

Comentario de Francisco Zúñiga Urbina
Profesor Titular Universidad de Chile

Contratación pública y libre competencia

Public procurement and competition

Doctrina:

- La Corte Suprema establece que, en el marco de un proceso concursal, el mercado relevante en dicho escenario es aquél que se da en el marco de la licitación misma, por lo tanto son las bases de licitación el instrumento del bloque de legalidad que delimita el marco jurídico por el que debe regirse el órgano público que actúa como licitante, para efectos de determinar si sus conductas son eventualmente atentatorias o contrarias a la libre competencia, en virtud de lo preceptuado en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, de 1973.
- Ahora bien, no habiéndose constatado infracción alguna a la legislación que resguarda la libre competencia por parte de las bases de licitación, cabe distinguir los ámbitos competenciales tanto del Tribunal de la Libre Competencia como del Tribunal de la Contratación Pública, correspondiéndole a esta última institución controlar la eventual ilegalidad y consecuente nulidad de la decisión del organismo público de marginar competidores con fundamento en las bases de licitación, que constituye la pieza esencial de todo procedimiento de contratación pública.
- Lo anterior, permite delimitar la competencia de los tribunales especiales en razón de la materia: un contencioso administrativo especial en que se cautela básicamente el derecho objetivo de los procedimientos concursales de contratación pública y un contencioso de libre competencia que cautela el mercado y sus principios basales.

Normativa invocada:

- Decreto Ley N° 211.
- Ley N° 19.886.
- Decreto N° 250, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

I. Presentación del tema

En esta ocasión, es nuestra intención comentar un conjunto de sentencias judiciales que han recaído en las distintas instancias y sedes donde se ha ventilado un asunto que empuja al procedimiento licitatorio público contractual de la Administración de carácter internacional, que fue convocado por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile, para proveer el servicio de diseño y soporte de las nuevas cédulas de identidad y pasaportes para los chilenos y extranjeros en cuanto sea procedente para su identificación el otorgamiento de los citados documentos.

Dividiremos nuestro trabajo en: (1) una primera parte expositiva de los antecedentes generales del asunto tratado por los tribunales que intervinieron y que componen el caso a resolver; (2) la serie de actos jurídico procesales que resolvieron en sus diferentes etapas el conflicto generado por el proceso licitatorio en cuestión, en sede de contratación pública, y el control judicial por los tribunales superiores; (3) la serie de actos jurídicos procesales que resolvieron en sus diferentes etapas el conflicto referido, en sede de libre competencia; y (4) un análisis del fondo de lo resuelto por la Corte Suprema, en atención al marco de actuación competencial del Tribunal de Contratación Pública y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, así como de la procedencia del análisis de la cuestión licitatoria pública desde la perspectiva de la formación de un mercado relevante para los oponentes *ex ante* y no *ex post*, como fue la pretensión de la actora -la empresa Sonda S.A.- en ambas sedes.

II. Antecedentes generales del asunto: el conflicto tras la licitación pública de cédulas de identidad y pasaportes

La licitación que dio origen a la controversia se inició en el año 2007, y tenía carácter internacional, presentándose a la misma una cantidad de 7 oferentes. Dicha licitación pública, realizada por el Servicio de Registro Civil e Identificación (SRCEI), denominada “Contratación de Servicios Destinados al Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados”, ID 594 – 56 – LP08, fue adjudicada originalmente a la empresa Indra Sistemas Chile S.A. (INDRA). Sin embargo, uno de los proponentes – MORPHO S.A. (MORPHO) – tomó conocimiento de que durante el mes de mayo de 2010, la boleta de garantía de INDRA –que debía estar vigente durante todo el procedimiento de licitación– había dejado de estar vigente, y que el funcionario que recibió dicha boleta no informó aquello a los demás oferentes. Lo anterior, sumado al hecho que se conformó de manera irregular la comisión evaluadora, concurriendo a ella personal que no estaba habilitado legalmente y que no se encontraba estipulado en las Bases de Licitación y que se habían modificado las Bases de Licitación una vez presentadas las ofertas por los proponentes a través del documento denominado “*Guía del Evaluador*”, dio pie a que esta empresa demandara ante el Tribunal de Contratación Pública la nulidad de la adjudicación, en causa Rol N° 85 – 2010. Fruto de ello, obtuvo en definitiva una sentencia que acogió la demanda presentada por MORPHO, por haberse constatado las irregularidades denunciadas, estableciéndose dos efectos: por un lado, la anulación parcial de la licitación, retrotrayendo la misma a la etapa previa a la evaluación, pero sin la realización de nuevas pruebas, que dada la naturaleza de la licitación habían sido extensas y costosas; y, por otra parte, la exclusión de Indra Sistemas Chile S.A. A su vez, la Contraloría General de la República mediante

dictamen confirmó las irregularidades e incluso ordenó la sustanciación de un sumario administrativo que concluyó con sanciones para los funcionarios públicos.

Una vez que se retomó la tramitación de la licitación, en el punto en que lo había ordenado el Tribunal de Contratación Pública mediante su sentencia de invalidación parcial, la entidad licitante procedió a excluir a diversos proponentes y a adjudicar en definitiva a la empresa MORPHO, filial de la multinacional Grupo Safran. Ante esto, fue interpuesta una demanda ante el citado tribunal por la empresa SONDA S.A. (SONDA), con fecha 2 de septiembre de 2011, en donde se impugna la Resolución Exenta N° 3.492, de 22 de agosto de 2011, en la que se declara inadmisibles las ofertas de SONDA, *“por no cumplir con las exigencias establecidas en la sección 2.1.1 Experiencia del proponente, de las bases técnicas de licitación”*.

Los argumentos esgrimidos en esta primera demanda de SONDA, que dio origen a la causa Rol N° 162-2011 ante el Tribunal de Contratación Pública, se resumen en los siguientes puntos:

- El SRCEI, con la resolución dictada, habría infringido lo dispuesto por el Tribunal de Contratación Pública en la sentencia dictada en la causa Rol N° 85-2010, en la que se ordenó realizar una nueva evaluación de las ofertas de los proponentes que la misma resolución señala, sin hacer nuevas pruebas técnicas, fijando de esta forma un límite temporal preciso a los efectos de la sentencia dictada. La evaluación de los certificados se retrotraería más allá de lo dispuesto en la sentencia.
- Se sostiene que la causa de declaración de inadmisibilidad de la oferta, ya había sido evaluada por el SRCEI, y había sido expresamente aceptada por éste, por lo que no resulta aceptable que ahora se excluya a SONDA de la licitación por cuestiones que ya habían sido conocidas anteriormente. Esto, puesto que con fecha 11 de diciembre de 2009, se recibió una comunicación de parte de don Rodrigo Seisdedos, en ese entonces coordinador de la licitación, solicitando aclaraciones a los documentos relativos a la experiencia del proponente, señalando que los mismos se piden *“no obstante cumplir con los requerimientos de las Bases”*.
- Se señala que el SRCEI ha incurrido en una ilegalidad al momento de declarar inadmisibles las ofertas presentadas por SONDA, toda vez que, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 40 del Reglamento de la Ley de Compras Públicas y en el Art. 13 de esta última norma, las entidades licitantes pueden pedir que los oferentes salven errores u omisiones formales, siempre que no se otorgue con ello una posición de preferencia a uno de los proponentes. Siendo el cumplimiento del anexo 25 meramente formal, debió haberse dado aplicación a estas normas.
- Finalmente que la demandante ha cumplido con todo lo dispuesto en las Bases de licitación, por lo que es completamente improcedente que se haya declarado inadmisibles sus ofertas. Esto, por cuanto con fecha 6 de junio de 2010, el Sr. Rodrigo Seisdedos, envió un correo electrónico, en el que habría cuenta de una alteración en los formatos para acreditar la experiencia del proponente, siendo este correo electrónico una verdadera modificación del Anexo 25, más que una mera aclaración.

