

Francisco Agüero Vargas

Departamento de Derecho Económico

Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Empresa y sus intereses: el control del poder público desde la eficiencia

Esquema

- Introducción: entendiendo el problema
- Soluciones derecho Comparado: EEUU/UE
- .CL

Sherman Act, 1890, § 1

- *"Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal."*



Un caso

- Gobierno UP promete nacionalizar la banca
- ¿cómo lo hacemos?
 - Orden verbal Pdte S Allende a BC, Corfo & B Estado
 - “Poder comprador” de acciones
 - Cámara inicia Comisión Investigadora
 - Está “monopolizando”
 - Denuncia a Com Antimonopolios
 - Queja
 - CS

¿Qué es la libre competencia?

- **En Chile**, la ley sobre libre competencia es el Decreto Ley N° 211, de 1973 (DL 211)
- También es relevante la Ley sobre Competencia Desleal (Ley 20.169, de 2007)
 - Raro, “buena fe” mercantil...

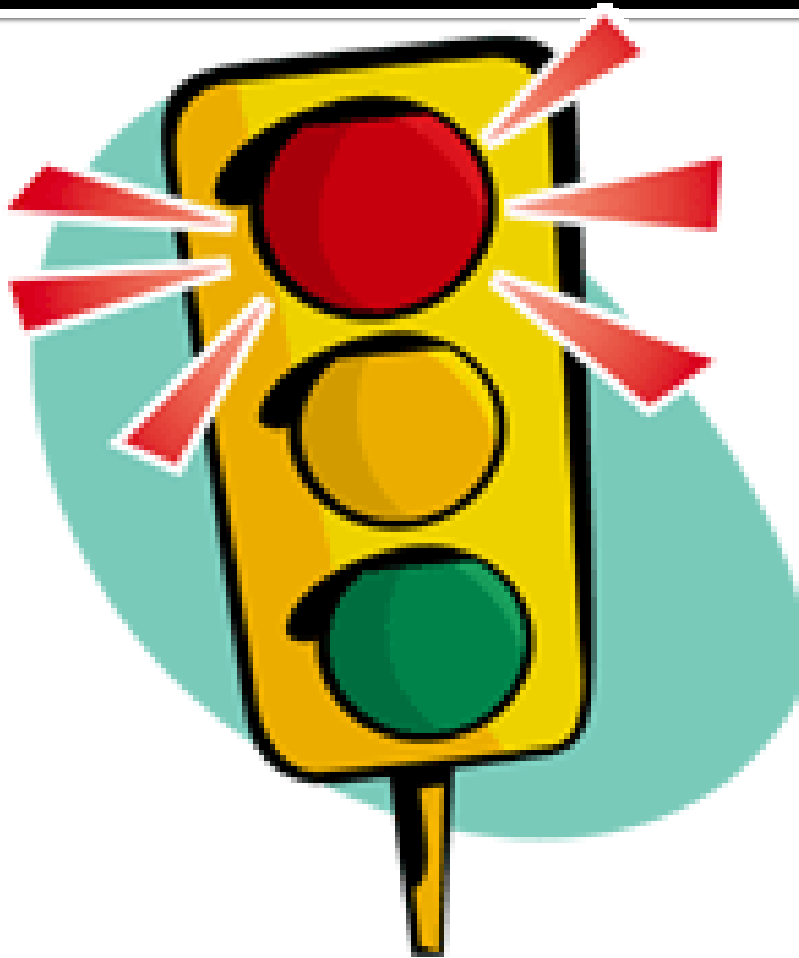
¿Qué es la libre competencia?

- El derecho de la competencia es *el derecho del mundo de los negocios*
- Se busca proteger a la competencia: *a los consumidores, no a los competidores!*
 - *Salvo exclusión por parte del dominante*
- Leyes basadas en la teoría económica:
 - Asesoría obliga a entender “razones de negocios” detrás de prácticas

Análisis

- Un ilícito “amplio”, *heredero* de la *Sherman Act* y del Tratado de la Unión Europea (art. 101 y 102)
 - Un “cheque en blanco” del legislador a un órgano:
 - Casi todos los países dan “cheque en blanco”:
 - ¿cómo regular los negocios?
 - en Chile, el TDLC: un tribunal
- Importancia de los efectos de las conductas y de la finalidad de leyes
 - Pero: hay conductas *claramente* prohibidas

