

## EL ESTADO COMO SUJETO PASIVO EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA

### THE STATE AS AN ANTITRUST DEFENDANT

*María Fernanda Juppet Ewing\**

#### *Resumen*

El presente artículo busca determinar los requisitos necesarios para que el Estado y sus organismos puedan ser demandados ante la jurisdicción de Libre Competencia por contravenir su normativa.

Asimismo, intenta determinar en qué casos los particulares que fueran inducidos por la Administración del Estado para contratar en términos contrarios a la libre competencia pueden a su vez ser sancionados por el Tribunal de la Libre Competencia en razón de los actos que hubieren desplegado con concordancia con ésta.

Finalmente, se discute el principio de confianza legítima como elemento eximente de responsabilidad para los agentes privados inducidos a actuar contrariando la normativa de libre competencia por el Estado y sus organismos, para reemplazarlo por el concepto de confianza lúcida.

Palabras clave. Libre competencia, Estado como sujeto pasivo, confianza legítima, confianza lúcida.

#### *Abstract*

This article seeks to determine the requirements for the state and its agencies can be sued for contravening antitrust regulation in the implementation of public policies.

Also, try to determine where individuals who were induced by the State and its agencies to sign a contract in terms contrary to antitrust regulation can be sanctioned by the Court on account of these acts.

Finally, we discuss the principle of legitimate expectations as a defense element of accountability for private agents induced to act contrary to antitrust rules by the State and its agencies, and replace it with the concept of lucid confidence.

---

\* LL.M. University of California, Berkeley, U.S.; Profesora de Derecho, Economía y Mercado, Universidad del Desarrollo. Artículo enviado el 7 de enero del 2015 y aceptado para su publicación el 5 de marzo del 2015. Correo electrónico: mfjuppet@gmail.com.

Key words. Antitrust, actions against the state, legitimate expectations principle, lucid confidence.

### *Introducción*

Al plantear el problema del Estado como sujeto pasivo de la institucionalidad de defensa de la libre competencia, no deja de alertar al lector la noción de que el Estado cometa un acto antijurídico relacionado directamente con el posicionamiento en el mercado de empresas con poder de mercado que compiten entre sí.

La noción que el Estado y sus organismos puedan actuar infringiendo las normas de protección de la libre competencia resulta difícil de entender en un primer momento, dado que suele darse por sentado que dicha normativa debiera resultar aplicable sólo a las organizaciones privadas, y en particular a aquellas que tienen por finalidad la generación de lucro para sus titulares. Con todo, dicha idea es falsa, dado que cualquier tipo de organización, pública o privada, con o sin fines de lucro, queda sometido a la jurisdicción del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Resulta interesante, al revisar el comportamiento de los agentes de mercado, el recordar que el Estado es uno de los principales actores dentro del mismo, al actuar como un macrosujeto, genera oportunidades de negocio de gran envergadura en los diversos espacios dentro de los cuales se desenvuelve. De tal manera, no es ilógico pensar que las normas de defensa de la libre competencia le resulten aplicables.

Definición de mercado, entendiéndolo por éste “institución donde compradores y vendedores interactúan e intercambian”<sup>1</sup>.

Dentro del mercado, principalmente pueden actuar diversos tipos de agentes, como oferentes y demandantes, pero dentro de ellos podemos distinguir claramente entre los agentes privados y agentes públicos. Entre los primeros podemos identificar tanto a personas naturales, como a personas jurídicas, que se dedican a proveer bienes y servicios al mercado, como también a quienes demandan dichos bienes o servicios. En el segundo grupo, podemos distinguir al Estado, sus organismos y las empresas cuya propiedad es controlada por éste. En ambos casos, se encuentran sujetos en sus transacciones comerciales a las normas de defensa de la libre competencia.

De tal manera, y en opinión de la Fiscalía Nacional Económica:

---

<sup>1</sup> Karl CASE y Ray FAIR, *Principios de macroeconomía*, p. 40.

“En la práctica, tanto en el ámbito público como en el privado, los agentes económicos pueden llevar a cabo actos anticompetitivos que, en definitiva, perjudican a los consumidores, y disminuyen las oportunidades de innovación e incentivos a incrementar la productividad de las empresas, entorpeciendo y frenando el crecimiento de la economía. Estos actos anticompetitivos constituyen un atentado a la libre competencia e infringen la legislación vigente sobre la materia”<sup>2</sup>.

Así, el Estado desde su quehacer público puede interactuar con los mercados desde diversas perspectivas. De tal manera, en cada uno de dichos aspectos el ente público asume un rol que le es propio dentro de una economía de mercado.

En primer lugar, como agente económico, interviene a través de políticas públicas en los mercados que participan mediante sus actuaciones.

En segundo lugar, el Estado diseña y ejecuta sus planes y programas de tal manera de ejercer un rol redistributivo a través de la aplicación de impuestos, para una posterior asignación de dichos recursos por medio de subsidios.

Finalmente, asume un rol regulador a través del ejercicio de su potestad normativa, imponiendo un marco regulatorio aplicable a los agentes que participan en los diversos mercados, como medio para corregir las fallas de mercado. De tal manera, el Estado y sus organismos sólo podrían regular situaciones que tendieran a solucionar: externalidades negativas, asimetrías de información, competencia imperfecta y barreras de mercado.

### *Sector público y libre competencia*

El problema a que se aboca el estudio del presente artículo no se observa de manera exclusiva en nuestro país, sino que es posible encontrar preocupación de la doctrina comparada en otras latitudes, analizando casos de estudio en la misma línea de la jurisprudencia nacional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los cuales se hace responsable al Estado y sus organismos por contravenir gravemente las normas del Decreto Ley 211.

Tal es el caso de España, donde se manifiesta en la misma LDC al contemplar de forma explícita tanto la aplicación de la normativa respecto del Estado y sus organismos, como aquellos casos en los que se excepciona

<sup>2</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Guía Sector Público y Libre Competencia: Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia*, p. 4.

la aplicación de esta norma. En opinión del profesor Baño León, ahondando respecto de la situación española, la explica en los términos siguientes:

“La vigente LDC admite con normalidad que las Administraciones Públicas puedan ser sujetos pasivos del Derecho de la competencia y que una administración especializada, la Comisión Nacional de la Competencia, vigile e incluso castigue las conductas administrativas que infrinjan los ilícitos “antitrust”, los acuerdos colusorios y el abuso de posición dominante, así como aquellos actos de competencia desleal que falseen gravemente la libre competencia”<sup>3</sup>.

Lo anterior resulta plenamente concordante con la realidad, al considerar que el Estado no sólo participa en los mercados, sino que éste y sus organismos crean mercados específicos generando monopolios en la prestación de servicios y provisión de bienes en cada licitación pública que entrega la exclusividad de contratos determinados a los vencedores en dichos procesos de licitación.

