

Colusión en licitaciones públicas (*bid rigging*) y sus efectos en las compras públicas

Collusion in public bidding (*bid rigging*) and its effects on public procurement

Natalia Bolívar-Gacitúa¹

Estudiamos el fenómeno de la colusión en subastas públicas (*bid rigging*) como una forma de afectación del principio de libre competencia. En la primera parte del trabajo, se plantean los problemas que se producen por la falta de oferentes en los concursos públicos; en segundo lugar, se describe la forma cómo se materializa la colusión en un contexto de compras públicas, exponiendo las modalidades que adopta, sus elementos característicos y algunos indicios de sospecha de colusión; en la tercera parte, se analizarán los criterios seguidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y del Tribunal de Justicia Europeo (TJUE), para sancionar estas prácticas anticompetitivas, finalizando con algunas conclusiones y recomendaciones.

Palabras clave: colusión, colusión en licitaciones públicas, *bid rigging*.

We study the phenomenon of collusion in public auctions (*bid rigging*) as a way of affecting the principle of free competition. In the first part of the work, the problems that occur due to the lack of bidders in public tenders are raised; In second place, the way in which collusion materializes in a context of public purchases is described, exposing the modalities it adopts, its characteristic elements and some indications of suspicion of collusion; In the third part, the criteria followed by the Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) and the European Court of Justice (CJEU) will be analyzed to penalize these anti-competitive practices, ending with some conclusions and recommendations.

Keywords: collusion, collusion in public tenders, *bid rigging*.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Máster y Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Académica investigadora Facultad de Derecho, Universidad de Las Américas. Campus Santiago. Dirección postal: Av. República 71, Santiago, Chile. Correo electrónico: nbolivar@udla.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8864-4633>

Artículo recibido el 18 de julio de 2023 y aceptado el 10 de octubre de 2023.

Introducción

“En términos cuantitativos, entre los 22 países de la OECD-UE, la contratación pública aumentó del 13,7 % en 2019 al 14,9 % en 2020” (OECD, 2021, 162). “En lo que respecta a Chile, el gasto en compras públicas referente a la contratación de obras, bienes y servicios a través de licitaciones públicas fue de USD M. 9.734 el año 2021”².

Debido a la gran influencia que tienen las subastas públicas en el logro de la eficiencia en la contratación pública, el diseño e implementación de ellas constantemente debe reevaluarse y perfeccionarse. Siendo hoy particularmente relevante que el dinero de los contribuyentes se gaste de forma eficiente, las normas de contratación pública tienen una gran responsabilidad en la creación de un entorno jurídico que garantice el uso de los recursos públicos en aquellas áreas más sensibles.

El Derecho *Antitrust* es un derecho cuyos principios y normas están orientados a definir los comportamientos ilícitos de cara a preservar la leal competencia de los operadores en los distintos mercados y determinar las sanciones que correspondan cuando se cometen ilícitos. De igual forma, establece y sanciona aquellas conductas anticompetitivas que pueden darse al interior de un mercado donde participe un ente público como adquirente de bienes y servicios.

Por su parte, el Derecho de la contratación pública está dirigido a determinar las pautas de comportamiento que han de seguir los poderes adjudicatarios en relación con los procedimientos de contratación que impulsen. De esta forma, determina cómo han de publicitarse los contratos, qué condiciones de participación han de cumplirse, qué garantías pueden exigirse a los licitadores, qué criterios de adjudicación pueden aplicarse, y cuándo y cómo pueden modificarse o resolverse los contratos celebrados, entre otros aspectos.

En relación con ello, López Miño sostiene que:

“Ambos deben complementar su actuación por su proximidad entre los intereses protegidos, centrándose conjuntamente en la competencia. Dicho respaldo puede ser de tres tipos: autónomo, heterónimo y mixto. En el primer caso, el sistema de contratación integra en sí mismo la defensa *antitrust*; en el segundo, la defensa frente a la colusión se encarga, a su veedor ordinario, el derecho de la competencia; en el tercero, los sistemas de contratación pública y de competencia oponen una doble barrera frente a las conductas anticompetitivas”³.

En nuestra opinión, la legislación chilena pertenece a la segunda categoría, ya que, tanto en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en adelante Ley de Com-

² Dirección de Compras y Contratación Pública ChileCompra 2021, 12.

³ LÓPEZ MIÑO 2013, 432.

pras), como en la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, se hace escasa alusión a la importancia de la concurrencia de una mayor cantidad de oferentes en los procesos licitatorios y, por tanto, la protección de la competencia se ha encargado casi en su totalidad al Decreto Ley N° 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia⁴.

Existen razones jurídicas importantes que justifican la elección de la licitación pública como el procedimiento administrativo más adecuado para resguardar la igualdad ante la ley, la libre participación de todas las personas en la participación de los bienes públicos y la publicidad y probidad del actuar público.

El principio de concurrencia⁵ exige que tanto las normas como los hechos o actos que se produzcan en el proceso de contratación sean interpretados de forma que favorezcan la participación de la mayor cantidad de oferentes posible. Esta mayor participación en el procedimiento favorece la comparación de ofertas, lo que se traduce en la selección de la oferta más conveniente al interés público, siendo el Estado el que resulta directamente beneficiado.

Valdivia Calderón señala al respecto que:

“Este principio cobra especial importancia en el diseño de las bases de licitación, las cuales deben elaborarse de modo que puedan presentarse todos los interesados que satisfagan condiciones objetivas e igualitarias de acceso. Luego, en principio, no deben establecer barreras de entrada que no guarden relación con el objeto del contrato. En su caso, las condiciones restrictivas impuestas a los oferentes pueden ser estimadas contrarias al principio y, por consiguiente, ilegales”⁶.

Se hace necesario en este punto recordar que el Artículo 5° de la Ley de Compras⁷, establece que:

La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales, salvo lo dispuesto en el Artículo 8° de esta ley. Asimismo, define a las licitaciones públicas (Art. 7°) como:

⁴ Decreto Ley N° 211, de 1973.

⁵ Uno de los principios rectores de la contratación pública. Art. 9 inc. segundo Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado. Artículo 9°.- Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación correspondiente acudir al trato directo.

⁶ VALDIVIA CALDERÓN 2018, 314.

⁷ Decreto Supremo N° 250, Hacienda, 2004.

El procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

En concordancia con el precepto legal, Aróstica Maldonado concibe la licitación pública como:

“Un procedimiento concursal, ya que el vocablo *concurso* significa, precisamente, competencia entre los que aspiran a encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca las mayores ventajas”⁸.

Considerando que, en el año 2022 en Chile las licitaciones públicas, alcanzaron las 679.135 (65,50%) de todos los procesos de compra realizados en dicho período⁹, como se aprecia en la tabla y figura 1, la licitación pública es la regla general en la contratación pública. Así también lo afirma Flores Rivas, quien señala que: “la licitación pública es la regla general, no obstante, por razones jurídicas, mérito, oportunidad o conveniencia, la autoridad administrativa podrá omitir la licitación pública, optando entre la licitación privada o el trato directo”¹⁰.

Tabla 1. Total de compras públicas período enero-diciembre 2022

Mecanismo de compra	N° de órdenes de compra	Monto total	Monto total (USD)
Compra Ágil	626.297	\$421.484.685.418	478.840.059
Convenio Marco	221.321	\$730.104.586.897	848.097.091
Licitación Privada	3.642	\$89.200.089.937	99.206.809
Licitación Pública	679.135	\$7.545.020.327.801	8.747.030.048
Sin Información	17	\$97.925.348	112.504
Trato Directo	275.016	\$2.736.205.358.795	3.138.055.383

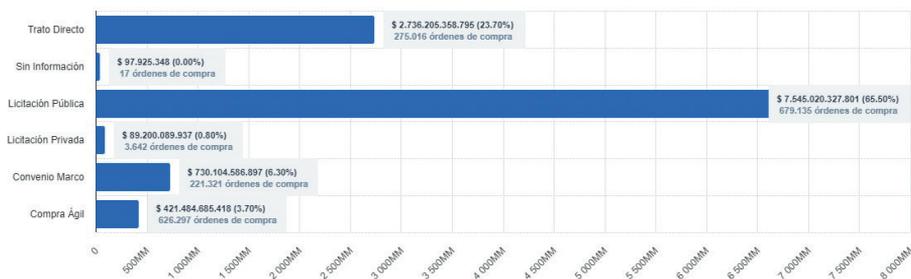
Fuente: datos-abiertos.chilecompra.cl

⁸ ARÓSTICA MALDONADO 2006, 292-293.

