

# Formas de colusión en las subastas y mecanismos para evitarla

## Autor

Samuel Argüello Verbanaz  
Correo electrónico:  
[sarguello@bcn.cl](mailto:sarguello@bcn.cl)  
Tel.: +56 322263188

Cécile Boulangeot

N.º SUP: 121.759

## Comisión

Elaborado para la  
Comisión de Intereses  
Marítimos, Pesca y  
Acuicultura del Senado

## Resumen

La colusión en las subastas se da cuando los participantes de una licitación pública se conciertan para ofrecer precios más altos y/o una calidad más baja a la que estarían dispuestos a ofrecer en una situación de competencia entre ellos, o cuando se ponen de acuerdo para otorgarse las licitaciones e impiden, restringen o distorsionan la competencia en el proceso de adjudicación de la licitación. La colusión daña el interés de la sociedad de recibir bienes y servicios al mejor precio y calidad posible.

Las principales formas de colusión en las licitaciones son: Ofertas de resguardo u ofertas ficticias, la abstención de hacer ofertas, la rotación de ofertas, la subcontratación entre los miembros del cartel para repartirse los beneficios de la colusión y el reparto de mercados.

Las características del mercado y de las licitaciones que facilitan la colusión son: que haya pocas empresas en competencia, que no haya entrada de nuevas empresas en el mercado, la utilización de las asociaciones de empresarios para fines anticompetitivos, las licitaciones repetitivas y previsibles, los productos idénticos o similares y los sectores donde hay escaso cambio tecnológico.

Si bien la OCDE considera que no hay una fórmula única para evitar la colusión en las licitaciones y que depende de cada caso, hace las siguientes recomendaciones para luchar contra ella: diseñar un proceso de licitación que permita lograr la máxima participación de oferentes que efectivamente compitan, fijar claramente las condiciones de la licitación y evitar la previsibilidad, diseñar el llamado a licitación de una manera que favorezca la competencia y reduzca la comunicación entre los posibles candidatos y sensibilizar y formar a los funcionarios de los riesgos de colusión en las licitaciones.

## I. Introducción

---

En el marco de la discusión del proyecto de ley que Modifica la Ley general de pesca y acuicultura, en lo relativo a las licencias transables de pesca e incorpora normas para prevenir la pesca ilegal (Boletines n.º [11.704-21](#), 10.190-21, 11.642-21 y 7.926-03, refundidos), la Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura del Senado solicitó a la Biblioteca del Congreso Nacional la elaboración de un informe sobre las formas de colusión en las subastas.

En el presente informe primero se comentan brevemente algunos de los aspectos básicos de la colusión y sus efectos en el caso de las licitaciones. En la sección siguiente se explican las principales formas de colusión que existen en las subasta. Luego se analiza cuáles son las diferentes características de los mercados y de las licitaciones que pueden facilitar que las empresas se coludan. Finalmente, se entregan algunas de las principales medidas que la OCDE recomienda para luchar contra la colusión en las licitaciones públicas.

Todos los entrecorillados del texto son traducciones propias de los documentos originales.

## II. Principales aspectos de la colusión en las subastas

---

La colusión es "un acuerdo entre un grupo de empresas que está planeado para limitar la competencia entre los participantes" (Hendricks y Porter, 1999), lo cual también puede darse en los mercados organizados en base a subastas.

En la literatura económica se hace referencia a las prácticas anticompetitivas que generan un fraude de las subastas por el término en inglés *bid-rigging*, es decir manipular o amañar las ofertas o pujas de las subastas. La colusión en las licitaciones del Estado conduce "a la eliminación de los mecanismos de competencia efectiva, incrementando artificialmente los precios<sup>1</sup> y reduciendo la calidad y el nivel de innovación de los bienes y servicios ofrecidos, dañando así el interés que tiene la sociedad en recibir servicios públicos de buena calidad" (UNCTAD s/f, p. 4), lo cual provoca "daños considerables para las autoridades públicas, ya que se sustraen fondos de su presupuesto o de los recursos requeridos para llevar a cabo actividades de importancia social, socavando así las ventajas del mercado competitivo" (UNCTAD s/f, p. 9). De este modo, las empresas que se coluden para manipular la subasta "suprimen la rivalidad entre ellas por medio de la eliminación de las ofertas relevantes de todos los miembros del cartel excepto aquel que hace la oferta de mayor precio. Todos los otros detalles y aspectos logísticos