III. Las sentencias en sede de contratación pública

a) Sentencia del Tribunal de Contratación Pública en causa Rol N° 162-2011

Con fecha 19 de abril de 2013, se dictó sentencia que recayó en la causa Rol N° 162 - 2011, llevada ante el Tribunal de Contratación Pública, decisión que resuelve la demanda interpuesta por SONDA, rechazándola en todas sus partes y, en consecuencia, declarando la legalidad de las actuaciones del SRCEI.

A grandes rasgos, el razonamiento de la sentencia recaída en la causa Rol N° 162-2011 es el siguiente:

Se señala que de acuerdo a las Bases de licitación, en su punto 4.10, el SRCEI tiene la facultad de declarar inadmisibles las ofertas de los proponentes que no cumplan con dichas Bases, en cualquier etapa en que éstas se encuentren. Es decir, que constatado un incumplimiento, la entidad licitante debe declarar inadmisibles las ofertas, sin importar el tiempo en que se encuentren, cautelando los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes.

El numeral 4.10.1 de las Bases indica:

“El SERVICIO podrá declarar, en cualquier tiempo, inadmisibles las ofertas, cuando éstas no cumplan los requisitos establecidos en las bases de licitación. De la misma forma, podrá declarar desierta la licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses. En este caso, dicha declaración se hará por Resolución fundada del Jefe Superior del SERVICIO”.

Esta norma de las Bases se relaciona con lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley N° 19.886 de Compras Públicas, que señala:

“Artículo 9º.- El órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplieren los requisitos establecidos en las bases”.

Luego se constata cómo, de acuerdo al punto 2.1.1 de las Bases, los oferentes debían acreditar experiencia respecto de cada uno de los componentes del proyecto, presentando al menos un contrato que estuviese vigente o cuya data de término de vigencia no fuese superior a un año. Estos certificados, siguiendo las Bases, debían estar de acuerdo, en cuanto al contenido y la forma, al formato establecido especialmente en el Anexo 25 de las Bases.

Estas son las disposiciones expresas del instrumento jurídico que regula la licitación, y al cual deben ceñirse estrictamente tanto la entidad licitante como los oferentes. A mayor abundamiento, la sentencia llama la atención en la importancia que expresamente el SRCEI le asignó al formato de los certificados de experiencia, negando la posibilidad de utilizar otros, señalando en este sentido la sentencia:

“VIGÉSIMO PRIMERO: Que, la importancia de este formato de presentación de la experiencia de los oferentes para la entidad licitante, se aprecia confirmada con las preguntas y respuestas originadas en la etapa de consultas del proceso licitatorio. Es así como en la pregunta número 38, formulada el 18 de marzo de 2008, se consulta lo siguiente: “Por favor confirmar si serían válidos los certificados que acrediten la participación en proyectos del proponente emitidos por el cliente

en el caso que no se ajusten exactamente al formato del Anexo 25”. Respuesta del Servicio. “No, los certificados que acreditan la participación del proponente en los proyectos requeridos según la Sección 2.1.1 Experiencia del Proponente de las Bases técnicas modificadas, deben presentarse al formato del Anexo 25 modificado, debidamente firmados por el cliente y por el representante legal del proponente.”¹

De estos antecedentes concluye la sentencia que el apego al Anexo 25 resultaba esencial en la presentación de los certificados, y no una mera formalidad subsanable, por lo que liberar a uno de los oferentes de su cumplimiento atentaría gravemente en contra de la igualdad de los proponentes.

Constatada la importancia, la sentencia se hace cargo del argumento de la demandante SONDA, que sostiene que sí se ajustó a las Bases, por cuanto éstas habrían sido modificadas por una instrucción del coordinador de la concesión, Sr. Rodrigo Seisedos, enviada por correo electrónico.

Al respecto, la sentencia rechaza el argumento, señalando que un correo electrónico del coordinador de la concesión, independientemente de la discusión acerca de su naturaleza de acto administrativo, resulta totalmente inidóneo para modificar las Bases de licitación, de acuerdo al inciso tercero del artículo 10 de la Ley N° 19.886 de Compras Públicas y los artículos 2 y 19 de su reglamento. Se señala que las Bases son las normas que rigen el procedimiento de licitación y que son aprobadas por actos de la autoridad respectiva, y sólo por actos de esta misma autoridad pueden ser alteradas:

“Ambas disposiciones exigen, por una parte, el cumplimiento del principio de estricta sujeción a las bases de la propuesta y por otra, que las bases administrativas y técnicas que son los documentos aprobados por la autoridad competente que contienen, entre otros, el conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones, establecidos por la entidad licitante y que deben cumplir los oferentes para acceder a la adjudicación de cada licitación, deben ser aprobadas por actos administrativos de la autoridad competente, que en el caso preciso de autos es el Director Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación, por lo que en opinión de estos jueces, la aclaración de fecha 6 de junio de 2010 resultó ineficaz para alterar lo solicitado en el Anexo 25 de las Bases técnicas de la licitación, motivo por el que la alegación del actos por este capítulo será rechazada.”

La sentencia dice lo obvio, es decir, que un acto administrativo sometido a la toma de razón del jefe del servicio licitante, no puede ser modificado por un simple correo electrónico enviado a los oferentes, sin mayor formalidad al respecto.

Finalmente, en cuanto a que el SRCEI llevó su actividad más allá de los límites fijados por el Tribunal de Contratación Pública en las sentencias 85-2010 y 82-2010, la sentencia interpreta la jurisprudencia del propio tribunal, señalando que las limitaciones impuestas se referían a la realización de pruebas técnicas, pero que nada impedía la evaluación del cumplimiento de las Bases por la entidad licitante, cuestión que, tal como la anterior, no es más que una consecuencia lógica de las reglas aplicables a una licitación realizada por órganos del Estado. Al respecto se indica:

“TRIGÉSIMO: Que, conforme a lo señalado precedentemente, correspondía a la Comisión Evaluadora encargada de esta nueva evaluación, al igual que cualquier otra comisión designada para evaluar una propuesta pública, pronunciarse acerca de todos los antecedentes sujetos a eva-

¹ Sentencia del Tribunal de Contratación Pública, Rol 162-2011, de 19 de abril de 2013.

luación que forman parte de un proceso licitatorio, con la única limitación que no podría ordenar la práctica de nuevas pruebas, por disponerlo así la sentencia recaída en la causa rol 82-2010, en concordancia con las bases de licitación que no contemplaron esta posibilidad. Aparte de la limitación señalada, no se divisa la razón o motivo legal que le impidiera pronunciarse respecto de la forma y contenido de los antecedentes expuestos en las ofertas de los participantes, máxime cuando por mandato del inciso 2 del artículo 10 de la Ley N° 19.886, la licitación debe adjudicarse a aquel de los oferentes que, en su conjunto, haga la propuestas más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento.”