La luz roja: la colusión



Colusión: Art. 3, a) DL 211

- *Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores*

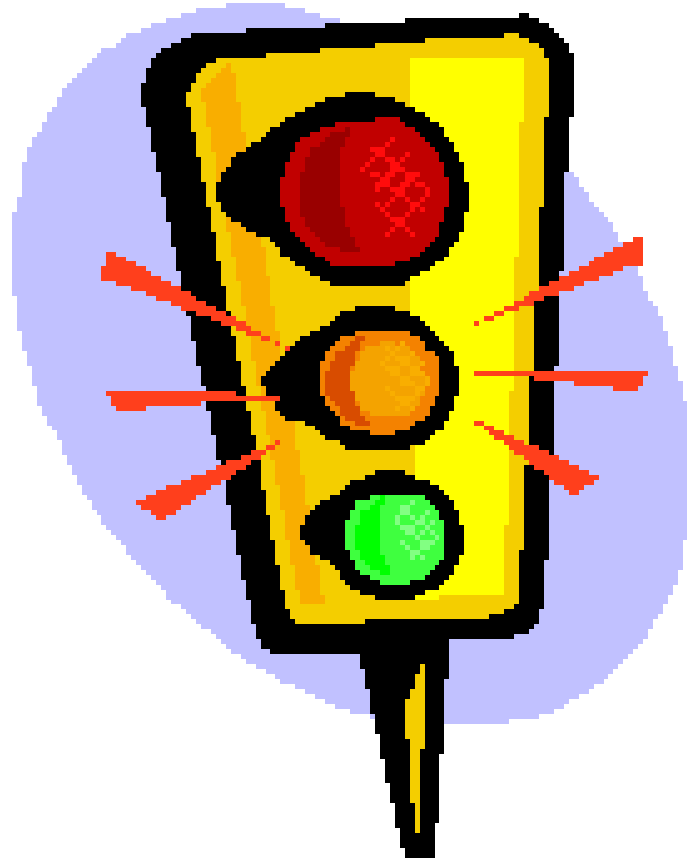
Una sanción especial

- *En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado*

¿Colusión en licitaciones públicas?



La luz amarilla: el abuso



Abuso de posición dominante

- *La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*
 - *Art. 3, b), DL 211*
 - **El monopolio no es malo *per se*, sí lo es el abuso**

Entonces, ¿por qué nos preocupamos de prácticas “contrarias a la libre competencia” en la Administración Pública?

Soluciones derecho comparado: EEUU / UE

EEUU: *State Action Immunity*

- Idea federalista que estados, dentro de sus competencias, son soberanos
- Leyes *antitrust* fueron diseñadas para controlar a las empresas, no para limitar el poder de regulación del soberano
- Reguladores estatales y federales son inatacables
 - También lo es la regulación que emana de ellos

Pero...

- Ciertas entidades públicas sí se someten a legislación *antitrust*
 - Tienen posición equivalente a agentes privados
 - O porque son «*soberanos rebeldes*» en contra de política federal de libre comercio
- Política de *promoción* de la competencia respecto de actuación administración

Lobby / Cabildeo

- Inmunidad a la actividad de lobby y derecho de petición
 - Doctrina *Noerr-Pennington*:
 - *"Those who petition government for redress are generally immune from antitrust liability"*
- Aplica a
 - Procedimientos legislativos
 - Procedimientos administrativos (*rulemaking*)

Lobby: Mesa Pesquera (2012)

- 7) Que, en relación con ello, esta Fiscalía es de la opinión que, en principio, la reunión de competidores para solicitar al Ejecutivo reformas regulatorias o manifestar su posición respecto de un proyecto de ley u otras materias lícitas de interés sectorial debieran ser una actividad legítima. Lo anterior por cuanto las propuestas, para hacerse efectivas, deben necesariamente pasar por una decisión del poder Legislativo, no siendo, en este caso, el acuerdo alcanzado por los competidores el que podría generar algún eventual efecto en el mercado sino la ley o reforma regulatoria promulgada;
- 9) Que se advierte, eso sí, que las mesas de trabajo que reúnen a competidores pueden hacer surgir riesgos de coordinación, dependiendo de los temas y de los mercados de que se trate, de manera que las autoridades que las congregan y quienes asistan a ellas podrían llegar a incumplir la normativa de libre competencia, y que esta Fiscalía tiene la facultad para solicitar, cuando así lo estime necesario, al TDLC que recomiende al Presidente de la República, la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, de conformidad a lo establecido en el artículo 18 N° 4 del DL 211.

