



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO

REGULACIÓN DE LOS BID-RIGGING EN CHILE. COLUSIONES ENMARCADAS  
DENTRO DE UN PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

MEMORISTA:

RENATO VALENZUELA PINO

PROFESOR GUÍA:

DR. (C) RODRIGO BERMÚDEZ SOTO

Valparaíso, Chile.

2016

Si bien todo fraude requiere de sigilo, no todo sigilo tiene por objeto el fraude” Sissela Bok  
(1934 - )

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	<b>6</b>
<b>PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA Y LIBRE COMPETENCIA</b>	<b>6</b>
1. PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA	6
2. FINALIDAD ECONÓMICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA	11
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	<b>14</b>
<b><i>BID-RIGGING O COLLUSIVE TENDERING</i></b>	<b>14</b>
1. MARCO TEÓRICO DE LOS <i>BID-RIGGING O COLLUSIVE TENDERING</i>	14
a) <i>Desarrollo en el derecho comparado</i>	15
b) <i>Estados Unidos</i>	15
b) <i>Derecho Comunitario Europeo</i>	16
c) <i>El caso de Alemania</i>	18
2. PERJUICIOS PRODUCIDOS POR UN <i>BID-RIGGING</i>	27
<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	<b>29</b>
<b>SITUACIÓN CHILENA DEL <i>BID-RIGGING</i> Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL</b>	<b>29</b>
REGULACIÓN DE LOS <i>BID-RIGGING</i> EN CHILE	29
PENALIZACIÓN DEL <i>BID-RIGGING</i>	31
TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL <i>BID-RIGGING</i> EN CHILE	32
1. <i>COMPETENCIA DEL TDLC EN MATERIA DE LICITACIONES PÚBLICAS Y SU ANÁLISIS EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE ESTRUCTA SUJECCIÓN A LAS BASES DE LICITACIÓN E IGUALDAD DE OFERENTES.</i>	33
A. Principio de estricta sujeción a las bases de licitación como norma infra reglamentaria	33
B. Principio de igualdad entre los oferentes entendida como igualdad de oportunidades	34
<i>BID-RIGGING</i> COMO ILÍCITO ANTICOMPETITIVO SUBORDINADO	36
<b>CONCLUSIÓN</b>	<b>40</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>42</b>

## ABREVIATURAS

ANC: Agencia Nacional de Competencia  
art.: artículo  
arts.: artículos  
Cfr. : Confrontar  
cit. : citado  
CEE: Comunidad Económica Europea  
CENABAST: Central Nacional de Abastecimiento  
CEP: Centro de Estudios Públicos  
CMA: Competition & Markets Authority  
CPR : Constitución Política de la República de Chile  
CS : Corte Suprema  
D.O : Diario Oficial  
DFL : Decreto con Fuerza de Ley  
DL : Decreto Ley  
DOJ: Departamento de Justicia de Estados Unidos  
DS : Decreto Supremo  
Ed. : Editorial  
FNE : Fiscalía Nacional Económica  
FTC: Federal Trade Commission  
GWB: Ley Sobre las Restricciones de la Competencia alemana  
H. Tribunal: Honorable Tribunal  
inc. : inciso  
LDC: Ley de Defensa de la Competencia española  
LOCBGAE : DFL N° 1 – 19.653 fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado  
MP: Ministerio Público  
OAE: Órgano de la Administración del Estado  
OECD: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico  
OPE : Orden Público Económico  
p. : página  
pp. : páginas  
RAE : Real Academia Española  
RAP : Revista de Administración Pública  
RChD : Revista Chilena de Derecho  
RDJ : Revista de Derecho y Jurisprudencia  
RDPUCV : Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
ss. : siguientes  
TCP: Tribunal de Contratación Pública  
TDLC : Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea  
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
UTA: Unidad tributaria anual  
Vid. : veáse

## INTRODUCCIÓN

Los agentes económicos que intervienen en un mercado, son antagónicos, lo que significa que para la maximización de sus ganancias deben competir entre sí. Sin embargo, en ciertas ocasiones, estas empresas se valen de herramientas cuya licitud es discutible para superponerse a sus competidores, lo que provoca un perjuicio tanto a los competidores que compiten con ellos, como a los mismos consumidores del bien o servicio. En este marco es que se inserta el Derecho de la Competencia, rama jurídica que regula y prohíbe variados comportamientos referidos a restricciones competitivas.

Dentro de los comportamientos se encuentran los acuerdos horizontales destinados a afectar procesos de licitación o *bid-rigging*. El objetivo de estos acuerdos es obtener un beneficio mayor que el que obtendrían en condiciones de competencia efectiva. Sin embargo, aunque su definición suena muy simple, los criterios para determinar su existencia y sanción resultan del todo complejos. Esta memoria busca establecer los elementos para determinar la existencia de un *bid-rigging*, y sus características, tanto ante el derecho comparado como a luz de la doctrina y jurisprudencia nacional.

El primer capítulo, trata del concepto de licitación pública analizado desde una perspectiva económica; el grado de competencia que admiten dichos procedimientos; y la finalidad económica del llamado a licitación pública.

El segundo capítulo, trata del marco teórico del *bid-rigging* como ilícito anticompetitivo, principalmente a partir del derecho comparado: Estados Unidos, la Unión Europea y Alemania. Asimismo, se explica desarrollo y tratamiento del concepto en el ordenamiento nacional.

El tercer y último capítulo, expone el desarrollo jurisprudencial del concepto en nuestro país. Con especial énfasis en su caracterización y sanción por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema.

Finalmente se incluyen conclusiones sobre la conceptualización de esta figura, así como un análisis crítico sobre la regulación que le otorgó el legislador nacional.

## CAPÍTULO PRIMERO

### PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA Y LIBRE COMPETENCIA

#### 1. PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA

Enmarcados dentro de los mecanismos de contratación pública, se ubican los denominados procesos de licitación, constituyendo la regla general conforme con el artículo 9° de la LOCBGAE<sup>1</sup> la licitación pública<sup>2</sup>.

En general, las licitaciones públicas se definen como “un procedimiento administrativo por el cual la Administración invita a los interesados a que, sujetándose a las bases, formulen propuestas, de las cuales se seleccionará y aceptará la más ventajosa. Es un procedimiento de selección del co-contratante de la Administración que, considerando la idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona es la que ofrece el precio más conveniente o la mejor oferta”<sup>3</sup>. Lo característico de este procedimiento es la adjudicación de contratos administrativos basados en la conveniencia de la oferta.

Así, cuando se habla de licitación pública, se hace alusión a un mecanismo de selección mediante el cual la Administración realiza un llamado abierto y público con la finalidad de que todo individuo que cumpla con las bases de licitación y tenga interés en el contrato presente una oferta<sup>4</sup>. Para tal efecto, el Estado comprometiendo el erario público, busca que potenciales oferentes compitan por adjudicarse la prestación de determinado bien o servicio. Cada oferente debe preparar una propuesta significativa que será examinada cuidadosamente por la Administración<sup>5</sup> atendiendo a diversos factores, como el precio, la calidad del servicio ofrecido, la experiencia del oferente, entre otros.

En definitiva, el objetivo del llamado a licitación se encuentra en la adjudicación de un contrato administrativo basado en la necesidad de la oferta. Así, este último objetivo parte sobre

---

<sup>1</sup> El artículo en comento dispone: “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 corresponda acudir al trato directo”.*

<sup>2</sup> El artículo 5° de la Ley 19.886 sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios dispone que será obligatorio el llamado a licitación pública cuando “las contrataciones superen las 1000 unidades tributarias mensuales”.

<sup>3</sup> CORREA FONTECILLA, Jorge, *La teoría de los contratos administrativos* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012), p.18.

<sup>4</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*<sup>3</sup> (Valparaíso, Legal Publishing, 2014), p. 259.

<sup>5</sup> Artículo 37° Reglamento de la ley N°19.886, de “Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios”: “Método de evaluación de las ofertas:

*La Entidad Licitante deberá evaluar los antecedentes que constituyen la oferta de los proveedores y rechazará las ofertas que no cumplan con los requisitos mínimos establecidos en las Bases.*

*La evaluación de las ofertas se efectuará a través de un análisis económico y técnico de los beneficios y los costos presentes y futuros del bien y servicio ofrecido en cada una de las ofertas. Para efectos del anterior análisis, la Entidad Licitante deberá remitirse a los criterios de evaluación definidos en las Bases.*

*La Entidad Licitante asignará puntajes de acuerdo a los criterios que se establecen en las respectivas Bases.”.*

la premisa que no existirán conductas anticompetitivas por parte de los funcionarios (como casos de corrupción o facilitación de información a oferentes) como por parte de los actores de mercado (conductas colusivas en sentido amplio).

La idoneidad a la que he hecho referencia descansa sobre los siguientes supuestos:

**Desigualdad de las partes contratantes:** por regla general, en derecho privado lo característico de un proceso de contratación es la igualdad de las partes que lo celebran, sin embargo, esto no ocurre en la “la actividad de contratación por parte de la Administración del Estado”<sup>6</sup> o contrataciones públicas. Esto pues, “La igualdad contractual, principio que constituye una de las características más importantes de la contratación civil, se ve disminuida o desaparecida en este tipo de contratación. La razón por la que existe esta desigualdad se debe a que en la contratación administrativa está presente el interés público. Así, el interés público se va a satisfacer por la ejecución de un servicio público, objeto del contrato”<sup>7</sup>. De esta forma la Administración goza de una serie de prerrogativas que la hacen contratar desde una perspectiva de superioridad.

**Único demandante:** lo característico de un mercado competitivo es la atomicidad, es decir, una gran cantidad de oferentes y demandantes presentes. En cuanto a los oferentes, dentro del proceso de licitación pública, al menos teóricamente debiesen existir dos, que compitan por la adjudicación del contrato definitivo. En cuanto a los demandantes, es uno solo: el órgano licitante, traducido en el organismo licitante quién es el que llama al proceso licitatorio respectivo. Esto podría representar una problemática, pues no importando el grado de participación de oferentes, siempre el demandante será en última instancia, la Administración. Así las cosas, el Estado puede ver truncada su intención de contratar en las condiciones más ventajosas, atendido el alto grado de coordinación posible entre los oferentes.

Sin embargo, esto no representa necesariamente una desventaja para la existencia de competencia<sup>8</sup> pues “dado su vasto poder de compra, el gobierno tiene en una posición inmejorable para fomentar la competencia entre oferentes”<sup>9</sup>.

**Mutabilidad del contrato administrativo:** se contempla la posibilidad de que la Administración altere el contenido del contrato unilateralmente, “Esta potestad para variar el contrato no constituye un derecho subjetivo de la Administración en el contrato, sino que un poder otorgado por los principios administrativos, con efecto sobre el contrato. La diferencia va a estar en el hecho de que el derecho subjetivo se agota con su ejercicio, la potestad es

---

<sup>6</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2011). *Compras públicas y libre competencia*, p. 6. [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%ABlicas-Abr2011.pdf>

<sup>7</sup> OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *Los principios informadores de la contratación administrativa* en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. VII (Valparaíso, 1983), p. 152.

<sup>8</sup> La OCDE señala: “La competencia efectiva puede mejorarse si existe un número suficiente de licitadores con credibilidad, capaces de responder a la invitación a participar en la licitación y con incentivos para competir por el contrato”. OECD (2009). *Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas*, p.6.[En línea] <http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf> .

<sup>9</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Sector Público y Libre Competencia* (Material de promoción N°4, 2012) p.4. [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf>

inagotable”<sup>10</sup>. Esto quiere decir que la libertad del co-contratante para escoger el contenido del contrato se ve totalmente reducida en materia de contrataciones públicas. En palabras de Bermúdez, permite a la Administración Pública “modificar el contrato cuando las circunstancias que lo han motivado cambian, haciendo necesaria la correspondiente revisión y adecuación del contrato a estas circunstancias sobrevinientes”<sup>11</sup>. Si bien la decisión de modificar la configuración interna del contrato depende solo de la voluntad de la Administración, esta decisión debe encontrarse plenamente justificada. En otras palabras, no es procedente bajo ningún respecto la modificación del contrato por mutuo acuerdo entre los contratantes, ni tampoco el término basado en un mero capricho de la Administración.

Existencias de barreras a la entrada: “Las barreras a la entrada son factores que le dificultan a las nuevas compañías ingresar a una industria, cuando son altas, una industria puede contar con pocas compañías y poca presión para competir, las economías de escala constituyen una clase común de barrera a la entrada”<sup>12</sup>. González sostiene que estas pueden ser administrativas, legales, insumos escasos y barreras intrínsecas<sup>13</sup>. Sin embargo, previene que, “La existencia de barreras a la entrada y las ventajas que ellas proporcionan a quienes ya están en el mercado, no deben considerarse como un hecho anticompetitivo *per se* (...) Sin embargo, como principio sano de política de competencia se debe evitar que algunas prácticas tengan como principal motivación y consecuente efecto el bloqueo del ingreso de competidores en el mercado”<sup>14</sup>.

En consecuencia, lo anticompetitivo no es la existencia de barreras a la entrada, sino la utilización de las mismas como instrumento para excluir competidores. Para el caso de las licitaciones públicas, es la misma Administración la que eventualmente puede crear barreras artificiales a la entrada. Esto se manifiesta porque es el órgano licitante quién fija los requisitos de la licitación, determina qué bien o servicio demandará y fijará las condiciones sobre las cuales los oferentes deberán competir para adjudicarse el contrato, por lo que el oferente tiene muy pocas opciones de discutir el contenido del contrato, pues este viene determinado por las bases de licitación, la que a su vez fija las condiciones sobre las cuales se contratará.

La FNE al respecto, propone ciertos estándares que deben observar los funcionarios públicos para fomentar la competencia durante el proceso de contratación, dentro de los que se encuentra evitar que la creación de barreras artificiales a la competencia, esto es que, “en la determinación de las variables del proceso de contratación y en el diseño específico de las bases de licitación se evite toda circunstancia o requisito que constituya una barrera u obstáculo que

---

<sup>10</sup> OELCKERS CAMUS, *op. Cit* (nº7), p.161.

<sup>11</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Op. Cit*, (nº4), p. 251.

<sup>12</sup> SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, William, *Economía*<sup>18</sup> (trad. del inglés por María Guadalupe Cevallos; *et alli*, Madrid, S.A. MCGRAW-HILL, 2006), p. 169. [en línea] <https://unitecorporativa.files.wordpress.com/2013/02/economc3ada-18va-edicic3b3n-paul-a-samuelson-william-d-nordhaus.pdf>

<sup>13</sup> GONZÁLEZ, Aldo, *Barreras a la entrada* (Santiago, Departamento de Economía Universidad de Chile, 2014), p. 3.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p.4.

limite, retarde o impida la participación en el proceso de alguna empresa interesada en hacerlo”<sup>15</sup>, en otras palabras la existencia de cualquier barrera a la entrada debe encontrarse plenamente justificada, pues de lo contrario se generarían obstáculos innecesarios que vendrían a contravenir la normativa de libre competencia chilena y afectar la libre entrada de posibles oferentes al proceso licitatorio.

Transparencia en la información: tanto la FNE como la OCDE consideran la transparencia en la información como un requisito indispensable para fomentar la competencia en los procedimientos de licitación pública. Así como una herramienta eficaz para combatir la existencia de corrupción dentro de dichos procesos<sup>16</sup>.

La doctrina sostiene: “La transparencia es fundamental para la competencia (divulgación intenciones de compras) y también para controlar y evaluar los resultados (menores precios con la mejor calidad) desarrollando indicadores y estadísticas y dando publicidad en Internet y publicaciones en general. Desde la requisición y la orden de compra, hasta la entrega y el pago. Todo transparente, con fechas, con nombres, con montos. No es necesario el secreto”<sup>17</sup>. Dicho estándar de transparencia es exigible por cuanto para los actos de la Administración del Estado rigen los principios de publicidad y transparencia<sup>18</sup>.

La transparencia de las licitaciones del sector público en Chile es algo característico dada la existencia de un mandato legal como medida disuasiva del favoritismo o casos de corrupción<sup>19</sup>. Sin embargo, no basta solo con esto sino que se debe responder a la pregunta ¿qué transparentar? Esto en la medida que, todo acto de transparencia que recaiga sobre algún elemento esencial para la competencia<sup>20</sup> permitiría la existencia de un acuerdo colusorio eficaz, en cuanto facilitaría la comunicación entre oferentes, quienes tentados por las cuantiosas sumas ofrecidas por la adjudicación de un contrato llevarían a cabo acuerdos entre competidores<sup>21</sup>. Por lo anterior, es que deben conciliarse los deberes de publicidad y transparencia que recaen sobre

---

<sup>15</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *cit.* (n°6), p.14.

<sup>16</sup> *Vid.* OECD (2009), *cit.* (n°9), p.8 y FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *cit.* (n°6), p.13.

<sup>17</sup> PIMENTA, Carlos César, *Gestión de compras y contrataciones gubernamentales*, RAE *electron.* [online]. 2002, vol.1, n.1, p4. [en línea] <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1676-56482002000100013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-56482002000100013&lng=en&nrm=iso)>. ISSN 1676-5648. <http://dx.doi.org/10.1590/S1676-56482002000100013>.