De tal manera, dentro de los procesos de licitación las empresas no compiten en el mercado, dado que cuando el mercado es creado con características de monopolio (en la resolución administrativa de adjudicación de contrato), se convierte en una competencia *por* el mercado, durante el proceso de licitación.

Por tanto, es importante considerar que las normas de defensa de la libre competencia resultan plenamente aplicables al Estado y sus organismos, pero respecto de situaciones de una gravedad tal que vulneren gravemente la libertad e igualdad en los mercados objeto de análisis por la institucionalidad de la libre competencia en el territorio correspondiente. Siguiendo a Baño León cuando indica que:

“Si son aplicables las normas de competencia a los servicios públicos concurrentes con las actividades privadas, siempre que la conducta de la Administración pueda calificarse de abuso de posición dominante o de competencia desleal, para lo cual habrá que analizar el mercado relevante”<sup>4</sup>.

La normativa de defensa de la libre competencia en Chile no sigue el modelo europeo de regulación directa de la aplicación de sus normas respecto del Estado y sus organismos, para estos efectos, guarda absoluto silencio sobre la manera de operativizar sus preceptos en esta materia.

<sup>3</sup> José María BAÑO LEÓN, *La aplicación del derecho “antitrust” a la administración pública*, p. 61.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 76.

En consecuencia, para poder interpretar las normas aplicables al Estado y sus organismos en esta materia debemos recurrir a dos fuentes principales. En primer lugar, las guías de la Fiscalía Nacional Económica, que si bien no constituyen una fuente normativa, otorgan indicios respecto del comportamiento de dicho agente público en el ejercicio de acciones persecutorias de defensa de la libre competencia.

Y, en segundo lugar, se debe acudir a fuentes jurisprudenciales, dado que será el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia quien, a través de sus sentencias, dilucide el espacio de libertad con el que cuentan efectivamente el Estado y sus organismos en esta materia.

Así, analizando la primera de dichas fuentes, es importante indicar que dentro de las normas internas que vienen a determinar ciertos estándares en materia de libre competencia podemos destacar las guías de la Fiscalía Nacional Económica, las cuales si bien es cierto no presentan el carácter de obligatorias, constituyen una fuente para aclarar la comprensión de las normas de dicho ente fiscalizador, por tanto, entrega a los agentes alguna claridad sobre la antijuridicidad de sus acciones, o su naturaleza inocua, dependiendo del caso.

De tal manera, y ante la duda de las normas que resultarían aplicables al Estado en materia de libre competencia, la Fiscalía en el año 2012 dictó la Guía “Sector Público y Libre Competencia: Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia”.

Si bien es cierto que al Estado y sus organismos se les aplicarán las normas de libre competencia en los mismos términos que a los agentes privados, no es menos cierto que en opinión de la Fiscalía se encuentra autorizado para contravenir abiertamente dicha normativa, dado que la FNE reconoce que, en algunos casos, los objetivos de política pública y las regulaciones específicas que los concretizan pueden no estar alineados con los principios de la libre competencia, e incluso llegar a contravenirlos. En la medida que estas disposiciones estén fundadas en un mandato legal expreso y específico que se sobreponga a la normativa de libre competencia, y que la actuación de los OAE se ciña estrictamente a lo dispuesto en la ley, la FNE entiende que tal actuación no sería objeto de reproche como ilícito anticompetitivo<sup>5</sup>.

De tal manera, para la Fiscalía Nacional Económica, no sería reprochable al Estado y sus organismos contravenir las normas de libre competencia cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Las disposiciones se basen en un mandato legal.
2. Mandato expreso y específico.

<sup>5</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Guía Sector...*, p. 5.

3. La actuación del organismo público se ciña a dicho mandato legal.

Con todo, resulta interesante observar que los criterios establecidos por la Fiscalía Nacional Económica siguen una lógica similar a la normativa española. En el derecho español podemos encontrarnos con tres supuestos en la regulación de la competencia para que la administración pública se encuentre involucrada en un proceso de libre competencia, que son plenamente coincidentes con la realidad chilena:

1° Una conducta “antitrust” (artículos 1, 2 y 3 LDC) que está permitida por la ley. (*Conducta exenta*).

2° Una conducta “antitrust” que no cuenta con amparo legal. (*Conducta sujeta a la autoridad de competencia*).

3° Una conducta contraria al principio de libre competencia (por ejemplo, falta de publicidad en una convocatoria pública) que no es subsumible en los artículos 1, 2 y 3 LDC. (*Conducta no sujeta a la autoridad de competencia*)<sup>6</sup>.

Al igual que en el caso chileno, las transgresiones a la normativa de derecho de la competencia por parte del Estado sólo pueden autorizarse mediante una ley que le otorgue una autorización especial excepcionándolo del cumplimiento de las normas generales en esta materia, siguiendo a Baño León:

“... las prohibiciones del artículo 1 LDC no se aplican o excepcionan cuando las conductas restrictivas de la competencia resultan directamente de la aplicación de una ley. Por el contrario, cabe la aplicación de las normas prohibitivas cuando las conductas derivan de normas reglamentarias, del ejercicio de potestades administrativas o son causadas por la actuación de los poderes públicos o empresas públicas sin amparo legal”<sup>7</sup>.

En el caso de las normas chilenas resultaría plenamente aplicable la interpretación antes indicada respecto de las conductas sujetas a las normas de defensa de la libre competencia. Pudiendo distinguirse claramente entre:

- 1) Conductas en que no resulta aplicable la normativa de libre competencia. Es decir, aquellos problemas que se susciten por el proceso de licitación mismo, o por el incumplimiento de otras normas aplicables a la creación de la empresa pública o del mercado en cuestionamiento.

<sup>6</sup> José María BAÑO LEÓN, *La aplicación del derecho “antitrust” a la administración pública*, p. 74.

<sup>7</sup> Ignacio PEREÑA PINEDO. *Manual de Derecho administrativo sancionador*, p. 1138.

- 2) Conductas que siendo contrarias a la libre competencia no se han autorizado por un mandato legal específico. De acuerdo a los planteamientos realizados con anterioridad, el despliegue de esta conducta se encontraría prohibido por el D.L. 211, y por tanto resultarían aplicables sus normas para la supresión de la conducta atentatoria contra la libre competencia.

Como lo indica la Fiscalía Nacional Económica:

“Por el contrario, en aquellos casos en que la actuación no está expresamente amparada por una ley, o en que el OAE actúa contrariando la normativa de libre competencia pese a que la ley sectorial otorga espacios para que su actuación se ajuste a dicha normativa, cabría cuestionar la legalidad de la actuación del OAE ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)”<sup>8</sup>.

En este caso, la única vía posible para evitar la responsabilidad del Estado es que el organismo público afectado o el Consejo de Defensa del Estado, dependiendo del caso, deberá realizar la consulta respecto de la antijuridicidad del acto al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de tal manera, la institucionalidad podrá plantear medidas preventivas para mitigar cualquier efecto anticompetitivo que pudiera generarse como consecuencia del despliegue de la conducta.