Unión Europea

- Aplicación de derecho de competencia a entidades públicas y privadas
 - Restricción a ayudas estatales / subsidios, por mercado común
 - Tema importante (25%) en actividad de competencia
 - Capítulo sobre Competencia del TFUE tiene sección para *empresas* y sección para *ayudas estatales (subsidios públicos)*

Art. 106, Trat. Funcionamiento UE

- *Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las **empresas públicas** y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados ...*
- ***Empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general** o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada*

Chile

TLC (EEUU-Chile)

- Leyes de competencia que proscriban las prácticas de ***negocios*** anticompetitivas, con el fin de *promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores (...)*
- Se debe garantizar que ***cualquier empresa del Estado*** que establezca o mantenga o actúe de manera que no sea incompatible con obligaciones de c. Parte de conformidad con este Tratado, ***cada vez que dicha empresa ejerza cualquiera facultad regulatoria, administrativa, o cualquier otra facultad gubernamental que la Parte le haya delegado***, tales como el poder de expropiar, otorgar licencias, aprobar transacciones comerciales, o imponer cuotas, derechos u otros cargos

TLC (2)

■ Australia

- Cada Parte deberá garantizar que todos los negocios que operan en su territorio estén sujetos a sus leyes de competencia
- Algunas normas no se aplican a contratación pública

■ Corea

- **Empresas públicas** *«sujetas a las normas de competencia en la medida en que la aplicación de tales normas no obstaculice la realización, de hecho o de derecho, de las tareas particulares que les hayan sido asignadas»*
- *«contrarias a la competencia, cualquiera sea su origen, emprendidas por una o más **empresas**»*
 - Ídem UE

Argumentos

- Un argumento de texto
 - Con creciente desarrollo TDLC
- La historia de la Ley N° 19.911
 - Legitimación pasiva personas de derecho público
- Interdicción otorgamiento monopolios públicos (sin ley)
- Potestades extra-jurisdiccionales TDLC
 - Doctrina: N Nehme (2011)/ W García (2014)

Institucionalidad

- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)
 - Tribunal con 2 economistas que lo integran
 - Potestad jurisdiccional (conocer infracciones, multar y sancionar, calcular indemnizaciones por infracciones a DL 211)
 - Potestades administrativas
 - Potestad consultiva
 - Potestad normativa
 - Potestad propositiva
 - Informes de leyes especiales
- Fiscalía Nacional Económica (FNE) + particulares

- *Artículo 1º.- La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.*
- *Los atentados contra la libre competencia **en las actividades económicas** serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.*

DL 211, Art. 3º

- “Artículo 3º.- ***El que*** ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley (...).”

Interdicción especial a la Administración

- *Art. 4. No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para ejercicio de actividades económicas, salvo que ley lo autorice*
 - Antiguo Art. 5º DL 211
 - *Con todo, no podrá establecerse ningún estanco ...*

Potestad TDLC proponer cambios normativos

- 18, N° 4), DL 211: **Proponer** al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los **preceptos legales y reglamentarios** que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios *cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas...*

Instrucciones de carácter general (1)

- Art. 18º, Nº 3, DL 211: TDLC puede «*Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los **particulares** en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella*»
 - ICG Nº 1, a que deben someterse los **agentes económicos** que participen en el mercado de servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios
 - (Instrucciones a *Municipalidades* respecto de las Bases de Licitación, que deben elaborarse en cumplimiento de lo dispuesto en artículo 8º LOC Municipalidades)

Conclusiones preliminares

- Monopolio legal = gran negocio
- TDLC puede evitar que se otorguen monopolios no legales
- No puede atacarse normas legales ni reglamentarias vía TDLC
- TDLC puede proponer cambios regulatorios
 - Pesca (2010)
- TDLC puede *reglamentar actividad económica*

Las preguntas

- ¿Es la actividad administrativa una “actividad económica”?
- ¿Es la administración un “agente económico”?
- ¿Qué más se puede hacer vía DL 211?
 - Adelanto: según FNE/TDLC, control de la discrecionalidad administrativa

Opinión de la FNE

Guía Sector Público y Libre Competencia

- FNE emite *soft-law* sobre aplicación de normas DL 211 para sector público
- Distingue cuando Adm es “agente económico”
- Supuesta inmunidad de potestades regladas
- Lo discrecional, susceptible de impugnación