Algo similar podemos encontrar en OECD (2009), *cit.* (n°10), p. 10.

<sup>18</sup> Principios consagrados en el artículo 8° de la Constitución y en el artículo 5° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

<sup>19</sup> IRARRÁZABAL PH., Felipe; ARAYA J., Fernando, *Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones*, en TDLC (eds.), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Thomson Reuters, 2011) p. 174.

<sup>20</sup> Para la Dirección de Chile Compras el deber de transparencia se traduce en: (I) contacto con proveedores luego del cierre solo por medio del foro inverso (medio excepcional) o según lo que dispongan las bases de licitación, (II) no direccionar permanente las bases de licitación a un mismo proveedor, (III) publicar toda la información que conlleva el crear unas bases o términos de referencia, (IV) no renovar los contratos de suministro sin previa evaluación formal y escrita, (V) publicar las bases de la licitación solo en los rubros que correspondan, (VI) cumplir con los plazos establecidos en las bases, (VII) informar claramente a los proveedores cuando lo necesiten. *Vid.* DIRECCIÓN CHILE COMPRA, *Malla básica: probidad y transparencia en las compras públicas* (Santiago, Gobierno de Chile, 2010), p.21. [en línea] [http://www.uchile.cl/documentos/7-probidad-y-transparencia-en-las-compras-publicas-2010-ppt\\_63670\\_7\\_3917.ppt](http://www.uchile.cl/documentos/7-probidad-y-transparencia-en-las-compras-publicas-2010-ppt_63670_7_3917.ppt)

<sup>21</sup> IRARRÁZABAL PH., Felipe; ARAYA J., Fernando, *cit.* (n°19), p.175.

los actos de la Administración con los resguardos que todo órgano licitante debe tener para evitar posibles coordinaciones entre oferentes.

Desde este punto de vista, el órgano licitante debe ser cuidadoso de no fomentar reuniones entre competidores, ni mucho menos dar a conocer información que pueda incentivar a los oferentes a llegar a algún tipo de acuerdo.

Homogeneidad de los bienes transados<sup>22</sup>: Lo característico de un alto estándar de competencia es la homogeneidad de los bienes transados, siendo ello característico de un mercado de competencia perfecta<sup>23</sup>. Sin embargo, en un proceso de licitación pública, esto puede resultar perjudicial para la adjudicación deseada, favoreciendo supuestos de coordinación entre competidores. Al respecto la OCDE señala: “Cuando los productos o servicios que venden las personas o compañías son idénticos o muy similares, resulta más fácil que las empresas lleguen a un acuerdo en torno a una estructura de precios común”. Añadiendo, “Cuando hay pocos o ningún sustituto adecuado de los productos o servicios que se está buscando adquirir, las personas o empresas que buscan manipular las licitaciones tienen la seguridad de saber que el comprador tiene pocas o ninguna opción y, por ende, es más probable que sus esfuerzos por elevar los precios tengan éxito”<sup>24</sup>.

Así, la capacidad de diferenciación de los productos ofertados es un requisito para una buena adjudicación en procesos de licitación pública. Por lo cual, debe ser tarea del órgano licitante el fomentar la competencia y la diferenciación del producto ofertado, por ejemplo, favoreciendo las condiciones necesarias para que los competidores utilicen nueva tecnología en el diseño de sus propuestas.

Competencia por el mercado y no en el mercado: una vez realizada la adjudicación la competencia dejaría de existir, dando lugar a la provisión de los servicios licitados por una sola entidad durante la vigencia del respectivo contrato. De esta forma, el nivel posible de competencia enmarcado dentro de un proceso de licitación pública solo puede existir hasta antes de la adjudicación.

A partir de lo anterior, es posible sostener que el proceso de licitación pública como mecanismo de asignación de contratos no cumple a cabalidad con los requisitos para la existencia de competencia perfecta, por lo que el nivel de competencia que admiten dichos procedimientos podríamos catalogarlo como imperfecto<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> La RAE define homogéneo como “Pertenciente o relativo a un mismo género, poseedor de iguales caracteres”. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, [en línea] <http://dle.rae.es/?id=Kbh71H8>

<sup>23</sup> SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, William, *cit.* (n° 12), p.145.

<sup>24</sup> OECD, *Op, Cit* (n°9), p.5.

<sup>25</sup> *Vid.* GUERRERO BECAR, José Luis – BOFILL GENSCH, Álvaro, *Acerca del concepto constitucional y legal de competencia*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVI (Valparaíso, 1995), p. 194. Sostienen que la competencia perfecta requiere de condiciones de: “atomicidad, homogeneidad de los bienes transados, actores no fijadores de precios sino tomadores de los mismos, libre acceso y salida del mercado y transparencia en la información”.

## 2. FINALIDAD ECONÓMICA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

Bajo la premisa que la licitación pública como mecanismo de asignación de contratos, opera bajo supuestos de competencia imperfecta, corresponde analizar de la finalidad económica del llamado a licitación.

Por un lado, la Administración como sujeto de derecho público (y agente económico) busca generar un precio conveniente para realizar una adjudicación con base en la mejor oferta, es decir, el proceso de licitación pública busca eficiencia en el uso de recursos públicos. Pero además de esto último, la Administración busca garantizar el bienestar de los consumidores del bien o servicio objeto de la licitación<sup>26</sup>.

Cuando existe competencia, las empresas participantes en un mercado tienen un estímulo económico para buscar la preferencia del consumidor del bien o servicio tratante, a través de mejor calidad de productos, la innovación tecnológica o de un precio de comercialización menor. Dicha premisa es aplicable para el caso de licitaciones públicas en la medida que:

La existencia de normas protectoras de la libre competencia beneficia a los consumidores en cuanto “prohíben prácticas comerciales que priven irrazonablemente a los consumidores de los beneficios de la competencia, con precios más altos para productos y servicios inferiores como resultado”<sup>27</sup>. De esta manera, cuando los oferentes fijan precios u otras condiciones de comercialización dentro de un proceso de licitación, los consumidores pierden los beneficios de la competencia<sup>28</sup>. Justificándose la intervención de las agencias de competencia en su defensa.

La existencia de competencia entre los oferentes, permite que la Administración y la sociedad en última instancia, se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes y servicios objetos del contrato<sup>29</sup>, pues se busca satisfacer una necesidad pública, para lo cual el Estado cuenta con recursos determinados.

En lo referente a la adjudicación, el oferente debe garantizar su oferta, por lo que la Administración tendrá seguridad del cumplimiento de las obligaciones que emanan de la licitación. Dicha necesidad de permanencia en la propuesta realizada, radica principalmente en el cumplimiento de una función administrativa. En cuanto a los criterios de adjudicación,

---

<sup>26</sup> Vid., FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2011), *cit.* (nº6), p.4. En contra, Vid. SERRANO PINILLA, Felipe, *El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico*, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 19 (2011), pp. 151-155. [En línea] <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/viewFile/13737/11045>. Para dicho autor, la competencia en las licitaciones públicas es un factor determinante para el crecimiento económico de un país. Esto, pues la única forma de lograr crecimiento económico es a través de la innovación, la que podría ser alcanzada principalmente a través de la competencia y la rivalidad entre empresas.

<sup>27</sup> U.S DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE EE.UU., *La coacción antimonopolios y el consumidor* (Washington D.C, Departamento de Justicia, 2013), p.1. [en línea] <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2013/01/31/antitrust-enfor-es.pdf>

<sup>28</sup> Esto se podría ver agravado cuando derivado de la licitación el adjudicatario prestará un servicio o actividad en condiciones de monopolio, por ejemplo en los casos de licitaciones municipales para recolección de basura.

<sup>29</sup> COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, p.8. [en línea] [https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias\\_y\\_recomendaciones/GUIA\\_CONTRATACION\\_v4.pdf](https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf)

además del precio tienen importancia otros factores<sup>30</sup>, por ejemplo, la calidad del servicio<sup>31</sup>, pues no es indiferente que existan interrupciones en la prestación del servicio, existiendo además la posibilidad de poner término al contrato en caso de incumplimiento de los estándares de calidad fijados en la licitación.

Por otra parte, la existencia de acuerdos entre competidores, atenta contra la posibilidad de innovación y diferenciación de los productos, lo que impide que los consumidores puedan acceder a productos que satisfagan de mejor manera sus necesidades a un precio más bajo<sup>32</sup>. Así, estos acuerdos entre competidores que desvíen o condicionen el resultado de un proceso de licitación, debe ser reprimida, para lo cual el derecho de la libre competencia, que es aplicable a la Administración<sup>33</sup> como a los competidores que participan en una licitación, surge como un buen remedio para prevenir y corregir tales conductas<sup>34</sup>.

Por otro lado, existe una línea jurisprudencial en este sentido. Así el TDLC sostuvo ya desde sus inicios: “Al respecto, este Tribunal se considera competente para conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la libre competencia contenidas en el D.L. N° 211, aun cuando hayan sido efectuadas sin exceder sus atribuciones legales, pues éstas tienen el límite de respetar las normas de orden público económico contenidas en dicho cuerpo legal que, según dispone claramente su artículo 3°, se aplica a ‘El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir

---

<sup>30</sup> Así el artículo 6, inciso 1° de la ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios dispone que: “Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta”.

<sup>31</sup> Cfr. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *cit.*(N°29), p.22.

<sup>32</sup> COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA CONTRA LA COMPETENCIA, *Guía sobre las colusiones en licitaciones públicas* (República Dominicana, Consejo Directivo, 2016), p. 22. [en línea] <http://procompetencia.gov.do/docs/CNDC%20GU%C3%8DA%20SOBRE%20COMPETENCIA%20Colusion.pdf>

<sup>33</sup> Considerar que los Órganos de la Administración del Estado actuando como autoridad se encuentran sujetos a las normas de defensa de la libre competencia no es un tema que sostenga de forma unánime. Por una parte, Nehme señala que dichos órganos estarían sometidos a dichas normas según una directriz constitucional emanada de los artículos 6° y 7° de la CPR (principio de juridicidad) y el 19 N° 21 de nuestra carta fundamental (el orden público económico como un límite intrínseco al ejercicio de la libertad económica). NEHME, Nicole, *Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado*, en TDLC (eds.), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Thomson Reuters, 2011), pp. 318-319.

En un sentido distinto la doctrina española: “Consecuentemente se acepta que las normas de la competencia no se apliquen en todos los casos a la actividad de los Entes locales, tanto a la de carácter material como a la de naturaleza jurídica a condición de que tales restricciones se deriven de la aplicación de una ley, es decir, encuentren amparo legal”. Así lo admite el Derecho de la UE (art. 106.2 TFUE) y la propia legislación española (art. 4 LDC). En ORTEGA BERNARDO, Julia, *La aplicación de las normas de la competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local* en Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, ISSN 0019-977X, N° 876 (2014), p. 58. [en línea] [http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE\\_876\\_57-74\\_4FF04CC7F178698B4A561201E342C7AC.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876_57-74_4FF04CC7F178698B4A561201E342C7AC.pdf)

<sup>34</sup> El sometimiento de los oferentes a las normas que regulan la libre competencia será tratado en el siguiente capítulo, con ocasión del desarrollo del concepto de *bid-rigging*.

dichos efectos’, sin distinguir al efecto entre entes privados o públicos, siendo reiterada la jurisprudencia de la Honorable Comisión Resolutiva, antecesora legal de este Tribunal, en tal sentido”<sup>35</sup>.

Así también, posteriormente sostuvo: “que, por consiguiente, el Decreto Ley N° 211 es aplicable a todos los sujetos que intervienen directa o indirectamente en los mercados, sea que se trate de particulares o de personas de derecho público, y sea que estas últimas participen como competidores (i.e. empresas públicas), adquirentes o demandantes de bienes o servicios necesarios para el desempeño de sus funciones o potestades públicas (i.e. todos los organismos públicos sea directamente o por medio de centrales de abastecimiento), o en cuanto autoridades que ofrecen o asignan a los particulares recursos económicos o derechos en ejercicio de potestades normativas, aún sin una contraprestación (e.g. derechos de aprovechamiento agua, espectro radioeléctrico, concesiones de obra pública, derechos de tráfico aéreo);”<sup>36</sup>

Dichas sentencias sentaron una línea jurisprudencial adoptada por nuestros órganos de defensa de la libre competencia. “Así, la mirada que se asentó desde los inicios de la jurisprudencia chilena de libre competencia, fue que las autoridades del Estado y los servicios que forman la administración pública no pueden ejercer sus atribuciones apartándose de las leyes que protegen la operación de mercados eficazmente competitivos”<sup>37</sup>. De esta manera, en un proceso de contratación pública el Estado debe tener a la vista las normas que regulan y defienden la libre competencia.

De esta forma, “en aquellos casos en que la actuación no está expresamente amparada por una ley, o en que el OAE actúa contrariando la normativa de libre competencia pese a que la ley sectorial otorga espacios para que su actuación se ajuste a dicha normativa, cabría cuestionar la legalidad de la actuación del OAE ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)”<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup>Sentencia N° 11/2004, TDLC, considerando primero. [ en línea] [http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_11\\_2004.pdf](http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_11_2004.pdf). En la misma línea Resolución N° 173/1984 de la Comisión Resolutiva, cit. Por NEHME, Nicole, *Op. Cit* (n°43), p. 325.

<sup>36</sup>Sentencia N°114/2011, TDLC, considerando noveno. [en línea] [http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_114\\_2011.pdf](http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_114_2011.pdf). Reiterando la consideración anterior *Vid*, Sentencia N° 121/2012, TDLC, considerando quinto. [en línea] [http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_121\\_2012](http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_121_2012)

<sup>37</sup> NEHME, Nicole, *cit.* (n°33), p. 326.

<sup>38</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *cit.* (n°9), p. 5.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### *BID-RIGGING O COLLUSIVE TENDERING*

#### 1. MARCO TEÓRICO DE LOS BID- RIGGING O COLLUSIVE TENDERING

La licitación pública como mecanismo de adjudicación requiere de una competencia real y no simulada entre los actores de mercado interesados. Lo contrario afectará la decisión de la autoridad administrativa, frustrando la finalidad pública perseguida. Este resultado indeseado puede deberse a la conducta de los actores de mercado cuando realizan ilícitos anticompetitivos con la finalidad de perjudicar al fisco. A tales conductas en el ámbito de las licitaciones se les denomina en el derecho anglosajón como *bid-rigging* o *collusive tendering* (en adelante simplemente *bid-rigging*), que pueden definirse como un acuerdo entre oferentes para manipular los resultados de un proceso de licitación, los que atentan contra la independencia de las ofertas y, además afectan al erario público. La doctrina los califica como un cartel duro<sup>39</sup>, es decir de las infracciones más graves a la libre competencia<sup>40</sup>. En nuestro derecho no cuenta con una identidad propia<sup>41</sup>, sino que queda considerada como un tipo de acuerdos entre competidores.

Si bien el *bid-rigging* como ilícito anticompetitivo no distingue entre licitaciones públicas o privadas, sí lo hacen la doctrina y jurisprudencia comparada y nacional, las que lo circunscriben a los procesos de licitación pública. Así, las guías de prevención y sanción del *bid-rigging*, que elaboran las agencias de competencia, lo tratan dentro del ámbito de las contrataciones públicas<sup>42</sup>. Por ejemplo, la FNE señaló: “‘*Bid Rigging*’ o ‘*Collusive Tendering*’ es una colusión entre oferentes en licitaciones públicas, destinado a hacer fracasar el proceso competitivo para obtener un beneficio mayor que el que obtendrían en competencia efectiva”<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup>Al respecto Vid. Irarrázabal PH., Felipe; ARAYA J., Fernando, *Op. Cit* (n°19), p. 164. Y Vid. SERRANO PINILLA, Felipe, *Op. Cit* (n°26), p. 150.

<sup>40</sup>DEPARTMENT OF JUSTICE, *Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For* (2015). [En línea] <https://www.justice.gov/atr/price-fixing-bid-rigging-and-market-allocation-schemes>

<sup>41</sup>La doctrina nacional sostiene que “En Chile, el Derecho de la Libre Competencia no ha reconocido las categorías referidas precedentemente y la acreditación de una afectación real o, a lo menos, potencial a la libre competencia ha sido una exigencia constante en la jurisprudencia en los últimos años”. En GASPAR; José Antonio, ARAYA JASMA; Fernando, *Derecho Corporativo y de Libre Competencia* en RChDP N° 18 (2012), p. 227.

<sup>42</sup>Cfr. Guía OCDE para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones de abastecimiento público (trad. del inglés por Fiscalía Nacional Económica, 2009) [en línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia\\_oece\\_bidrigging\\_final.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_oece_bidrigging_final.pdf); FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2011). *Compras públicas y libre competencia* [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%BAlicas-Abr2011.pdf>; y BULGARIAN COMMISSION, *Guidelines of fighting bid-rigging in public procurement*, [en línea] [http://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb\\_SCF\\_Bid-rigging%20Guidelines\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb_SCF_Bid-rigging%20Guidelines_en.pdf).