- 3) Conductas que siendo contrarias a la libre competencia se encuentran autorizadas por un mandato legal específico.

Mediante el cumplimiento de las normas antes indicadas, la actuación del Estado y sus organismos en materia económica se ceñiría a las normas del artículo 19 N° 21 de nuestra Constitución Política. Dado que el ejercicio de la actividad empresarial, sea desarrollada directamente a través del Estado, sea que los particulares la ejerzan a través de un mercado autorizado o creado mediante un proceso de licitación por el mismo ente público, deberá ceñirse a las normas de Defensa de la Libre Competencia contenidas en el D.L. 211.

Resulta de suyo lógico seguir a Domingo Valdés Prieto y a Nicole Nehme cuando indican que:

“...el D.L. N°211 cumple tres funciones simultáneas en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, posee una finalidad tutelar de la libre competencia, concretando la garantía establecida en el artículo 19 N°21 de la CPR. En segundo término, limita aquellos comportamientos

<sup>8</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Guía Sector ...*, p. 5.

que, en ejercicio de la libertad económica, se estiman como atentatorios contra la libre competencia. Y, finalmente, hace operativa la mencionada garantía constitucional, en cuanto establece una restricción de aquellas reconocidas por la CPR de las actividades económicas lícitas”<sup>9</sup>.

De acuerdo a la segunda fuente, es decir, a la jurisprudencia aplicable en la materia, se ha resuelto en reiteradas ocasiones por el TDLC que el Estado y sus organismos se encuentran dentro de su competencia, y que por lo tanto podrían ser investigados por la Fiscalía Nacional Económica o sancionados por el mismo TDLC en caso de contravenir la normativa del D.L. N° 211, cuando dictamina:

“Cuarto: Que, al respecto, se debe tener presente que, tal como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones anteriores, los artículos 3° y 18° N° 1 del Decreto Ley N° 211 atribuyen competencia a este Tribunal para conocer y resolver respecto de cualquier situación que pudiere constituir una infracción a la libre competencia, esto es, cualquier hecho, acto o convención que la impida, restrinja o entorpezca, o que tienda a producir dichos efectos, sin que se prevean excepciones o limitaciones a ella, derivadas de la calidad o naturaleza jurídica del sujeto que pudiera haber cometido tales infracciones”<sup>10</sup>.

Dicha posición se enfatiza cuando el mismo TDLC prescribe que la Administración y sus organismos se encuentran bajo la normativa de la defensa de la competencia y que resulta plenamente aplicable a ellos el D.L. N° 211, cuando establece:

“Sexto. Que en este orden de consideraciones, existe abundante jurisprudencia tanto de este Tribunal como de sus antecesoras –las Comisiones Preventivas y Resolutivas– y de la Excm. Corte Suprema, que ha señalado reiteradamente que las normas de libre competencia del D.L. N° 211 no contemplan ninguna excepción en cuanto a los sujetos a quienes se aplican y que, por lo tanto, también deben ser cumplidas por los órganos de la Administración del Estado, por cuanto 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”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Nicole NEHME, *Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado*, p. 321.

<sup>10</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando cuarto, párrafo primero.

<sup>11</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2013): C 242-2012/ Considerando sexto, párrafo primero.

Si bien es cierto que originalmente estas controversias suelen surgir de hechos que pudieran ser controvertidos ante diversas jurisdicciones, como puede suceder cuando un organismo de la administración del Estado vulnera la competencia a través de un proceso de licitación, en tal caso se podrá reclamar contra el proceso de licitación y paralelamente al TDLC sobre las vulneraciones a la competencia que le correspondan, por tanto, el TDLC ha resuelto estas alegaciones ordenando:

“Decimoquinto. Que la circunstancia de que un mismo hecho pueda ser perseguido simultáneamente ante distintas jurisdicciones con el objeto de hacer efectivas las respectivas responsabilidades legales, obedece a que cada una de ellas busca proteger distintos bienes jurídicos. De esta manera, por ejemplo, puede perseguirse simultáneamente la responsabilidad penal y civil del autor de un hecho que reviste los caracteres de delito ante tribunales diversos”<sup>12</sup>.

La Corte Suprema reafirma ambas posturas al indicar que las normas de defensa de la libre competencia son normas de orden público, y, por tanto, resultan plenamente aplicables al Estado y sus organismos. Asimismo, resuelve el problema de la multiplicidad de bienes jurídicos vulnerados al indicar que:

“Sexto... 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 particular competencia que otorga el artículo 24 de la Ley N° 19.886 al Tribunal de Contratación Pública para conocer de la acción de impugnación contra los actos ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación de los organismos públicos. 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”<sup>13</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia del TDLC ha adherido claramente a la tesis que el legislador puede, a través de un mandato expreso, eximir

<sup>12</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2013): C 242-2012/ Considerando decimoquinto, párrafo primero.

<sup>13</sup> Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Chile (2009): Rol N° 7.796-2008, considerando sexto, párrafo primero.

del cumplimiento de la normativa de defensa de la libre competencia al Estado y sus organismos, al plantear:

“Quinto: Que en efecto, 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 tener ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concurra individual o colectivamente a un mercado. Por lo tanto, dado que las normas de libre competencia son de orden público, si se hubiese querido exceptuar de cumplir con ellas al Estado, o a alguno de sus organismos –o a un concesionario de obra pública como Somarco–, tal excepción habría debido establecerse por ley, lo que no ha sido el caso. Por el contrario, el Estado y sus organismos deben desarrollar cualquier función que le encomiende el ordenamiento jurídico y que implique su intervención en los mercados, observando las normas de defensa de la libre competencia, de cuya aplicación, como se dijo, ninguna norma los exime”<sup>14</sup>.

De tal manera, es posible colegir que en razón de la jurisprudencia del TDLC y de la Corte Suprema, el Decreto Ley N° 211 resulta plenamente aplicable para la Administración del Estado, pudiendo el legislador eximir de dicho cumplimiento a algún organismo, mediante un mandato legal expreso y específico, en el que se libere al Estado o a uno de sus organismos de la aplicación de la normativa en comento.

### *Planes de mitigación de las actuaciones del Estado y sus organismos en los mercados en los que se desenvuelven*

Aun con los cuidados anteriores, el Estado y sus organismos deben procurar examinar el impacto que sus actuaciones implican en los mercados en los que se desenvuelven, teniendo en consideración las potenciales consecuencias que la implementación de sus planes y políticas tendrán en el mercado relevante objeto de dicha política pública.

Este deber de cuidado con el que se ha gravado al Estado y sus organismos ha sido ordenado incluso por la Corte Suprema, la cual ha establecido en opinión de Nehme:

---

<sup>14</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando Quinto, párrafo primero.