⁹ Dirección de Compras y Contratación Pública ChileCompra, 2022. Datos abiertos, estadística actualizada a diciembre 2022.

¹⁰ FLORES RIVAS 2021, 25.

Figura 1. Total de compras públicas período enero-diciembre 2022



Fuente: datos-abiertos.chilecompra.cl

Por otra parte, es un hecho que la mayoría de los mercados constituye oligopolios¹¹, y no siendo la contratación pública una excepción a esta regla, es fundamental proteger la integridad del proceso de contratación pública, a fin de maximizar los beneficios resultantes para la sociedad y proteger la competencia en los mercados.

I. Planteamiento del problema

Si bien, en la práctica vemos que la licitación pública es la regla general en las compras públicas, nuestro país se caracteriza por una baja participación de oferentes en un porcentaje relevante de licitaciones. Así lo señaló la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en su estudio sobre el mercado de las compras públicas:

En un 25% de licitaciones participa un solo oferente, mientras que, en un 40%, participan dos o menos. Asimismo, un 56% del gasto se canaliza a través de licitaciones donde se presentan dos o menos oferentes. Ello es muy relevante porque un bajo número de participantes en las licitaciones repercute en una menor intensidad competitiva y también en un mayor riesgo de ilícitos anticompetitivos¹².

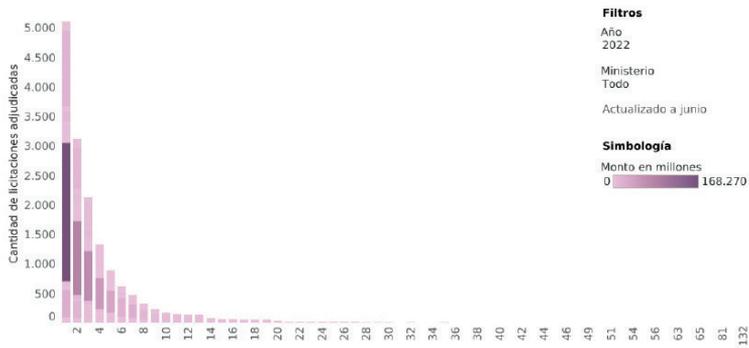
Por su parte, la Fundación Observatorio Fiscal estableció, como lo vemos en la figura 2, que “en al menos 4.800 licitaciones adjudicadas hasta diciembre del año 2022, existió solo un oferente en dicho proceso”¹³, siendo especialmente preocupante el caso del Ministerio de Salud con 2.349 licitaciones (figura 3), y el Ministerio de Defensa Nacional con 1.283 licitaciones (figura 4), donde solo hubo un oferente.

¹¹ Mercado caracterizado por un pequeño número de empresas que se dan cuenta de que son interdependientes en sus políticas de precios y producción. El número de empresas es lo suficientemente pequeño como para dar a cada empresa cierto poder de mercado. El oligopolio se distingue de la competencia perfecta porque cada empresa en un oligopolio debe tener en cuenta su interdependencia. OECD 1993, 63; STIGLER, 1964.

¹² Fiscalía Nacional Económica 2019, 14.

¹³ Fundación Observatorio Fiscal 2022.

Figura 2. Número de oferentes en licitaciones públicas



Fuente: Fundación Observatorio Fiscal, 2022.

Figura 3. Cantidad de oferentes por licitación (Ministerio de Salud)

En el Ministerio de Salud existen **2.349** de licitaciones con cantidad de **1** oferentes y por un monto de **\$ 168.270** millones



Fuente: Fundación Observatorio Fiscal, 2022.

Figura 4. Cantidad de oferentes por licitación (Ministerio de Defensa Nacional)

En el Ministerio de Defensa Nacional existen **1.283** de licitaciones con cantidad de **1** oferentes y por un monto de **\$ 15.110** millones



Fuente: Fundación Observatorio Fiscal, 2022.

La consecuencia de la falta de competidores es que la Ley autoriza al Estado para adquirir bienes y servicios a través del trato o contratación directa, prescindiendo del procedimiento de licitación pública, en el cual se manifiesta en su totalidad el principio de libre concurrencia. Así lo dispone el Artículo 8° de la Ley de Compras que establece:

Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

- a) Si en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados.
- b) Si se tratara de contratos que correspondieran a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratante u otras causales y cuyo remanente no supere las 1.000 unidades tributarias mensuales.
- c) En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante.
- d) Si solo existe un proveedor del bien o servicio.
- e) Si se tratara de convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional.
- f) Si se trata de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional, los que serán determinados por decreto supremo.
- g) Cuando, por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al trato o contratación directa, según los criterios o casos que señale el reglamento de esta ley.
- h) Cuando el monto de la adquisición sea inferior al límite que fije el reglamento.

En todos los casos señalados anteriormente, deberá acreditarse la concurrencia de tal circunstancia [...].

Sumado a estos dos procesos de contratación donde existe escasa o incluso nula competencia, encontramos el convenio marco, el cual ha sido descrito por parte de la FNE como: "procesos donde no existe una competencia para ingresar a la etapa de selección ("competencia por la cancha"), sino que, por el contrario, los oferentes ingresan directamente a la selección por parte del ente público"¹⁴, por lo que no existe competencia alguna por ingresar a la etapa previa de calificación, como sí ocurre en las licitaciones públicas, donde se califica a los oferentes como "aptos" para convertirse en

¹⁴ Fiscalía Nacional Económica 2019, 16.

proveedores del Estado, y se los insta a competir por ser parte de todo el proceso licitatorio.

Sobre la licitación privada se ha dicho que: “es aquella a la que solo pueden presentarse como oferentes las personas o entidades expresamente invitadas al efecto por la Administración Pública”¹⁵. “En este procedimiento pueden participar todas aquellas personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, siempre que hayan sido invitadas por la Administración a presentar sus ofertas”¹⁶.

Por su parte, el trato directo ha sido definido por la doctrina de la siguiente manera:

“[...] Es la forma más excepcional que tiene la Administración para preparar su voluntad contractual y negociar directamente con quien celebrará el contrato deseado¹⁷. Es un acuerdo de voluntades que la Administración celebra con un contratante libremente elegido para obtener de él los bienes o servicios que necesita para alcanzar los fines que le interesa alcanzar. Es un sistema excepcional de contratación que sólo procede si no ha sido posible licitar”¹⁸.

Pueden existir varias razones para que participen un número menor de empresas en procesos de compras, como la falta de interés, el incumplimiento de los requisitos establecidos en las bases de licitación, o la existencia de pliegos de licitación demasiado onerosos, entre otros; de acuerdo a cifras publicadas por la Dirección de Compras y Contratación Pública (organismo público encargado de los procesos de compra en Chile, en adelante ChileCompra), hasta el año 2022 existían 96.383 empresas inscritas como proveedoras del Estado¹⁹, lo que demuestra el gran interés que existe por parte de las empresas por participar en los procesos de compras públicas.

En relación con otras posibles causas que pudieran dar lugar a declarar desierta una licitación pública, como el incumplimiento de los requisitos y/o la onerosidad eventual para todos o algunos de los oferentes de las bases de licitación, podemos señalar que, si bien, no descartamos que, ambos elementos pueden estar confabulándose e impidiendo la participación de un mayor número de empresas en los procesos de licitación pública, nuestra hipótesis se basa en que una de las razones que justificaría la baja participación de oferentes en las licitaciones públicas (a nivel mundial, no solo en Chile), podemos encontrarla en la existencia de prácticas anticompetitivas (acuerdos o prácticas), concertadas con anterioridad a la participación en el proceso de licitación, y que les permiten a las empresas afectar el resultado

¹⁵ MARIENHOFF 1996, 97.

¹⁶ CELIS DANZINGER 2022, 385.

¹⁷ MORAGA KLENNER 2019, 322-323.

¹⁸ CORDERO VEGA 2015, 429.