SECTOR PÚBLICO Y
LIBRE COMPETENCIA

EVALUANDO SUS ACTUACIONES
DESDE LA PERSPECTIVA
DE LA COMPETENCIA

Autorizaciones

Autorizaciones

- Casos relativos a licitaciones de frecuencias aéreas (asignación por mejor oferta \$)
 - Demandas contra MTT de aerolíneas
 - Demanda c. Junta de Aeronáutica Civil
 - CS: encontrándose vigente dicha normativa, no le resulta posible al [TDLC] ordenar la modificación de las bases en la forma que lo hizo...contrariando con ello lo que se encuentra expresamente regulado por la legislación de aviación comercial que nos rige. *Los jueces están obligados a cumplir su función aplicando la legislación vigente, con prescindencia de la convicción íntima que tengan acerca de la bondad de ésta.*

DL 211 y modificación normativa

Entel c. MTT / Res. 584, CR

- Comisión Resolutiva, con objeto de cautelar que **normas técnicas y condiciones** que se establezcan para asignación del espectro radioeléctrico no afectasen libre competencia en servicios de telecomunicaciones, **ordenó, mediante la Resolución N° 584, la modificación, en la forma que indicó, de la norma técnica de la Subtel** y las bases del concurso público para asignar concesiones de servicio público telefónico local inalámbrico en la banda de frecuencias de 3.400-3.700 MHz.
 - Reiterado por TDLC en *Entel c. MTT*

DL 211 se aplica a Administración Pública y
contratos administrativos

Contratación pública

- Diversas decisiones del TDLC abordaron su competencia en materia de compras públicas, es decir, la Administración como demandante de bienes o servicios
 - Mayor parte de esas sentencias se motivan en bases administrativas de rellenos sanitarios, contratados por municipios.
 - Un número menor (dos), responde a la contratación de servicios de publicidad del Estado y, más recientemente, a la licitación de la elaboración de cédulas de identidad

■ Evolución jurisprudencia

■ De incompetencia, a competencia del TDLC

■ Licitaciones rellenos sanitarios

- *CS: cláusula no constituye previamente un acuerdo de voluntades entre un municipio y un concesionario en un plano de igualdad, sino que ella es la manifestación del ejercicio de autoridad, ya que Municipalidad actúa en este caso en un plano de superioridad respecto del particular, estableciendo las condiciones aplicables, y cuya regulación se somete a un régimen jurídico de derecho público*
- *conclusión consiste en que TDLC al acoger la denuncia, ha actuado fuera de sus facultades*

ECS Municipalidad de Cauquenes (1)

- supuesto incumplimiento de [bases para residuos], **no corresponde propiamente al ámbito de la libre competencia, sino más bien es propio de un organismo encargado de velar por el cumplimiento de materias relacionadas con la contratación pública**
- no le corresponde intervenir al TDLC, ya que **las partes de este proceso no son agentes económicos en los términos del art. 4 DL 211** y, además, porque la materia se encuentra reglamentada en LOC Municipalidades

ECS *Municipalidad de Cauquenes* (2)

- *cláusula no constituye previamente un acuerdo de voluntades entre un municipio y un concesionario en un plano de igualdad, sino que **ella es la manifestación del ejercicio de autoridad, ya que Municipalidad actúa en este caso en un plano de superioridad respecto del particular, estableciendo las condiciones aplicables, y cuya regulación se somete a un régimen jurídico de derecho público***
- *conclusión consiste en que **TDLC al acoger la denuncia, ha actuado fuera de sus facultades***

Municipalidad de Curicó (1)

- *sin perjuicio de que en la contratación pública están involucrados bienes jurídicos que son tutelados por la legislación especial que la regula, pueden concurrentemente estar concernidos otros, como el que le corresponde cautelar a este Tribunal.*
- *competencia de TDLC no se ve afectada por hecho de existir otra judicatura que pueda ser competente para resolver conflictos jurídicos derivados de los mismos hechos sometidos a su consideración*

Municipalidad de Curicó (2)

- *para determinar si un organismo público es sujeto de las disposiciones sobre defensa de la competencia, contenidas en DL 211 debe **ponerse énfasis en las funciones o actividades que realiza y no atender a características orgánicas formales del mismo***
 - *inciso 2° del Art. 1° DL 211 al hacer referencia a la libre competencia en las "actividades económicas»*
 - *Uso expresión "agentes económicos" para identificar a aquellos sujetos susceptibles de cometer infracciones*