“...la protección de la libre competencia, al favorecer la existencia de mercados no concentrados y la promoción de la libertad de elección de los usuarios finales, son propósitos que deben tener presente, en la celebración de sus actos administrativos, todos los organismos del Estado que intervienen en materia económica”<sup>15</sup>.

La Fiscalía Nacional Económica, ha planteado en los mismos términos que este riesgo es aún mayor cuando el Estado y sus organismos se encuentran en ejercicio de sus potestades discrecionales, las que define en los términos siguientes:

“Un organismo del sector público (o un funcionario público en particular) emplea su POTESTAD DISCRECIONAL cuando tiene la libertad de hacer una elección entre posibles cursos de acción, tendientes a alcanzar el bien común, y circunscrito a las competencias y atribuciones legalmente definidas”<sup>16</sup>.

Entendiendo la herramienta de la discrecionalidad del Estado y sus organismos como una ventaja que les permite actuar con mayor libertad y eficiencia en el diseño e implementación de políticas públicas, es importante recalcar que existe un riesgo evidente de afectación de mercados a través del ejercicio de dicha potestad. Sobre todo teniendo en consideración que cada organismo público concentra su foco de acción en el radio de sus competencias sectoriales, las cuales suelen apartarse del estudio del mercado y la competencia en el mismo.

Por tanto, y en directa relación con las ideas anteriores, resultan trascendentales las recomendaciones que la Fiscalía Nacional Económica realiza en este sentido puntualizando la necesidad de identificar oportunamente:

“...los efectos y costos que las actuaciones o intervenciones de los organismos públicos tienen sobre la libre competencia en los mercados puede resultar indispensable a la hora de cautelar el bienestar de los consumidores, el ambiente competitivo y la sociedad en general, así como de evitar, en la medida de lo posible, los costos y riesgos asociados a un proceso judicial, derivados de efectos o costos no analizados ni considerados en su oportunidad”<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Nicole NEHME, *Aplicación de las ...*, p. 325.

<sup>16</sup> Fiscalía Nacional Económica, *Guía Sector...*, p. 9.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 5.

### *Distorsiones a la libre competencia derivadas de la participación del Estado y sus organismos en la economía*

En principio, la participación del Estado y sus organismos, en opinión de las ciencias económicas, se encuentra plenamente justificada cuando existen fallas de mercado. Es más, el Estado se encuentra en la obligación de intervenir para corregir dichas fallas desde la perspectiva de un sistema de economía social de mercado.

De tal manera, la participación del Estado y sus organismos, si bien no genera por sí misma distorsiones contrarias a la libre competencia, mediante la adjudicación de contratos a particulares se busca la implementación de políticas públicas necesarias para la consecución del bien común. Pero, en razón de la importancia de la participación del Estado y sus organismos en un mercado determinado, su mera participación pudiera generar distorsiones que originen como consecuencia la afectación de la libre competencia.

En palabras del mismo TDLC, analizando la participación del Estado en la economía, se indica: *Noveno*. Que, tratándose de órganos del Estado, lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferentes o demandantes de bienes y servicios o asignadores de derechos o recursos 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 de la libre 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 o asignación de recursos escasos (entre otras, sentencias N° 77/2008, consideración novena; N° 92/2009, consideración novena)<sup>18</sup>.

Otro problema se origina mediante la forma en la cual se concreta dicha política pública in concreto, dado que la creación de un mercado específico puede implicar la afectación a la competencia durante el proceso de licitación de dicho mercado. Lo anterior se gesta en aquellos casos en que la licitación implica la competencia por un determinado mercado creado dentro de la política pública, generando un monopolio en la enajenación de bienes o prestación de servicios por un plazo determinado, lo anterior ha sido descrito por el TDLC al expresar:

<sup>18</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2013): C 242-2012/ Considerando noveno, párrafo primero.

“Trigésimo noveno. Que así establecida la secuencia de hechos precedentes, corresponde a continuación determinar el mercado relevante en el que se desarrollaron los hechos, actos o convenciones que denuncia la demandante. A este respecto, las partes coinciden en que éste sería el de la Licitación, pues la demandante asevera que el caso *sublite* se trata de “[...] una competencia ‘por el mercado’, y no ‘en el mercado’, ya que, una vez adjudicado el contrato, la competencia deja de existir, puesto que la provisión de los bienes licitados se efectúa por una sola entidad durante todo el periodo que dure el respectivo contrato” y la demandada sostiene que comparte la definición de la demandante, entendiendo que la Licitación constituiría un mercado en sí mismo”<sup>19</sup>.

En estos casos, el análisis previo a desarrollar en el diseño de la política pública a través de los planes de mitigación toma una especial relevancia, dado que es en los procesos de licitación, en razón del rol que se le otorga al Estado y sus organismos como asignador de recursos en estas oportunidades.

En consecuencia, resulta evidente que de la participación del Estado a través de sus políticas públicas en los mercados surgen al menos dos problemas dignos de análisis, los cuales serán revisados en el presente artículo, en primer lugar la creación de mercados a través de procesos de licitación, y, en segundo lugar, la asignación de facilidades esenciales a particulares como parte de dicho proceso.

#### A) LA CREACIÓN DE MERCADOS A TRAVÉS DE PROCESOS DE LICITACIÓN

Mediante los procesos de licitación, la Administración del Estado logra suscribir contratos de provisión y de suministro que aseguran su acceso a determinados bienes y servicios que requiere en un período de tiempo determinado. De esta manera, logra asegurar tanto el acceso a aquellos insumos y servicios que requiere, como asimismo determina los precios a pagar por ellos por un tiempo determinado, utilizando economías a escala para negociar mejores costos con sus proveedores.

Con todo, la participación del Estado en dichos procesos conlleva riesgos reales a la competencia en los mercados en los que participa, dado que la importancia económica de los contratos suscritos con la Administración es de tal envergadura que altera a dichos mercados en su estructura desde el momento de la incorporación de la Administración del Estado a ellos.

<sup>19</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2013): C 242-2012/ Considerando trigésimo noveno, párrafo primero.

En palabras del TDLC, respecto de los procesos de licitación:

“cabe tener presente que las licitaciones o concursos destinados a asignar recursos económicos son especialmente 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”<sup>20</sup>.

De tal manera, y en razón de los puntos antes indicados, es de vital importancia el evitar la generación de distorsiones en los mercados a través de las licitaciones públicas, lo que obliga al Estado y sus organismos a cautelar con rigurosidad las potenciales consecuencias de sus actuaciones en los mercados que deciden participar en el diseño de sus políticas públicas, considerando la aplicación de planes de mitigación adecuados al impacto real que sufrirán los mercados en razón de su participación en éstos.