En resumen, no es cierto que el incumplimiento de SONDA no pudiese ser controlado por el SRCEI por el tenor de la sentencia del Tribunal de Contratación Pública, puesto que éste no pudo dictar una sentencia que liberase al servicio de la obligación legal de verificar el cumplimiento de las Bases de licitación, ni tampoco pudo liberar a la empresa accionante de cumplirlas.

b) Sentencia de la Corte de Apelaciones en causa Rol 3467-2013, conociendo de reclamación de ilegalidad en contra de la sentencia del TCP

La empresa SONDA interpuso un recurso de reclamación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública, que fue conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N° 3467-2014.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de veinticuatro de enero de 2014, rechazó las alegaciones deducidas por SONDA, en relación a los 3 puntos desarrollados previamente en sede de contratación pública.

Para tal efecto, la Corte de Alzada analizó en primer lugar el objeto central de la discusión pretendida por la reclamante, sobre la valoración jurídica de la actuación del coordinador de la licitación ya mencionada, al momento en que ocurrieron los hechos que se ventilan en autos, a saber, el Sr. Seisedos.

El sentenciador de segunda instancia revisa, en primer lugar, el rol esencial que juegan las bases en un proceso licitatorio y el principio general y supletorio de sujeción a las bases, que predomina y se encuentra presente en cada uno de estos procesos, sin importar las actuaciones que realicen las partes o el licitante. Así, indica:

“La relevancia de fijar cuáles son las bases que regían la licitación referida es indudable si se tiene presente que ellas constituyen, en síntesis, la norma a la que deben sujetarse estrictamente todos los intervinientes en ella. Así resulta del denominado principio de sujeción a las bases que impone su estricto cumplimiento tal como lo ordena el art. 10 de la Ley N° 19.886, al disponer que ‘los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen’. Así ha sido confirmado por numerosas decisiones tanto del mismo tribunal recurrido (entre otras, en sentencia de 8 de abril de 2011, Rol n° 86-2010; de 21 de junio de 2011, Rol n° 94-2010 y de 4 de mayo de 2011, Rol 50-2010) como de la Excelentísima Corte Suprema (por todas, sentencia de 7 de agosto de 2002, Rol n° 2478-2002)” [Considerando 4º].

Dicho principio importa la sujeción de todos los participantes a las bases administrativas y eventualmente técnicas, sin que pueda mediar acto alguno que pretenda contravenirlas, a menos que, en cualquier caso, éstas se vean modificadas en la forma que ellas mismas (las bases) prevén y ello no signifique detrimento o perjuicio a ninguno de los participantes. Así lo reafirma la Corte de Santiago, al decir que:

“el principio referido es uno cardinal de la contratación pública que todo oferente ha de conocer y respetar. Y ese respeto no sólo emana de la naturaleza de los actos que emanan del Estado y la debida sujeción que a todos es debida sino que está también encaminada a la debida protección de los que intervienen en el proceso licitatorio, esto es de los oferentes, en cuanto constituye garantía de igualdad y de certeza jurídica que asegura que nadie puede ser excluido por consideraciones subjetivas, desconocidas u ocultas. Como se ha sintetizado, ‘la estricta sujeción a las bases se erige como la piedra angular de todo procedimiento licitatorio y actúa como garantía de la igualdad de trato que debe gobernar la relación entre los oferentes, motivo por el cual no admite excepciones’” (Lara y Helfmann, *Las cláusulas abusivas en la contratación pública; su establecimiento e impugnación*, en revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez, n°19, p. 125)” [Considerando 5°].

Según el sentenciador, encontrándose regulado el formato de presentación de los comprobantes de experiencia previa de los participantes en el anexo 25 de las Bases ya referidas, es a ellas y a dicho formato en concreto a los cuales deben sujetarse las actuaciones de los participantes en el proceso licitatorio ya comentado. En palabras del fallo referido:

“La exigencia en forma y fondo para acreditar la experiencia por parte de los oferentes estaba precisada de manera perentoria y absolutamente clara en la sección 2.1.1 sobre Experiencia del proponente de las bases técnicas, en relación al anexo 25 de las mismas” [Considerando 6°].

Haciéndose cargo de la pretensión de SONDA, en el sentido de dotar de un carácter modificatorio del contenido de las Bases al correo electrónico emanado del entonces coordinador de la licitación, el Sr. Seisdedos, la Corte de Apelaciones de Santiago es clara al señalar que el procedimiento de reforma de las Bases de licitación se encuentra expresamente contemplado en la Ley de forma, que no es dable suponer por la recurrente que, aun cuando el correo electrónico mencionado tenga el carácter de acto administrativo al alero de lo dispuesto en el art. 3° de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos, éste haya tenido el poder de alterar o cambiar el contenido de las Bases que rigen el proceso licitatorio en comento, sin sujetarse para ello a las normas legales que regulan la materia. Lo reconoce así el sentenciador al afirmar que:

“el procedimiento de reforma de las bases administrativas está expresamente regulado en la ley, sin que puedan hacerse interpretaciones al mismo ni menos ser variado por ningún órgano de la administración del Estado, y en él no se establece la posibilidad de que lo sean por medio de correos electrónicos del coordinador de la licitación y sin previa toma de razón por la Contraloría General de la República. Por ello, ninguna actuación del referido coordinador puede interpretarse como una modificación de las mismas si ellas no se han sujetado estrictamente a ese procedimiento. En el caso de autos, el procedimiento de reforma en la manera exigida por la ley no se dio respecto de la exigencia de acreditación de la experiencia, como consta en autos” [Considerando 8°].

En cuanto a la segunda alegación de SONDA, en relación a la aplicación de la doctrina de los actos propios, atendida la buena fe con la que ella habría actuado al pretender una reforma a las Bases administrativas por un simple correo electrónico del Sr. coordinador de la licitación, la Corte de Apelaciones de Santiago se hace cargo, señalando que:

“se invoca como fundamento de la interpretación que defiende la reclamante, la doctrina de los actos propios, emanada de la buena fe, sosteniéndose que el hecho de haberles contestado el Coordinador de la licitación a sus preguntas, en el contexto de aquellas que podían ser contestadas a quienes cumplen con las bases, afirmando que la forma en que ellos iban a presentar sus certificaciones de experiencia eran admisibles, importarían actos de la Administración que no pueden ser desconocidos por ella con posterioridad. Por eso, le habría estado vedado excluirlos de la licitación como, sucedió o, de lo contrario, tendría que haber excluido a todos los oferentes.

No obstante, al formular esa alegación se olvida el acto propio de quien la formula y que consiste en que, pese a que las bases eran claras en cuanto a la relevancia de acreditar la experiencia y cómo debía hacerse ello como ya se ha establecido, la reclamante decidió abstraerse de ellas presentando los documentos que, en su opinión, la demostraban sin seguir en todos ellos el formato dispuesto por ellas. De este modo, su propia torpeza le impide invocar la que imputa a la Administración pues, como es regla básica de todo principio, su valor es absoluto no sólo en lo que a una de las partes puede beneficiar sino también en lo que le perjudica. En otros términos, si un principio es invocado en un litigio rige, de forma absoluta, para todas las partes o personas que intervienen en él, sea que favorezcan sus derechos o intereses o les perjudiquen. Eso es lo que precisamente impone el principio de buena fe en todo el iter contractual.” [Considerando 9º].