¹⁹ Dirección de Compras y Contratación Pública ChileCompra 2023, 11.

de dichos procesos, práctica conocida en el derecho comparado como *pujas fraudulentas*, *bid rigging* o *collusive tendering*.

Esta situación corresponde a la hipótesis de licitación desierta contenida en el Artículo 9° inciso 1° de la Ley N° 19.886²⁰, que se verifica cuando no se presenten ofertas. Al respecto, según lo dispone el Artículo 8° letra a), inciso 1°, de la Ley de Compras Públicas: “En tal situación, procederá primero la licitación o propuesta privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, será procedente el trato o contratación directa”, de manera que, en tal situación, habrá de seguirse el orden de prelación que establece la Ley, primero la licitación privada y, si nuevamente esta es declarada desierta, se podrá recurrir al trato directo y, en ambos casos, los procedimientos deben regirse por las bases de la licitación pública que fue declarada desierta en forma previa.

Para nuestro estudio, nos abocaremos al análisis de la situación descrita en la letra a) del Art. 8°, porque creemos que la falta de oferentes en los procesos de compras, no se debe a la falta de interés en participar de ellos, sino que, se debería a la existencia de acuerdos entre los potenciales oferentes con el objeto de no competir, y de esa forma asegurarse la adjudicación de la licitación, sabiendo además que, declarada desierta ésta, el Estado deberá utilizar los otros procedimientos establecidos en la Ley, a saber, la licitación privada y el trato directo, que como se señaló, al primero sólo se accede por invitación del Estado, y en el segundo, no existe ningún tipo de rivalidad. Basándonos en dicha hipótesis, en este trabajo describiremos las modalidades utilizadas por parte de las empresas para la implementación y mantenimiento de un cartel en el ámbito de las compras públicas, teniendo como objetivo general, contribuir a prevenir la ocurrencia de colusión en este ámbito y servir de guía para los funcionarios que elaboran las bases de licitación.

II. Colusión en subastas o licitaciones públicas

Es un hecho que, de los procesos de compra disponibles en Chile, solo la licitación pública permite establecer un mercado tan amplio como lo permitan las bases para poder satisfacer las necesidades públicas, es decir, sólo a través de este proceso, se deja “la puerta abierta” para que, cualquier interesado (que cumpla con los requisitos exigidos), participe como oferente en dicho proceso, de ahí la importancia de proteger la competencia en su interior.

De acuerdo a la teoría de juegos²¹, la colusión en subastas públicas (*bid rigging*) se incluye dentro de los juegos cooperativos, es decir, cada oferente

²⁰ Ley N° 19.886, de 2003, Art. 9°.- El órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplieren los requisitos establecidos en las bases. Declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses. En ambos casos la declaración deberá ser por resolución fundada.

²¹ La teoría de juegos es el estudio del comportamiento estratégico cuando dos o más individuos interactúan y cada decisión individual resulta de lo que él espera que los otros hagan. El objetivo de la teoría es caracterizar los comportamientos individuales que los jugadores,

(jugador) comparte información y estrategias con sus competidores para, en vez de competir por la adjudicación del contrato, cooperar entre ellos (por ser más ventajoso, en términos económicos) y asegurar, de esa forma, la adjudicación, obteniendo mayores utilidades, en perjuicio directo de los fondos estatales.

La Comisión Europea ha definido el concepto de manipulación de licitaciones o *bid rigging*, señalando que:

“Se refiere a acuerdos entre operadores económicos, con el fin de falsear la competencia en la adjudicación de procedimientos de compras. Estos acuerdos pueden adoptar diversas formas, tales como fijar de antemano el contenido de las ofertas (especialmente el precio) para influir en el resultado del procedimiento, abstenerse de presentar ofertas, adjudicar el mercado en función de la geografía, la autoridad contratante o el objeto de la contratación, y/o el establecimiento de planes de rotación para una serie de procedimientos. El objetivo de todas estas prácticas es permitir que el licitador predeterminado asegure un contrato mientras se crea la impresión de que el procedimiento es genuinamente competitivo”²².

Martínez *et al.* argumentan que:

“La colusión en las licitaciones públicas se desarrolla en dos dimensiones: La primera se produce cuando las empresas se ponen de acuerdo para aumentar sus ganancias de manera ilícita. En las licitaciones públicas, estas coordinan sus ofertas para obtener beneficios adicionales al proporcionar el bien o servicio requerido. La segunda se produce cuando el comprador acuerda compartir con el proveedor las ganancias extraordinarias producidas por un aumento ilegal del precio adjudicado. Este fenómeno recibe el nombre de *corrupción* en vez de *colusión*; sin embargo, lo único que cambia son los agentes involucrados en el acuerdo ilícito”²³.

“Los cárteles dañan a la economía elevando los precios y distorsionando la asignación de recursos”²⁴. “Un sobrecoste por fijación de precios es una transferencia de ingresos o riqueza de los compradores a los miembros del cartel que se produce como resultado de un acuerdo colusorio manifiesto”²⁵.

En relación con los costos, se ha calculado por parte de la Fiscalía Nacional Económica, que: “la falta de competencia en los acuerdos marco celebrados en nuestro país, de haber existido una mayor participación de ofe-

razonablemente, deberían adoptar en contextos de interacción con otros individuos NEUMANN Y MORGENSTERN, 1944; CARLTON Y PERLOFF, 1994.

²² Comisión Europea 2021, 4.

²³ MARTÍNEZ *et al.*, 2011, 386-387.

²⁴ DAMGAARD *et al.*, 2011, 9.

²⁵ CONNOR 2014, 255.

rentes, podría haber significado ahorros sobre los USD M. 240 anuales²⁶. Si tenemos en cuenta el porcentaje que representa la contratación pública en el PIB de los distintos países, podemos hacernos una idea del sobrecosto que suponen para la economía global este tipo de prácticas.

1. Formas o modalidades que adopta la manipulación de subastas públicas
Como una contribución teórica al tema, Brinker²⁷ y la División Antitrust del Departamento de Justicia de EE.UU.²⁸ clasificaron las distintas modalidades que adopta la manipulación de ofertas de licitación en las siguientes:

1.1. *Posturas encubiertas* –coverbidding–

También conocidas como ofertas de resguardo, complementarias o simbólicas. Constituyen la fórmula colusoria más utilizada en la contratación pública. Ello responde a tres características: sencillez en su implementación, flexibilidad y multiplicidad de formas de instrumentación y posibilidad de vigilar internamente el cumplimiento del pacto.

En este escenario, el cartelista elegido por el grupo para obtener la adjudicación del contrato, presenta su oferta cumpliendo con los requisitos exigidos en las bases de licitación, mientras que el resto de los miembros del acuerdo presenta ofertas que no son idóneas de acuerdo con los requisitos exigidos, acordando que la empresa adjudicada subcontratará a los miembros secundarios del grupo.

En el año 2019, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española (CNMC) sancionó una colusión de este tipo, donde se destaca por parte del organismo que:

“[...] las empresas que no deseaban competir por una determinada licitación debían, no obstante, concurrir a la misma con bajas poco significativas para contribuir a alterar indebidamente el umbral de anormalidad de manera favorable a los intereses de las empresas”²⁹.

Otro caso que obedece a esta modalidad, fue sancionado por el Tribunal Supremo español; conociendo de un recurso de casación en el fondo señaló que:

“[...] SIECSA ha utilizado a otras empresas del cartel para que le prepararan ofertas de acompañamiento, con precios superiores a los que ella quería ofertar, para resultar adjudicataria de las licitaciones y que,

²⁶ Fiscalía Nacional Económica 2019, 206.

²⁷ BRINKER 2014, 547-565

²⁸ División Antitrust del Departamento de Justicia de EE.UU. (DOJ) 2005, 2-3.

²⁹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española (CNMC) 2021, “Conservación de carreteras”, procedimiento de oficio seguido en contra de varias empresas (14).(Expte. S/ DC/0226/10).

además, ella era también en algunas ocasiones quien preparaba ofertas acompañando a otros”³⁰.

A través de la formalización de posturas encubiertas se cumple en teoría con el Principio de libre competencia y se induce al Estado a creer que sí ha existido competencia entre los oferentes; nótese que, en este caso, la licitación no será declarada desierta ni habrá que recurrir a otro tipo de procedimientos administrativos, debiendo adjudicar la licitación a aquel de los oferentes que presente la mejor oferta económica, desconociéndose por parte de la administración que ha existido un acuerdo entre las empresas para no competir.