Para el TDLC resulta de suma importancia el mitigar la distorsión en los mercados generada por el Estado en la implementación de sus políticas públicas, de tal manera que se consigan sus fines sin afectar la competencia en las actividades sectoriales requeridas por medio de las licitaciones o concursos, lo que se desprende de su resolución en Naviera y otros contra el Fisco de Chile al indicar que:

“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, en la elección y diseño de los mecanismos por medio de los cuales se proponga alcanzarlos”<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando sexto, párrafo primero.

<sup>21</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando cuadragésimo.

Así, la participación del Estado en los procesos de licitación debe tender a privilegiar el equilibrio en el mercado relevante, y es posible entender en opinión del TDLC que existe cuando:

“...el equilibrio que resulta de un proceso de licitación es competitivo en la medida que las bases de licitación se diseñen con los incentivos adecuados para: (i) generar competencia *expost*; (ii) minimizar la posibilidad de que exista colusión entre los oferentes, y (iii) evitar que se establezcan barreras a la entrada injustificadas; aspectos que dicen relación principalmente con el diseño de bases y con el comportamiento de los oferentes. Además, e igualmente relevante es el comportamiento *expost* –una vez definidas las bases de licitación– de quien licita y compra. En la medida que exista un compromiso creíble por parte del ente licitante que asegure que no se desviará de lo establecido en las bases de licitación, diseñadas por el mismo, se resguarda la competencia en el proceso de licitación. Ambos aspectos –buen diseño de bases y compromiso por parte del ente licitante– garantizan que se llegue al resultado competitivo y, por lo tanto, son susceptibles de control por este Tribunal”<sup>22</sup>.

En razón de la dificultad que significa para organismos públicos cuya especialidad no es la defensa de la libre competencia, resulta útil la aplicación de las recomendaciones planeadas por Nicole Nehme tras un exhaustivo estudio de la jurisprudencia aplicable a los procesos de licitación de los que surgen sus nueve recomendaciones o exigencias relativas a las bases de licitación o concursos públicos<sup>23</sup>:

- 1) No es procedente la incorporación de disposiciones en que los oferentes renuncien al derecho a reclamo o acción jurisdiccional.
- 2) No pueden incorporarse exigencias que resultan de distintos niveles de cumplimiento del criterio en discriminaciones a favor de determinados agentes económicos.
- 3) La evaluación de las ofertas no debe conferir amplia discrecionalidad al licitante, por aumentar la incertidumbre –y de esta manera el costo– del proceso.
- 4) Los criterios de evaluación deben contener una escala, confeccionada de acuerdo y no sólo un puntaje máximo.
- 5) El licitante está facultado para desestimar ofertas o declarar desierta la licitación, siempre que posteriormente la adjudicación del servicio se efectúe mediante una nueva licitación.

<sup>22</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2013): C 242-2012/ Considerando octavo del voto disidente de la Ministra Domper.

<sup>23</sup> Nicole NEHME, *Aplicación de ...*, pp. 340-342.

- 6) Las licitaciones basadas únicamente en ofertas monetarias cuando los bienes a licitar son limitados, favorecen a la empresa dominante, por lo que deben enmendarse.
- 7) Los bienes no deben ser asignados de modo indefinido, a menos que existan razones que lo justifiquen.
- 8) La exigencia de contar el proponente con determinados contratos vigentes es un requisito constitutivo de una barrera de entrada al mercado, por lo que debe enmendarse.
- 9) Los procesos licitatorios deben contemplar los plazos necesarios para posibilitar la entrega de ofertas serias por parte de los oferentes.

B) *LA ASIGNACIÓN DE FACILIDADES ESENCIALES A PARTICULARES  
COMO PARTE DE DICHO PROCESO*

Un segundo problema que se presenta en los procesos de licitación públicos es que como una forma de incentivar a los particulares a participar de dicho proceso, se les suele otorgar la exclusividad en el derecho de uso de infraestructura construida por el Estado, de tal manera que se les asigna una ventaja que distorsiona cualquier competencia posible, mediante la creación de lo que la doctrina denomina una “facilidad esencial”.

Según las jurisprudencias estadounidense y europea, se constituye una facilidad esencial cuando estamos en presencia de un bien económico escaso, imposible de duplicar y necesario para acceder a un concreto mercado<sup>24</sup>.

Con todo, la existencia de una facilidad esencial implica necesariamente un supuesto de hecho, que Calvo y Rodríguez describen señalando que:

“una o más empresas que poseen la infraestructura necesaria para entrar en un determinado mercado. Al tener la llave del acceso, tales empresas con posición dominante, más bien, monopolio en el mercado de la infraestructura, también la poseen en un mercado anexo donde se precisa la utilización de la misma”<sup>25</sup>.

Es necesario recalcar que para que un determinado bien se convierta en una facilidad esencial es necesario que no pueda ser replicado por el competidor afectado, como lo indica el TDLC al indicar:

<sup>24</sup> Alfonso-Luis CALVO CARAVACA; Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO, *La doctrina de las infraestructuras esenciales en derecho antitrust europeo*, p. 31.

<sup>25</sup> *Ibíd.* p. 30.

“...Adicionalmente, es posible sostener que, en la actualidad, no se dan condiciones para que los demandantes dupliquen la infraestructura existente, puesto que deberían competir con un oferente que dispone gratuitamente de la infraestructura portuaria que se le entrega conforme al contrato (punto 1.6.1.1) y que, además, está subsidiado (como consta a fojas 1084)”<sup>26</sup>.

Asimismo, es importante destacar que en ocasiones la facilidad esencial se despliega mediante la participación de un agente de mercado en un servicio anexo dentro de la cadena productiva del servicio final que comercializa, y por tanto, generando la integración vertical de ambas actividades económicas, esta situación es descrita claramente por el TDLC en el caso de “Naviera y otros contra el Fisco de Chile” al señalar que:

“...la integración vertical de infraestructura portuaria con servicios de transporte marítimo, genera riesgos importantes para la libre competencia, pues produce incentivos a la empresa integrada verticalmente para excluir a sus competidores del mercado aguas abajo, sea discriminando en precios, en calidad o, derechamente, negando injustificadamente el acceso a estos últimos a la infraestructura portuaria esencial”<sup>27</sup>.

Con todo, si bien es cierto que la generación de integraciones verticales en los mercados implica riesgos evidentes, el TDLC manifiesta que en ciertos casos pudieran darse eficiencias que justificaran su incorporación en un mercado determinado, cuando expresa:

“Trigésimo octavo: Que, entonces, la integración vertical aparece en estos mercados como una solución que debe utilizarse excepcionalmente, cuando las deficiencias de los mismos sean tales que así lo ameriten, o cuando existan razones de eficiencia que las hagan necesarias”<sup>28</sup>.

De tal manera, no existen incentivos reales para que el agente dueño o poseedor de la infraestructura esencial comparta el acceso a ella con otros potenciales competidores del mercado en el que se desenvuelve, o al menos, que no lo haga en condiciones equitativas para su competencia. Así, es posible indicar que sea por vía de negociación directa entre las

<sup>26</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando trigésimo sexto, párrafo primero.