Municipalidad de Curicó (3)

- *Municipalidad debe llevar a cabo la tarea de asegurar servicio de recolección, distribución y disposición de residuos sólidos domiciliarios y otros, **así como cualquier función que le encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención como oferente o demandante de bienes y servicios en los mercados**, observando las normas de defensa de la libre competencia, esto es, **respetando las mismas normas que rigen las actividades económicas realizadas por los privados y de cuya aplicación ninguna norma las exime***

Municipalidad de Curicó (4)

- *Con independencia de naturaleza y fines que un ente pueda tener – sea éste público o privado–, lo relevante para efectos de la legislación 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, pues **lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico competencia, es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso de recursos escasos***

Municipalidad de Curicó (minoría)

- JJ Romero cree que no hay actividad económica en municipio
 - Municipio está demandando pero no ofreciendo bienes o servicios en el mercado
 - Tesis europea
 - Actos de entes públicos pueden afectar competencia –v.g. dictación de un reglamento contrario a competencia o que no vaya en la dirección de fomentarla— y que no corresponde considerárseles como una actividad económica o acto realizado en calidad de agente económico

Municipalidad de Curicó (minoría)

- Municipio no contrata para, con posterioridad, ofrecer un servicio en el mercado como si se tratara de un agente económico más
 - Doctrina *FENIN* UE
- Instrucciones Generales se suponen dirigidas a particulares y no a entes públicos
 - Municipio es ente público!

ECS Municipalidad de Curicó (2009)

- *incompetencia alegada, pese a municipio es un organismo autónomo, es evidente que interviene en el mercado y que por ello debe respetar las normas de libre competencia, correspondiéndole al TDLC prevenir, corregir y sancionar atentados a ella*
- *DL 211 son normas de orden público y aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado,*

DL 211, empresa pública y fomento

Empresas públicas

- 19 N° 21, inc. 2: "*legislación común aplicable*"
- No se discute aplicación de Derecho de la Competencia a empresas públicas
 - Instructivo E Frei R-T sobre empresas públicas
 - Pero empresas públicas realizan actividades tales como fomento, política industrial...
 - ENAMI, ENAP, Codelco...

ENAMI

- *TDLC considera imposible que dicha empresa abuse de la posición de dominio que soporta por el solo cumplimiento de su función, **que consiste en subsidiar a los pequeños y medianos mineros**, en el sentido de ofrecer condiciones de compra más ventajosas que las que se observarían en un mercado competitivo*
- *ENAMI podría impedir, restringir o entorpecer la libre competencia entre productores si, **en la aplicación de la política de fomento que le encomienda la ley**, incurriera en discriminaciones contrarias a competencia*

CONAF

- Empresas de aviones contra incendios demandan a CONAF por participar en actividad económica y competencia desleal
- Empresas habían perdido 2 recursos de amparo económico
 - Criterio para juzgar: principio de subsidiariedad
- TDLC no condena... pero emite decisión que señala que CONAF no podrá realizar actividad sin LOC!

CONAF

- *corresponde entonces determinar si CONAF, como organismo que ejerce funciones públicas, realiza o no una actividad empresarial al prestar estos servicios a terceros, y si lo hace cumpliendo con las limitaciones y requisitos establecidos en las normas constitucionales y legales que regulan la participación del Estado en estas actividades, bajo el principio de **subsidiariedad***
 - !

DL 211 ¿y discrecionalidad?

Hechos

- Revista Punto Final demanda al Ministerio de Hacienda por la publicidad efectuada por servicios públicos en diarios y revistas de circulación nacional, porque afecta la competencia
 - Nota: esa revista estuvo originalmente ligada al MIR



Revista Punto Final

- *Uso de mecanismos de adjudicación entrega a funcionarios encargados de seleccionar al proveedor para contratar el avisaje determinado, un **amplio margen de discrecionalidad que podría implicar riesgos para la competencia en el mercado respectivo.***
- *Uso de margen de discrecionalidad los funcionarios debiese siempre ajustarse a las normas de orden público de competencia*