1.2. *Supresión de ofertas –bidsuppression–*

Consiste en la presentación inicial de varias posturas y el posterior retiro de una o de varias ofertas para allanar el camino al postor ganador designado, constituyéndose en un mecanismo de presión contra la entidad convocante, para aceptar la postura que queda después de la retirada del resto de las ofertas³¹.

También se manifiesta como la presentación de una oferta conjunta por parte de dos o más empresas en una situación de razonable presentación de posturas individuales. La presentación de posturas conjuntas puede materializarse a través de consorcios, *joint ventures* o uniones temporales de proveedores.

“La Unión Temporal de Proveedores es una asociación de personas naturales y/o jurídicas, para la presentación de una oferta en caso de licitaciones, o para la suscripción de un contrato, en caso de un trato directo”³².

“Desde la perspectiva del derecho antitrust, la formación de UTE (unión temporal de empresas) es susceptible de propiciar efectos positivos para la competencia, como la participación de empresas en licitaciones en las que no habrían podido participar de manera independiente”³³

Armengol i Gasull señala que:

“Por lo general, los acuerdos de comercialización no son restrictivos de la competencia cuando son objetivamente necesarios para que una empresa pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de integrantes menor que el que participa en el consorcio [...] Sobre esta base, el criterio determinante es el de la necesidad objetiva de la UTE o, como acertadamente ha deno-

³⁰ *Siecsa Construcción y Servicios, S.A. con Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia* (2018). (STS 3746/2018).

³¹ SAN MIGUEL 2018, 774.

³² Decreto N° 250 de 2004. Art. 2° Número 37.

³³ GUTIÉRREZ Y ARECES 2022, 138.

minado también la doctrina, el de la *indispensabilidad* para participar en la licitación”³⁴.

1.3. *Asignación de mercados* –market allocation–

Constituye un acuerdo colusorio en el cual los miembros del grupo acuerdan asignarse las licitaciones en razón de un criterio de cercanía geográfica entre las instalaciones y la logística del postor, respecto del área a prestar el servicio o suministrar el producto, traduciéndose en una reducción considerable del costo operacional por la cercanía territorial.

“Las formas típicas en que se manifiesta esta modalidad son por medio de la abstención de producción o venta de productos distintos a los acordados en determinada zona geográfica, así como por medio de acuerdos de no ingresar en un nuevo mercado. También se manifiestan por medio de postores fantasmas, que son empresas que participan regularmente en procesos de licitación, pero nunca logran resultar vencedoras ni se les adjudica ningún contrato”³⁵.

La OCDE ha señalado sobre este tipo de colusión que:

“En un escenario de asignación de mercado, los miembros del cartel pueden dividir el mercado en áreas geográficas, o bien dividir el mercado entre sus clientes. En este caso, los demás miembros del cartel no participarán en los procesos de licitación que se realicen en aquellas áreas geográficas o tengan por objeto suministrar a esos clientes”³⁶.

Un caso sancionado por el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) de junio de 2011 consistió en un cartel en el mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica, cuyo objeto era la fijación directa e indirecta de precios, el reparto del mercado y la manipulación de los procedimientos de contratación. El Tribunal, en su sentencia, destacó la introducción de “comisiones”, caracterizándolas como:

“Una suma de dinero que la sociedad de mudanzas que había obtenido el contrato para una mudanza internacional debía a los competidores que no habían obtenido el contrato, ya hubieran presentado también una oferta o bien se hubieran abstenido de hacerlo [...] los miembros del cartel se facturaban mutuamente las comisiones por las ofertas rechazadas o que se habían abstenido de presentar, describiendo servicios ficticios, y el importe de esas comisiones se facturaba a los clientes”³⁷.

³⁴ ARMENGOL I GASULL 2019, 61.

³⁵ SAN MIGUEL 2018, 774.

³⁶ OECD 2015, 19-20.

³⁷ *Team Relocations y otros con Comisión* (2011). ECLI :EU:T:2011:286.

1.4. Rotación de ofertas –bidrotation–

“En ella se aplican sucesivamente varias posturas encubiertas, supresión de ofertas o asignación de mercados, con la particularidad de que, en cada una de las modalidades sucesivas mencionadas, se rota la posición del postor ganador”³⁸.

“El efecto de este comportamiento coordinado es que el mismo grupo de empresas siempre presenta propuestas y cada empresa gana en un determinado turno. Se ha descubierto que la colusión funciona mejor cuando los participantes son pocos e idénticos”³⁹.

En este esquema colusorio debe existir un grupo de postores que siempre participen en licitaciones similares y estén dispuestos a rotarse para ganar, con la certeza de que serán adjudicatarios en algún proceso de compras, periodicidad que dependerá del número de empresas que pertenezcan al grupo.

Cabe señalar que, la hipótesis planteada en esta investigación encaja muy bien en cualquiera de las modalidades de colusión descritas ya que los oferentes, sabiendo que ante la falta de empresas que cumplan con los criterios señalados en las bases de licitación (técnicos, económicos, o de otro tipo), el Estado estará obligado a realizar una licitación privada o bien un trato directo, como lo establece el Art. 8 letra a) de la Ley de Compras, por lo que es más conveniente para ellas dejar de participar o participar solo para no levantar sospechas, y acordar quien o quienes serán las empresas adjudicatarias en los procesos privados posteriores (licitación o trato directo), a los cuales, como ya se dijo anteriormente, sólo se accede por invitación.

2. Elementos de la colusión en subastas públicas

Cañizares y Domínguez señalan que:

“Las autoridades de competencia comunitarias han identificado una serie de condiciones necesarias para que la colusión sea viable y sostenible en un mercado, siendo especialmente importante que las empresas participantes no tengan incentivos a abandonar la conducta colusoria, así como que no existan elementos externos capaces de desestabilizarla”⁴⁰.

Para que estos acuerdos se mantengan en el tiempo y no fracasen en el intento de manipular las licitaciones, es requisito *sine qua non* que se verifique una o más de las siguientes conductas:

2.1. *Identificación de los postores*: la identificación de los postores reales y potenciales en una licitación pública supone identificar, antes de la presentación de las ofertas, cuál es el número de oferentes que se presentará a la subasta

³⁸ SAN MIGUEL 2018, 774.

³⁹ CONNOR y WERNER 2018, 4.

⁴⁰ CAÑIZARES y DOMÍNGUEZ 2015, 25.

y de quiénes se trata, lo que supondrá determinar la alta o baja probabilidad de celebrar acuerdos colusorios, mantenerlos y cumplirlos en el tiempo.

El primer paso en el análisis de los potenciales postores consiste en saber qué empresas son más probables que entren en el mercado relevante. En este sentido, la competencia potencial puede venir de: (i) empresas que ya estén en el mercado; (ii) empresas que venden el bien o prestan el servicio de que trata la licitación en áreas geográficas adyacentes; (iii) empresas que venden el bien o prestan el servicio en mercados aguas arriba o aguas abajo relacionadas; y (iv) empresas que venden el bien o prestan el servicio a través de canales de distribución similares.

2.2. *Interacción repetida*: en líneas generales, se pueden identificar condiciones necesarias y otras que, no siéndolo, facilitan la adopción y posterior mantenimiento de un acuerdo colusorio. Entre estas condiciones se encuentra la interacción repetida en el tiempo.

“Hay mayor margen para la colusión cuando las mismas empresas compiten repetidamente porque es más fácil sostener la colusión cuando interactúan más frecuentemente, además las empresas pueden reaccionar más rápidamente a la desviación de una de ellas”⁴¹.

Las subastas públicas, por regla general, y dependiendo de las características de los productos o servicios licitados, permiten que los competidores se encuentren en más de una ocasión, permitiéndose, de esta forma, una interacción repetida entre ellos, de manera que, si una empresa se compromete a presentar una oferta excesivamente onerosa en un proceso de contratación, tendrá la seguridad de que, en el futuro, será también la ganadora.