Asimismo, hace hincapié el Tribunal de Alzada en el hecho que SONDA pretende que las instrucciones recibidas mediante el correo electrónico ya tantas veces citado, habrían sido vinculantes para todos los oferentes, para pretender asignarle fuerza obligatoria a un acto que no cumpliría con los requisitos de forma y competenciales como para tener ese cariz. Al efecto, la Corte expresa:

“Las actuaciones referidas de la reclamante constituyen un error exclusivo de ella si se tiene presente que, como ella misma señala en su presentación, las instrucciones del coordinador de la licitación fueron dirigidas a todos los oferentes. No obstante, todos cumplieron con el requisito de acreditar la experiencia siguiendo lo dispuesto en las bases, en tiempo y forma, pues ninguna de ellas fue excluida por esa razón. La única oferta excluida por ese motivo fue la de la reclamante. De este modo, el único oferente que se apartó de las exigencias establecidas en las bases fue el reclamante, lo que permite concluir que él fue el único que interpretó las instrucciones del coordinador de la licitación como una modificación de las bases, a diferencia de todos los otros oferentes que dieron estricto cumplimiento a ellas. Por lo mismo, de ningún modo ellos podrían haber sido excluidos del proceso licitatorio como sostiene la reclamante debió hacerse y no sólo para ella, porque los demás si cumplieron con las bases” [Considerando 10º].

Finalmente, el sentenciador de alzada se hace cargo de la última alegación de SONDA, en el sentido que, de acuerdo a las sentencias dictadas en su oportunidad por el Tribunal de Contratación Pública, el Servicio de Registro Civil e Identificación, sólo habría tenido la facultad de hacer una nueva evaluación técnica y no revisar aspectos anteriores relacionados con la licitación, como es el caso del cumplimiento o no de los requisitos generales de las Bases para declarar admisible las ofertas, lo que

no se habría condicho con la facultad expresa que tiene la entidad licitante, otorgada por las mismas Bases que, como se hubo señalado, el tribunal son el acto jurídico administrativo al que debe sujetarse todo el proceso licitatorio, de declarar inadmisibles aquellas ofertas que no reúnan los requisitos mínimos signados en ellas, para ser declaradas admisibles, en cualquier etapa del procedimiento, por ser un motivo absoluto de exclusión de la licitación, – ante lo que el juzgador de reclamación, expresa:

“Las actuaciones referidas de la reclamante constituyen un error exclusivo de ella si se tiene presente que, como ella misma señala en su presentación, las instrucciones del coordinador de la licitación fueron dirigidas a todos los oferentes. No obstante, todos cumplieron con el requisito de acreditar la experiencia siguiendo lo dispuesto en las bases, en tiempo y forma, pues ninguna de ellas fue excluida por esa razón. La única oferta excluida por ese motivo fue la de la reclamante. De este modo, el único oferente que se apartó de las exigencias establecidas en las bases fue el reclamante, lo que permite concluir que él fue el único que interpretó las instrucciones del coordinador de la licitación como una modificación de las bases, a diferencia de todos los otros oferentes que dieron estricto cumplimiento a ellas. Por lo mismo, de ningún modo ellos podrían haber sido excluidos del proceso licitatorio como sostiene la reclamante debió hacerse y no sólo para ella, porque los demás sí cumplieron con las bases” [Considerando 11º].

En concordancia con lo antes expuesto, concluye la Corte de Apelaciones de Santiago que:

“por último, en estricta conexión con lo que viene de indicarse, no cabe hablar de afectación patrimonial a la reclamante por su exclusión del proceso licitatorio pues, indiscutiblemente, los oferentes no tienen derechos adquiridos durante la licitación, los que recién surgen para quien se adjudica la licitación y una vez celebrado el respectivo contrato administrativo. Los oferentes no tienen ningún derecho incorporado a su patrimonio durante el proceso licitatorio, como debe concluirse de la norma legal referida en el considerando anterior, y, en especial, ello es incuestionable respecto de la licitación en que inciden estos autos, porque así lo establecían ellas al permitir su exclusión en cualquier tiempo” [Considerando 12º].

c) Sentencia de la Corte Suprema en causa Rol N° 2813-2014, conociendo de recurso de queja contra la sentencia de la Corte de Apelaciones recién analizada

La sentencia de término de este conflicto, con sede en las normas de la contratación pública, fue dictada en causa Rol N° 2813-2014, sobre recurso de queja deducido por SONDA, en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago recién analizada, se dictó luego de haberse decretado vista conjunta con la reclamación interpuesta por el SRCEI contra la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por un conflicto ventilado sobre el mismo asunto entre iguales partes, lo que explica su breve razonamiento. Sin perjuicio de ello, reproducimos en este capítulo los fundamentos esenciales de dicha resolución que señala en lo pertinente:

“SEXTO: Que, en el presente caso, el mérito de los antecedentes no permite concluir que los jueces recurridos -al decidir cómo lo hicieron- hayan realizado alguna de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte.

SÉPTIMO: Que lo anterior no significa necesariamente compartir la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho efectuada por los Ministros y la Abogado integrante recurridos”.

IV. Las sentencias en sede de libre competencia

a) Sentencia N° 132/2013 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en causa Rol C 242-2012

La sentencia en comento parte haciendo un resumen de las materias que han sido sometidas a debate por la empresa SONDA en su demanda y que se alegan como contrarias a la libre competencia, las que determinarán las consideraciones que efectúe la sentencia para resolver el caso. El resumen que se realiza es el siguiente:

Antes de analizar el fondo del asunto, la sentencia hace un examen acerca de su competencia, dada la alegación vía incidental (dilatatoria) planteada por el SRCEI en cuanto a su competencia, dadas las materias objeto de la demanda. La sentencia en todo momento trata esta alegación como una cuestión de prejudicialidad (en tanto se alegaría que no puede tomar conocimiento de los hechos mientras el Tribunal de Contratación Pública no haya declarado ilegales los actos de la licitación).

Analizando su competencia, se hace mención de que la jurisprudencia del propio TDLC y de sus antecesoras (la Comisión Preventiva y Resolutiva) y de la Corte Suprema, en la que se establece que el sujeto al que se aplica el Art. 3° del DL 211 que establece el ilícito anticompetitivo es amplio, por tanto cualquier tipo de persona puede incurrir en el mismo, siendo las normas de defensa de la libre competencia de orden público, no pueden entenderse exceptuados de su cumplimiento los órganos de la Administración del Estado.

En el caso de los órganos del Estado, lo relevante para efectos de la libre competencia es analizar si sus actuaciones como oferentes demandantes de bienes y servicios o asignadores de derechos o recursos afectan en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo.

En segundo término, entrando al fondo, la sentencia procede a determinar el mercado relevante en el caso en comento. Para ello se parte señalando que en el presente caso, de acuerdo a lo planteado en la demanda, se estaría ante una competencia “por el mercado” y no “en el mercado”. Dada la imposibilidad de que el servicio que se licita, relacionado con la emisión de documentos de identidad y viaje, sea prestado por más de un proveedor es que se realiza el procedimiento licitatorio. Por tanto, el objetivo de la licitación es subsanar la imposibilidad de competencia que ocurre *ex post*, generando un procedimiento competitivo *ex ante*. Por ende, acerca del mercado relevante se indica lo siguiente en la sentencia:

“Cuadragésimo tercero. Que, dadas las consideraciones anteriores, este tribunal estima que el mercado relevante en que se puede dar la competencia y, por tanto, desarrollar conductas que la perjudiquen, es el de la licitación misma, entendiéndose que ésta comprende todo el proceso de licitación, tal como lo define la Ley N° 19.886 en su artículo 7°, al señalar que “[...] el procedimiento administrativo de carácter concursal, mediante el cual la Administración realiza un llamado

público, convoca a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente”.

Además de determinar el mercado relevante, se llama la atención en algunas características especiales de esta licitación en específico.