<sup>43</sup>FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012). *Colusión en Licitaciones*, p. 2. [En línea] <http://slideplayer.es/slide/3033621/>

a) Desarrollo en el derecho comparado

En derecho comparado esta conducta es sancionada de diversas formas: Un primer grupo considera que los *bid-rigging* corresponden a una especie de colusión<sup>44</sup>, sancionándose como tal. Un segundo grupo les otorga una regulación especial dado el ámbito en el que se produce, esto se traduce en la imposición de una sanción más alta o una diversa a la contemplada para la colusión<sup>45</sup>. Desde otro punto de vista encontramos que la tipificación de la conducta puede ser administrativa, penal o mixta, como ocurre en los casos de Estados Unidos, Alemania, y recientemente en Chile<sup>46</sup>.

A continuación, analizamos los casos de ....

b) Estados Unidos

Los *bid-rigging* son definidos por el DOJ como “la forma en que competidores coludidos efectivamente aumentan los precios donde, generalmente gobiernos estatales, federales o locales, adquieren bienes o servicios por medio de licitaciones”<sup>47</sup>. Se trata de conductas que infringen la *Sherman Act*, por lo tanto, perseguibles bajo la tipificación de crimen federal<sup>48</sup>, por lo que además de una multa se aplica una pena de presidio.

Para sancionar esta conducta se debe acreditar la existencia de una serie de elementos que configuran un *bid-rigging*<sup>49</sup>: En primer lugar, la colusión fue conscientemente creada y existía en el momento presunto. No es necesario que sea por escrito o formal, sino que basta la existencia de una voluntad común<sup>50</sup>.

Segundo, el acusado se unió intencionalmente al acuerdo, no siendo necesario que lo haya iniciado. Si el acusado incitó a otro a participar es responsable de la conducta dirigida como si la hubiera realizado él<sup>51</sup>.

Tercero, la colusión afectó substancialmente el comercio entre estados o extranjero o ocurrió dentro del flujo del comercio entre estados o extranjero. Para lo primero, basta con

---

<sup>44</sup> Estos países sancionan al *bid-rigging* sometiéndolos al régimen sancionatorio común para las colusiones. Encontramos entre estos a Estados Unidos, Inglaterra y Chile.

<sup>45</sup> V.gr., Japón en donde este tipo de ilícitos se regulados en la Ley N°101 de 2002: Acerca de la Eliminación y Prevención de *Bid Rigging*,

<sup>46</sup> Esto por la modificación realizada por la ley 20.945. Publicada en el Diario Oficial (30.08.16).

<sup>47</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE, Antitrust Division, *Op. Cit* (n°40).

<sup>48</sup> “*Price fixing, bid rigging, and other forms of collusion are illegal and are subject to criminal prosecution by the Antitrust Division of the United States Department of Justice*”, en *Ibid*.

<sup>49</sup> (i) *The charged conspiracy was knowingly formed and was in existence at or about the time alleged*, (ii) *The defendant knowingly joined the charged conspiracy*; (iii) *The charged conspiracy either substantially affected interstate or foreign commerce or occurred within the flow of interstate or foreign commerce*. En *Ibid*.

<sup>50</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE *Op. Cit* (n°40). Serrano señala al respecto: “Así pues, aunque la §1 de la ley Sherman constituye el típico caso de una norma de aplicación ex-ante, debido a que castiga la sola conspiración para restringir la competencia con independencia del éxito que tenga, lo cierto es que debe existir por lo menos un contrato, conspiración o acuerdo para que la norma se considere violada. El intento de conspiración no constituye una violación a la §1 e la ley Sherman. En MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, *Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica*. (Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, 1992), p. 19. [en línea] <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf>

<sup>51</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE *Op. Cit* (n°40).

demostrar que los productos eran enviados a otros Estados, que los servicios involucraban actividades interestatales o que mediaba algún tipo de financiamiento federal. Para el comercio extranjero, dicho requisito queda satisfecho en la medida de que se demuestre que la conducta imputada era realizada a través de importaciones o, que la conducta tuvo un efecto directo, sustancial y razonablemente previsible sobre una persona que se dedique a las exportaciones o el comercio de exportación en los Estados Unidos<sup>52</sup>.

Respecto de las formas en que se configura un *bid-rigging*, el Departamento de Justicia ha elaborado un listado de las formas de comisión más comunes<sup>53</sup>, sin que sea un listado taxativo pues puede suceder que se presenten situación con más de una forma de realización a la vez<sup>54</sup>.

1. *Bid Suppression* o supresión de ofertas: uno o más competidores acuerdan abstenerse de postular o retiran una oferta dentro de proceso de licitación, con la finalidad de que una empresa, previamente acordada, se convierta en la adjudicataria del contrato.

2. *Complementary Bidding* u ofertas complementarias: también conocidas como de resguardo, de cortesía o simbólicas se pueden presentar cuando un competidor presenta una oferta más alta que la de otro competidor, según un acuerdo previo; también cuando un competidor presenta una oferta demasiado alta con la finalidad de que no sea aceptada; o bien un competidor presenta una oferta inaceptable o fuera de bases. En todos estos casos hay una simulación de competencia dentro del proceso de licitación, sin embargo, se trata de ofertas destinadas al fracaso<sup>55</sup>.

3. *Bid Rotation* o rotación de ofertas: los competidores participan de los procesos de licitación simulando una situación de competencia, pero han acordado previamente turnos para adjudicárselas.

4. *Subcontracting* o acuerdos de subcontratación entre oferentes: a través de ellos se acuerda que la empresa que resulte adjudicada en el proceso de licitación subcontrata a otra u otras, con lo cual es indiferente la presentación de ofertas. Como ha de suponerse, dicha relación contractual resultará mucho más lucrativa que competir en la licitación<sup>56</sup>.

#### b) Derecho Comunitario Europeo

Al igual que en el caso anterior, no existe un tratamiento autónomo del *bid-rigging* sino que se les aplica la regulación de los carteles (colusiones) de acuerdo al art. 101 inciso 1° del Tratado

---

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> OECD (2009). *Op. Cit.* (n°9), p 2.

<sup>55</sup> Según el DOJ, es la forma de comisión más utilizada "*Complementary bidding schemes are the most frequently occurring forms of bid rigging*". *Vid.* DEPARTMENT OF JUSTICE *Op. Cit.* (n°40).

<sup>56</sup> En *Ibid.* *Cft.* SERRANO PINILLA, Felipe, *Op cit* (n° 26), p. 161. Serrano lo caracteriza de la siguiente manera: "En los acuerdos de subcontratación, el ganador predeterminado acuerda subcontratar parte del objeto del contrato con aquellos competidores que remitieron ofertas deliberadamente inviables para la entidad estatal contratante. Este mecanismo es idóneo en la contratación de grandes obras de infraestructura que, por regla general, no se repetirán en un futuro cercano".

de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>57</sup> que dispone: “Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en...”

Adicionalmente, debe tenerse presente los principios generales de contratación pública.<sup>58</sup>, especialmente en materia de aplicación e interpretación de los contratos a nivel comunitario europeo. Esto, pues la comisión de *bid-riggings* como ilícitos anticompetitivos atentaría contra la existencia de dichos principios.

Como forma de prevenir la errónea asignación de contratos, a nivel comunitario se ha fijado un marco normativo común, como garantía de competencia efectiva, leal y libre entre las empresas que participan en procesos de contratación pública<sup>59</sup>. Esta regulación se caracteriza, primero, por haber creado una serie de competencias paralelas entre la Comisión Europea y las Agencias Nacionales de Competencia (ANC)<sup>60</sup> para la aplicación de las disposiciones de la normativa comunitaria<sup>61</sup>, además de la aplicación de los ordenamientos nacionales en cada caso. Así, “los casos pueden ser procesados por una sola ANC, varias ANC actuando simultáneamente, o por la Comisión”<sup>62</sup>.

Otra particularidad, alude a la tipificación de la colusión, la que al igual que el caso norteamericano está consagrado en términos amplios. De esta forma, el concepto acuerdo tiene una interpretación amplia y no formal, sancionándose con nulidad ante su ejecución<sup>63</sup>.

Sin embargo, a diferencia del caso norteamericano donde el *bid-rigging* constituye una infracción *per se* a la *Sherman Act*, el derecho comunitario contempla un régimen de exenciones que permiten que las disposiciones antes descritas sean declaradas inaplicables en la medida que “contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el

---

<sup>57</sup> TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. [en línea] [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2016.202.01.0001.01.SPA&toc=OJ:C:2016:202:TOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.202.01.0001.01.SPA&toc=OJ:C:2016:202:TOC).

<sup>58</sup> Así, Moreno señala al respecto: “Entre los principios generales de la contratación pública sobresale por encima de todos los demás el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación, que habrán de respetarse en todo caso y a lo largo del completo proceso selectivo”. Sin embargo, el mismo autor previene que existen otros principios influyentes, como los principios de publicidad, transparencia y concurrencia. Además, de estos principios, “en el TRLCSP se recogen, por influencia comunitaria, otros principios aplicables hoy a la contratación pública: se trata de los principios de confidencialidad, motivación de las decisiones, economía, eficiencia y eficacia, la consecución de objetivos sociales y la protección del medio ambiente”. En MORENO MOLINA, José Antonio, *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0.* (Oxford, Chartridge Books Oxford, 2015), p. 17. [en línea] <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/7893/9781911033097.pdf?sequence=1>

<sup>59</sup> BULGARIAN COMMISSION, *Op. Cit* (n°42), p.6.

<sup>60</sup> Conforme con los artículos 101 al 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>61</sup> ECHEVERRÍA MONTÚFAR, Elisa, *Estrategias para detectar colusión: lecciones para el caso chileno*, tesis para optar al grado de magíster en gestión y políticas públicas (Santiago, Universidad de Chile, 2007), p.27. [en línea] [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2007/echeverria\\_em/sources/echeverria\\_em.pdf](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2007/echeverria_em/sources/echeverria_em.pdf)

<sup>62</sup> *Ibíd.*, p. 28.

<sup>63</sup> MONNET, Jean, *Política de la Competencia en la Unión Europea* (Presentación cátedra de Economía Industrial, 2009), pp. 12-13.

progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”<sup>64</sup>.

De esta manera, el régimen comunitario se estructura sobre el principio de prohibición, el cual se traduce en la coexistencia de un régimen de nulidad y excepciones para los acuerdos beneficiosos<sup>65</sup>. Por lo cual, para la persecución de un acuerdo colusorio y en particular de un *bid-rigging* se debe realizar un análisis consistente en “determinar los efectos favorables a la competencia producidos por este acuerdo y ver si son superiores a los efectos y ver si son superiores a los efectos contrarios a la competencia”<sup>66</sup>.

La doctrina comparada extrae las condiciones para determinar la existencia de un acuerdo beneficioso de la literalidad del apartado tercero. Tales condiciones se traducen en la existencia de ganancias de eficacia, en una contribución con una participación equitativa en contribución con una participación equitativa en beneficio de los consumidores, el carácter indispensable de las restricciones y que no exista una eliminación de la competencia<sup>67</sup>.

En cuanto a sus formas de comisión, la doctrina comunitaria no innova mucho respecto del caso norteamericano<sup>68</sup>, con la salvedad que agrega una quinta forma de comisión: *Market allocations*. Esta forma de comisión, se traduce en que los oferentes se abstienen de competir para cierto tipo de consumidores o para áreas geográficas específicas. Así las cosas, los competidores solo postularán ofertas al grupo de consumidores o zona geográfica que les corresponda según el acuerdo.

### c) El caso de Alemania

En el caso alemán, en sede de libre competencia el *bid-rigging* se sanciona como una forma de colusión conforme con el art. 1.1 de la ley contra las restricciones de la competencia alemana<sup>69</sup>. “El concepto central de la ley alemana es la restricción a la competencia, ya sea

---

<sup>64</sup> Apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea.

<sup>65</sup> MONNET, Jean, *Op. Cit* (n°63), p.19.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>68</sup> BULGARIAN COMMISSION, *Op. Cit* (n°42), pp. 113-115. *Cft.* COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Bid-rigging: advice for public sector procurers* (60-second summary, 2014) [en línea] [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/378097/Bid\\_rigging\\_-\\_advice\\_on\\_procurement.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/378097/Bid_rigging_-_advice_on_procurement.pdf). En el Reino Unido la persecución del *bid-rigging* es realizada por la denominada *Competition and Markets Authority*. Establecida en el año 2014, esta autoridad es la sucesora legal del *Office of Fair Trading*. Dicha agencia de competencia considera solo las primeras tres formas de comisión anteriormente descritas.

<sup>69</sup> Así, dicho artículo dispone que: “*Están prohibidos, los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la*

porque se le lesione, se le acabe o simplemente porque ésta no existe. Al primer y segundo tipo de restricciones se les conoce como restricciones a la competencia debido a una conducta. A la tercera, como restricción a la competencia debido a una circunstancia (...) El sistema alemán se basa en prohibir de plano estos dos tipos de restricciones”<sup>70</sup>. Desde esta perspectiva, la colusión quedaría comprendida dentro de la prohibición de plano<sup>71</sup>.

La novedad radica en este caso que en materia penal se sancionan los acuerdos para la alteración de ofertas dentro de la licitación, en el artículo 298 sección Vigésimosexta § 298. del Código Penal: “(1) Quien presente en una licitación pública sobre mercancía o servicios comerciales una oferta que se base en un acuerdo ilegal que tiene por objetivo motivar al organizador a la aceptación de una propuesta determinada, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa”<sup>72</sup>. El *bid rigging* es el único cartel o acuerdo colusorio que admite persecución administrativa y penal<sup>73</sup> existiendo una doble persecución de la conducta.

Otra particularidad de este ordenamiento, es la extensión de la persecución penal para supuestos de licitación privada<sup>74</sup>.

---

*competencia.”* Ley Sobre las Restricciones de la Competencia (GWB) del 1° de enero de 1958 [en línea] <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>

<sup>70</sup>OLAECHEA, José Antonio, *El surgimiento del derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas (Segunda parte)* en THEMIS Revista de Derecho ISSN 1810-9934, N° 12, 1988, pp. 41-42. [en línea] <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110538>

<sup>71</sup> Así en principio, la comisión de un bid-rigging traerá aparejado multas y penas privativas de libertad, según la persona que comete el delito. De ser una persona natural, investigará la fiscalía pública alemana, arriesgando una pena de 5 años de cárcel y una multa máxima de 1 millón de euros. “Staatsanwaltschaften” (StA), regional offices of the public prosecutor investigate and prosecute criminal cartel offenses under German Law (bid rigging). En PAUL HASTINGS, *Globalization of Cartel Enforcement: Civil and Criminal* (2014), pp. 52; 54 [en línea] [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/criminal\\_justice/IWCC2014\\_Session1\\_PH\\_Cartel\\_Investigations\\_Presentation.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/criminal_justice/IWCC2014_Session1_PH_Cartel_Investigations_Presentation.authcheckdam.pdf). Mientras que si es una persona jurídica intervendrá la autoridad de competencia o Bundeskartellamt, la cuales una entidad gubernamental encargada de la protección federal de la competencia en Alemania. El fundamento legal de su existencia se encuentra en la Ley Sobre las Restricciones de la Competencia, § 49 y ss. En Ley Sobre las Restricciones de la Competencia, *Op. Cit* (n°69). En cambio, la multa para una persona jurídica ascenderá a un máximo de un 10% de las ganancias percibidas por la empresa en los diferentes países en las que esta tiene funcionamiento. En VOLLMER, Christof, *Competition Protection in Public Procurement; How to protect bidding against tenderers’ collusion* (Germany, Bundeskartellamt Decision Division, 2012), p. 3. [en línea] <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=12325>

<sup>72</sup>Sección Vigésimosexta § 298. del Código Criminal alemán [en línea] [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1\\_20080616\\_02.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1_20080616_02.pdf)

<sup>73</sup>INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK, *Anti- Cartel Enforcement Template* (Germany, Cartels Working Group; Subgroup 2: Enforcement Techniques, 2015), p. 4. [en línea] [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Mustertexte/Leaflet-ICN\\_Anti-Cartel\\_Enforcement\\_Template.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=9](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Mustertexte/Leaflet-ICN_Anti-Cartel_Enforcement_Template.pdf?__blob=publicationFile&v=9)

<sup>74</sup> De esta manera la sección 298 señala: “§ 298. Acuerdos restrictivos de la competencia en Incitaciones públicas (2) A la licitación pública se equipara en el sentido del inciso 1 la licitación privada de un pedido después de un concurso previo de participación”. En Sección Vigésimosexta § 298. del Código Criminal alemán *Op. Cit* (n°72). Junto con esto, la doctrina sobre dicho artículo señala que: “§ 298 II StGB extends the punishability to less regulated forms of a bidding processes in case a participation in a competition of more than one bidder is required and some minimal formal requirements which are not very clearly defined in case law are complied with”. En PAUL HASTINGS, *Op. cit.* (n°71), p.65.