Se ha considerado, además, por parte de la jurisprudencia que:

“La repetición de estos contactos en el tiempo debe considerarse como infracciones “únicas y continuadas”, ya que suponen la existencia de un plan conjunto en el que se inscriben diferentes actos, debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia, con independencia de que uno o varios de esos actos también puedan constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la legislación de competencia”⁴².

2.3. *Existencia de comunicación entre los oferentes*: la comunicación es probablemente el medio más poderoso para lograr la coordinación.

Motta señala que:

“Si las empresas no pueden comunicarse entre sí, pueden cometer errores y seleccionar un precio (o una cantidad) que no sea conjuntamente óptimo para ellas. De esta forma, si una empresa cree que el precio

⁴¹ IVALDI et al. 2003, 19. Ver MARSHALL y MARX 2012, 3.

⁴² *Silver Plastics y Johannes Reifenhäuser v. Comisión* (2020). Asunto T-582/15 (ECLI:EU:C:2020:857). *Villero y Boch v. Comisión* (2017)., apartado 47. (ECLI:EU:C:2017:52)

correcto para la industria es más alto y aumenta su propio precio, podría quedar fuera de un proceso licitatorio”⁴³.

De igual forma, “la coordinación exitosa de conductas competitivas, solo es posible si el mercado es transparente suficiente para que cada empresa tenga información sobre la conducta de las demás y pueda monitorear cualquier desviación del curso de acción coordinado”⁴⁴. Es sabido que la Ley exige el cumplimiento de ciertas formalidades para dar publicidad a los procesos de compras públicas, por lo que, por una parte, se cumple con esa exigencia legal pero, por otra, se transparentan los procesos de tal forma que los oferentes conocen, de antemano, la estructura de las bases de licitación, las exigencias económicas y técnicas de los procesos de compra, los cuales son generalmente idénticos entre sí, propiciando un conocimiento cabal de todos los aspectos necesarios para coordinar las ofertas.

El Tribunal de Defensa de la Competencia (TDLC) señaló recientemente a raíz del conocimiento de un caso de manipulación de licitaciones públicas y privadas en el mercado de la prestación de servicios de combate de incendios, que:

[...] “en relación con la colusión de oferentes en licitaciones, el intercambio de información comercialmente sensible y detallada entre éstos es parte consustancial del ilícito colusorio debido a que siempre será necesario, cualquiera sea la estrategia que se adopte entre competidores, que se conozca ex ante el precio o las condiciones de la oferta que resultará o que se pretende que resulte adjudicataria de la licitación por parte de los participantes del actuar colusorio”⁴⁵.

2.4. Determinación de una estrategia común: el juego de la colusión se compone de dos etapas. La primera es la de la comunicación, donde los jugadores envían mensajes en una secuencia arbitraria. Los mensajes implican compromiso de transferencias, la negociación y el acuerdo de hacer una oferta. En la segunda, los miembros de la coalición hacen una oferta en la subasta. Finalmente, después de que se adjudique la subasta, se realizan las transferencias condicionadas a los miembros del grupo coludido.

En este sentido y con afán de mostrar las estrategias utilizadas por las empresas al momento de celebrar acuerdos colusorios, el año 2022 se falló, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDLC), un asunto consistente en la adopción de acuerdos colusorios que tenían por objeto la fijación de precios y otras condiciones de comercialización de los servicios de

⁴³ MOTTA 2004, 217.

⁴⁴ ESTEVAN DE QUESADA 2013, 832.

⁴⁵ Sentencia N° 185-2023 de 14 de agosto de 2023, considerando cuadragésimo segundo dictada en Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra INAER Helicopter Chile S.A. y otros C 393-2020 [licitaciones públicas y privadas].

combate y extinción de incendios forestales prestado mediante aviones cisterna, tanto en licitaciones tanto públicas como privadas⁴⁶.

La estrategia utilizada por las empresas consistió en coordinar las condiciones de comercialización de los servicios solicitados por Forestal Mininco S.A. para las temporadas 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012; Forestal Celco S.A. para la temporada 2020-2011; Corporación Nacional Forestal (CONAF) para las temporadas 2012 y 2015; las diferentes modalidades utilizadas con ese fin consistieron en: la presentación de posturas encubiertas o de cobertura, la presentación de ofertas idénticas, y la abstención de presentación a la licitación en otros casos, todo lo cual, tuvo la aptitud para inhibir la competencia entre ellas, dando lugar además a infracciones continuadas en el tiempo.

En este caso el TDLC llegó a la conclusión de condenar a las empresas a través de evidencia dura y evidencia circunstancial; sobre este punto se pronunció la Corte Suprema señalando que:

“En doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de la colusión, la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial. La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales [...] La evidencia circunstancial, en tanto, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume, se deduce o infiere⁴⁷.

Por tratarse de circunstancias que pueden variar y complementarse con otros factores, se ha preferido por parte de las autoridades de defensa de la competencia analizar caso a caso la existencia de indicios que pudieran dar lugar a colusión al interior de los procesos de compra públicas, a pesar de ello, la OCDE ha señalado algunos indicadores de sospecha que son más frecuentes de encontrar en las compras públicas y que sirven de indicio de colusión (entre otros):

(i) que el mismo proveedor sea el que presente la oferta más baja en las licitaciones llevadas a cabo por un órgano contratante, mientras que el resto de los licitadores se limitan a presentar ofertas de cobertura en su favor, en otras licitaciones;

(ii) que exista un patrón geográfico de distribución de ofertas ganadoras –por ejemplo, que la misma empresa siempre gane en la misma zona geográfica;

(iii) que los proveedores habituales no presenten ofertas en un concurso en el que fuera previsible que lo hicieran (por similitud de características con concursos anteriores);

⁴⁶ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra FAASA Chile Servicios Aéreos Ltda. y otra C 358-2018 [licitaciones públicas y privadas].

⁴⁷ Sentencia Corte Suprema de 26 de julio de 2023, Causa N° 7.600-2022. “Faasa Chile Servicios Aéreos Ltda. y Martínez Rido Chile Ltda., en contra de la sentencia de 26 de enero de 2022, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

- (iv) que algunos proveedores se retiren inesperadamente de la licitación cuando tenían posibilidades reales de resultar adjudicatarios;
- (v) que algunas empresas siempre presenten ofertas a las licitaciones convocadas por el órgano contratante, pero nunca resulten adjudicatarios;
- (vi) que dos o más empresas presenten una oferta conjunta a una licitación cuando, al menos una de ellas, podría haber licitado individualmente con razonables posibilidades de éxito;
- (vii) que la compañía habitualmente adjudicataria en licitaciones de un órgano contratante repetidamente, subcontrate trabajos o servicios con otros licitadores;
- (viii) que una compañía sin posibilidades reales de cumplir el contrato objeto de la licitación (por ejemplo, por ausencia de suficiente capacidad de producción), presente una oferta; y
- (ix) que los precios y demás características de las ofertas de varios licitadores sean idénticas⁴⁸.

2.5. *Establecimiento de mecanismos de supervisión y sanción en caso de incumplimiento del acuerdo:* en la literatura económica, numerosos estudios han evidenciado cómo las empresas logran estabilizar los carteles. Los economistas en su mayoría perciben los carteles como inherentemente inestables; en consecuencia, el debate legal se ha centrado en elevar la presión reguladora para desestabilizar los carteles existentes.

La colusión es más fácil de sostener si los beneficios colusorios son más altos y/o si los beneficios de la desviación son más bajos; en consecuencia, el efecto sobre la sostenibilidad de la colusión depende de la magnitud de los dos elementos.

Jiménez y Coronado descubrieron que:

“El tipo de subasta puede facilitar la señalización o transmisión de información entre rivales sin la necesidad de mantener un contacto explícito y, por otro lado, puede facilitar la formulación de castigos de alto poder disuasorio para evitar que los acuerdos previamente establecidos en el interior de un cartel sean luego incumplidos por alguno(s) de sus miembros”⁴⁹.

Porter afirma en relación con la penalización que:

“La amenaza de penalización en las subastas siguientes a aquel de los jugadores que rompa el acuerdo permite mayores posibilidades de sostener un acuerdo colusorio. En consecuencia, se conseguirá disuadir el incumplimiento del acuerdo colusorio, por parte de cualquier licitante del grupo, si se establece un nivel suficientemente alto para la penalización y si la amenaza tiene características de certeza, y el comporta-

⁴⁸ OECD 2012a, 16.