Revista Punto Final

- *TDLC estima que inversión de publicidad estatal debe efectuarse bajo criterios transparentes, objetivos, no discriminatorios lo que se facilitaría si se realiza mediante procesos de adjudicación en los que se recabe **la información necesaria para tomar decisiones técnicamente fundadas, transparentes y objetivas por parte de la autoridad.***

Hechos

- Empresa hotelera ubicada en comuna de Providencia reclama por fiscalizaciones efectuadas por municipio y por no entrega de patente municipal
- Demanda ante TDLC a Municipalidad por infracción a DL 211

TDLC *Hotelera Rent a Home*

- *TDLC estima que la **actividad fiscalizadora de la Municipalidad** se encontraba dentro del ámbito de sus atribuciones municipales, las que en este caso -y por lo que se ha venido señalando- no corresponderían a un ejercicio arbitrario de sus potestades públicas con fines exclusorios y, por ende, no merecen reproche desde el punto de vista de la libre competencia, **sin perjuicio de lo que pueda establecerse al respecto en otras sedes o instancias***
 - ¿Fin exclusorio de una potestad pública?

ECS Hotelera Rent a Home

- *fiscalizaciones a actividad económica y actos que se originaron a raíz de ellas -decretos y oficios impugnados- fueron emitidos en conformidad a la normativa vigente*
- *Actividad corresponde al ejercicio de legítima potestad normativa y fiscalizadora en aras del cumplimiento de su cometido legal, **no pudiendo derivarse de los actos señalados que la autoridad se haya desempeñado como un agente económico, esto es, un sujeto interviniente en la actividad económica***

ECS Hotelera Rent a Home

- *"resulta forzado y hasta artificial comprender que los actos administrativos de concesión de patente y fiscalización en ejercicio de sus atribuciones legales corresponden a actos que se insertan en el ámbito de las transacciones comerciales"*

... y políticas públicas?

Netland c. MTT (2010)

- Se imputa a MTT infracciones al DL 211, cometidas con ocasión del llamado al concurso público del Fondo de Desarrollo e las Telecomunicaciones, que contempla subsidios destinados a la construcción y operación de redes de telecomunicaciones para la provisión del servicio público de transmisión de datos en 1.474 localidades del país

Netland c. MTT (2010)

■ Infracciones

- (i) bases del Concurso impondría una barrera a la entrada de operadores de carácter local o regional;
- (ii) subsidios otorgados en localidades donde ya existe un operador prestando servicios propiciaría prácticas predatorias y de competencia desleal; y,
- (iii) en determinadas localidades, dada la existencia de proveedores privados de los servicios que se pretende subsidiar, sería ilegal utilizar el Fondo de Desarrollo de la Telecomunicaciones (FDT)

Netland c. MTT (2010)

- Además de 19, N° 21... DL 211 pueden también contribuir a tutelar la garantía contenida en el artículo 19 N° 22 CPR, en particular en aquellos casos en los que **un acto de autoridad establece discriminaciones arbitrarias contrarias a la libre competencia**, que lesionan o ponen en peligro la igualdad de oportunidades de los agentes económicos para competir en un mercado

Netland c. MTT (2010)

- Derecho de la competencia impone a autoridades del Estado, al momento de diseñar e implementar sus políticas públicas, [mediante *actos de autoridad dirigidos a la consecución de determinados fines de política pública, los que pueden ser juzgados por [TDLC]* el deber de ponderar los fines de la regulación sectorial o especial de que se trate con la protección de la libre competencia, de tal forma que la aplicación de dicha regulación sea compatible con ella

Netland c. MTT (2010)

- No objeta – pero sí analiza- bases del concurso
- “lo que se está juzgando en la presente sentencia es la actuación de un órgano de la administración del Estado **en tanto autoridad que diseñó e implementó un modelo específico de asignación de subsidios**, y los efectos que ello generó en la libre competencia. *No se trata, en consecuencia, en este caso, de analizar una conducta específica realizada por un órgano del Estado, en tanto oferente o demandante de bienes y servicios*”

Netland c. MTT (2010)

- Subsidio conlleva riesgo de permitir mantención de empresas ineficientes o impedir la entrada de otras más eficientes al mercado, lo que en el mediano y largo plazo terminaría perjudicando a los consumidores
- ...Subsidios pueden constituir discriminaciones arbitrarias contrarias a la libre competencia, en el trato que el Estado brinda en materia económica

ECS Netland c. MTT (2011)

- LGT no distingue respecto a la presencia actual o potencial de prestadores de servicios de telecomunicaciones en localidades rurales y urbanas de bajos ingresos.
- **Derecho a la libre competencia no es absoluto y tiene como límite los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiariedad**, en cuanto el Estado debe crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de las personas con menores ingresos de un servicio básico de tecnología de información y comunicación, ampliando su cobertura.