<sup>27</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando trigésimo quinto, párrafo primero

<sup>28</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando trigésimo octavo.

partes o por orden judicial, aquella empresa que tiene a su disposición dicha facilidad esencial se ve en la obligación de compartir dicho recurso con sus empresas competidoras, y que en ambos casos dichas empresas competidoras deberán remunerar adecuadamente dicho acceso.

Esta relación contractual, sea voluntaria o forzada a través de la judicatura, implica necesariamente que un agente de mercado se encuentra en una posición que le permite incidir en la estructura de costos de sus competidores, otorgándole un poder cuyo abuso implicaría necesariamente la judicialización del conflicto, dado que resulta difícil de comprender que la determinación de los costos de un bien o servicio dependan directamente de un agente competidor que a la vez provee a la empresa analizada de una determinada facilidad esencial sin la cual no le es posible desarrollar su proceso productivo.

Dentro de la esencia del desarrollo de actividades empresariales, tradicionalmente se espera que los competidores rivalicen por obtener una presencia importante en los mercados en los que participan, la doctrina de las infraestructuras esenciales implica una de las excepciones a este principio,

“...los competidores no sólo pueden cooperar, sino que están obligados a ello. Si no lo hacen, las autoridades de competencia les impondrán fuertes sanciones. Por tanto, resulta no sólo necesario, sino absolutamente inaplazable precisar en qué supuestos y bajo qué condiciones deben cooperar”<sup>29</sup>.

Este concepto resulta difícil de comprender, dado que en la esencia de la competencia se encuentra la idea de que las empresas que son capaces de explotar sus ventajas competitivas tenderán a ser exitosas en el mercado en el que se desenvuelvan. Mediante la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales se busca eliminar una asimetría entre las empresas competidoras, de tal manera que vuelvan a una situación de igualdad que les permita competir en razón de un mejor servicio o de la producción de un bien que se destaque ante los consumidores, en vez de preferir a una empresa por el simple hecho de que se convierte en el único proveedor de un bien o servicio dado que otros agentes económicos no tienen acceso a participar de un mercado determinado.

De tal manera, la aplicación de esta doctrina radica en la práctica en las manos de los Tribunales especiales de Libre Competencia, dado que siguiendo a Calvo y Rodríguez:

<sup>29</sup> Alfonso-Luis CALVO CARAVACA; Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO, *La doctrina...*, p. 3.

“Sería trágico dejar que el acceso a las infraestructuras esenciales (ad ex. El acceso al buque local) dependiese exclusivamente de la voluntad de los operadores tradicionales: no existiría ningún incentivo que les obligara a contratar o a no retrasar la contratación con empresas rivales; mientras que, como consecuencia de su posición dominante en el mercado, pudieran imponer a sus clientes precios supracompetitivos”<sup>30</sup>.

En consecuencia, será en el mismo proceso de licitación, en el cual la Administración del Estado fije las bases para la competencia en el mercado mediante la creación de facilidades esenciales, incorporando la posibilidad de realizar cobros a terceros por el uso de dichos recursos necesarios para el desarrollo de la actividad económica objeto de la política pública. De tal manera, será necesario que el organismo público considere en la redacción de sus bases lo indicado por el TDLC en materia de fijación de remuneraciones por el uso de facilidades esenciales, al prescribir:

“Que, al respecto, cabe tener presente 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*. En el extremo, si el nivel de la tarifa por el insumo esencial es tal que hace que para los competidores no sea rentable ofrecer el servicio de transporte, la licitación implementada produce efectos exclusorios y cierra el mercado a actores distintos del concesionario verticalmente integrado”<sup>31</sup>.

De tal manera, la Administración del Estado deberá asegurar el acceso a dichos bienes a las empresas aguas abajo, como forma de garantizar la equidad y el acceso al mercado por nuevos agentes que pudieran prestar un mejor servicio a los usuarios, logrando la consecución de la política pública incluso fuera del marco de la licitación. En caso contrario, podría generarse el absurdo de que los consumidores quedaran capturados con un proveedor deficiente de un determinado bien o servicio, por el otorgamiento de una facilidad esencial por parte del Estado a dicho proveedor negligente.

<sup>30</sup> *Ibíd.* p. 42.

<sup>31</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012): C219-2011/ Considerando cuadragésimo sexto, párrafo primero.

*Sanción a particulares que han actuado en razón  
de un acto del Estado en forma contraria a la libre competencia*

Con todo, al establecer que el Estado y sus organismos, pueden contravenir la libre competencia en la implementación de sus planes y programas, es posible colegir que cualquier particular que haya desplegado acciones en el sentido indicado por el Estado, también participaría en calidad de participante –a lo menos– de una conducta ilícita. Y, por tanto, sancionable ante el derecho chileno.

Esta situación resulta de suyo compleja, dado que el particular aun cuando actúa amparado en una actuación del Estado o de organismos que forman parte de él, al haber participado en un acto contrario a la libre competencia se encuentra en incumplimiento del D.L. 211, y, por lo mismo, correspondería en principio aplicar una sanción en su calidad de cómplice de dicha inobservancia.

De tal manera, esta visión de la norma encamina a la aplicación de una interpretación absurda, dado que el particular que actúa amparado en un acto del Estado o de sus organismos actuando de buena fe, al menos procede desde una “apariencia de legalidad”, que resta parte del gravamen ocasionado por la antijuridicidad de su conducta.

Dicha conducta ilegal, basada en un acto de autoridad puede tener variados orígenes, desde un reglamento que contraría la legislación contenida en el D.L. N° 211 o las bases de una licitación que incumplen dicha normativa. Con todo, respecto de los particulares a los que se pudiera afectar por medio de la persecución de la conducta antijurídica, como indica Rebollo Puig citado por Baño León:

“...la empresa que actúa al amparo de un reglamento, aunque sea ilegal, no puede ser sancionada “porque no cabe sanción a quien, mientras no se demuestre lo contrario, actúa conforme a Derecho; pero –añade– tampoco cabrá dictar órdenes de cesación o de remoción de los efectos, porque eso también choca frontalmente con la presunción de legalidad, pues no se puede obligar a cesar en una conducta que, en principio, es lícita”<sup>32</sup>.

En el Derecho español, este problema se salva desde una perspectiva constitucional, dado que siguiendo a Baño León:

“...cuando garantiza el principio de seguridad jurídica los derechos fundamentales de los particulares, esencialmente la tutela judicial efectiva y

<sup>32</sup> José María BAÑO LEÓN, *La aplicación ...*, op. cit. , p. 65.

el principio de legalidad del Derecho Administrativo Sancionador. Se ha dicho muchas veces que un particular no puede ser sancionado por una conducta que viene siendo reconocida como lícita por una disposición o un acto administrativo”<sup>33</sup>.