---

<sup>1</sup> En el caso en que el ganador de la licitación es aquel que ofrece un precio más alto, por ejemplo para obtener el derecho de explotación de un recurso, la lógica de la colusión se invierte y todas las empresas del cartel, excepto la que se ha acordado que sea la ganadora, hacen ofertas más bajas para que la de la empresa previamente designada. Siempre que en el presente informe se haga referencia a la manipulación de las subastas para aumentar el precio, debe considerarse también la situación alternativa en la que la manipulación busca reducir de manera ilegal el precio.

de la colusión de la subasta emanan de este principio fundamental del cartel" (Preston *et al.* 2014, p. 501)

El fraude en las subastas es una práctica que se da cuando los postores de una licitación pública se coluden para ofrecer precios más altos y/o una calidad más baja a la que estarían dispuestos a ofrecer en una situación de competencia entre ellos, o cuando se coluden para otorgarse las licitaciones e impiden, restringen o distorsionan la competencia en el proceso de adjudicación de la licitación. Dada la naturaleza extremadamente grave de las consecuencias del fraude en las subastas sobre el mercado y sobre la sociedad en su conjunto, en varios países de la Unión Europea se considera un crimen y entra dentro del derecho penal (UNCTAD s/f, p. 9-10).

El fraude en las subastas de licitaciones públicas puede tomar diversas formas, pero en todo caso socava la capacidad de las instituciones públicas para obtener bienes y servicios de buena calidad al menor precio posible, ya que uno de los objetivos de las colusiones es aumentar el precio al que se adjudicará el contrato que se subasta (UNCTAD s/f, p. 12) o reducir el precio que están dispuestos a pagar las empresas por la explotación de una concesión. Como mencionan Hendricks y Porter (1999, p. 264), "en cualquiera de los casos los miembros del cartel saben que la competencia ha sido limitada en los mercados en cuestión. Cualquiera de estas empresas sabe que si realiza una oferta no tiene que preocuparse de que otra empresa del cartel puje a un precio más bajo. [...] La oferta que se espera que gane será más alta porque los conspiradores han coordinado sus acciones, gane o no gane la subasta un miembro del cartel".

Además, como advierte la OCDE (2009, p. 1), la colusión incluye frecuentemente mecanismos de transferencia entre los participantes de las ganancias fruto del fraude. Así, por ejemplo, las empresas conspiradoras "que aceptan no realizar una oferta o hacerla a un precio no competitivo pueden recibir de la empresa adjudicataria de la licitación subcontratos o contratos de suministro, para repartirse el producto de la oferta ilícita que se ha traducido en un precio aumentado" (OCDE 2009, p. 1). Estas transferencias de beneficios entre las empresas que manipulan ilegalmente las subastas también puede tomar la forma de transferencias monetarias.

### III. Principales formas de colusión en las subastas

---

Existen diferentes mecanismos en que las empresas pueden amañar las subastas. Esta sección se basa en las principales formas de colusión recogidas en los documentos *Guidelines for fighting bid-rigging in public procurement*, preparado entre la UNCTAD y la Comisión Búlgara de Protección de la Competencia (UNCTAD s/f, p. 13-15) y *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics* de la OCDE (OCDE s/f 1-2).

- **Ofertas de resguardo**: esta forma de fraude es la más habitual en las colusiones de las subastas y también es conocida como "oferta ficticia", "de cortesía" o "simbólica" (Department of Justice s/f, p. 2). Esto sucede cuando los conspiradores de la colusión acuerdan realizar ofertas o pujas que incluyen al menos uno de los siguientes elementos: "1) cuando uno de los competidores acepta hacer una oferta que es más alta que la del ganador designado. 2) Cuando uno de los

competidores hace una oferta a sabiendas de que es demasiado alta para ser aceptada. 3) Cuando uno de los competidores hace una oferta que contiene condiciones especiales a sabiendas de que no serán aceptadas por el comprador. Habitualmente en las licitaciones públicas los participantes en una colusión realizan varias 'ofertas de resguardo', ya que su intención es crear la impresión de que existe una competencia genuina entre los participantes en la licitación." (UNCTAD s/f 13).