La licitación, en primer lugar, es multivariable, en la que se ponderan requisitos técnicos y el precio ofertado, lo que obliga a determinar un factor de ponderación necesariamente discrecional. Por otro lado, las puntuaciones son relativas, asignándose un puntaje por cada ítem o sub-ítem, con el puntaje máximo para la mejor propuesta. Si por cualquier razón se eliminan todos los postulantes, menos uno, este necesariamente obtendrá la puntuación máxima en cada ítem. En este sentido, es concebible la existencia de una oferta que, sin otros oferente, consiga siempre el máximo puntaje, al tiempo que en comparación con otro oferentes sea declarada inadmisibles por no cumplir con los puntajes mínimos requeridos, por cuanto la evaluación depende de la calificación que la entidad licitante haga de las demás ofertas. Así, a juicio del TDLC, la competencia en este caso no se termina con la presentación de las ofertas, sino que con la evaluación de cada una de ellas y la asignación de puntaje que se le asigna en relación con las demás.

Habiendo despejado los asuntos previos y ya determinado el mercado relevante, la sentencia se aboca a analizar en específico las diferentes conductas imputadas como contrarias a la libre competencia. Estas conductas se agrupan en dos partes. Por una parte, los actos relacionados con las exclusiones que sufrieron ciertas empresas (SONDA, SICE Agencia Chile y Bundesdruckerei GmbH) y los supuestos privilegios que se otorgaron a otros participantes (Indra Sistemas Chile y MORPHO).

A diferencia de lo fallado en sede del Tribunal de Contratación Pública, el TDLC estima que no debió haberse declarado inadmisibles la oferta de SONDA considerando el nivel de incumplimiento, en base a dos tipos de razones.

Por una parte, porque existía una sanción específica, diferente a la inadmisibilidad para el caso en que un oferente no acreditara el cumplimiento de uno o más requisitos, señalándose:

“Nonagésimo séptimo. Que, en primer término, en la sección 4.7.3 de las Bases administrativas se contemplaba la sanción específicamente aplicable a aquellos casos en los que un proponente fracasara en la acreditación o cumplimiento de uno o más de los ítems a ser evaluados técnicamente: ‘A cada uno de estos ítems se le asignará de 0 a 100 puntos en forma independiente (...) b) Puntaje para un ítem de cumplimiento menor que el exigido (0-50 puntos) Propuesta(s) más alta(s): 50 punto Propuesta(s) intermedia(s) • Ítem cuantificable: puntaje obtenido como resultado de la interpolación lineal simple entre 0 y 50 puntos • Ítem no cuantificable: 20 puntos • Incumplimiento del ítem: 0 puntos’. A su vez, las mismas Bases administrativas contemplaban en qué caso las insuficiencias de una propuesta técnica podían producir la exclusión del oferente del proceso licitatorio: ‘(...) cada componente tiene varias materias y a su vez cada materia tiene varios ítems de evaluación (...) Calificará la propuesta técnica de un PROPONENTE sólo cuando en la respectiva evaluación técnica, éste obtenga un puntaje igual o superior a sesenta (60) puntos para cada uno de los (8) componentes indicados precedentemente. En caso contrario, el PROPONENTE quedará fuera de la licitación’. A juicio de este tribunal, es razonable suponer que la disposición específica relativa al incumplimiento de ítems técnicos (sección 4.7.3 de las

Bases administrativas) debe aplicarse con preferencia a aquella de carácter general (sección 4.6 de las Bases administrativas).”

Por otro lado, se señala que la exclusión de la oferta no era la única alternativa del SRCEI ante la situación que afectaba a SONDA, puesto que de acuerdo a las Bases de licitación pudo haberse evaluado con 0 puntos a SONDA en el respectivo ítem, en lo que respondería a un margen de discrecionalidad del SRCEI, siendo igualmente facultativo para el SRCEI el declarar inadmisibles una oferta que no cumpla con las bases de licitación en cualquier etapa de ella. Además, la sentencia estima que no declarar inadmisibles la oferta de SONDA era exigible al SRCEI, ya que con su exclusión impedía que se realizara correctamente la evaluación de la otra oferta, la que necesariamente debía ser relativa:

“Centésimo segundo. Que incluso considerando que las Bases de licitación otorgaban dicho margen de discrecionalidad al Servicio, la evaluación de la oferta técnica de SONDA era exigible desde el punto de vista de las normas de defensa de la libre competencia, atendido el carácter relativo de la regla de evaluación de las propuestas explicado en las consideraciones cuadragésimo sexta a cuadragésimo novena, y teniendo presente el deber del Servicio de resguardar y promover la competencia en la licitación;

Centésimo tercero. Que, por lo tanto, el Servicio debió evaluar técnicamente la oferta de SONDA y aplicar en consecuencia la sección 4.7.3 de las Bases administrativas y no la sección 4.6 de las mismas, sea porque la primera de dichas secciones prevalecía sobre la segunda en razón de su especialidad, sea porque ésta sólo otorgaba una facultad discrecional al Servicio que, al ser ejercida en este caso, vulneró las normas de defensa de la libre competencia, al impedir la comparación de dos o más ofertas en el proceso licitatorio.”

A continuación se examina el argumento de SONDA, en el sentido de que debió haberse declarado inadmisibles la oferta de MORPHO por no haber dado cumplimiento estricto a las bases de licitación, ya que ellas establecían que debía acompañarse una boleta de garantía a la vista, carácter que la boleta acompañada no tiene por cuanto se establece la necesidad de una vis escrito previo a proceder a su cobro. Esta situación habría privilegiado la posición de MORPHO en la licitación.

El SRCEI sostiene que la boleta de garantía de MORPHO es a la vista, pues, de acuerdo a las normas respectivas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, una boleta de garantía sólo puede ser a la vista o a plazo, y no puede estimarse que una boleta sea a plazo por el sólo hecho que el banco emisor exija un aviso escrito previo al pago de la misma.

La sentencia desecha la imputación por no haber antecedentes en el proceso que permitan dilucidar un ánimo de discriminación en la no exclusión de MORPHO, además de resultar discutible la naturaleza de la boleta de garantía de esta empresa, por cuanto el aviso escrito puede entenderse como una condición o como una formalidad para el cobro de la boleta.

Por otra parte, SONDA señaló que es un ilícito la forma de realizar la evaluación, que era en dos etapas, ya que en la segunda evaluación, luego de las sentencias de causa Rol N° 85-2010 y 82-2010 del Tribunal de Contratación Pública, había algunas ofertas económicas abiertas y otras cerradas, lo que generaría distorsión en la evaluación.

La sentencia desecha esta imputación por cuanto era una circunstancia que no resultaba imputable al SRCEI, ya que en la segunda etapa del procedimiento licitatorio no era posible retrotraer dicho proceso a la fase previa a la apertura de ofertas. Además, la distorsión sería sólo teórica, puesto que SONDA no demuestra los efectos reales que se produjeron por esta situación.

Sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sí califica jurídicamente la legalidad y procedencia de la Resolución Exenta N° 3492 del SRCEI, que dejó fuera del procedimiento licitatorio a SONDA y no así a MORPHO, en cuanto hace de ella un reproche no ya desde la perspectiva de la libre competencia, sino más bien desde una perspectiva de conformidad de la misma con el bloque de legalidad que le es aplicable, expresando en el considerando centésimo cuarto, que:

“[...] sin embargo, la mayor gravedad de la actuación del SRCEI de excluir a Sonda no deviene, desde el punto de vista de la defensa de la libre competencia, de su interpretación de las Bases, sino de la actuación discriminatoria de que darán cuenta las consideraciones que siguen”.

