17 de junio de 2008, rol C124-07.
9. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2009). Sentencia N° 92/2009 de 29 de diciembre de 2009, rol C-172-08.
10. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2009). Sentencia N° 89/2009 de 12 de noviembre de 2009, rol C171-08.
11. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2009). Sentencia N° 81/2009 de 16 de enero de 2009, rol C148-07.
12. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2010). Sentencia N° 94 de 7 de enero de 2010, rol C-149-07.
13. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2010). Sentencia N° 100/2010 de 21 de julio de 2010, rol C-127-07.
14. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2011). Sentencia N° 114/2011 de 17 de noviembre de 2011, rol C206-10.

15. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2012). Sentencia N° 121/2012 de 10 de mayo de 2012, rol C-219-11.
16. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2012). Sentencia N° 118/2012 de 9 de enero de 2012, rol C195-09.
17. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2012). Sentencia N° 118/2012 de 9 de enero de 2012, rol C195-09.
18. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2012). Sentencia N° 121/2012 de 10 de mayo de 2012, rol C-219-11.
19. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2012). Sentencia N° 123/2012 de 4 de julio de 2012, rol C209-10.
20. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2013). Sentencia N° 132/2013 de 25 de octubre de 2013, rol C242-12.
21. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2014). Sentencia N° 138/2014 de 30 de julio de 2014, rol C-256-13.
22. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC). (2015). Sentencia N° 143/2015 de 17 de marzo de 2015, rol C-260-13.