- Abstención de hacer ofertas: esta forma de colusión implica un acuerdo entre los conspiradores en que una o más de las empresas coludidas aceptan abstenerse de realizar una oferta o retiran las ofertas realizadas previamente para que el contrato sea otorgado a uno de los miembros del cartel previamente acordado.
- Rotación de ofertas: esta es una forma de fraude que puede implicar las dos prácticas anteriores. En lo fundamental consiste en que en sucesivas subastas las empresas coludidas se turnan en quién será el ganador de cada una, para lo que pueden hacer ofertas de resguardo para mantener la apariencia de competencia en todas las subastas. Las particularidades de la rotación de ofertas pueden variar y no necesariamente alternarse de manera uniforme, sino que, por ejemplo, las empresas coludidas pueden decidir repartirse las licitaciones para que cada una reciba un beneficio similar, por lo que el número de concesiones y la frecuencia de reparto entre las empresas coludidas puede no ser homogéneo.
- Acuerdos de subcontratación: esto hace referencia a uno de los mecanismos de transferencia de los beneficios ilícitos de la colusión entre las empresas. En este caso, empresas del cartel que se abstienen de pujar o que realizan ofertas de resguardo reciben a cambio contratos por parte de la empresa ganadora para así repartirse los beneficios obtenidos ilegalmente de la subasta. También puede suceder que la empresa que ha hecho la oferta al menor precio decida retirar su oferta a favor de la empresa que ha hecho la segunda mejor oferta a cambio de obtener una subcontratación de esta última y así repartirse los beneficios de su actuación ilegal.
- Reparto de mercados: las empresas coludidas se reparten el mercado y acuerdan no competir en las licitaciones para cierto tipo de clientes o ciertas áreas geográficas. En contrapartida, la empresa que ha obtenido la licitación se abstiene de competir con en los mercados que se ha acordado entregar de manera ilegal a las otras empresas. Como en los otros casos, esto puede realizarse por medio de ofertas de resguardo o por la abstención de pujar.

#### **IV. Características del mercado que pueden facilitar la colusión**

---

Las colusiones en las licitaciones implican que las empresas que conspiran para amañar la subasta se pongan de acuerdo en las acciones a llevar a cabo para obtener un beneficio ilegal, que se pueda ejercer un control mutuo para asegurar que se respeta el pacto y que haya sanciones dentro del cartel para aquellas empresas que no lo respeten. Como menciona la OCDE (2009, p. 3), "la colusión en las

licitaciones puede darse en todo tipo de actividad, pero se producirán más probablemente en ciertos sectores en razón de las características particulares de la actividad o del producto en cuestión". En particular, las siguientes características del mercado son las que más pueden influir en que se constituya un cartel y que logre manipular las licitaciones para obtener beneficios en detrimento de potenciales competidores, de los recursos públicos y de la ciudadanía en su conjunto.<sup>2</sup>

- Pocas empresas: un primer elemento crítico es que, como es de esperar, la probabilidad de que exista una colusión en las licitaciones aumenta cuando el número de potenciales empresas competidoras es bajo. Cuantas menos empresas haya más fácil que se concierten para manipular la subasta.
- Escasas entradas en el mercado: cuando la entrada de nuevas empresas en el mercado es escasa o inexistente, las empresas establecidas están protegidas de la competencia que podrían ejercer las nuevas empresas. La ausencia de nuevos competidores se puede dar por altos costos de entrada (por ejemplo una inversión inicial muy grande) o por otro tipo de barreras de entrada, como por ejemplo requisitos técnicos muy exigentes para ser competitivo o la necesidad de tener una experiencia dilatada en el sector. Una situación así puede facilitar la concertación de tramas de colusión en procesos de subasta.
- Asociaciones profesionales o gremiales: como menciona la OCDE (2009, p. 3), "las asociaciones profesionales pueden constituir para los miembros de un sector industrial o comercial o de un sector de servicios un mecanismo procompetitivo legítimo cuando se trata de promover normas, la innovación y la competencia. Por el contrario, cuando su objeto es subvertido en favor de actividades ilícitas y anticompetitivas, estas asociaciones pueden ser utilizadas por los dirigentes empresariales para mantener reuniones y disimular las discusiones que tienen por objetivo formalizar y poner en marcha la manipulación de las licitaciones".
- Licitaciones repetitivas: cuando los llamados a licitación son repetitivos y previsibles las empresas competidoras pueden coludirse más fácilmente para repartirse el mercado. Además, cuando las licitaciones son periódicas y frecuentes, las empresas coludidas pueden controlar de manera más eficaz el cumplimiento de los acuerdos del cartel y sancionar a aquellas empresas que no respeten las manipulaciones acordadas. Por lo tanto, "los mercados de bienes o servicios de carácter periódico pueden necesitar una acción y una vigilancia particulares para impedir las ofertas colusorias" (OCDE 2009, p. 4).
- Productos o servicios homogéneos o similares: en el caso de las licitaciones para productos o servicios homogéneos o muy similares, la colusión se puede llevar a cabo más fácilmente porque las empresas pueden ponerse de acuerdo con menor dificultad sobre una estructura de precios.