⁴⁹ JIMÉNEZ Y CORONADO 2008, 232-233.

miento agresivo es disuadido por la amenaza de castigos en el futuro y, en consecuencia, las deserciones pueden ser detectadas con una alta probabilidad”⁵⁰.

3. Situación en Chile

Estas conductas se encuentran tipificadas en el Artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211 que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, en los siguientes términos:

El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto, convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el Artículo 26 de la presente ley [...] Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

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

Cabe destacar que “el literal a) del artículo 3° que se refiere a los ilícitos colusorios, contiene una hipótesis genérica que no distingue a la entidad que convoca a la licitación ni otro factor relativo a la modalidad de las licitaciones. Ello permite inferir que la premisa normativa del artículo 3° letra a) se puede aplicar a cualquier proceso de licitación, sin distinción de las entidades que lo desarrollen u otras características que presenten”⁵¹.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) ha conocido y fallado con dispares resultados (condenas y absoluciones) varias colusiones de este tipo⁵², destacándose los argumentos señalados por el tribunal para condenar:

⁵⁰ PORTER 2015, 8.

⁵¹ Sentencia N° 185-2023 de 14 de agosto de 2023, considerando ducentésimo septuagésimo octavo dictada en Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra INAER Helicopter Chile S.A. y otros C 393-2020 [licitaciones públicas y privadas].

⁵² Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Air Liquide Chile S.A. y otros C-74-2005 [licitaciones públicas CENABAST]. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Asfaltos Moldeables de Chile S.A. y otros C-132-2007 [licitaciones públicas Dirección RM de Vialidad]. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Radio Valparaíso Ltda. y otros C-194-2009 [licitaciones públicas de concesión radial de frecuencia modulada SUBTEL]. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y otros C-312-2016 [licitaciones públicas CENABAST]. Requerimiento de la Nacional Económica contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y otra C-321-2017 [licitaciones públicas CENABAST]. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra FAASA Chile Servicios Aéreos Ltda. y otra C

[...] “El número de preseleccionados era pequeño, y habitualmente participaban las mismas empresas, lo que facilitaba una interacción frecuente; elementos ambos que, a su vez, incentivaban y propiciaban una potencial colusión”⁵³.

Como apreció el Tribunal, si el número de oferentes es pequeño se facilita la comunicación entre ellos en orden a coludir para asegurarse la adjudicación de los procesos de licitación de concesión de frecuencias radiales:

[...] “Las requeridas celebraron al menos los siguientes contratos de cesión de derechos, en virtud de los cuales la respectiva cedente vendió a la cesionaria su derecho de postulación a la respectiva licitación, a cambio de sumas de dinero, y obligándose a participar en dicha licitación de tal manera que fuese la cesionaria la adjudicataria de la frecuencia en cuestión”⁵⁴.

En este caso los oferentes cedieron su derecho a resultar adjudicatarias a las licitaciones convocadas a través del compromiso de participación pero, sólo con fines de encubrir un acuerdo colusorio entre ellas, es decir a través de un mecanismo de *coverbidding*.

3.1. Caracterización del mercado relevante de compras públicas

Un aspecto muy importante que debe considerarse como el antecedente sobre el cual se analizará la ilicitud de un acuerdo de *bid rigging*, es la determinación correcta del mercado relevante, es decir, el mercado que abarca el proceso de compra. La OECD ha señalado al respecto que: “La definición del mercado relevante ayuda a identificar a los participantes del mercado, para delimitar los límites del mercado y determinar el área de competencia efectiva”⁵⁵.

De igual forma el Tribunal ha indicado que “cuando es el Estado quien actúa como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, el mercado relevante es aquel al cual pertenecen los bienes o servicios licitados” (TDLC, sentencia N° 138/2014, considerando décimo)⁵⁶. Por lo que, si consideramos, el producto y el territorio donde se licita como los antecedentes base a partir de los cuales identificaremos el mercado relevante, debemos considerar, entonces, cada licitación como un mercado relevante independiente, aunque sea un mismo organismo público quien intervenga en dos o más licitaciones, y éstas sean coetáneas o subsecuentes.

358-2018 [licitaciones públicas y privadas]. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Calquín Helicopters SpA y otros C-403-2020 [licitaciones públicas CONAF].

⁵³ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Radio Valparaíso Ltda. y otros, sentencia N° 112-2011 de 22 de junio, c. 57°.

⁵⁴ Requerimiento de la FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y otros (2009), c. 26°.

⁵⁵ OECD 2012b, 21.

⁵⁶ Ramírez y Cía. Ltda. con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia TDLC, sentencia de 30 de julio de 2014 (N° 138-2014).

En otras palabras, el ámbito de análisis queda definido por las bases de licitación y en consecuencia, son ellas quienes definen el mercado relevante respecto del cual deberá analizarse si ha existido o no competencia al interior de él, por lo que, es de suma importancia hacer una correcta determinación de éste que permita medir objetivamente el grado de competencia que ha existido en un proceso licitatorio con el objetivo principal de permitir la concurrencia de una mayor cantidad de oferentes a la licitación.

Según la Fiscalía Nacional Económica: “una importante proporción de los tratos directos (34%), se pudo haber evitado con una adecuada planificación y/o definición de mercado relevante, lo que hubiese implicado una compra pública en el marco de un proceso competitivo” (FNE, 2019, 157). Esto habría supuesto un ahorro considerable para el Estado, considerando que, como se dijo, la esencia de la licitación pública es ser un procedimiento concursal, a diferencia del trato directo.

Nótese además que, la Ley de Compras obliga al organismo público que ha declarado desierta una licitación pública a usar las mismas bases de licitación para la consecuente licitación privada y/o trato directo a través del cual adjudicará finalmente el bien o servicio, creemos que esta obligación, si bien se justifica en el ahorro de tiempo de los funcionarios encargados de dicha labor, favorece aún más la concertación entre los oferentes, al permitirles conocer de antemano el mercado relevante que abarcará la licitación (productos y territorio), y las condiciones impuestas en las bases, para de esa manera, pronosticar que empresas serán invitadas al nuevo proceso de compra y poder coordinar con ellas quien será la adjudicataria final.

Esta invitación se encuentra regulada en los artículos 45 inciso 1°, 46 y 47 inciso 1° del Reglamento de la Ley N° 19.886: “La invitación efectuada por la Entidad Licitante, en los casos que proceda una Licitación Privada, debe enviarse a un mínimo de tres posibles proveedores interesados que tengan negocios de naturaleza similar a los que son objeto de la Licitación Privada”.

Aunque la Ley exija un mínimo de oferentes potenciales (3), consideramos que en la licitación privada no existe competencia “por la cancha”, ya que se accede a ella por invitación del organismo público a cargo del proceso de compra, por lo que, si ya el mercado de las compras públicas se caracteriza por estar limitado por las bases de licitación, aún más limitado será cuando se elija a los oferentes “a dedo”, propiciando con ello la coordinación entre las empresas participantes.

3.2. *Prohibición de contratar con el Estado.*

A pesar de compartir los argumentos señalados por el TDLC, llama la atención que, en los requerimientos posteriores a agosto de 2016 (fecha en la cual se modificó el D.L. N° 211 a través de la Ley N° 20.945 y se agregó la le-

tra d) del Art. 26)⁵⁷, que faculta al Tribunal para aplicar como sanción complementaria a la multa, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado, no haya sido nunca aplicada por el Tribunal; aunque, quizá la razón por la que no se ha aplicado diga relación con aspectos económicos más que jurídicos; en relación con ello es importante destacar la opinión del economista Aldo González quien, durante la tramitación del Proyecto de Ley, señaló que:

“Esta medida perjudica al propio Estado (ejemplo: laboratorio sancionado es el único que tiene licencia para producir un medicamento necesario para combatir una epidemia, o los coludidos son fabricantes de armas, etcétera). En segundo lugar, esta medida tiene una lógica de estanco, porque implicaría conceder un monopolio a la empresa que no hubiere sido sancionada por la colusión de sus competidores, si es que ello llegara a suceder, lo cual es improbable porque, cuando se configura un cartel, la idea es que estén todos los productores más cercanos de un determinado bien o servicio”⁵⁸.