ECS Netland c. MTT (2011)

- *"Que el Estado en último término logre conseguir la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo mediante la prestación de un servicio, cuya regulación le compete y sobre la cual está habilitado para intervenir".*
- Estado Administrador se vale del modelo o diseño establecido por el legislador para lograr la prestación del servicio, pero también la eficacia de ésta. Vale decir, **no sólo debe preocuparse cuando no hay oferta, sino también cuando la que existe no es suficiente y no se presta en condiciones de eficiencia**

Dos decisiones recientes

Registro Civil

- Sonda demanda a SRCEI por licitación pública de carné de identidad
- Simultáneamente, demanda ante Tribunal de Compras Públicas
 - Licitación regida por Ley N° 19.886
- ¿Cosa juzgada? ¿*Litis pendencia*?
 - No se alegó por SRCEI
- Mismos hechos, mismo derecho, *bis in ídem*?

Registro Civil

- Aplicación normas DL 211 a Administración
 - *"es perfectamente posible que éstos, a través de sus actuaciones en el mercado, impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos"*
- Sentencia TDLC tiene interesante discusión sobre *ne bis in ídem*
 - Aplicación supletoria CPC
 - Congruencia procesal
 - Prejudicialidad TCP

Registro Civil

- *En lo que nos interesa...*
 - SRCEI no es competidor, ergo no puede haber abuso exclusorio
 - *"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"*

Registro Civil

- TDLC sanciona a SRCEI por algunos de los cargos de Sonda
 - Exhaustiva revisión de procedimiento concursal, etapas y actuaciones SRCEI
 - *Licitación no se rige exclusivamente por normas de Ley de Compras Públicas*
 - *Son distintos bienes jurídicos los protegidos*
 - *[pero se parecen, por desarrollo jurisprudencial]*
 - MR: coincidencia en compra de insumos para servicio
 - Análisis sujeción a bases de propio SRCEI

STDLC 132/2013 *Registro Civil*

- *este Tribunal ha alcanzado la convicción de que el SRCEI ejecutó actos de autoridad que restringieron la libre competencia en el mercado relevante de la licitación N° 594-56-LPo8, al excluir de manera discriminatoria a Sonda, impidiendo de esta manera la comparación de las propuestas presentadas a la misma, lo que era determinante para la libre competencia, pues tal como se señaló en la consideración cuadragésimo novena, la competencia en la presente licitación no se extinguía al momento de presentar las ofertas, sino que constituía un proceso que concluía con la evaluación de todas ellas en mutua comparación.*

ECS Registro Civil (2014)

- ECS revoca la decisión del TDLC
 - (no es inusual en este tipo de materias)
 - ¿Tensión Derecho Administrativo / Libre Competencia?
- *La demanda de Sonda es por los mismos hechos y materia que demanda ante TDLC!*
 - “ambas acciones han sido promovidas por una misma sociedad en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación, las dos inciden en un mismo proceso de licitación y, más relevante aún, los fundamentos de una y otra se asientan en unas mismas consideraciones y transgresiones”

ECS Registro Civil (2014)

- Es una materia de exclusivo conocimiento del TCP
 - Pese a intención de actor de revestir demanda de infracción a DL 211
 - *“la eventual ilegalidad o arbitrariedad del actuar de la Administración durante el proceso licitatorio y en la adjudicación, en particular en lo relativo a la estricta sujeción a las Bases que ésta debe observar y a la igualdad que debe primar entre los proponentes”*
- No demostró afectación al *verdadero* bien jurídico del DL 211

Conclusiones preliminares

- Uso de TDLC como contencioso-regulatorio
- ¿Justicia material?
 - Huida de la justicia ordinaria (como ha ocurrido con árbitros)?
- Tipo amplio DL 211 permite regular mercados / revisar contratos / revisión regulación administrativa y potestades públicas / abrir mercado / conciliación en “temas públicos” / medidas precautorias
 - Uso estratégico del derecho de la competencia contra la Administración (*Sonda c. Registro Civil?*)

Gracias!

faguero@derecho.uchile.cl