Luego, hace un análisis de los elementos de juicio que en su parecer configurarían dichas arbitrariedades, para lo cual ingresa en un terreno que no se encuentra dentro del ámbito de su competencia, sino del Tribunal de Contratación Pública, ya que hace un examen de legalidad del actuar del SRCEI en el marco del cumplimiento de las Bases de licitación, al señalar que:

“[...] en consecuencia, este tribunal estima que el Registro Civil, al evaluar los certificados de experiencia que fueron precisamente considerados en la calificación de la oferta técnica de Morpho, soslayó ciertos requisitos impuestos por el precitado Anexo N° 25 de las Bases de licitación”.

De esta forma, resulta manifiesta la injerencia del TDLC en la esfera competencial del TCP, en cuanto utiliza para su razonamiento argumentos que tocan la aplicación de las Bases dentro de un procedimiento licitatorio público, calificando la conducta de la entidad licitante ya no desde la perspectiva de la libre competencia, sino que derechamente, desde una perspectiva de legalidad de la actuación administrativa en sede de contratación pública.

De acuerdo a lo expuesto, la sentencia estima que la exclusión de SONDA del procedimiento de licitación es discriminatoria para con SONDA, afectando la libre competencia, dado el carácter comparativo que debía tener la evaluación de las ofertas de acuerdo al diseño establecido en las bases de licitación, considerando además que se hubo estimado que las circunstancias que rodearon la primera de las exclusiones igualmente fueron discriminatorias.

Respecto de las medidas en específico, se toma en consideración, para la valoración de la multa impuesta en la sentencia del TDLC, el hecho de que el SRCEI es un órgano público, por lo que no obtuvo beneficio económico.

De otra parte, se estima que la solicitud de dejar sin efecto la adjudicación y el contrato celebrado entre el SRCEI y MORPHO resultaba desproporcionada, pues existe incerteza sobre los concretos efectos que tuvo la conducta del SRCEI sancionada, señalándose:

“Centésimo septuagésimo quinto. Que en relación con las peticiones solicitadas por el demandado de dejar sin efecto, o bien de ordenar al SRCEI dejar sin efecto, la adjudicación a favor de MORPHO y el contrato que, con motivo de dicha adjudicación, fue suscrito entre MORPHO y el SRCEI, este tribunal no dará lugar a ellas pues a su juicio aparecen como desproporcionadas, en especial dada la

incerteza existente en relación con los efectos concretos que produjo la conducta contraria a la libre competencia reprochada al SRCEI.”

A su vez, el Ministro Sr. Menchaca suscribió una disidencia en la que estuvo por rechazar la demanda en todas sus partes, estimando que el capítulo acogido por la sentencia debió haber sido rechazado al igual que los demás.

Parte señalando que en la especie no se ha impugnado el diseño de las bases de licitación, que es una cuestión que, a su juicio, es de competencia del TDLC y está excluida de la competencia del Tribunal de Contratación Pública. Añade que tampoco es una licitación que entregue a particulares la concesión de un monopolio, circunstancias, en la que es necesario que el TDLC vele por la efectiva vigencia de la libre competencia.

Lo que se licita en la especie es un servicio tecnológico que el SRCEI necesita para cumplir con su función legal, por lo que, en este caso, el Estado no actúa como oferente de bienes y servicios, aun cuando pueda necesitarlos como insumos para cumplir sus fines; así el monto que se cobra por el servicio no es un precio, sino una tasa que no está regulada por el mercado sino por una norma de rango legal (Decreto con Fuerza de Ley N° 1.282 de 1975), por tanto no existiría, al contrario de lo que afirma la sentencia, un mercado *ex post* en que la licitación incida a nivel de consumidor.

El mercado en que la licitación incide es más bien el de los servicios informáticos, donde no se ha demostrado la existencia de poder de mercado del SRCEI, ni que haya abusado de él.

Por otro lado, los efectos ilícitos de la exclusión de SONDA, que son recogidos por la sentencia, dado el diseño de las bases de una evaluación comparativa, se habrían producido con independencia de si SONDA fue excluida lícita o ilícitamente, por lo que, para este efecto, no es relevante la licitud del actuar del SRCEI. Al mismo tiempo, la calificación acerca de si SONDA actuó o no con apego a las bases de licitación, es de competencia exclusiva del Tribunal de Contratación Pública, materia a la que se refirió, a petición del propio demandante, en la sentencia de causa Rol N° 162-2011, en la que se declaró que la exclusión estaba ajustada a derecho.

A juicio del disidente, las partes, la cosa pedida y la causa de pedir son las mismas tanto en la demanda de la causa Rol N° 162-2011 del Tribunal de Contratación Pública, como en el capítulo de impugnación que es acogido en la sentencia.

Luego se hace un análisis respecto de la diferencia que existe en el juicio anticompetitivo cuando el demandante es un órgano público, en que el reproche no dice relación con el abuso de posición dominante, sino con facilitar que otros actores se coludan o puedan hacer uso de su posición dominante. Igualmente, se llama la atención en la diferencia que existe entre los bienes jurídicos cautelados por el derecho de la libre competencia y la Ley N° 19.886, que tiene relación con el cuidado del patrimonio público y la corrección administrativa.

Teniendo estas diferencias presentes, se analizan en la disidencia los motivos por los que SONDA considera su exclusión como ilícita, señalando que los motivos esgrimidos sólo dicen relación con cuestiones de índole puramente administrativa:

“21°) Que de lo expuesto en la consideración precedente se desprende claramente que la propia demandante ha impugnado en esta sede su segunda exclusión del proceso licitatorio por conside-

raciones de índole administrativa, relacionadas con la estricta sujeción a las Bases de licitación, el orden de consecución de la licitación, el acatamiento a un pronunciamiento previo del H. Tribunal de Contratación Pública y la carencia de justificación técnica del reproche de falta de experiencia formulado por el SRCEI; imputaciones todas relacionadas con supuestos incumplimientos de las Bases de licitación y la Ley N° 19.886 y de evidente competencia del HTCP;

22°) Que, en virtud de lo anterior, resulta del todo natural que las alegaciones formuladas en esta sede sean -al menos en lo que dice relación con la única alegación que fuera acogida por la decisión de la mayoría- coincidentes en lo esencial con aquellas planteadas ante el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 162-2011, en el que SONDA también impugnó su exclusión de la licitación. En efecto, en la demanda interpuesta por SONDA en dicha sede con fecha 2 de septiembre de 2011, que se encuentra agregada en autos a fojas 464 del cuaderno principal, se cuestiona, entre otros: (i) el incumplimiento, por parte del SRCEI, de lo resuelto por el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 85-2010, al retrotraerse el proceso licitatorio a una etapa inicial; (ii) la eventual aceptación previa, por parte del SRCEI, de los certificados de experiencia invocados para justificar la exclusión de SONDA; y, (iii) la improcedencia de la sanción de declaración de inadmisibilidad de la oferta por ‘temas menores y formales’”.

La disidencia sostiene que la posibilidad de que cuestiones relacionadas con procesos de licitación sean conocidas por el TDLC deben limitarse a que las mismas se circunscriban estrictamente a su ámbito de competencia, con el objeto de evitar la dictación de sentencias contradictorias. En el presente caso, el conflicto que se resuelve es de aquellos que son competencia propia del Tribunal de Contratación Pública, ya que dice relación con el cumplimiento o incumplimiento de las bases de licitación por parte de la empresa SONDA.

b) Sentencia de la Corte Suprema en causa Rol 13.972 sobre reclamación contra sentencia del TDLC

La Corte Suprema (Tercera Sala) resolvió acoger la reclamación deducida por el Servicio de Registro Civil e Identificación en contra de la sentencia dictada en la causa Rol N° 242-2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que recién analizamos y que recaía sobre el proceso licitatorio público al que llamó dicho organismo, para proveer el servicio de plataforma tecnológica para cédulas de identidad y pasaportes; y coherentemente, rechazó el recurso de queja impetrado por SONDA en sede de contratación pública en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. En esta ocasión utilizaron como argumentos, para efectos de su resolución, los que someramente esbozamos a continuación.