Finalmente, el ordenamiento alemán admite que el *bid-rigging* se sancione a título de estafa<sup>75</sup>, de esta manera el artículo en comento dispone que: “(1) *Quien con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, perjudique el patrimonio de otro por medio de simulación de falsos hechos, suscite o mantenga un error la desfiguración o la supresión de hechos verídicos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa*”<sup>76</sup>. Así, a modo de resumen, mientras que el *bid-rigging* en Alemania se sanciona como un acuerdo colusorio en sede de libre competencia, en materia penal admite la sanción bajo dos tipos penales. Esto es relevante en la medida de que el programa de exención por colaboración en Alemania, no es aplicable al ámbito penal<sup>77</sup>. Elementos característicos de un *bid-rigging*

Corresponde ahora analizar cada uno de los elementos característicos del acuerdo horizontal como ilícito anticompetitivo, haciendo la referencia correspondiente al caso de los *bid-rigging*. Esto, pues tal como ya se ha visto, la remisión al *bid-rigging*, en nuestra legislación es meramente ejemplificadora.

#### Acuerdo o Práctica concertada

Por un lado, el concepto de acuerdo utilizado por el legislador es bastante amplio, incluyendo toda forma de consumación de dicho acto (de forma verbal, escrita), en donde es totalmente irrelevante si dicho acuerdo es exigible o no. Lo relevante para caracterizar el acuerdo es “la existencia de un acuerdo de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades”<sup>78</sup>.

Dicha afirmación no es novedosa y en términos puntuales, hace referencia a lo sostenido por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1946 con ocasión de la decisión de *American Tobacco Co. Vs. N° 328 U.S 781*. En dicha oportunidad, la Corte Suprema sostuvo que: “No es necesario un acuerdo formal para que se constituya una colusión ilícita. A menudo el determinar si se ha realizado un crimen es un asunto que se infiere de los actos deducidos de las personas acusadas que han sido realizados con el propósito de lograr un objetivo criminal. Donde la colusión es probada como en este caso, de la evidencia que se obtiene de los actos tomados concertadamente por ambas partes es prueba del todo convincente de una intención de ejercer un poder de exclusión adquirido a través de la colusión. La combinación esencial o colusión en infracción a lo dispuesto en la *Sherman Act* aparece en cuestiones como negociaciones como en otras

---

<sup>75</sup> “*Bid rigging could also be punished as criminal fraud, if economic damage can be proven (“Betrug”, § 263 I StGB)*” En PAUL HASTINGS, *Op. cit.* (n°71), p. 66.

<sup>76</sup> Sección Vigésimosexta § 263. del Código Criminal alemán, *Op. Cit* (n°74). Junto con esto, se contempla la posibilidad de una pena agravada (hasta 10 años de cárcel) cuando, por ejemplo, el autor del *bid-rigging* es parte de una banda, así las cosas “*If – as usually - at least three individuals acts together repeatedly as a “gang” and/or on a commercial basis, the punishment may be much higher (§ 263 III, V StGB: 6 month-10 years or 1-10 years)*”. En PAUL HASTINGS, *Op. cit.* (n°71), p. 66.

<sup>77</sup> *Ibid*, p. 67.

<sup>78</sup> DONOSO, Juan Ignacio, *Apuntes de clases para el curso de libre competencia: Acuerdos horizontales* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014) p. 5.

circunstancias como el intercambio de palabras. *United States v. Schrader's Son*, donde las circunstancias son tales que actúan de garantía a un jurado para encontrar que los coludidos tuvieran una unidad de propósito o un diseño común y entendimiento o un acuerdo de voluntades de un acuerdo ilícito en conclusión la colusión aparece aquí como justificada”<sup>79</sup>. En otras palabras, basta que exista confluencia de voluntades en determinado sentido, para configurar un acuerdo entre competidores.

Por otro lado, el concepto de práctica concertada no tiene una caracterización pacífica a nivel doctrinal. Así lo expone DONOSO (2014) al señalar que: “Si bien los conceptos de acuerdo y práctica concertada son diferentes, la jurisprudencia comunitaria usualmente no distingue entre ellos, aceptándose que la conducta sancionada sea clasificada como un acuerdo y/o práctica concertada, ya que cualquiera de las dos formas que adopte la conducta estará cubierta por la prohibición contenida en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”<sup>80</sup>.

De esta forma, no es complejo percatarse de que el artículo recién citado utiliza una fórmula similar a la empleada por nuestro legislador. Dicha regulación proscribe la colusión y, con mayor razón los carteles duros, género dentro del cual encontramos a los *bid-rigging*.

Es por lo anterior, que el legislador contempló sanciones para las prácticas colusorias de distinta naturaleza (acuerdos entre competidores expresos, tácitos y prácticas concertadas) que puedan afectar a los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado. Resalta a la vista el hecho de que los verbos rectores de la conducta son muy parecidos a los utilizados por el legislador nacional (impida, restrinja o entorpezca).

A nivel de jurisprudencia nacional, un ejemplo ilustrativo es el denominado “Caso Oxígeno”, en donde la FNE presentó un requerimiento en contra de las empresas AIR LIQUIDE CHILE S.A., INDURA S.A.; AGA S.A. y PRAXAIR CHILE LIMITADA, fundamentando su acción en que dichas empresas habrían incurrido en actuaciones concertadas con el propósito de restringir la competencia y de discriminar a sus clientes, particularmente los hospitales públicos, en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N°211. Así, en el considerando décimo cuarto el TDLC señaló: “Que, a mayor abundamiento, se debe recordar que el artículo tercero del D.L. 211 establece expresamente que (...) Lo anterior significa que, para sancionar prácticas concertadas como aquellas a que se refiere el requerimiento de autos, nuestra ley exige

---

<sup>79</sup>La traducción es mía. “No formal agreement is necessary to constitute an unlawful conspiracy. Often, crimes are a matter of inference deduced from the acts of the person accused and done in pursuance of a criminal purpose. Where the conspiracy is proved, as here, from the evidence of the action taken in concert by the parties to it, it is all the more convincing proof of an intent to exercise the power of exclusion acquired through that conspiracy. The essential combination or conspiracy in violation of the Sherman Act may be found in a course of dealings or other circumstances as well as in any exchange of words. *United States v. Schrader's Son*, Where the circumstances are such as to warrant a jury in finding that the conspirators had a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds in an unlawful arrangement, the conclusion that a conspiracy is established is justified”. En AMERICAN TOBACCO CO. V. UNITED STATES 328 U.S. 781 (1946). [en línea] <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/781/case.html#809>

<sup>80</sup>DONOSO, Juan Ignacio, *Op. Cit* (n°78), p.5.

expresamente la concurrencia no solo de un acuerdo, sino también un objeto anticompetitivo del mismo y asimismo que quien se colude tenga poder de mercado o lo adquiera con el acuerdo y que abuse del mismo”<sup>81</sup>.

A nivel doctrinal nacional, la diferencia entre ambas conductas es apreciada de la siguiente forma: “En términos generales, la diferencia fundamental entre un acuerdo y una práctica concertada radica en que esta última puede existir donde hay una cooperación informal sin que haya una decisión o acuerdo formal”<sup>82</sup>.

A modo de conclusión, es que puede señalarse que el primer requisito de este ilícito anticompetitivo quedará satisfecho en la medida de que se demuestre un acuerdo de voluntades entre competidores reales o potenciales, cuando dicho acuerdo esté circunscrito dentro de un proceso de licitación.

#### Objeto o efecto anticompetitivo

Lo primero que hay que señalar al respecto es que no todo acuerdo es *per se* restrictivo de la competencia en un mercado. “Así, hay acuerdos celebrados entre competidores que tienen por objetivo el mejorar la eficiencia en los mercados, por ejemplo, mejorando la producción, la distribución, el gasto en investigación y desarrollo, entre otros”<sup>83</sup>.

“Sin embargo, existen ciertos contratos que, por sus efectos perniciosos a la competencia, y por el hecho de que no generan eficiencias que puedan contrarrestarlos, son prohibidos por el solo hecho de existir, sin importar si generan o no un efecto anticompetitivo”<sup>84</sup>.

En tal sentido es que el derecho norteamericano establece una interpretación según la cual la razonabilidad de las restricciones horizontales queda entregadas a dos fórmulas distintas: la regla de la razón (*rule of reason*) y la regla de la prohibición *per se* (*per se rule*)<sup>85</sup>.

Por otro lado, el derecho comunitario ha establecido una línea divisoria entre dos tipos de acuerdos horizontales: los que, por un lado, tienen un objeto anticompetitivo y los que generan efectos anticompetitivos.

Como supondrá el lector, ni la doctrina ni la jurisprudencia nacional han adoptado una postura definitiva sobre el análisis de los acuerdos horizontales. Sin embargo, conviene señalar que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, “la tesis mayoritaria en doctrina y jurisprudencia señala que siempre las conductas deben analizarse bajo un estándar de razonabilidad”<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup>Sentencia N°43/2006, TDLC, considerando décimo cuarto. [en línea] [http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_43\\_2006.pdf](http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_43_2006.pdf)

<sup>82</sup>ROMERO GUZMÁN, Juan José, *Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?* (Santiago, Centro de Libre Competencia UC, 2007), p.9. [en línea] <http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/papers/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf>

<sup>83</sup> DONOSO, Juan Ignacio, *Op. Cit* (n°78), p. 14.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p.14.

<sup>85</sup> VALDÉS, Domingo, *Tipicidad y Regla Per Se en las Colusiones Monopólicas Horizontales*, en Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia, Número 4, (Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008), p. 108.

<sup>86</sup> ROJAS, Nicolás, *¿Es la colusión un ilícito per se tras los fallos Farmacias y Explora?* (2012) [en línea] <http://regulacionycompetencia.blogspot.com/2012/10/es-la-colusion-un-ilicito-perse-tras.html>. No obstante, con la

Esta tesis descansaba en una interpretación armónica entre el tipo infraccional genérico contemplado en el artículo 3 y la antigua redacción de la letra a) del mismo artículo, que acababa con el añadido: “abusando del poder de mercado que dichos acuerdos o prácticas les confieran”<sup>87</sup>.

Dicho razonamiento, además, descansaba en los principios de tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, los cuales se entienden como aplicaciones del plexo de garantías que rodean el ámbito penal y que resultan extensibles al ámbito infraccional, contándose entre estos el tipo infraccional genérico del artículo 3<sup>88</sup>.

Sobre el punto, el profesor Valdés señala que el establecimiento de responsabilidad infraccional debe ser concordante con dos garantías de nuestra CPR. Primero, la garantía del artículo 19 n° 3 inciso 6 que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal y que se entendería extensiva al ámbito infraccional. Y segundo, la garantía constitucional del artículo 19 n° 3 inciso 8 que dispone: “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. “Luego, resulta de la interacción de estas dos garantías constitucionales que la tipicidad es un elemento indispensable del cual no puede prescindir del cual no puede prescindir una ley sancionatoria, aun cuando aquella exhiba una naturaleza infraccional, y una vez formulada la tipicidad su realización no puede ser presumida de derecho”<sup>89</sup>.

Por su parte, Donoso señala que, desde “*Addyston Pipe* en 1898 se estableció que los acuerdos que dicen relación con la fijación de precios, cantidades a producir y mercados son ilegales per se, esto es, que no admiten justificación alguna”<sup>90</sup>.

En la especie el fallo sostuvo que: “No tenemos ninguna duda de que cuando el efecto directo e inmediato de un contrato o una combinación entre particulares comerciantes de una mercancía es destruir la competencia entre ellos y otros, de manera que las partes del contrato o su

---

entrada en vigencia de la ley 20.945, parecieran existir buenas razones para abandonar dicha teoría. Esto derivado de la expresa derogación del requisito de incremento de poder de mercado como presupuesto necesario para establecer la existencia de un acuerdo colusorio.

<sup>87</sup> VALDÉS, Domingo, *Op. Cit* (n°85), pp.103-104. En el mismo sentido, Sentencia 43/2006, TDLC, considerando 44, Sentencia 57/2007, TLDC, considerando 30 y VALDÉS, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 273; 391. Con la entrada en vigencia de la ley N° 20.945 eliminación del incremento del poder de mercado, un sector de la doctrina ha considerado que el legislador ha abandonado la regla de la razonabilidad.

<sup>88</sup> *Ibid.*, pp. 111-114. Existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional que viene a confirmar lo señalado, así consultar: sentencia rol 480-2006, de 27 de julio de 2006, Tribunal Constitucional, considerando quinto y sentencia rol 479-2006, de 8 de agosto de 2006, Tribunal Constitucional, considerando 6.

<sup>89</sup> VALDÉS, Domingo, *Op. Cit* (n°85), 113.

<sup>90</sup> DONOSO, Juan Ignacio, *Op. Cit* (n°78), p. 14. En la misma línea del autor citado un sector minoritario de la doctrina considera que ciertos acuerdos no admiten justificación alguna, en particular dichos autores han sugerido la adopción de la denominada regla *per se*, por nuestra jurisprudencia. Así, al respecto *vid.* MONTT OYARZÚN, Santiago, *Sistemas legales de menor tamaño y libre competencia* (Santiago, RECCOM, 2010), pp. 16-17 [en línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2010\\_ddcc\\_0006.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2010_ddcc_0006.pdf) y TAPIA, Javier, *Horizontal Anticompetitive Agreements* (Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia) (July 29, 2009). LIBRE COMPETENCIAN Y RETAIL, P. Montt & N. Nehme, eds., Editorial Legal Publishing, 2009. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1440695>

combinación puedan obtener un aumento de precios por sí mismos, dicho contrato o combinación equivale a una restricción del comercio de la mercancía (...) la supresión total del comercio del producto no es necesaria con el fin de hacer que la combinación por sí sola restrinja el comercio” (...) “Todos los hechos y circunstancias son, sin embargo, consideradas en orden a determinar la cuestión fundamental, si acaso el efecto necesario de la combinación es impedir el comercio entre estados”<sup>91</sup>.

Este razonamiento se vio reflejado en que nuestro legislador proscribió los acuerdos que producen efectos anticompetitivos, o en sus palabras, “los que impidan, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tiendan a producir dichos efectos”. En segundo lugar, nuestra normativa de libre competencia enumeró una serie de conductas que por su objeto serán sancionadas por nuestra legislación *antitrust*. Dichas conductas se contemplaron en los 4 literales del artículo 3° del DFLN°1 del Ministerio de Economía. Solo a modo ejemplar, podemos señalar “*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*”.

En otras palabras, basta solo probar el objeto anticompetitivo para configurar el ilícito. Esto pues, dichas conductas en palabras de nuestro legislador serán consideradas como “*hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienen a producir dichos efectos*”. De esta forma los acuerdos con un objeto anticompetitivo son aquellos que “por su propia naturaleza pueden catalogarse como perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia”<sup>92</sup>.

Para la persecución de estos últimos se toma en consideración solo el objetivo perseguido por los actores del mercado involucrado, independiente de la intención subjetiva que exista detrás<sup>93</sup>. Así también, no es necesario probar los efectos nocivos en la competencia pudiendo sancionarse tan solo con la prueba del objeto anticompetitivo<sup>94</sup>.

En Chile, la Exc. CS al conocer de un recurso de reclamación, con ocasión del denominado caso farmacias, se pronunció al respecto señalando: “En el caso de autos se encuentra categóricamente establecido que el objeto del acuerdo colusorio corresponde a la fijación de precios de venta al público de al menos 206 medicamentos. En efecto, la conducta ilícita tuvo

---

<sup>91</sup>Traducción propia. *Addyston Pipe & Steel Co. v. U. S.*, 175 U.S. 211 (1898) [en línea] <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/175/211>

<sup>92</sup>Asunto C-209/07, *Competition Authority contra Beef Industry Development Society Ltd y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, European Court Reports 2008 I-08637, para.17 [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0209>

<sup>93</sup> DONOSO, Juan Ignacio, *Op. Cit.* (n°78), p. 14.

<sup>94</sup> *Vid. los casos 56/64 y 58/64 Consten and Grundig contra Comisión Europea, [1964] ECR 299, para. 342; caso C-277/87 Sandoz Prodotti Farmaceutici contra Comisión Europea, [1990] ECR I-45; caso C-219/95 P Ferriere Nord contra Comisión Europea, [1997] ECR I-4411, para 14 y 15), y Anic supra n 5, para 99, cit. Por DONOSO, Juan Ignacio, Op. Cit. (n°78), p. 14*

por finalidad afectar la principal variable competitiva del mercado farmacéutico, el precio de venta al consumidor. De esta manera, el precio se utilizó por las acusadas como un instrumento que les permitió obtener ganancias económicas a corto plazo” (...) “Asimismo, se encuentra establecido fehacientemente que el acuerdo de colusión tuvo la aptitud de lesionar la competencia, desde que las implicadas abusaron del poder de mercado, por cuanto éste les permitió actuar de manera coordinada e independiente de los consumidores y de los demás competidores (farmacias independientes) y obtener beneficios económicos a corto plazo mediante el sólo incremento injustificado del precio de venta al público”<sup>95</sup>. En otras palabras, del tenor del análisis realizado por nuestra Exc. CS basta con que el acuerdo recaiga sobre un elemento esencial de la competencia como es el precio, para que se configure la existencia de un objeto anticompetitivo.