En el caso chileno, resulta necesario seguir la misma lógica, al entender que la declaración de ilicitud de una conducta por ser contraria a la libre competencia, declarada que sea por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, si bien implica un reconocimiento del carácter antijurídico de la conducta, no pueden afectar derechos adjudicados a los particulares de buena fe, como por ejemplo, mediante la revocación de adjudicaciones de licitaciones públicas.

Cualquier reparación que se dictamine por parte de los Tribunales deberá hacerse en sede civil, una vez obtenida la sentencia a firme que declare al acto contrario a la libre competencia, dado que el ámbito de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es claro, sus análisis sólo pueden referirse a temas de competencia, y no podrán ni siquiera tratar en sus sentencias puntos referidos al ámbito sectorial en el que se desenvuelven los organismos públicos investigados<sup>34</sup>.

De tal manera, al igual que en el caso español, será el TDLC quien determine si es que una conducta cabe o no dentro de una exención legal que se haya otorgado por el legislador a las normas de libre competencia. Y siguiendo a Baño León, en aquellos casos en que:

“El reglamento o el acto administrativo justificativos de la conducta de la empresa si cuenta con amparo legal, no podrán dar lugar a la sanción de esas conductas, porque concurre una causa de justificación de la antijuridicidad. Si el reglamento o el acto carecen de amparo legal, pero justifican la conducta, tampoco podrán dar lugar a la imposición de sanciones, porque no concurriría el elemento de la culpabilidad, si se ha actuado de buena fe confiando en la legalidad de la actuación. Estaríamos ante un error de prohibición”<sup>35</sup>.

### *¿Confianza legítima o confianza lúcida?*

Respecto de la potencial sanción que pudiera aplicarse a los particulares, cuando a propósito de un error en un reglamento o convocatoria a licita-

<sup>33</sup> Ibid. p. 66.

<sup>34</sup> Nicole NEHME, *Aplicación de ...*, p. 329.

<sup>35</sup> José María BAÑO LEÓN, *La aplicación ...*, p. 66.

ción se indujera a privados a contravenir las normas de defensa de la competencia, es necesario dilucidar un problema previo. ¿Basta la confianza legítima del particular como estándar para eximirlo de responsabilidad por este incumplimiento de la normativa de la competencia?

En principio, para parte de la doctrina internacional, se entiende que al actuar al amparo de un acto administrativo previo que avale una determinada conducta enmarcaría dicho incumplimiento en el principio de la confianza legítima, y por tanto, correspondería a un acto inimputable en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora del Estado.

De tal manera, no podría ser sancionado un particular o empresa que, actuando de acuerdo a lo ordenado por el Estado, contraviniera otra norma del ordenamiento jurídico igualmente aplicable al caso concreto. De acuerdo a Costas, el principio de la confianza legítima implica la aplicación del principio de la buena fe, y el de la seguridad jurídica, al expresar:

“...el principio de protección de la confianza legítima del ciudadano (particular o empresa) en la legalidad de la actuación de los poderes públicos está íntimamente conectado con el principio general de la buena fe (en las relaciones entre los poderes públicos y los particulares) y, particularmente, está entroncado con el principio de la seguridad jurídica que informa todo el ordenamiento jurídico”<sup>36</sup>.

Con todo, la visión planteada por Costas dificulta el proceso de la prueba para el agente sancionador, dado que la mala fe deberá ser probada por el ente que la alega, y el principio de la seguridad jurídica debiera ser aplicado sin duda ante un reglamento o bases de licitación que hubieren cumplido con las normas básicas de procedimiento y publicidad para su creación.

En opinión de Costas, la extensión de esta eximición de responsabilidad es amplia, al indicar:

“Siendo, pues, que la conducta restrictiva resultante de la aplicación de una Ley es lícita, el autor no puede ser sancionado por la autoridad de competencia, ni la conducta restrictiva será causa o fundamento de un daño resarcible a través del ejercicio de una acción de responsabilidad civil”<sup>37</sup>.

Así mismo, la interpretación de la confianza legítima nos genera un problema respecto de la presunción de conocimiento de la ley planteada

<sup>36</sup> Julio COSTAS COMESAÑA, *La confianza ...*, p. 105.

<sup>37</sup> *Ibíd.* p. 110.

por nuestro Código Civil, dado que al reconocer que jurídicamente por razones de seguridad el particular quedaría eximido del cumplimiento de la normativa de libre competencia, dado que el ilícito tendría su origen en una actuación del Estado, implica reconocer que el particular, incluso a sabiendas del error cometido por el regulador, se beneficie de una inmunidad inmerecida en razón de un problema de prueba ocasionado por el concepto de buena fe.

Si bien es cierto, resulta razonable pensar que los particulares asuman la licitud de las conductas desplegadas por el Estado y sus organismos, no es menos cierto, que no podría serlo, cuando el error resulte evidente, dado que la ley se presume conocida por todos y no podría el particular alegar ignorancia o error en su comprensión.

“De tal forma que si la empresa conocía la ilegalidad de su conducta restrictiva y la falta de competencia de la Administración sectorial para autorizarla o ampararla (o su desconocimiento es consecuencia de un comportamiento negligente), no podrá alegar ante la autoridad de competencia la existencia de confianza o creencia en la legalidad de la actuación administrativa que ampara su comportamiento anticompetitivo”<sup>38</sup>.

De tal manera el concepto de confianza legítima no implica confianza ciega por parte de los ciudadanos en los actos del Estado, pero la dificultad de la prueba de la mala fe de particulares o empresas, en la práctica implica la exigencia de un estándar de tales características.

En consecuencia, la confianza que ampara el derecho excede la comprensión de confianza legítima, que permite el aprovechamiento de errores del Estado y sus organismos para eximir de responsabilidad a particulares que se encuentran en la obligación de conocer y respetar la norma vigente.

Los particulares y empresas participantes en mercados regulados o creados por el Estado a través de procesos de licitación implican la participación de dichos agentes de mercado en un contexto de confianza lúcida, término acuñado por el profesor José Murillo, quien propone un esquema más exigente, en mi visión plenamente aplicable a los particulares en el caso en comento, al indicar que:

“La confianza lúcida es la confianza que se compromete con ella misma, porque sabe que no puede constituirse como un lugar de certezas absolutas ni como un valor que se gana de una vez y para siempre. Es más bien un desafío constante que requiere del coraje necesario para volver

<sup>38</sup> *Ibíd.* p. 125.

siempre a construir y reconstruir las condiciones de la confianza misma. Esto porque la confianza no es una conclusión racional, sin un vínculo afectivo dinámico que sabe y siente, se sabe y se siente desde ella misma”<sup>39</sup>.

De tal manera, los particulares no pueden basarse en que un acto surge desde el Estado mismo para entender, desde una candidez poco argumentada, que el acto en sí mismo no sólo es lícito, sino que es válido, sin realizar ninguna revisión posterior en que se contraste la norma aplicable con el sistema jurídico vigente. Como si se tratara de una verdad revelada más que de una norma jurídica.