En el considerando tercero del fallo en comento, los sentenciadores enumeran los hechos que se tuvieron por acreditados en la causa, entre los que destacan la publicación de las bases de licitación; la fecha de recepción de las ofertas; la exclusión por parte del licitante de la empresa Coasin con ocasión de no haber respetado la cláusula que exigía mantener vigente las boletas de garantía y luego de la empresa Siemens por no haber acompañado una declaración jurada sobre inhabilidades; la publicación del Acta de Evaluación Técnica y la posterior exclusión de SONDA Y SICE, fruto de no haber obtenido el puntaje mínimo de 60 puntos en todos los componentes de evaluación; después se

tuvo por acreditada la adjudicación a INDRA, que sería impugnada por SONDA y MORPHO, en causas Rol 82 y 85, ambas de 2010, conocidas por el Tribunal de Contratación Pública; al retrotraerse el proceso licitatorio a la etapa de evaluación técnica, hecho que también se tuvo por acreditado, se excluyeron las ofertas de Bundesdruckerei y SICE por haber vencido sus boletas de garantía y de SONDA por no haber acreditado experiencia en ciertos componentes de las bases; finalmente, se tiene por acreditada la adjudicación a MORPHO.

Luego, en el considerando séptimo, la Corte Suprema indica que tanto la reclamante ante el TDLC como el reclamado estuvieron contestes en que el mercado relevante estaba constituido por el proceso licitatorio y no por los servicios que se pretenden prestar por los oferentes del proceso licitatorio, puesto que la adjudicación pone fin a la existencia del mercado y de la competencia misma. Acto seguido, los sentenciadores reconocen que los jueces de la sede de competencia razonaron de manera correcta al circunscribir el mercado a la licitación misma, afirmando que la competencia se da “por la cancha” y no “en la cancha”.

Al efecto, el máximo tribunal se señala:

“Que como se advierte de la sola lectura de las normas transcritas, las conductas que pueden ser sancionadas por impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o en cuanto tiendan a producir dichos efectos, deben verificarse en relación a un determinado mercado relevante, el que, en la especie, ha sido circunscrito por las partes a la licitación propiamente dicha.

En efecto, la reclamante sostuvo en su demanda que la licitación generaría un mercado relevante entre los oferentes, produciendo una competencia por el mercado y no en el mercado, toda vez que realizada la adjudicación la competencia dejaría de existir, dando lugar a la provisión de los servicios licitados únicamente por la entidad vencedora”.

Después, reconoce que la demandante en sede de competencia no impugna la legalidad de las Bases de licitación y que las conductas reclamadas no pudieron sino acaecer con ocasión de la selección del adjudicatario de la licitación de conformidad a las bases del proceso. Luego, en los considerandos décimo primero y décimo segundo, el máximo tribunal discurre sobre el hecho que la demandante en sede de libre competencia deduce igual pretensión y con iguales fundamentos que aquellos que hizo valer en sede de contratación pública, en la causa Rol 162-2011, que ya tuvimos ocasión de comentar.

“DÉCIMO PRIMERO: Que, como ya se dijo, la demanda presentada por SONDA ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia incide en la Licitación Pública Internacional identificada bajo el código ID 594-56-LP08 y referida a sistemas de identificación, vale decir, en la misma que es materia de la demanda presentada por dicha compañía ante el Tribunal de Contratación Pública [...]”.

“DÉCIMO SEGUNDO: Que, como se advierte de la sola lectura de los antecedentes referidos precedentemente, 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 [...]”.

A continuación, y en virtud de lo anterior, los sentenciadores consideran que siendo los fundamentos y las alegaciones deducidas de carácter idéntico en ambas sedes –contratación pública y libre competencia–, se debe acudir a la norma competencial del artículo 24 de la Ley N° 19.886, que radica el conocimiento de las impugnaciones de los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que ocurran con ocasión de las licitaciones públicas reguladas en dicho estatuto, al Tribunal de Contratación Pública. Ello, sumado a que el artículo 10 de la Ley N° 19.886 consagra el principio de sujeción a las bases, así como el artículo 9° de la Ley de Bases regula la obligatoriedad de la propuesta pública previa para efectos de celebrar contratos administrativos y la libre concurrencia de los oferentes, como la igualdad ante las bases de los mismos, no puede sino colegirse de ello que aun cuando la demandante en sede de libre competencia –SONDA– haya querido dotar a su pretensión de una apariencia propia de los asuntos que se ventilan en dicha sede (considerando décimo quinto), no es menos cierto que es necesario concluir que la materia sometida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, escapa por completo a su ámbito competencial, en cuanto incide en la esfera en que la ley reconoce competencia al Tribunal de Contratación Pública, por lo que se concluye necesariamente que el órgano que intervino en el asunto (TDLC) no pudo haber resuelto sin excederse más allá de su competencia.

“DÉCIMO QUINTO: Que, como surge de la debida inteligencia de las normas citadas, la competencia del Tribunal de Contratación Pública se refiere a la impugnación de los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886, vale decir, de aquellos que deben regirse, en lo fundamental, por los principios de libre concurrencia e igualdad de los oferentes y de estricta sujeción a las bases, contenidos en los artículos reproducidos en la consideración precedente.

Esclarecido lo anterior, resulta evidente que la demanda intentada en autos por SONDA, pese a la pretensión de la actora de dotarla de una apariencia propia de la materia que es de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, incide en cuestiones que son de exclusivo conocimiento del Tribunal de Contratación Pública. En consecuencia, es la misma demandante quien arguye que el proceder del Servicio de Registro Civil e Identificación ha vulnerado las Bases de la licitación de que se trata y ha transgredido la igualdad entre los oferentes, ya sea alterando la secuencia de la licitación, ya sea creando situaciones de privilegio en favor de uno de los proponentes o, en fin, ignorando las normas de ellas que le obligaban a evaluar la propuesta de SONDA sin excluirla previamente del proceso.

Por su parte, la sentencia reclamada decide el asunto sometido al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia basada en un examen, precisamente, de 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 [...].”

A mayor abundamiento, reconoce el Supremo Tribunal que sobre el mismo asunto ya decidió el Tribunal de Contratación Pública en la causa Rol 162-2011.

Por todos los fundamentos que brevemente hemos esbozado, la Corte Suprema alcanzó la convicción de la necesidad de acoger la reclamación interpuesta por el Servicio de Registro Civil e Identificación en contra de la sentencia N° 133/2013, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia,

y en consecuencia desestimar la demanda interpuesta por SONDA ante dicha sede, reconociendo la legalidad de la adjudicación a la empresa MORPHO, tal como lo hizo el Tribunal de Contratación Pública conociendo de la causa Rol 162-2011, ya analizada.

“DÉCIMO OCTAVO: Que así las cosas, esta Corte ha llegado a la convicción de que se debe acoger la reclamación presentada por el Servicio de Registro Civil e Identificación y rechazar la interpuesta por la actora y que, en consecuencia, se debe desestimar la demanda intentada por SONDA en lo principal de fs. 364”.