Aunque también hay que destacar que si bien la medida no se ha impuesto de forma directa por parte del TDLC, sí se encuentra inserta en las bases tipo de licitación aprobadas por la Contraloría General de la República⁵⁹, de manera indirecta, al prohibir a la participación en los procesos de compras públicas a aquellas empresas que hubieren sido sancionadas con la medida establecida en el Art. 26 letra d) del D.L. N° 211, es decir aquellas conductas previstas en el Art. 3 letra a) del D.L. N° 211⁶⁰.

Conclusiones

En esta investigación se ha puesto de manifiesto la importancia de prevenir y sancionar la colusión en el ámbito de las compras públicas, mercado que

⁵⁷ Letra d). En el caso de las conductas previstas en la letra a) del Artículo 3°, podrá imponer, además, la prohibición de contratar cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años, contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

⁵⁸ GONZÁLEZ TISSINETTI 2018, 137.

⁵⁹ Dictamen N° E370752 de 20 de julio de 2023.

⁶⁰ Art. 26. La sentencia Ley definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere. Esta sentencia deberá dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo. En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3°, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

presenta características particulares y donde prima la transparencia del proceso por expresa exigencia legal, situación que facilita la colusión entre las empresas que participan de una licitación pública. Estas preocupaciones se justifican aún más en un escenario de inflación mundial como el actual, donde el Estado debe propender a gastar con eficiencia los fondos fiscales y, en la medida de lo posible, ahorrar en dichos gastos.

El problema que supone la falta de oferentes en las licitaciones públicas en Chile, se traduce en declarar desierta la licitación, y privilegiar otro tipo de procedimientos, como la licitación privada o el trato directo, los cuales, de acuerdo a la inexistencia de rivalidad por ingresar al proceso, en el primer caso, y a su estructura no concursal, en el segundo, constituyen excepciones al Principio de libre concurrencia.

Sería recomendable que, los encargados de elaborar las bases de licitación en nuestro país, protejan el erario a través de la elección de la oferta más conveniente pero, evitando transformar a los pliegos de licitación en verdaderas barreras de entrada a los procesos de compras públicas, los cuales, como se señaló, se caracterizan por un bajo o inexistente número de oferentes. De acuerdo a lo planteado, esta no sería la única razón por la cual se presentan pocas empresas a los procesos de compra, ya que según nuestra hipótesis, esto se debería a la celebración y ejecución de acuerdos anticompetitivos pero, podría ser un elemento facilitador de la colusión en dichos procesos.

En nuestro país se ha puesto de manifiesto la importancia de introducir mejoras en los procesos de compras públicas por parte de la Fiscalía Nacional Económica en su estudio del año 2019, principalmente por la baja participación de oferentes en un porcentaje alto de licitaciones (56%), y el ahorro fiscal (entre US\$240 y US\$800 millones al año), que significaría propiciar herramientas legales para que la participación de estos sea mayor. Estimamos que el Proyecto de Ley (Boletín N° 14137-05)⁶¹, que actualmente se encuentra en tramitación en el Senado, va en la senda correcta al proponer una serie de reformas como la promoción de la innovación en la compra pública, la creación del análisis de necesidad de la compra y la incorporación de la economía circular, que, en conjunto, deberían mejorar la eficiencia y calidad del gasto público, por lo que en unos años más sería conveniente medir su impacto real en los procesos de compra.

Este estudio contribuye al análisis de las formas más comunes de colusión en subastas públicas, explorando las circunstancias sospechosas a las cuales hay que prestar mayor atención, describiendo los criterios jurídicos en que se han basado organismos y tribunales nacionales e internacionales para sancionarlos, destacando las diferencias que existen en la determinación de un mercado relevante público y uno privado, y abriendo un espacio

⁶¹ Ingresado el 29 de marzo de 2021, proyecto de Ley que moderniza la Ley N° 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado.

de reflexión en torno a estas prácticas que no solo afectan a la competencia, sino también a las compras públicas, basándonos en que si ambas ramas del derecho se complementan entre sí, se propicia la eficiencia en el gasto fiscal y el ahorro para todos los ciudadanos.

Bibliografía citada

- ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) (septiembre 2005). *Price Fixing & Bid Rigging – They Happen: What They Are and What to Look For. An Antitrust Primer for Procurement Professionals*. Justice. gov. <https://www.justice.gov/atr/price-fixing-bid-rigging-and-market-allocation-schemes>.
- ARMENGOL I GASULL, O. (2019). Uniones temporales de empresas y derecho de la competencia, *Revista de Economía Industrial* (415):59-66. <https://www.mincotur.gob.es/es-ES/Publicaciones/Paginas/detallePublicacionPeriodica.aspx?numRev=415>.
- ARÓSTICA MALDONADO, I. (2006). Licitación pública: concepto, principios y tramitación. *Revista Actualidad Jurídica* (13), 291-313. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-13-P291.pdf>.
- ASHENFELTER, O. y GRADY, K. (2005). Anatomy of The Rise and Fall of A Price-Fixing Conspiracy: Auctions at Sotheby's and Christie's. *Journal of Competition Law and Economics*, 1(1), 3-20. <https://dx.doi.org/10.1093/joclec/nhi003>.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (03 de mayo de 2018). *Historia de la Ley N° 20.945. Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia*. BCN. https://www.bcn.cl/historia-delaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.
- Brinker, L. (2014). Introducing new weapons in the fight against bid rigging to achieve a more competitive U.S. procurement market. *Public Contract Law Journal* 43(3), 547-565. <https://www.jstor.org/stable/44740646>.
- CAÑIZARES, E. y DOMÍNGUEZ, D. (2015). Perspectiva económica de la colusión. En: MARTÍNEZ, S. y PETITBO, J. [Dirs.], *Los acuerdos horizontales entre empresas* (23-45). Marcial Pons.
- CARLTON, D. y PERLOFF, J. (1994). *Modern Industrial Organization*. Harper Collins College Publishers, Second edition.
- DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA CHILECOMPRA (2021). *Cuenta Pública. Gestión 2021 y Avances 2022*. ChileCompra. <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2022/05/Cuenta-Publica-ChileCompra-2021.pdf>.
- DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA CHILECOMPRA (2022). *Datos Abiertos*. ChileCompra. <https://datos-abiertos.chilecompra.cl/>.
- DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA CHILECOMPRA (25 de mayo 2023). *Cuenta pública participativa. Logros 2022- Desafíos 2023*. ChileCompra. <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2023/05/cuentapublicaChileCompra2023.pdf>.
- COMISIÓN EUROPEA (2021). *On tools to fight collusion in public procurement and on guidance on how to apply the related exclusion ground (C/2021/1631)*. Eur-lex.europa [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC0318\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC0318(01)).
- CONNOR, J. (2014). Cartel Overcharges. *The Law and Economics of Class Actions. Research in Law and Economics* (26): 249-387. <http://dx.doi.org/10.1108/S0193-589520140000026008>.
- CONNOR, J. y WERNER, D. (12 de enero de 2018). *Variation in bid-rigging cartels overcharges: an exploratory study*. Papers.ssrn. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3273988>.
- CORDERO VEGA, L. (2015). *Lecciones de derecho Administrativo*. Thomson Reuters.
- DAMGAARD, Mette Trier; RAMADA, Paula; CONLON, Gavan y GODEL, Moritz (2011). The Economics of Cartels: Incentives, Sanctions, Stability, and Effects. *Journal of European Competition Law & Practice* 2 (4): 405-413. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpr041>.
- ESTEVAN DE QUESADA, C. (2013). Collusive practices inside a business network: The cbase of information exchange. *European Business Law Review* 24 (6), 829-847. <https://doi.org/10.54648/eulr2013039>.
- FLORES, J. C. (2021). *Aspectos críticos de la contratación administrativa*. Thomson Reuters.