En la misma línea anterior, en el caso Explora, la CS señaló: “En consecuencia, y como se ha expresado, por el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y por esta Magistratura, la conducta colusiva para que se verifique no necesita desencadenar un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad desplegada, de manera que por el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar (...)”<sup>96</sup>.

En síntesis, el delito del *bid-rigging*, como un cartel duro, pareciera ser un ilícito anticompetitivo en abstracto, es decir, que no requiere de la prueba de un efecto nocivo a la competencia<sup>97</sup>. Esto pues la misma definición de carteles duros, suele incluir al *bid-rigging*.

Así, para la OCDE un *hardcore cartel*, sería caracterizado en los siguientes términos: “un acuerdo anticompetitivo, práctica concertada anticompetitiva, o arreglo anticompetitivo entre competidores para fijar precios, amañar licitaciones, establecer cuotas o limitaciones de producción, o dividir o repartir mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio”<sup>98</sup>.

De este modo, el objeto anticompetitivo en el caso del *bid-riggings*, se traduce en que, dicho acuerdo entre oferentes reales o potenciales dentro de un procedimiento concursal haya tenido

---

<sup>95</sup> Sentencia de 7 de septiembre de 2012, CS, caso Rol N° 2578-2012, Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros, considerando octogésimo primero. [en línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/09/csse\\_03\\_2012.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/09/csse_03_2012.pdf)

<sup>96</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2012, CS, caso Rol N° 10.954-2011, Requerimiento de la FNE contra Abercrombie & Kent S.A. y Otros, considerando décimo séptimo. [en línea] <http://iura.cl/jp/suprema/2011/10954.html>

<sup>97</sup> ROJAS, Nicolás, *¿Es la colusión un ilícito per se tras los fallos Farmacias y Explora?* (2012) [en línea] <http://regulacionycompetencia.blogspot.com/2012/10/es-la-colusion-un-ilicito-perse-tras.html>

<sup>98</sup> Traducido por DONOSO, Juan Ignacio, *Op. Cit.* (n°78), p. 17. Texto original: ““*hard core cartel*” is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce”. OCDE, “*Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*”, C (98)35/FINAL (1998), p. 5. [en línea] <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>

por objeto “afectar el resultado de procesos de licitación”. Sin que sea necesario probar por parte del requirente que dicho acuerdo ha afectado realmente el resultado de licitación, sino que haya tenido, al menos objetivamente la aptitud de afectar la competencia dentro de dicho procedimiento concursal (impedir, restringir, entorpecer la libre competencia en un proceso licitatorio o que tienda a producir dichos efectos).

Dicha premisa es la tesis general en materia de derecho comparado en cuanto “En el extranjero, para un gran número de países, los acuerdos entre competidores reales y potenciales en una licitación tienen tratamiento de ilicitud per se, o ilicitud por el objeto, regla que se reserva sólo para los acuerdos más graves entre competidores, entre los que se cuenta el bid rigging”<sup>99</sup>.

En consecuencia, dicho acuerdo sería sancionable, independiente de sus efectos apreciables en la competencia. En la medida de que su objeto pretenda afectar uno o más resultados de un proceso licitatorio.

Respecto de este punto, es clarificador lo sostenido por el TDLC, en relación a la sentencia 112/2011, en la cual la FNE imputó a los requeridos haber ejecutado hechos y celebrado acuerdos destinados a eliminar la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación de radio frecuencia modulada. El H. Tribunal resolvió analizando cada uno de los requisitos que hemos expuesto para configurar un acuerdo entre competidores señaló:

“Que lo anterior también permite dar por cumplido el tercero de los requisitos enunciados, por cuanto los acuerdos en análisis, al sustituir competencia por coordinación entre los únicos oferentes de cada uno de los concursos analizados, les confirió poder de mercado en los mercados relevantes afectados –esto es, la habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder– suficiente para decidir y obtener que cada licitación fuese adjudicada a un competidor determinado”<sup>100</sup>.

Si analizamos el fallo recién expuesto, podemos interpretar el razonamiento del TDLC, en el sentido de que el “poder de mercado” como requisito no sería autónomo, sino que sería posible extraerlo de los dos primeros requisitos para configurar el acuerdo<sup>101</sup>.

La finalidad de toda legislación *antitrust*, por tanto, necesariamente debe traducirse en una eficacia en la persecución de las infracciones que se detecten a la libre competencia<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup>IRARRÁZABAL PH., Felipe; ARAYA J., Fernando, *Op. Cit.*, (n°19), p.191.

<sup>100</sup> Sentencia N°112/2011, TDLC, considerandos sexagésimo séptimo, octavo y noveno. [en línea] [http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_112\\_2011.pdf](http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_112_2011.pdf)

<sup>101</sup> Antes de la reforma realizada por la ley 20.945, la literalidad del artículo 3° letra a) exigía un incremento en el poder de mercado de los oferentes que participaban del acuerdo. No obstante, en el fallo comentado el razonamiento del TDLC se basó en que este tercer requisito no era autónomo.

<sup>102</sup>Tómese el siguiente ejemplo: en una licitación pública dos empresas de menor tamaño se ponen de acuerdo con el objeto de presentar ofertas destinadas al fracaso para que la Administración declare como desierta la licitación. Una tercera empresa no participante del acuerdo presenta una oferta económicamente rentable, resultando como adjudicataria. Si analizáramos la conducta en el caso concreto, lo cierto es que pese a que el acuerdo tuvo un objeto anticompetitivo pues se intentó actuar de forma paralela a las reglas de la competencia, no existió un efecto apreciable en el proceso licitatorio. Esto ya que, igualmente existió una adjudicación “limpia”. Por lo cual, de seguir

## 2. PERJUICIOS PRODUCIDOS POR UN *BID-RIGGING*

Los perjuicios que pueden provocar los *bid-rigging* son de diverso tipo. En primer lugar, perjuicios económicos derivados de una mala adjudicación en el proceso de licitación y la consecuente afectación del patrimonio fiscal. La existencia de un *bid-rigging* se traduce, en una extracción ilegítima de recursos de la Administración y en última instancia de los contribuyentes<sup>103</sup>.

En segundo lugar, la existencia de un *bid-rigging* compromete la existencia de un *bid-rigging* compromete la eficiencia de los mercados públicos, de manera que las asignaciones no serán hechas en virtud del principio de libre concurrencia, sino de una alteración maliciosa obra de oferentes. De esta forma se justifica la intervención de la agencia de control en la medida que “la actividad administrativa financiera está necesitada de control, porque para administrar el patrimonio público, para determinar y recaudar los tributos, para conservar, destinar e invertir las sumas recaudadas e ingresadas en sus arcas, el Estado realiza una serie de actos cuyo conjunto determina su actividad financiera, que ni pueden ni deben sustraerse a aquél”<sup>104</sup>. Precisamente y tal como hemos mencionado un acto tendiente a buscar el uso eficiente de los recursos públicos es el llamado a licitación, el que busca una optimización de los recursos a través de una adjudicación basada en la idoneidad de la oferta, por lo que la existencia de este tipo de acuerdo colusorio atenta contra el principio de eficiencia, consagrado en la LOCBGAE como una exigencia de índole legal para la Administración<sup>105</sup>. En consecuencia, el *bid-rigging* se traduce en que, la asignación es realizada por los oferentes y no por la Administración<sup>106</sup>.

---

el razonamiento de reservar la persecución solo para los casos de colusión donde existen efectos apreciables en la competencia, este tipo especial de acuerdos quedarían en impunidad. Esto en la medida de que sería prácticamente imposible probar el objeto anticompetitivo para el órgano persecutor, en la medida de que no existió restricción a la competencia de ningún tipo. Las empresas participantes del acuerdo podrían fácilmente argumentar en el sentido de que no afectaron ningún resultado de un proceso licitatorio.

<sup>103</sup> OCDE, *Guía OCDE para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones de abastecimiento público* (trad. del inglés por Fiscalía Nacional Económica, 2009), p.2. [en línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia\\_oecd\\_bidrigging\\_final.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_oecd_bidrigging_final.pdf). “El incremento artificial de los costos en la contratación pública provoca un malgasto de los recursos de los contribuyentes, ya que desvía los recursos de los ciudadanos. Es decir, los fondos provenientes del pago de impuestos, que podrían destinarse a la realización de obras y prestación de servicios que mejoren la calidad de vida de los ciudadanos, terminan en manos de quienes articulan e implementan los acuerdos colusorios”. En COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA CONTRA LA COMPETENCIA, *Op. Cit* (n°32), p. 23.

<sup>104</sup> DONATTO GIANNINI, Achille, *Instituciones del derecho tributario* (Madrid, Editorial de Derecho financiero, 1957), p. 150.

<sup>105</sup> El inciso segundo del artículo 3° de dicho cuerpo normativo dispone: *La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes*. De esta manera, dicha disposición debe entenderse como un deber jurídico de todos los órganos de la Administración del Estado.

<sup>106</sup> El TDLC reconociendo la existencia de este tipo de perjuicios señaló: “Que, adicionalmente, debe tenerse presente que lo ilícito en estos casos radica en que estos acuerdos colusorios, previos a la licitación, entregaron poder de mercado en el proceso licitatorio a quienes, en su virtud, obtuvieron la exclusión real de sus potenciales competidores. Con ello, se afectó el resultado de la licitación, ya que éste fue predeterminado. Adicionalmente, se

Tercero, un perjuicio social<sup>107</sup> a los consumidores del bien o servicio, a los cuales se les priva de obtener una prestación con un mínimo de estándar de calidad, frustrando su posibilidad de cambiarse de proveedor y forzándolos a seguir contratando con un actor de mercado que no entrega una prestación óptima.

Esto, pues a existencia de un acuerdo horizontal dentro de un proceso licitatorio es indicador suficiente de que la adjudicación no se basó en la idoneidad de la oferta. Si esto así, es evidente que los potenciales oferentes no compitieron por presentar una oferta con condiciones más idóneas, por lo que es razonablemente predecible que existió una mala adjudicación, basada en la voluntad de los coludidos y no en la objetividad que debe caracterizar a las decisiones de la Administración.

En consecuencia, una mala adjudicación afectará a la sociedad y consecuentemente, al interés general. Así lo ha reconocido el TDLC en la sentencia 77/2008: “Que debe considerarse además que, en este aspecto, al licitar estos servicios, una municipalidad no actúa simplemente como un demandante directo de ellos, sino que lo hace en representación de otros –los habitantes de la comuna– quienes soportan en definitiva el costo de esos servicios. De ahí que los efectos en la competencia –o falta de ella– causados por la forma en que el municipio realiza estas licitaciones, afectan finalmente el bienestar general”<sup>108</sup>.

---

produjo una merma en la recaudación que habría obtenido el Fisco de no mediar tales acuerdos”. Sentencia N° 112/2011, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, considerando septuagésimo tercero. [en línea] [http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_112\\_2011.pdf](http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_112_2011.pdf)

<sup>107</sup> Así, la Directiva de Contratación Pública N 11, sobre Prevención de la Colusión entre Oferentes dispone que: “Estos acuerdos ilícitos benefician solo a los oferentes, perjudican a los organismos compradores, y tienen además funestas consecuencias para el bienestar social”. DIRECCIÓN CHILE COMPRA, *Directiva de Contratación Pública N°11* (enero de 2009), p. 6. [en línea] <https://www.mercadopublico.cl/Portal/MP2/descargables/Resoluci%C3%B3n%20aprueba%20directiva%20contrataci%C3%B3n%20p%C3%ABblica%20N11.pdf>

<sup>108</sup> Sentencia 77/2008, TDLC, considerando decimotercero.

## CAPÍTULO TERCERO

### SITUACIÓN CHILENA DEL *BID-RIGGING* Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

#### REGULACIÓN DE LOS *BID-RIGGING* EN CHILE

Chile se ubica dentro de los países que consideran al *bid rigging* como colusión. Así se sostiene que “los focos de la política, legislación y jurisprudencia de libre competencia en Chile, recién en los últimos años, comienza a considerar seriamente y con estándares de países desarrollados la persecución de los acuerdos graves entre competidores o ‘carteles duros’, entre los que cabe considerar el *bid rigging*”<sup>109</sup>.

Prueba de lo anterior es que el artículo 3° del DL N° 211 establece un tipo infraccional genérico (inciso primero), en donde se sancionará al que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos y, además, la letra a) del inciso segundo al referirse a los acuerdos abarca aquellos que buscan “*afectar el resultado de procesos de licitación,*”<sup>110</sup>. Un hito extremadamente relevante en materia de *bid-riggings* lo constituye la ley N°20.945 que “Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia”<sup>111</sup>. Dicha normativa propuso eliminar el requisito del incremento del poder de mercado para configurar la existencia de un cartel duro, bastando solo la prueba del acuerdo. La principal razón para justificar dicha modificación legislativa está contenida en la historia de la ley<sup>112</sup>.

En lo referente a la modificación de la redacción de la normativa es relevante, el hecho que durante el primer trámite constitucional se buscó establecer un tipo penal de colusión con la incorporación de un artículo 286 bis nuevo al Código Penal del siguiente tenor: “*quien celebre, implemente, ejecute u organice acuerdos, convenciones, contratos o convenios que involucren a dos o más competidores entre sí, persiguiendo cualquiera de los propósitos siguientes (...):*”

---

<sup>109</sup> IRARRÁZABAL PH., Felipe; ARAYA J., Fernando, *Op. Cit* (n°19), p. 164. La referencia especial a la colusión entre competidores en licitaciones data de la ley 20.361 del año 2009, que reforzó la institucionalidad sobre el combate contra la colusión entre competidores en Chile. En *Ibid*, p. 177.

<sup>110</sup> La letra a) del art. 3 del DL N° 211 contiene lo que se denominan ‘los carteles duros’. La importancia práctica de esta consideración especial realizada por el legislador no radica solo en la sanción que trae aparejada la conducta, sino en el hecho de que solo respecto de las conductas descritas en dicha letra es posible aplicar el mecanismo de delación compensada, así como la utilización de facultades intrusivas. Dichas facultades tienen la relevancia que pueden ser solicitadas por la FNE para una mayor eficacia en la persecución del hecho que se pretende investigar. Encontramos como ejemplos de tales medidas la intercepción de comunicaciones, entrada y registro, etc.

<sup>111</sup> LEY N°20.945, publicada en el Diario Oficial el 30/08/16. [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20945&tipoVersion=0>

<sup>112</sup> Así, en el primer informe de la Comisión de Economía del Senado se sostuvo que: “En el derecho comparado se ha establecido que para el caso de los denominados carteles duros (*hardcore cartels*), que son aquellas colusiones en que competidores acuerdan fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, sin que exista justificación pro competitiva alguna asociada al acuerdo, resulta suficiente, para que el acuerdo sea declarado como anticompetitivo y contrario a la ley, que se acredite su existencia y que verse sobre las variables esenciales de competencia antes mencionadas”. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>

*Afectar el resultado de licitaciones públicas o privadas convocadas por órganos de la Administración del Estado, por empresas públicas creadas por ley, o por empresas en las que el Estado tenga participación o haya aportado subvenciones o fondos públicos destinados a la adquisición del objeto de la licitación”<sup>113</sup>.*

La justificación de dicha normativa radica principalmente en la búsqueda de eficacia de persecución y sanción de los carteles duros. Así, el Ministro de Economía señaló: “en que el solo hecho de ponerse de acuerdo para afectar los resultados de una licitación debe ser sancionado, independientemente de si ello tiene éxito o no”<sup>114</sup>.

Sin embargo, finalmente se optó por agregar un Título V nuevo titulado “De las Sanciones Penales”.

Otra modificación sustancial se vio reflejado en la posibilidad de imponer medidas accesorias que puede adoptar el TDLC frente a infracciones consideradas como carteles duros. En dicho cuerpo legal se contempló la posibilidad de que el H. Tribunal prohíba al infractor contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva tenga el carácter de ejecutoriada<sup>115</sup>. Dicha última modificación es esencial, sobre todo en cuanto se refiere a la prevención del *bid-rigging*.

El profesor González no concuerda en lo absoluto con dicha medida, pues la considera inconveniente. “Primero, porque 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. En conclusión, el daño que produce el cartel consiste en restringir la oferta y subir el precio, y la sanción no puede hacer lo mismo”<sup>116</sup>.

Al respecto disentimos respetuosamente, pues dicha medida constituye una innovación positiva en lo referente a la prevención de la comisión de carteles duros. Una opinión más acertada al respecto fue sostenida por la profesora Nicole Nehme, quien durante la discusión y “estando de acuerdo con esta sanción, le pareció que habría que aplicarla con mucha prudencia, porque podría ser que el resultado fuera peor que aquello que se quiere resolver, ya que si todos los agentes de un mercado se hubieran coludido y fueran sancionados, el Estado podría no tener después con quién contratar. Típicamente, además, en industrias de infraestructura, si es algo que se puede importar, el Estado podría resolver el problema importando, pero a veces hay que

---

<sup>113</sup> Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> Art 26° letra d) nueva.