### *Requisitos para que una actuación del Estado exima de responsabilidad al privado involucrado*

Si bien es cierto que el particular involucrado en un acto lesivo a la libre competencia en los términos analizados en el presente artículo despliega dicha conducta tras un acto previo del Estado o sus organismos, que en su gestación se ha diseñado con un error, dicha circunstancia no es suficiente para que se exima de toda responsabilidad al particular involucrado en el acto discutido.

Como ya se indicó con anterioridad, para parte de la doctrina se aplica el principio de la confianza legítima del ciudadano respecto de los actos de la autoridad. Asimismo, resulta razonable plantear que dicho estándar es insuficiente dado que un acto administrativo errado en su diseño no puede liberar a un particular del cumplimiento de una norma legal reconocida, y por tanto resulta necesario que el particular actúe dentro del concepto de confianza lúcida, es decir, no amparado en una fe ciega al Estado, sino que actuando con la absoluta convicción de estar obrando conforme a derecho.

De acuerdo a la doctrina española, se exige que la Administración haya tomado parte activa en el acto contrario a la libre competencia como un requisito previo para eximir a los particulares de sanción a este respecto,

“...el TDC parece exigir que la actuación de la Administración haya consistido en “sugerir, provocar o inducir” a la empresa a adoptar comportamientos restrictivos prohibidos. En definitiva, la iniciativa anticompetitiva debe haber partido de la administración y no de las empresas. Una exigencia lógica, pues si la iniciativa parte de la empresa no concurrirá

<sup>39</sup> José Andrés MURILLO, *Confianza Lúcida*, p. 50.

entonces en ésta la buena o legítima confianza en la corrección *antitrust* de la actuación administrativa<sup>40</sup>.

Para el autor Julio Costas deben darse tres requisitos para que se exima de responsabilidad a los particulares<sup>41</sup>:

- 1) Que la Administración sugiera o provoque la conducta, no siendo suficiente la inactividad del ente estatal.
- 2) La actuación no puede darse en el marco de una mediación realizada por el Estado o sus organismos para subsanar un conflicto entre particulares. Dado que en este caso no sería el ente estatal el generador del conflicto, sino que un mero coadyuvante en la solución.
- 3) La conducta de la Administración debe ser causa directa del acto contrario a la libre competencia.
- 4) No debe tratarse de un acuerdo restrictivo entre privados que se haya amparado en un acto administrativo posterior.

En la misma línea, sería necesario agregar un quinto elemento de carácter subjetivo, el particular debiera actuar con la confianza lúcida de que el acto administrativo se ajusta a derecho, y por lo tanto, al actuar dentro del marco jurídico planteado por la Administración en sus bases de licitación todos sus actos se encuentran amparados por el derecho. Por el contrario, aquellos agentes económicos que dudando de la legalidad del acto participaran de él bajo la concepción de encontrarse amparados por el Estado, debieran de recibir una sanción ponderada por el TDLC en razón de sus facultades.

### Conclusión

Así, queda manifiesto que el Estado y sus organismos pueden ser sujetos pasivos en una demanda ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, tanto en cuanto afecten, real o potencialmente, algún mercado relevante mediante la implementación de políticas públicas en la esfera de su competencia.

Con todo, de acuerdo a lo determinado por la Excelentísima Corte Suprema, si es que la herramienta de afectación corresponde a un procedimiento administrativo que cuente con un proceso propio de impugnación, la sentencia del Tribunal de Defensa chileno deberá limitarse a fallar

<sup>40</sup> Julio COSTAS COMESAÑA, *La confianza ...*, p. 128.

<sup>41</sup> *Ibíd.* p. 128.

aquellos aspectos directamente relacionados con la libre competencia. Correspondiendo a la jurisdicción administrativa cualquier reclamación en razón con aspectos relativos a la licitación misma.

Aquellos particulares que hayan participado en la conducta anti-jurídica podrán ser sancionados mediante la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia, a menos que la conducta haya sido inducida por el Estado y que el particular haya actuado conforme a ella desde la confianza lúcida de estar obrando de acuerdo a derecho, no siendo suficiente el cumplir con el principio de la confianza legítima en los actos de la Administración del Estado, dado que los agentes económicos cuentan con el conocimiento (o al menos la obligación de conocimiento) de la normativa como para determinar de manera clara y contundente cuándo el Estado o sus organismos exceden sus atribuciones, o simplemente cometen un error, no pudiendo basarse en el principio de la confianza legítima para aprovecharse de dicha circunstancia.

### Bibliografía

- BAÑO LEÓN, José María; “La aplicación del derecho “antitrust” a la administración pública”; en *Derecho de la competencia y la regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Primera edición, 2011, Pamplona, editorial Thomson and Reuters, 61-86.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana; *La doctrina de las infraestructuras esenciales en derecho antitrust europeo*. Editorial La Ley. Madrid. 2012.
- CASE, Karl & FAIR, Ray; *Principios de macroeconomía*, 2ª ed. Editorial Pearson, México. 2008.
- CEA EGAÑA, José Luis; *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica, 2004.
- CHOI, Stephen; PRITCHARD, A.C.; *Securities regulation: cases and analysis*, 2ª ed., Estados Unidos, Foundation Press, 2008.
- COLOMA, Germán; *Defensa de la competencia: análisis económico comparado*; Editorial Ciudad Argentina, 2003.
- CONTRERAS BLANCO, Oscar, *La Competencia Desleal y el Deber de Corrección en la Ley Chilena*, Editorial Universidad Católica, Santiago, 2012.
- COSTAS COMESAÑA, Julio; “La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al derecho de defensa de la competencia”; en *Derecho de la competencia y la regulación en la actividad de las administraciones públicas*, editorial Thomson and Reuters, Primera edición, 2011, Pamplona, España, 105-134.

- DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè; *La competencia desleal*. Breviarios jurídicos, Madrid, Editorial Iustel, 2007.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA; Guía “Sector Público y Libre Competencia: Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia”, junio 2012.
- LARROULET, Cristián; MOCHÓN, Francisco; *Economía*, Segunda edición, McGraw- Hill, Santiago, 2003.
- MURILLO, José Andrés; *Confianza Lúcida*. Santiago, Chile, Uqbar Editores. 2012.
- NEHME, Nicole: “Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado”; en *La Libre competencia en el Chile del Bicentenario*. Ediciones Universidad Católica – Thomson Reuters, Chile, 2011. Páginas 317-374.
- PEREÑA PINEDO, Ignacio. Coordinador. Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2005.
- SIGNES DE MESA, Juan Ignacio; *Derecho de la competencia*, España, Editorial Thomson and Reuters, 2013.
- NUÑEZ OSORIO, Maritza Iliana; *El abuso anticompetitivo en precios: rebajas y precios predatorios*. España, Editorial La Ley, 2012.