- FUNDACIÓN OBSERVATORIO FISCAL (2022). *Compras Gobierno Central*. Compras.observatoriofiscal. https://compras.observatoriofiscal.cl/GobiernoCentral/LicitacionesPublicas/Cuantos_oferentes_tienen_las_licitaciones.
- GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A.; ARECES LÓPEZ, C. (2022). La Audiencia Nacional rechaza que la CNMC pueda calificar de anticompetitiva la participación de DFRAIL en UTE a los concursos convocados por GIF/ADIF para el suministro de desvíos ferroviarios. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (58), 137-144.
- HARRINGTON, J. Jr. (2006). How do cartels operate? *Foundations and Trends(R) in Microeconomics* 2(1), 1-105. <http://www.nowpublishers.com/article/Details/MIC-021>.
- HINLOOPEN, J. (2006). Internal Cartel Stability with Time-Dependent Detection Probabilities. *International Journal of Industrial Organization* 24(6), 1213-1229. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718706000476>.
- IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P. y TIROLE, J. (2003). *The Economics of Tacit Collusion*. Ideas.repec.org. <https://ideas.repec.org/p/ide/wpaper/581.html>.
- JIMÉNEZ, F. y CORONADO, J. (2008). Análisis económico de la colusión en mercados de subastas: pujas fraudulentas (Bid Rigging). En: MARTÍNEZ, S. y PETITBO, J. [Dirs.], *Los acuerdos horizontales entre empresas* (213-239). Marcial Pons.
- LEVENSTEIN, M. y SUSLOW, V. (2006). What determines cartel success? *Journal of Economic Literature* XLIV, 43-9. <https://www.jstor.org/stable/30032296>.
- LÓPEZ MIÑO, A. (2013). Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. En: GIMENO FELIU, J. [Dir.], *Observatorio de los contratos públicos*. Thomson Reuters Aranzadi.
- MARIENHOFF, M. (1996). *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III-A. Contratos Administrativos, Abeledo Perrot.
- MARSHALL, R. y MARX, L. (2012). "The Economics of Collusion", The MIT Press, p. 3.
- MARTÍNEZ, J.; ESCOBAR, D. y LOYOLA, C. (2011). Sobre los determinantes de la colusión en las compras públicas: el caso de Chile. *Derecho PUCP*. 66, 385-417. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3091>.
- MORAGA KLENNER, C. (2019). *Contratación administrativa*. Segunda Edición. Thomson Reuters.
- MOTTA, M. (31 de enero de 2003). *Competition policy: Theory and practice*. Cambridge University Press. https://danielmorochoruiz.files.wordpress.com/2015/09/massimo_motta_competition_policy_theory_and_prabookfi-org.pdf.
- NEUMANN, J. V. y MORGENSTERN, O. (1944). *Theory of games and economic behavior*. Princeton University Press.
- OECD (1993). *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*. Oecd.org. <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>.
- OECD (17 de julio de 2012a). *Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública*. Legalinstruments.oecd. <https://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>.
- OECD (11 de octubre de 2012b). *Policy Roundtables. Market definition*. Oecd.org. <https://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>.
- OECD (2015). *Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en México. Informe Analítico del Secretariado sobre el Cumplimiento de la Legislación, Regulaciones y Prácticas de la CFE con las Mejores Prácticas de la OECD*. Oecd.org. <https://www.oecd.org/daf/competition/CombateColusi%C3%B3nContrataci%C3%B3nP%C3%BAblica-M%C3%A9xico-InformeCFE-2015.pdf>.
- OECD (09 de julio de 2021). *Government at a Glance 2021*. Oecd-ilibrary.org. <https://doi.org/10.1787/53fad860-en>.
- PÉREZ PAREDES, E. (2013). Las uniones temporales de empresas en la contratación pública. *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 4, 361-402.
- PORTER, R. (2015). *Detecting Collusion*. The Center for the Study of Industrial. Working Paper #0051. Organization at Northwestern University. <https://idv.sinica.edu.tw/kongpin/teaching/micro/porter.pdf>.

- SAN MIGUEL GIRALT, J. (2018). La colusión como práctica anticompetitiva en la contratación pública. Reciente tendencia a la participación accionaria horizontal en EE.UU. y América Latina. *Ius et Praxis*, Año 24, N° 1, 2018, 757-800. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000100757>.
- SPAGNOLO, G. (2000). Optimal Leniency Programs. *FEEM Working Paper* (42), 1-29. <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/155096/1/NDL2000-042.pdf>.
- STIGLER, G. (1964). A Theory of Oligopoly. *Journal of Political Economy* 72 (1). <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/258853>.
- TIROLE, J. (1988). *The Theory of Industrial Organization*. The Mit Press.
- VALDIVIA, J. M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Tirant Lo Blanch.

Normativa citada

- Boletín N° 14137-05. Moderniza la Ley N° 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado. 29 de marzo del año 2021.
- Decreto Supremo N° 250 [Ministerio de Hacienda]. Aprueba reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de Servicios. 24 de septiembre de 2004.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973. Fija normas para la defensa de la libre competencia de 7 de marzo de 2005.
- Dictamen N° E370752 [Contraloría General de la República] Medidas para disminuir los posibles riesgos de corrupción en materia de compras públicas, de 20 de julio de 2023
- Directiva 2014/24/UE de 2014 [Parlamento Europeo y del Consejo]. Sobre Contratación Pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. 26 de febrero de 2014, [DOUE-L-2014-80598].
- Ley N° 18.575 de 2001. Bases Generales de la Administración del Estado. 17 de noviembre de 2001. D.O. No. 37.113.
- Ley N° 19.886. Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. 30 de julio de 2003. D.O. No. 37.622.
- Ley N° 20.945. Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia. 30 de agosto de 2016. D.O. No. 41.546.

Jurisprudencia citada

- Conservación de Carreteras (2021). Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), resolución de 17 de agosto de 2021. (Expte. S/DC/0226/10). [existencia de práctica prohibida. Art. 101 TFUE-Art. 1 Ley 15/07].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra INAER Helicopter Chile S.A. y otros (Rol N° C 393-2020): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sentencia de 14 de agosto de 2023 (N° 185-2023). [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica FNE contra Calquín Helicopters SpA. y otros (Rol N° C-403-2020). [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra FAASA Chile Servicios Aéreos Ltda. y otra (Rol N° C 358-2018): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sentencia de 26 de enero de 2022 (N° 179-2022). [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211]: Corte Suprema sentencia de 26 de julio de 2023 (Rol N° 7.600-2022). "Faasa Chile Servicios Aéreos Ltda. y Martínez Ridao Chile Ltda. [Recurso de reclamación].
- Requerimiento de la Nacional Económica FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y otra (Rol N° C-321-2017): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC),

- sentencia de 8 de enero de 2020 (N° 172-2020). [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y otros (Rol N° C-312-2016): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sentencia de 9 de noviembre de 2018 (N° 165-2018). [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Radio Valparaíso Ltda. y otros (Rol N° C-194-2009): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sentencia de 22 de junio de 2011 (N° 112-2011). [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica FNE contra Asfaltos Moldeables de Chile S.A. y otros (Rol N° C-132-2007): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sentencia de 10 de diciembre de 2008 (N° 79-2008): Corte Suprema sentencia de 16 de abril de 2009 (Rol N° 96-09). "Faasa Chile Servicios Aéreos Ltda. y Martínez Ridao Chile Ltda. [Recurso de reclamación]. [Requerimiento por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Air Liquide Chile S.A. y otros (Rol N° C-74-2005): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sentencia.
- Ramírez y Cía. Ltda. con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* (Rol N° C 256-2013): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), 30 de julio de 2014 (N° 138/2014). [Demanda por infracción del artículo 3° del Decreto Ley N° 211].
- Siecsa Construcción y Servicios S.A. con Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia*: Tribunal Supremo, 30 de octubre de 2018. Sala Tercera. [Recurso de casación]. (STS 3746/2018).
- Silver Plastics y Johannes Reifenhäuser v. Comisión* (Asunto T-582/15): Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), 22 de octubre de 2020. [Recurso de casación por prácticas colusorias]. (ECLI:EU:C:2020:857).
- Team Relocations y otros v. Comisión*. Asuntos acumulados T-204/08 y T-212/08: Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), 16 de junio de 2011. [Demanda de anulación parcial de la Decisión C(2008) 926 final de la Comisión, de 11 de marzo de 2008] (ECLI:EU:T:2011:286).
- Villeroy & Boch v. Comisión*. Asunto C-625/13 P: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), 26 de enero de 2017. [Recurso de casación por prácticas colusorias] (ECLI:EU:C:2017:52).