<sup>116</sup> Informe de la Comisión de Economía, Cámara de diputados. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>

reaccionar rápido y la importación se demora o no hay sustitutos perfectos susceptibles de importación. Y si quedara un solo agente que no se hubiera coludido y se sancionara a todos los demás, el Estado quedaría en manos de una empresa con posición monopólica, que le podría cobrar rentas sobrenormales eventualmente”<sup>117</sup>. El punto relevante sobre esta sanción, es su aplicación casuística, esto ya que si se quiere imponer la sanción, el TLDC debe evaluar prospectivamente sus efectos a corto y mediano plazo, fijando criterios objetivos para justificar su imposición y aplicación.

#### PENALIZACIÓN DEL *BID-RIGGING*

Ha cobrado un especial interés a nivel doctrinal, el hecho del resultado de la actividad legislativa en lo que referente al establecimiento de delitos específicos para el caso de lo que se ha tratado en esta memoria como carteles duros, y, por lo tanto, la comisión del *bid-rigging*.

Dicha modificación se tradujo en la tipificación de un delito de colusión en sentido amplio, y por lo tanto, de *bid-riggings* contenida en el actual artículo 62° del DL N°211. Tal normativa dispone que: “*el que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo*”.

Sin embargo, para permitir la doble persecución (una en sede libre competencia y una persecución penal eventual) se agregó un inciso final al artículo 26° con el siguiente tenor: “*la aplicación de las sanciones previstas en este artículo será compatible con aquellas de carácter penal establecidas en la presente ley y con la determinación de la indemnización de perjuicios que prevé el artículo 30*”. Este último inciso es fundamental, ya que la posibilidad de ventilar la persecución de un *bid-rigging* en sede penal exige como requisito de admisibilidad la presentación de una querrela por la FNE (artículo 64°). La que, a su vez, solo podrá ser interpuesta cuando la existencia del acuerdo haya sido establecida fehacientemente por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC.

En otras palabras, se requiere en primera oportunidad una sentencia en sede de libre competencia, emanada de un órgano de naturaleza jurisdiccional, especializado, con integración mixta<sup>118</sup>, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Esta penalización del *bid-rigging*, goza de la particularidad de que la ejecución de la pena substitutiva quedará en suspenso durante un año, plazo durante el cual el condenado deberá cumplir de forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fue sancionado (Artículo 62° inciso final).

---

<sup>117</sup> En *Ibíd.*

<sup>118</sup> Artículo 6° del DL N° 211. La integración del TDLC, es de naturaleza mixta, pues no solo existen ministros letrados, sino que también ministros con “post grados en ciencias económicas”.

Al respecto de lo anteriormente expuesto las siguientes acotaciones: primero, siguiendo al profesor Antonio Bascuñán considero que la única conducta dentro del género acuerdo entre competidores que tiene merecimiento penal obvio es el *bid-rigging*<sup>119</sup>.

Segundo, sin perjuicio de esto, es relevante exponerle al lector un tema controvertido a nivel doctrinal: la expectativa social de la punición del *bid-rigging*. “Amenazar con pena de crimen si no se colabora y privar a la FNE y al MP de salidas alternativas al juicio, ya sea administrativo o penal, es poner a ambas instituciones en una posición de imposibilidad de absorber satisfactoriamente la demanda de respuesta institucional a la colusión auto-denunciada”<sup>120</sup>. En definitiva, la pretensión legislativa de buscar persecución y condena penal efectivos, radicaría en una aspiración de cumplir con las expectativas sociales de condena más que la de prevenir realmente este tipo de ilícitos. No olvidemos que la penalización del *bid-rigging*, busca evitar su comisión y no sancionar a quienes se coluden<sup>121</sup>.

#### TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL *BID-RIGGING* EN CHILE

El análisis de jurisprudencia que se presenta corresponde a sentencias emanadas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Corte Suprema en materia de libre competencia relativas a *bid-riggings*. Adicionalmente se recurre a resoluciones de la H. Comisión Resolutiva (predecesora del TDLC) y el Tribunal de Contratación Pública para ilustrar ciertos puntos.

Para lograr lo anterior, este capítulo se encuentra dividido en 2 partes:

Una primera parte, donde analizaré la competencia que tiene el TDLC para conocer infracciones en materia de licitaciones públicas y su análisis en relación con los principios de estricta sujeción a las bases de licitación e igualdad de oferentes.

Una segunda parte, donde le expondré al lector la principal jurisprudencia emanada del TDLC hasta antes de la entrada en vigencia de la ley N° 20.945. Esta tesis jurisprudencial entendía que el *bid-rigging* como ilícito anticompetitivo no es autónomo, sino que debe reprocharse y sancionarse como cualquier otro acuerdo colusorio. En directa relación con el punto anterior, es que esta última exige un nexo causal entre la celebración del acuerdo y los efectos nocivos que razonablemente podría provocar de llegar a tener éxito.

---

<sup>119</sup> Así el profesor agrega: “ése es un caso calificado de estafa al Estado cuya tipificación como colusión adelanta la consumación del delito a un estadio previo a la lesión del patrimonio estatal”. AGOSTINI, Claudio *et alli*, *¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones* en CEP Chile N°409 (2015), p.8. [en línea] [http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409\\_RBergoing-LSierra.pdf](http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoing-LSierra.pdf)

<sup>120</sup> *Ibid*, p.8.

<sup>121</sup> Así la pena de cárcel sería un importante elemento disuasivo en la medida que: “La sanción penal tiene un alto poder disuasivo. Las sanciones monetarias pueden ser diluidas entre los accionistas de las empresas o ser aseguradas por terceros. Por el contrario, la prisión es un costo privado no traspasable por el afectado. Cabe mencionar que las penas de prisión se utilizan en otros delitos de carácter económicos como fraude fiscal, evasión de impuestos o infracción a la ley de bancos, entre otros”. *Ibid*, p. 10.

1. COMPETENCIA DEL TDLC EN MATERIA DE LICITACIONES PÚBLICAS Y SU ANÁLISIS EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE ESTRUCTA SUJECCIÓN A LAS BASES DE LICITACIÓN E IGUALDAD DE OFERENTES.

A. Principio de estricta sujeción a las bases de licitación como norma infra reglamentaria

Para nuestro TDLC, los *bid-riggins* no solo se rigen por las normas que regulan las contrataciones públicas sino también por las normas que protegen la libre competencia en los mercados, las que considera como normas de orden público. Así, por esta última consideración las normas que protegen la libre competencia primarían por sobre las normas relativas a las contrataciones públicas.

Esto pues el mandato legal que recae sobre el H. Tribunal es distinto, por lo que, la lesión de los bienes jurídicos que protege este tipo de legislación traerá aparejada responsabilidad acorde al tenor del derecho *antitrust* chileno.

El criterio del TDLC es claro en la sentencia 132/2013“Que la circunstancia de que un mismo hecho pueda ser perseguido simultáneamente ante distintas jurisdicciones con el objeto de hacer efectivas las respectivas responsabilidades legales, obedece a que cada una de ellas busca proteger distintos bienes jurídicos (...) Así, mientras la Ley N° 19.886 estableció las bases sobre contratos de suministro y prestación de servicios con el objeto de [...] lograr un uso eficiente de los recursos, compras de mejor calidad, ahorros presupuestarios y mayor transparencia en los actos del Estado (Mensaje de la Ley, página 5), el D.L. N° 211 tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados (artículo 1°). Vale decir, ambas legislaciones buscan proteger bienes jurídicos distintos y, por tanto, la infracción de sus normas necesariamente genera distintas responsabilidades, por lo que nada obsta a que puedan perseguirse simultáneamente”<sup>122</sup>.

Tal como he señalado, el Tribunal en innumerables oportunidades ha considerado que la infracción a normas de libre competencia constituye infracciones a normas de orden público, por lo cual nada obsta, a que el TDLC deje sin efecto actos que apegados estrictamente al principio de legalidad han lesionado la libre competencia en los mercados. En consecuencia, no será relevante desde la perspectiva del derecho *antitrust* chileno, la afectación al principio de estricto sometimiento a las bases de licitación<sup>123</sup>.

En otras palabras, el TDLC le resta valor al principio de estricto sometimiento a las bases de licitación, pues entiende que este último no necesariamente es una garantía que permita la competencia dentro del proceso de adjudicación. Por esta razón, concluye que dicho principio

---

<sup>122</sup> Sentencia 132/2013, TDLC, considerando décimo quinto.

<sup>123</sup> Al respecto *Vid.* Sentencia N°144/2015, considerando tercero; Sentencia N° 132/2013, TDLC, considerando décimo cuarto; Sentencia N°77/2008, considerando cuarto; en sentido similar, Sentencia N° 81/2009, considerando centésimo sexagésimo séptimo; Sentencia N°89/2009, considerando decimonoveno; Sentencia N°114/2011, considerandos quinto y vigésimo quinto; Sentencia N° 121/2012, considerando octavo; Sentencia N° 34/2005 considerandos decimooctavo y vigésimo octavo; Sentencia N° 11/2004, TDLC, considerando primero.

tiene una jerarquía de carácter infra reglamentaria. Así lo expuso en la sentencia 81/2009: “Que sin perjuicio de lo anterior y en lo inmediato, este Tribunal ordenará, en lo dispositivo de este fallo, modificar las Bases de Licitación elaboradas por la Junta de Aeronáutica Civil con el objeto de adjudicar siete frecuencias aéreas restringidas directas entre las ciudades de Santiago y Lima. Ello teniendo en consideración que dichas bases constituyen normas administrativas de jerarquía infrarreglamentaria que conculcan la Libre Competencia en el mercado relevante analizado, por las razones largamente tratadas en la presente sentencia y que, por lo tanto, pueden ser modificadas directamente por este Tribunal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26°, inciso segundo, letra a, del Decreto Ley N° 211”<sup>124</sup>.

Sin embargo, existe una jurisprudencia opuesta sostenida por el Tribunal de Contratación Pública, el cual asimila dicho principio a una norma de jerarquía legal<sup>125</sup>. Por lo anterior, en materia de contrataciones públicas existen dos visiones contrapuestas: Por un lado, una sostenida por el TDLC relativa a que el apego estricto a las bases de licitación y el principio de legalidad es siempre y en todo caso revisable, en la medida de que actos realizados conforme a derecho igualmente pueden lesionar la libre competencia en los mercados. Por otro lado, está la postura formalista del Tribunal de Contratación Pública, mediante el cual el principio de estricta sujeción a las bases de licitación y de legalidad pareciera ser más absoluto, en el sentido de que si el acto en cuanto a su forma fue dictado conforme a derecho y al marco normativo vigente, no admite reparo alguno.

#### B. Principio de igualdad entre los oferentes entendida como igualdad de oportunidades

De la misma forma como el análisis del principio de estricto sometimiento a las bases de licitación propició la existencia de dos consideraciones opuestas, así el principio de igualdad de oportunidades ha llevado a dos criterios disímiles entre el TCP y el TDLC.

Para el TCP el principio igualdad entre los oferentes no es autónomo, sino que está inexorablemente unido al principio de estricta sujeción a las bases de licitación, el que se considera como la principal garantía de protección de este último<sup>126</sup>. En otras palabras, el TCP

---

<sup>124</sup> Sentencia 81/2009, TDLC, considerando centésimo sexagésimo séptimo.

<sup>125</sup> “Que, para la acertada resolución del punto de discusión en análisis, esto es, la naturaleza de las facultades de los órganos del Estado en los procesos licitatorios regidos por la Ley N° 19.886, cabe destacar la importancia y aplicación primordial que deben recibir las bases administrativas y técnicas que la respectiva autoridad debe aprobar en cada propuesta pública que realice. Al efecto, el legislador revistió a dicha reglamentación de una fuerza obligatoria que podría equipararse a la que emana de una norma legal, en cuanto, en su artículo 10°, inciso tercero, dispone 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” En sentencia rol 76-2008C, Tribunal de Contratación Pública, considerando séptimo, en el mismo sentido, Sentencia rol 92-2011C, Tribunal de Contratación Pública, considerando 17.

<sup>126</sup> Así queda de manifiesto en la sentencia rol 36-2014: “El segundo principio constituye una consecuencia de la garantía de igualdad ante la ley, consagrado por la Carta Fundamental en su artículo 19 N°2. De esta manera, la reiterada jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que resulta atentatorio al derecho de la igualdad de los oferentes en un procedimiento de licitación pública, la decisión de la autoridad licitante que convoca una propuesta, cuando ésta no cumple con las bases administrativas elaboradas por ella misma”. Sentencia rol 36-2014, Tribunal de Contratación Pública, considerando décimo primero. En sentido similar sentencias rol 252-2012, considerandos

entiende que no existirá infracción a dicho principio en la medida de que exista un sometimiento a las bases de licitación. Esta última tesis cuenta con el beneplácito de parte de la doctrina administrativa<sup>127</sup>.

Por su parte, el TDLC alejándose del criterio formalista característico del TCP entiende al principio de igualdad de oferentes como una verdadera garantía para conseguir una igualdad de oportunidades entre los actores interesados en la adjudicación:

“Que las mayores exigencias y costos que implique ingresar a la respectiva actividad económica son materia de competencia de la autoridad que efectúa el llamado a licitación, no siendo una materia que corresponda a este Tribunal resolver. Los eventuales problemas que determinados empresarios puedan tener para obtener alguna concesión en el respectivo proceso de licitación, en la medida que hayan tenido la posibilidad de participar en el mismo en igualdad de condiciones, no implican per se una restricción a la libre competencia”<sup>128</sup>.

Dicho razonamiento es aún más explícito en la sentencia N°34/ 2005: en la que el TDLC sostuvo: “Que, por tanto, en general, una licitación que contenga exigencias que reducen sin fundamento el número de empresas que puedan participar, o que no cumpla con condiciones de transparencia, es contraria a libre competencia, puesto que, por un lado, excluye en forma injustificada a eventuales competidores y, por otro, como consecuencia de lo anterior, puede llevar a que los usuarios deban pagar una tarifa mayor”<sup>129</sup>.

En consecuencia, y como es de esperarse, la consideración realizada por el TDLC tiene una naturaleza económica, a diferencia del formalismo con que el TCP suele entender este último principio. Esta consideración económica se traduce en que deben existir criterios objetivos que permitan una competencia entre potenciales adjudicatarios del contrato, en otras palabras, este principio es entendido como la abstención que debe tener el órgano licitante de generar barreras a la entrada, estableciendo criterios objetivos para seleccionar y adjudicar en base a la mejor oferta.

---

décimo segundo y décimo tercero; 221-2012, considerandos sexto y noveno; 126-2012, considerando vigésimo tercero; rol 117-2012, considerando quinto; rol 53-2012, considerando séptimo; rol 26-2011; considerandos décimo sexto y décimo séptimo y rol 76-2008, considerandos noveno y décimo.

<sup>127</sup> Así, sobre dicho principio Poblete plantea: “Para garantizar este principio, las bases deben establecer reglas generales e impersonales que mantengan fielmente el principio de igualdad asegurando que no se discrimine o se favorezca a alguien en perjuicio de otro”. En POBLETE VINAIXA, Julia. *“Sistema de identificación, documentos de identidad, de viajes y servicios relacionados: una reflexión necesaria sobre los principios y deberes de la administración”* en Revista de Derecho Público, Número 77 (2012), p. 223. En la misma línea CORREA FONTECILLA, Jorge, Op. Cit. (n°3), pp. 19-20; 28.

<sup>128</sup> Sentencia 11/2004, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, considerando séptimo. En sentido similar sentencias 36/2006, TDLC, considerando décimo cuarto, 92/2009, TDLC, considerando sexagésimo cuarto y sentencia 132/2013, TDLC, considerando vigésimo.

<sup>129</sup> Sentencia 34/2005, TDLC, considerando cuarto.

## BID-RIGGING COMO ILÍCITO ANTICOMPETITIVO SUBORDINADO

El tratamiento del *bid-rigging* a nivel nacional no se ha apartado del tratamiento otorgado en el derecho comparado. Así, históricamente nuestros órganos de defensa de la libre competencia han ratificado una línea jurisprudencial homogénea en aras a tratar al *bid-rigging* como un tipo de acuerdo colusorio. Según se demostrará solo de manera excepcional nuestro TDLC le ha otorgado al *bid-rigging* un reproche adicional, lo que vendría a ratificar la tesis que esta conducta solo constituiría un tipo especial de acuerdo horizontal.

Es por lo anterior, que podemos catalogar al *bid-rigging* como un ilícito de naturaleza subordinada, pues no existe un tratamiento particular de la conducta, sino que le sanciona como cualquier otro acuerdo colusorio. De esta forma, para la configuración de un *bid-rigging* se requiere la presencia de todos los elementos característicos de un acuerdo horizontal.

Uno de los primeros pronunciamientos sobre *bid-rigging*, es de la Comisión Resolutiva<sup>130</sup>. la cual estableció que esta clase de hechos deben ser sancionados con prescindencia de que se produzca un perjuicio para los consumidores o se haya obtenido necesariamente una ganancia ilícita<sup>131</sup>.<sup>132</sup>.