Al mismo tiempo, reconoce la Corte Suprema que el conflicto sometido al conocimiento de ella por medio de reclamación no afecta en sí a la competencia, sino que es una materia propia de aquellas que corresponden a la contratación pública:

“[...] resulta necesario consignar que no se advierte de qué manera el desarrollo de facultades como las descritas podría afectar la libre competencia en los mercados. En efecto, una vez aprobadas las Bases de la licitación el órgano público se encuentra obligado a respetar su contenido, de manera que su proceder, en tanto se cña a las mismas, no podrá ser sino calificado de apegado al ordenamiento jurídico y en ese contexto no se le podrá imputar que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, pues entonces el origen de semejante efecto habría que buscarlo en las Bases que lo rigen, de modo que es posible afirmar que, por su naturaleza y en esas condiciones, la ejecución de prerrogativas reglamentadas como la de autos no es materia que deba conocer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”².

V. Comentario final

En definitiva, la Corte Suprema (Tercera Sala) se ha pronunciado en este caso, al resolver el conflicto generado a partir de la licitación pública realizada por el Servicio de Registro Civil e Identificación (SRCEI), denominada “Contratación de Servicios Destinados al Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados”, ID 594 – 56 – LP08, sobre dos materias que nos parecen relevantes y por tanto dignas de comentar como jurisprudencia.

En las sentencias analizadas, la Corte Suprema sienta una doctrina jurisprudencial, que permite diferenciar entre materias propias del contencioso administrativo especial de contratación pública y el contencioso de libre competencia. Por una parte, se tiene el raciocinio que siguió el máximo tribunal sobre los eventuales conflictos que afecten la libre competencia con ocasión de licitaciones públicas, en que se determina como criterio esencial el hecho que el mercado relevante en dicho escenario es aquél que se da en el marco de la licitación misma, es decir, la pelea “por la cancha” y no “en la cancha”, esto es, la prestación del servicio o suministro que se adjudica uno de los proponentes, puesto que, como resulta lógico y evidente, no es posible que un mismo servicio sea prestado por más de un proponente, lo que hace fácticamente imposible una disputa dentro del marco de competencia en un mercado de un único oferente, en tanto éste lo es por el contrato público gestado en cumplimiento de las Bases de licitación.

² Considerando décimo noveno.

Lo anterior permite corroborar que la jurisprudencia se encuentra conteste con lo señalado por las voces autorizadas de la doctrina en este sentido, entre los que se encuentran, entre otros, Domingo Valdés Prieto, quien señala que la “descripción del mercado relevante descansa sobre una variedad de indicadores, que es preciso observar y evaluar para forjarse un concepto razonable del ámbito en el cual se desarrolla un pretendido ilícito monopólico [...]”, agregando que en “la determinación del mercado específico, también denominado mercado de referencia, importa establecer el bien económico –sea producto o servicio– y el lugar geográfico que la demanda y oferta interactivas respecto de dicho bien ocupan”³. Asimismo, el autor español Miguel Fernández Ordoñez expresa que “hay competencia cuando hay rivalidad entre los productores, y esta rivalidad es posible si el consumidor tiene la posibilidad real de elegir”⁴, reafirmando la idea de mercado relevante en cuanto “las instituciones fundamentales del mercado son dos: la propiedad privada y el contrato. Hay muchos tipos de contratos, pero el más elemental y que está en la base de la mayor parte de los mercados es el intercambio”⁵.

Así, resulta de la mayor relevancia el criterio jurisprudencial que asienta la Corte Suprema, en el sentido de que son las bases de licitación el instrumento del bloque de legalidad que delimita el marco jurídico por el que debe regirse el órgano público que actúa como licitante, para efectos de determinar si sus conductas son eventualmente atentatorias o contrarias a la libre competencia, en virtud de lo preceptuado en el artículo 3º del Decreto Ley N° 211, de 1973.

Por tanto, no habiéndose cuestionado las Bases de la licitación, resulta evidente que lo que corresponde examinar es si el organismo público ha actuado respetando el principio de sujeción a las bases que le impone el artículo 10 de la Ley N° 19.886, que sirve de fuente para la fuerza vinculante que los citados instrumentos tienen respecto de los órganos del Estado en materia licitatoria pública. En tanto no puedan reprochársele conductas contrarias o alejadas de lo que las mismas bases le permiten u ordenan hacer al órgano, resulta difícil configurar ilícitos contra la competencia, mas, resulta derechamente imposible aceptar su concurrencia cuando el organismo ha actuado con sujeción a las bases de licitación como marco normativo.

Otro de los puntos interesantes en la jurisprudencia analizada es aquel en que la Corte Suprema arriba a la convicción que el tema puntual que se plantea respecto de la decisión del organismo público de marginar competidores con fundamento en las bases de licitación y adjudicar a uno de los proponentes en su virtud, sólo es impugnabile en cuanto a su eventual ilegalidad y consecuente nulidad de la actuación administrativa en sede de contratación pública. Lo anterior resulta ser un corolario de la distinción señalada *supra*, puesto que para el máximo tribunal resultarían dentro del ámbito de acción del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los conflictos situados en torno a la discriminación arbitraria que encontrara fundamento en el contenido de las bases, en cuanto ello implicara un atentado contra la libre competencia, mas no resulta competente, *contrario sensu*, si se alega un eventual atentado a la competencia sin impugnar las bases, ya que en ese caso, comprobándose que la actuación del órgano público resulta apegada al mandato normativo de las bases de licitación, en cumplimiento al principio legal de sujeción a las mismas, no cabe que el citado tribunal de la competencia entre a conocer del fondo de la legalidad de la actuación administrativa. Ello

³ VALDÉS PRIETO (2006), p. 350

⁴ FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (2000), p. 53

⁵ *Ibíd.* p. 58. Véase también para este tema, la obra de SORIANO GARCÍA, José Eugenio (1998) pp. 93 y ss.

porque, como lo señala la Corte Suprema, el examen y control judicial de legalidad de la actuación administrativa en un procedimiento licitatorio público ha sido entregado expresamente por la ley al Tribunal de Contratación Pública, siendo este último órgano el único competente para resolver los conflictos en un proceso licitatorio en cuanto ellos se siguen de la aplicación de las bases, mas no de la legalidad *ex ante* de las mismas.

En definitiva, las sentencias comentadas permiten definir dos líneas argumentales de doctrina jurisprudencial. Primero, la delimitación de la competencia de los tribunales especiales en razón de la materia, esto es, un contencioso administrativo especial en que se cautela básicamente el derecho objetivo de los procedimientos concursales de contratación pública y un contencioso de libre competencia que cautela el mercado y sus principios basales; y segundo, una regla acerca del alcance de las decisiones sobre contratación pública en base a un bloque de legalidad en que una pieza esencial son las bases de la licitación y el rol del órgano de la Administración frente a ellas. De lo expuesto resulta evidente que la decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia comentada es *ultra vires*, dado que llega a pronunciarse sobre la regularidad del procedimiento licitatorio público contrastando su ajuste con el bloque de legalidad que lo rige, y por tanto, entrando en el campo ya no de la competencia, sino derechamente de la legalidad de la actuación administrativa, lo que indefectiblemente obliga a reconocer que dicho juzgador ha extralimitado su ámbito competencial, invadiendo la esfera que el legislador expresamente le ha asignado al Tribunal de la Contratación Pública.

VI. Referencias Bibliográficas

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel (2000): La Competencia, Alianza Editorial, Madrid.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio (1998): Derecho Público de la Competencia, Editorial Marcial Pons, Madrid.

VALDÉS PRIETO, Domingo (2006): Libre Competencia y Monopolio, Ed. Jurídica de Chile, Santiago.