El TDLC en el caso de las empresas del oxígeno<sup>133</sup> señaló: “ Que, al respecto, resulta imprescindible señalar que, en general, en los casos de acuerdos o de prácticas concertadas entre empresas no es estrictamente necesario efectuar un análisis a fondo del mercado relevante afectado por dicho acuerdo o práctica, toda vez que, en principio, tales prácticas serían restrictivas de la competencia solo en la medida en que razonablemente tengan por objeto o

---

<sup>130</sup> El requerimiento formulado se basó en los siguientes hechos: “La Asociación Molinera de Arroz (AMA) constituye una corporación de Derecho Privado que aglutina a una serie de empresas del sector. Estas empresas, agrupadas en la AMA, se han presentado reiteradamente a las licitaciones de venta de stock de arroz llamadas por la Empresa de Comercio Agrícola (ECA), proponiendo en ellas un mismo precio y acordando repartir a prorrata entre sus asociados lo que se hubieren adjudicado de estas licitaciones”. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, “Asociaciones Gremiales y Empresariales ante el Derecho de la Competencia Chileno”; *Fichas de Jurisprudencia – Resoluciones de la Comisión Resolutiva* (Santiago, 2010), p. 1. [en línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/Fichas\\_Jurisprudencia\\_CR.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/Fichas_Jurisprudencia_CR.pdf)

<sup>131</sup> “Que, esta Comisión estima que la sanción (...) tiene el propósito de reprimir las conductas que tiendan a impedir, entorpecer o restringir la libre competencia comercial e industrial, sin que esté condicionada (...) a que se haya acreditado un impedimento o restricción efectivos de la libre competencia (...) ni que se haya producido un perjuicio efectivo de los consumidores o se haya obtenido necesariamente una ganancia ilícita (...). Los hechos y conductas antes referidos, pueden ser sancionados, con independencia de que se produzcan o no los efectos que se han mencionado precedentemente, ya que su ilicitud es determinada por la ley por su virtualidad o idoneidad, siendo suficiente para calificarlos como contrarios a la libre competencia, que dichos hechos o conductas tiendan a eliminarla o restringirla, aun cuando tales efectos no lleguen, en el hecho, a producirse”. Resolución N°67/1979, Comisión Resolutiva, considerando cuarto. [en línea] <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/resolucionesdca/Res%2067-1979.pdf>

<sup>132</sup> Así, la circunstancia de que dicho acuerdo no hubiese tenido influencia en el mercado fue determinante para excluir la responsabilidad de las empresas molineras afectadas. En *Ibid.*, considerandos quinto, sexto, séptimo y octavo.

<sup>133</sup> La FNE presentó requerimiento contra empresas de oxígeno medicinal, las cuales ostentaban el carácter de oferentes en la licitación llamada por la Central Nacional de Abastecimiento (“CENABAST”) respecto a conductas desplegadas con anterioridad a la licitación y con motivo de esta. En la especie las conductas imputadas fueron: la realización de un acuerdo tendiente a la repartición del mercado de provisión de oxígeno medicinal para hospitales públicos y la realización de prácticas concertadas con el motivo de excluir competidores del proceso de licitación.

efecto restringirla, o que se estime que lo son per se. Ahora bien, para establecer la ocurrencia de estas conductas y juzgarlas debe ponderarse la evidencia material del acuerdo mismo o bien, según corresponda, los indicios o antecedentes que sean aptos, con arreglo a la valoración que haga el Tribunal, para establecer los hechos juzgados y sus circunstancias concomitantes”<sup>134</sup>.

Las formas de comisión de este caso fueron: *market allocation (division)* y *bid rotation*. Esta última forma de comisión queda demostrada en el siguiente razonamiento esgrimido por el TDLC: “Al menos hasta el año 2004, este reparto se habría concretado por medio de una práctica concertada en virtud de la cual las empresas requeridas no competían por disputarse los clientes del mercado, compuesto por hospitales públicos, por lo que no hay movilidad ni rotación de proveedores. Los hospitales públicos permanecieron, en promedio, 5 años y medio con el mismo proveedor. Los que tienen contratos anuales lo hicieron, en promedio, 6 años con el mismo proveedor y, los que tienen contratos indefinidos, un promedio de casi 9 años y medio”<sup>135</sup>.

La Corte Suprema en el mismo caso resolvió con base en el siguiente razonamiento: “En este caso no existen hechos probados que sirvan de indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente. La sentencia lo concluye del único hecho acreditado, cual es, que en las primeras etapas de la licitación las empresas de autos ofrecieron precios muy superiores al precio que cobraban a los hospitales antes de dicho proceso, y por cierto mayor que el precio de referencia, (...), agregando que, a juicio de los sentenciadores, no existe justificación económica para la falta de competencia en dicha etapa”<sup>136</sup>.

Del razonamiento de la CS se desprende que no existe hipótesis de colusión plausible que permita sustentar la existencia del acuerdo en base a la legislación vigente a la época del requerimiento, por no existir un resultado vulnerador de la libre competencia. Esto último es reforzado, como se reconoce en el mismo fallo, con el éxito que tuvo el proceso de licitación.

Un fallo posterior del TDLC<sup>137</sup> confirma este criterio <sup>138</sup>.

---

<sup>134</sup> Sentencia N°43/2006, TDLC. ., considerando cuadragésimo cuarto.

<sup>135</sup> Sentencia N°43/2006, TDLC. [en línea] [http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_43\\_2006.pdf](http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_43_2006.pdf)

<sup>136</sup> Sentencia de 22 de enero de 2007, rol N° 557-2006, Corte Suprema, considerando 13.

<sup>137</sup> El requerimiento de la FNE se basó en que las requeridas habrían “ejecutado hechos y celebrado acuerdos destinados a eliminar la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, en nueve localidades del país, dentro del marco de los concursos públicos del año 2007, por la vía de convenir anticipadamente el adjudicatario de dichas concesiones, ejecutando diversas acciones para implementar dichos acuerdos”. Sentencia N°112/2011, TDLC, p.1 [en línea] [http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_112\\_2011.pdf](http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_112_2011.pdf). En el presente caso el TDLC analizó la conducta basada en el tipo infraccional genérico contenido en el artículo 3°, esto pues tal como recordará el lector, la referencia expresa hecha por el legislador a las colusiones en procesos de licitación pública data de la modificación a la norma hecha por la ley N° 20.361 del año 2009.

<sup>138</sup> Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, los requisitos para la configuración de un acuerdo colusorio eran 3. Así, “los requisitos que deben concurrir en este caso para que un acto constituya colusión, son los siguientes: (i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado;”. Sentencia N°112/2011, TDLC, considerando sexagésimo sexto.

El TDLC estimó que el ilícito se configuró de la siguiente forma: “Que este Tribunal estima cumplido el primero de los requisitos antes indicados, al estar acreditada la celebración, por parte de todas las requeridas, incluida Bío Bío, de contratos o acuerdos de cesión de derechos de postulación en las licitaciones de concesiones de radiodifusión”. Respecto del segundo de los requisitos el TLDC señaló que este se daba por cumplido, pues los acuerdos tuvieron por efecto eliminar la competencia en procesos de licitación pública. Permitiendo a las requeridas reemplazar el proceso competitivo por uno simulado, de forma de conocer de antemano quiénes iban a participar en el proceso de licitación como quién resultaría como adjudicatario, sin que mediara una puja real<sup>139</sup>.

Respecto del último requisito, el TDLC entendió que el poder de mercado era la habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder, en otras palabras, el poder suficiente para designar al futuro adjudicatario del contrato<sup>140</sup>.

Finalmente, un fallo reciente del TDLC relativo a la sanción de la conducta, nuevamente consideró al *bid-rigging* como un mero acuerdo colusorio<sup>141</sup>, confirmando la tesis mayoritaria en la materia<sup>142</sup>. Cabe señalar que de todos los casos que involucran conductas constitutivas de *bid-rigging*, este es el único que sigue en tramitación, a la espera de que la CS resuelva el recurso de reclamación deducido por la requeridas.

Habiendo llegado hasta este punto, espero haberle demostrado al lector, que el tratamiento jurisprudencial del *bid-rigging* como infracción a la libre competencia se ha construido a las sombras del desarrollo jurisprudencial del género acuerdo entre competidores.

Este tratamiento jurisprudencial, se ha formado con estricto apego al tenor de la normativa entonces vigente, por lo que, no ha existido una construcción particular del *bid-rigging*, ni en cuanto a su reproche<sup>143</sup>, ni en cuanto a sus formas de comisión.

---

<sup>139</sup>Sentencia N°112/2011, TDLC, considerando sexagésimo octavo.

<sup>140</sup> *Ibid*, considerando sexagésimo noveno.

<sup>141</sup> El TDLC no haya dado un tratamiento especial al *bid-rigging* como ilícito, sino que al igual que el legislador entendió que esta conducta es meramente referencial de la prohibición contenida en el artículo 3°. De esta manera: “Este Tribunal analizará si se cumplen los supuestos del artículo 3° letra a) del D.L. N° 211 que señala (...) Esta disposición no es más que un ejemplo del tipo general establecido en el inciso primero de dicho artículo, que en su parte pertinente señala que será sancionado todo aquel que “ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”. En Sentencia N°148/2015, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, considerando vigésimo.

<sup>142</sup> “Que como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia porque importa socavar los fundamentos de un sistema económico basado en el mercado como asignador eficiente de los recursos productivos”. En *Ibid.*, considerando centésimo trigésimo segundo.

<sup>143</sup> En contra, Sentencia 43/2006, TDLC, considerando nonagésimo séptimo. Así el TDLC señaló, “que merece un juicio de reproche adicional, cual es el de impedir o entorpecer la posibilidad de que, producto de la licitación de Cenabast, se hubiese alcanzado un precio inferior al de referencia para la provisión de oxígeno líquido a los establecimientos hospitalarios del sistema público de salud. Lo anterior, puesto que, de haber existido competencia plena y efectiva en el proceso licitatorio en cuestión, se podría haber alcanzado una oferta menor a dicho precio de referencia en la segunda ronda, producto del remate a la baja efectuado”. De esta manera, el reproche adicional en este caso radicaría en la asignación ineficiente de recursos fiscales.

Finalmente, conviene señalar que la forma de apreciar la conducta es objetiva<sup>144</sup>, por lo que no es necesario para el órgano persecutor acreditar los efectos nocivos en la competencia, sino solo la aptitud objetiva para producirlos<sup>145</sup>.

Con todo, y tal como fue expuesto con motivo del análisis de los requisitos de configuración del *bid-rigging*, existe un sector minoritario que sostenía una proposición de tratamiento de los acuerdos horizontales (incluidos los *bid-rigging*) como ilícitos *per se*<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Sobre el punto anterior es que el TDLC, hizo énfasis sobre los requisitos de configuración de cualquier acuerdo entre competidores, señalando: “que los requisitos para que se entienda configurado un ilícito de colusión son la existencia de un acuerdo, su objetivo, la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial, y la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo”. Sentencia N°128/2013, TDLC, considerando centésimo segundo.

<sup>145</sup> En contra Sentencia N°79/2008, TDLC, considerando cuadragésimo primero. [en línea] [http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_79\\_2008.pdf](http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_79_2008.pdf). Así, el tribunal sostuvo: “Que por lo tanto, este Tribunal estima que, aun de haber existido un acuerdo entre las requeridas en relación al precio y otras condiciones comerciales de las ofertas que presentaron en la Licitación, lo cual no está acreditado, dicho acuerdo no habría sido apto para afectar negativamente la libre competencia en el mercado, puesto que las condiciones que habrían enfrentado las empresas supuestamente coludidas una vez declarada desierta la Licitación, son las de un mercado competitivo y, por lo tanto, no habrían existido beneficios esperados de haberse realizado las conductas imputadas”. Este caso es de extrema relevancia, pues desde la instalación del Tribunal el año 2004 hasta diciembre del año 2010, al menos 10 causas contaban con sentencia ejecutoriada hasta esa fecha. De los casos considerados, ha sido solo el caso Asfaltos, el único donde el H. Tribunal ha descartado la aptitud objetiva del acuerdo, basándose en la falta idoneidad de la conducta para generar efectos nocivos a la libre competencia. En IRARRÁZABAL PH., Felipe; ARAYA J., Fernando, *Op. Cit.*(n°20), pp. 182; 184.

<sup>146</sup> Tal tesis contaba con el beneplácito de la FNE. En cuanto “En definitiva, el acuerdo que motiva este requerimiento es de la mayor gravedad, censurable per se, pudiendo sólo añadir reproche la eventual discusión acerca de los efectos que pudieron o no derivarse del mismo”. *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros*, Rol C N° 132-2007, p. 26. [en línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/07/requ\\_0001\\_2007.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/07/requ_0001_2007.pdf). Posteriormente y con ocasión de la presentación del recurso de reclamación la agencia de competencia nacional sostuvo: “Resulta evidente, y es indiscutido en Derecho Comparado - y la legislación de competencia tiende a ser universal-, que un acuerdo de precios, especialmente uno entre los únicos oferentes, particularmente con ocasión de una licitación y todavía más cuando la licitación es para compras públicas, es siempre apto para lesionar la competencia, atendida la naturaleza de la infracción, especie de engaño o fraude, negación misma de la libre competencia”. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Recurso de reclamación, *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros*, Rol C N° 132-2007, p.10. [en línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/recl\\_0004\\_2008.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/recl_0004_2008.pdf)

## CONCLUSIÓN

El *bid-rigging* consiste en que oferentes dentro de un proceso de licitación se coordinan para desviar los fines de dicho proceso, afectando no solo el erario público y la búsqueda de una adjudicación eficiente, sino también la libre competencia en los mercados. Así, los países han regulado y sancionado esta conducta desde diferentes perspectivas: por una parte, en sede de libre competencia y, por otra en sede penal, justificando la aplicación más intensa del *ius puniendi* del Estado.

Pese a lo anterior, existe una opinión mayoritaria en materia de derecho comparado de considerar al *bid-rigging* como una especie de acuerdo colusorio enmarcado dentro de un proceso de licitación. Así, en Estados Unidos, no se contempla una regulación específica para este ilícito, pero constituye un crimen federal catalogable dentro de la denominada regla *per se*, basado en una infracción a la *Sherman Act*. En la Unión Europea, ocurre algo similar donde a diferencia del caso norteamericano no todo *bid-rigging* es ilícito *per se*, sino que se analizan de acuerdo a los posibles efectos pro competitivos que puedan generar. El caso alemán es curioso, pues pese a considerar el *bid-rigging* como un acuerdo horizontal, lo sanciona penalmente siendo el único de los carteles duros que permite una doble persecución. Así también, existe la posibilidad de perseguir penalmente y bajo ciertos respectos a las colusiones enmarcadas dentro de licitaciones privadas. Lo que contravendría la tendencia de analizar al *bid-rigging* solo enmarcado dentro de licitaciones públicas.

Existe cierto consenso sobre las formas de comisión del *bid-rigging* (independiente de la denominación): intercambios de información respecto de las posturas que cada cual presentará en la subasta; no presentación de posturas por uno o más de los oferentes, por ejemplo, en virtud de reparto de diversas subastas, o productos y zonas dentro de una misma subasta. Retiro de las propuestas ya presentadas; y presentación de posturas destinadas al fracaso, por ejemplo, por incumplir los requisitos o establecer precios manifiestamente elevados.

En el caso de la legislación nacional la Ley N° 20.945 incorporó cambios en materia de *bid-riggings*, asociados a la modificación del estatuto común de los acuerdos entre competidores: un aumento del monto máximo de las multas, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la Administración del Estado, el fortalecimiento de la delación compensada, la eliminación de la exigencia de que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado para sancionar este tipo de ilícitos y la *criminalización del bid-rigging*.

Dado que no se trata de un ilícito autónomo, la jurisprudencia del TDLC ha sido confirmatoria de la tesis de derecho comparado, circunscribiendo la figura dentro de los acuerdos colusorios, basado en la aptitud objetiva del acuerdo para provocar perjuicios a la libre competencia.

De esta manera, espero haberle demostrado al lector que el *bid-rigging* como ilícito anticompetitivo correspondería a un tipo de acuerdo colusorio con perjuicios especiales diferentes a los que podría producir un acuerdo colusorio común (económicos, sociales, jurídicos e incluso políticos).

Finalmente, considero que se debe eliminar el cumplimiento efectivo de la pena para los casos de colusión y particularmente para *bid-rigging*. Tal como se señaló, es del todo justificable la sanción penal para este tipo de acuerdos colusorios por su especial categorización. Sin embargo, no encuentro razones plausibles para sostener la justificación del cumplimiento efectivo de la pena, pues el desincentivo real proviene de la posibilidad de la aplicación de la pena privativa de libertad y no de su imposición al caso concreto.

## BIBLIOGRAFÍA

### Jurisprudencia

Sentencia rol C 36-2014, Tribunal de Contratación Pública.  
Sentencia rol C 252-2012, Tribunal de Contratación Pública.  
Sentencia rol C 221-2012, Tribunal de Contratación Pública.  
Sentencia rol C 126-2012, Tribunal de Contratación Pública.  
Sentencia rol C 117-2012, Tribunal de Contratación Pública.  
Sentencia rol C 53-2012, Tribunal de Contratación Pública.  
Sentencia rol C 92-2011, Tribunal de Contratación Pública.  
Sentencia rol C 26-2011, Tribunal de Contratación Pública.  
Sentencia rol C 76-2008, Tribunal de Contratación Pública.  
Sentencia rol 480-2006, de 27 de julio de 2006, Tribunal Constitucional.  
Sentencia rol 479-2006, de 8 de agosto de 2006, Tribunal Constitucional.  
Resolución N°67/1979, Comisión Resolutiva  
Resolución N°173/1984, Comisión Resolutiva  
Sentencia N°148/2015, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°144/2015, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°132/2013, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°128/2013, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N° 121/ 2012, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°114/2011, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°112/2011, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°92/2009, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°89/2009, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°81/2009, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°79/2008, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°77/2008, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°57/2006, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°43/2006, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°36/2006, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°34/2005, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia N°11/2004, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
Sentencia de 7 de septiembre de 2012, Corte Suprema, caso Rol N° 2578-2012

Sentencia de 22 de enero de 2007, Corte Suprema, Rol N° 5057-2006.  
Sentencia de 10 de diciembre de 2008, Corte Suprema, Rol N°79/2008.  
Sentencia de 20 de septiembre de 2012, Corte Suprema, caso Rol N° 10.954-2011.  
U.S. v. Cooperative Theatres of Ohio, Inc., 845 F.2d 1367 (1988).  
UNITED STATES OF AMERICA v. ROBERT BOSCH (2015), case No. 15-20197.  
AMERICAN TOBACCO CO. v. UNITED STATES 328 U.S. 781 (1946).  
Addyston Pipe & Steel Co. v. U. S., 175 U.S. 211 (1898).  
Comisión Europea, 92/204/CEE: Decisión de la Comisión, de 5 de febrero de 1992, (Asuntos IV/31.572 y 32.571 - Industria de la construcción de los Países Bajos).  
Competition Authority contra Beef Industry Development Society Ltd y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., European Court Reports 2008 I-08637. Asunto C-209/07.  
Consten and Grundig contra Comisión Europea, casos 56/64 y 58/64 [1964] ECR 299.  
Sandoz Prodotti Farmaceutici contra Comisión Europea, [1990] ECR I-45, caso C-277/87.  
P Ferriere Nord contra Comisión Europea, [1997] ECR I-4411, caso C-219/95.  
Resolución No.69716, de 30 de diciembre de 2009, Superintendencia de Industria y Comercio [en línea] [http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/historico/d2011sic2458.htm](http://www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic2458.htm)  
Resolución del 31 de enero de 2013, Tribunal General de la Unión Europea.  
Sentencia asunto C-810/79, Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
Sentencia asunto C-3/88, Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
Sentencia asunto C-275/98, Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
Sentencia asunto C-324/98, Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
Sentencia asunto C-470/99, Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
Sentencia asunto C-496/99, Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
Sentencia asunto C-458/03, Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
Sentencia asunto C-251/09, Tribunal de Justicia de la Unión Europea

## Legislación

TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Ley Sobre las Restricciones de la Competencia (GWB) del 1° de enero de 1958.

Código Criminal Alemán.

U.S. CODE § 1 - Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty.

Constitución Política de la República de Chile.

Ley N° 20.945 que Perfecciona el Sistema de la Libre Competencia.

Ley 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Ley N° 19.653 sobre Probidad Administrativa Aplicable de los Órganos de Administración del Estado.

Ley N° 19.886 sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios.

Reglamento de la ley N°19.886, de "Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios"

DFL N° 1 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Órgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 que fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia

Decreto Ley N° 211 que fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia.

Ley 19.911 que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Historia de la ley 19.011 que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Código penal.

Fuentes doctrinales

Literatura

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*<sup>3</sup> (Valparaíso, Legal Publishing, 2014)

CORREA FONTECCILLA, Jorge, *La teoría de los contratos administrativos* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012)

DONATTO GIANNINI, Achille, *Instituciones del derecho tributario* (Madrid, Editorial de Derecho financiero, 1957),

DONOSO, Juan Ignacio, *Apuntes de clases para el curso de libre competencia: Acuerdos horizontales* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014)

GONZÁLEZ, Aldo, *Barreras a la entrada* (Santiago, Departamento de Economía Universidad de Chile, 2014)

GONZÁLEZ, Aldo, *Barreras a la entrada en el mercado aéreo* (Santiago, Departamento de Economía Universidad de Chile, 2008)

GONZÁLEZ, Aldo, *Prácticas Colusivas* (eds.), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Thomson Reuters, 2011).

HARRISON, Rodrigo; MUÑOZ, Roberto, *Política de competencia en procesos de licitación de bienes y recursos* en TDLC (eds.), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Thomson Reuters, 2011)

IRARRÁZABAL PH., Felipe; ARAYA J., Fernando, *Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones*, en TDLC (eds.), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Thomson Reuters, 2011).

MERA SCHMIDT, Jorge, Colusión en Licitaciones Públicas a la Luz del Artículo 287 del Código Penal: ¿Sanción o Impunidad? En Revista de Estudios Ius Novum Pontificia Universidad Católica de Valparaíso vol. VIII (Valparaíso, 2015).

NEHME, Nicole, *Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado*, en TDLC (eds.), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Thomson Reuters, 2011)

OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *Los principios informadores de la contratación administrativa* en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. VII (Valparaíso, 1983)

POBLETE VINAIXA, Julia. *"Sistema de identificación, documentos de identidad, de viajes y servicios relacionados: una reflexión necesaria sobre los principios y deberes de la administración"* en Revista de Derecho Público, Número 77 (2012)

POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho* (2002, trad. del inglés Eduardo L. Suárez, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2000

TOBAR, Javier, *Apuntes de la cátedra de Derecho Económico I* (Valparaíso, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009

VALDÉS, DOMINGO, *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006)

VALDÉS, Domingo, *Tipicidad y Regla Per Se en las Colusiones Monopólicas Horizontales*, en Revista Anales Derecho UC: Temas de Libre Competencia, Número 4, (Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008)

#### Literatura electrónica

AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA, *Estudio sobre la contratación en la comunidad autónoma andaluza desde el punto de vista de la competencia* (Andalucía, Junta de Andalucía, 2010) [en línea] <http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Estudio-contratacion-publica-final.pdf>

AGOSTINI, Claudio *et alli*, *¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones* en CEP Chile N°409 (2015) [en línea] [http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409\\_RBergoing-LSierra.pdf](http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoing-LSierra.pdf)

BULGARIAN COMMISSION, *Guidelines of fighting bid-rigging in public procurement*, [en línea] [http://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb\\_SCF\\_Bid-rigging%20Guidelines\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb_SCF_Bid-rigging%20Guidelines_en.pdf)

COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE, *Informe Comisión de Libre Competencia* (Santiago, Colegio de Abogados, 2010) [en línea] [http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/v2/archivo.html&bri=colegioabogados&tab=art\\_1&campo=c\\_archivo&id=1177](http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/v2/archivo.html&bri=colegioabogados&tab=art_1&campo=c_archivo&id=1177)

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* [en línea]

[https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias\\_y\\_recomendaciones/GUIA\\_CONT\\_RATACION\\_v4.pdf](https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONT_RATACION_v4.pdf)

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA CONTRA LA COMPETENCIA, *Guía sobre las colusiones en licitaciones públicas* (República Dominicana, Consejo Directivo, 2016), p. 22. [en línea] <http://procompetencia.gov.do/docs/CNDC%20GU%C3%8DA%20SOBRE%20COMPETENCIA%20Colusion.pdf>

COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Bid-rigging: advice for public sector procurers* (60-second summary, 2014) [en línea] [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/378097/Bid\\_rigging\\_-\\_advice\\_on\\_procurement.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/378097/Bid_rigging_-_advice_on_procurement.pdf).

DANGER, Kenneth, *Mejoramiento de la Gestión Pública Mediante el Combate a la Colusión entre Oferentes en Licitaciones (Bid Rigging)* (Santiago, OCDE, 2008) [En línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2008\\_ddcc\\_0003.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2008_ddcc_0003.pdf)

DEPARTMENT OF JUSTICE, *Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For* (2015). [En línea] <https://www.justice.gov/atr/price-fixing-bid-rigging-and-market-allocation-schemes>

DEPARTAMENT OF JUSTICE, *Robert Bosch GmbH agrees to plead guilty to Price fixing and bid-rigging on automobile parts installed in U.S. cars.* [en línea] <https://www.justice.gov/opa/pr/robert-bosch-gmbh-agrees-plead-guilty-price-fixing-and-bid-rigging-automobile-parts-installed>

DIRECCIÓN CHILE COMPRA, *Malla básica: probidad y transparencia en las compras públicas* (Santiago, Gobierno de Chile, 2010) [en línea] [http://www.uchile.cl/documentos/7-probidad-y-transparencia-en-las-compras-publicas-2010-ppt\\_63670\\_7\\_3917.ppt](http://www.uchile.cl/documentos/7-probidad-y-transparencia-en-las-compras-publicas-2010-ppt_63670_7_3917.ppt)

DIRECCIÓN CHILE COMPRA, *Directiva de Contratación Pública N°11* (enero de 2009), p. 6. [en línea] <https://www.mercadopublico.cl/Portal/MP2/descargables/Resoluci%C3%B3n%20aprueba%20directiva%20contrataci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20N11.pdf>

ECHEVERRÍA MONTÚFAR, Elisa, *Estrategias para detectar colusión: lecciones para el caso chileno*, tesis para optar al grado de magíster en gestión y políticas públicas (Santiago, Universidad de Chile, 2007) [en línea] [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2007/echeverria\\_em/sources/echeverria\\_em.pdf](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2007/echeverria_em/sources/echeverria_em.pdf)

FAÚNDEZ, Sebastián; PUELLES, Gerardo; BRAVO, Rodrigo, *Concentración Económica en los Mercados de Chile* (Santiago, Centro de Democracia y Comunidad, 2015) [en línea] [http://www.cdc.cl/web/wp-content/uploads/2015/04/Concentracion\\_Economica.pdf](http://www.cdc.cl/web/wp-content/uploads/2015/04/Concentracion_Economica.pdf)

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012). COLUSIÓN EN LICITACIONES. [EN LÍNEA] <HTTP://SLIDEPLAYER.ES/SLIDE/3033621/>

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2011). *Compras públicas y libre competencia* [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoci%C3%B3n-1-Compras-p%C3%BAblicas-Abr2011.pdf>

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, “*Asociaciones Gremiales y Empresariales ante el Derecho de la Competencia Chileno*”; *Fichas de Jurisprudencia – Resoluciones de la Comisión Resolutiva* (Santiago, 2010), p. 1. [en línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/Fichas\\_Jurisprudencia\\_CR.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/Fichas_Jurisprudencia_CR.pdf)

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Sector Público y Libre Competencia* (Material de promoción N°4, 2012) [en línea] <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf>

GASPAR; José Antonio, ARAYA JASMA; Fernando, *Derecho Corporativo y de Libre Competencia en RChDP N° 18* (2012) [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722012000100009&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722012000100009&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-8072. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722012000100009>.

GUERRERO BECAR, José Luis – BOFILL GENSCH, Álvaro, *Acerca del concepto constitucional y legal de competencia*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVI (Valparaíso, 1995) [en línea] <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/304/280>>

HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. *La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno*. *Polít. crim.* [online]. 2012, vol.7, n.13 [citado 2016-08-28] Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992012000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992012000100004&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992012000100004>.

INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK, *Anti-cartel enforcement manual, Relationships between competition agencies and public procurement bodies*, 2015 [En línea] <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1036.pdf>

INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK, *Anti- Cartel Enforcement Template* (Germany, Cartels Working Group; Subgroup 2: Enforcement Techniques, 2015) [en línea] [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Mustertexte/Leaflet-ICN\\_Anti-Cartel\\_Enforcement\\_Template.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=9](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Mustertexte/Leaflet-ICN_Anti-Cartel_Enforcement_Template.pdf?__blob=publicationFile&v=9)

IRARRÁZABAL PHILIPPI, Felipe, *El sistema chileno de Defensa de Libre Competencia* (Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2010) [en línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO\\_0001\\_2010.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf)

JELEZTCHEVA JELEZTCHEVA, María, *Las autoridades de defensa de la competencia. Los Estados Unidos y la Unión Europea. España y Bulgaria*, tesis doctoral (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2007) [En línea] <http://eprints.ucm.es/8185/1/T30219.pdf>

MATUS, Jean Pierre, “*De nuevo sobre la falta de punibilidad de los atentados contra la libre competencia, de conformidad con el Art. 285 del Código penal. Algunos aspectos de la*

*discusión con Héctor Hernández en Política Criminal*” Polít. crim. Vol. 8, N° 15 (Julio 2013), Doc. 1 [en línea] [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_15/Vol8N15D1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15D1.pdf)

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, *Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica*. (Santafé de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, 1992) [en línea] <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/ anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf>

MORENO MOLINA, José Antonio, *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*. (Oxford, Chartridge Books Oxford, 2015 [en línea] <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/7893/9781911033097.pdf?sequence=1>

MONNET, Jean, *Política de la Competencia en la Unión Europea* (Presentación cátedra de Economía Industrial, 2009) [en línea] [http://www.gcd.udc.es/subido/catedra/presentaciones/economia\\_competencia\\_i/politica-de-la-competencia-en-la-union-europea-andres-faina-09.pdf](http://www.gcd.udc.es/subido/catedra/presentaciones/economia_competencia_i/politica-de-la-competencia-en-la-union-europea-andres-faina-09.pdf)

MONTT OYARZÚN, Santiago, *Sistemas legales de menor tamaño y libre competencia* (Santiago, RECCOM, 2010) [en línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2010\\_ddcc\\_0006.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2010_ddcc_0006.pdf)

OCDE, “*Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*”, C (98)35/FINAL (1998) [en línea] <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>

OECD (2009). *Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas* [En línea] <http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf> .

OCDE, *Guía OCDE para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones de abastecimiento público* (trad. del inglés por Fiscalía Nacional Económica, 2009) [en línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia\\_oecd\\_bidrigging\\_final.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_oecd_bidrigging_final.pdf)

OLAECHEA, José Antonio, *El surgimiento del derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas (Segunda parte)* en THEMIS Revista de Derecho ISSN 1810-9934, N° 12, 1988 [en línea] <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110538>

ORTEGA BERNARDO, Julia, *La aplicación de las normas de la competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local* en Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, ISSN 0019-977X, N° 876 (2014) [en línea] [http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE\\_876\\_57-74\\_4FF04CC7F178698B4A561201E342C7AC.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876_57-74_4FF04CC7F178698B4A561201E342C7AC.pdf)

PAUL HASTINGS, *Globalization of Cartel Enforcement: Civil and Criminal* (2014) [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/criminal\\_justice/IWCC2014\\_Session1\\_P\\_H\\_Cartel\\_Investigations\\_Presentation.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/criminal_justice/IWCC2014_Session1_P_H_Cartel_Investigations_Presentation.authcheckdam.pdf)

PIMENTA, Carlos César, *Gestión de compras y contrataciones gubernamentales*, RAE *electron.* [online]. 2002, vol.1, n.1. [en línea] [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1676-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-)

56482002000100013&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1676-5648. <http://dx.doi.org/10.1590/S1676-56482002000100013>

ROJAS, Nicolás, *¿Es la colusión un ilícito per se tras los fallos Farmacias y Explora?* (2012) [en línea] <http://regulacionycompetencia.blogspot.com/2012/10/es-la-colusion-un-ilicito-per-se-tras.html>

ROMERO GUZMÁN, Juan José, *Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?* (Santiago, Centro de Libre Competencia UC, 2007) [en línea] <http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/papers/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf>

SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, William, *Economía*<sup>18</sup> (trad. del inglés por María Guadalupe Cevallos; *et alli*, Madrid, S.A. MCGRAW-HILL, 2006) [en línea] <https://unitecorporativa.files.wordpress.com/2013/02/economc3ada-18va-edicic3b3n-paul-a-samuelson-william-d-nordhaus.pdf>

SERRANO PINILLA, Felipe, *El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico*, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 19 (2011) [En línea] <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/viewFile/13737/11045>

TAPIA, Javier, *Horizontal Anticompetitive Agreements (Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia)* (July 29, 2009). LIBRE COMPETENCIAN Y RETAIL, P. Montt & N. Nehme, eds., Editorial Legal Publishing, 2009. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1440695>

U.S DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE EE.UU., *La coacción antimonopolios y el consumidor* (Washington D.C, Departamento de Justicia, 2013) [en línea] <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2013/01/31/antitrust-enfor-es.pdf>

VOLLMER, Christof, *Competition Protection in Public Procurement; How to protect bidding against tenderers' collusion* (Germany, Bundeskartellamt Decision Division, 2012) [en línea] <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=12325>