---

<sup>2</sup> Esta sección se basa directamente en el documento de la OCDE *Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics* (OCDE 2009, p. 3-4).

- *Escaso cambio tecnológico*: en los sectores donde el cambio tecnológico es menos importante para la producción y entrega de los bienes y servicios licitados, se facilita que la colusión sea más duradera dado que las condiciones básicas del sector son menos cambiantes.

## V. Medidas para luchar contra la colusión en las licitaciones

Hasta aquí se han tratado las condiciones que pueden favorecer o dificultar que las empresas se coludan en las subastas y las principales estrategias que pueden desarrollar los carteles para amañar las licitaciones. En la presente sección se mencionarán las principales medidas que recomienda la OCDE para combatir la colusión en las subastas. Son consejos prácticos que la OCDE ha elaborado para que los gobiernos puedan mejorar los procesos de licitación y el uso de los recursos públicos gracias a la lucha contra la colusión.<sup>3</sup>

En términos generales, se considera que las subastas por puja ascendente pueden ser más propensas a favorecer la colusión que las subastas con sobre cerrado en las que el ganador es el que ofrece el precio más alto, ya que en el segundo caso los miembros del cartel pueden violar los acuerdos tácitos más fácilmente sin ser descubiertos.<sup>4</sup> Además, es más fácil iniciar persecuciones legales en las subastas con sobre cerrado que en las de pujas ascendentes, ya que dejan un rastro escrito que permite identificar claramente a todos los participantes y sus ofertas. Por el contrario, en las subastas de precio ascendente las pujas no siempre quedan registradas formalmente, lo cual puede dificultar la investigación e identificación de las empresas coludidas (OCDE 2006, p. 78). En todo caso, como menciona la OCDE (2006), las subastas en sobre cerrado también pueden ser manipuladas por un cartel sin que los miembros sean descubiertos.

### Diseñar un proceso de licitación que permita lograr la máxima participación de oferentes que efectivamente compitan

Como se mencionó, uno de los aspectos clave para que las empresas se coludan es que haya poca competencia a causa de un bajo número de empresas que puedan participar en las licitaciones. En particular, las autoridades públicas deben evitar las restricciones que no son útiles, por lo que se deberían fijar condiciones mínimas proporcionales al tipo de mercado y al tamaño del mismo para que no obstaculicen la participación del mayor número de empresas posible. El principio general debe ser no disuadir las ofertas competitivas de las empresas a causa de la imposición de requisitos prescindibles, principalmente cuando se trata de un mercado en el que pueden participar pequeñas y medianas empresas.

También puede ser útil reducir los costos en que las empresas deben incurrir para poder realizar sus ofertas. Esto se puede lograr por medio de la estandarización de los llamados a licitación: por ejemplo

<sup>3</sup> Esta sección también se basa en OCDE (2009, p. 5-13), UNCTAD (s/f, p. 17-25) y OCDE (2006).

<sup>4</sup> Sin embargo, tal y como aclara la OCDE (2006, p. 78), "el anuncio público de los resultados de la subasta en sobre cerrado, al revelar las violaciones de acuerdos tácitos que de otra manera permanecerían secretos, permite a los miembros del acuerdo ejercer un control más eficaz sobre el cartel".

utilizar los mismos formularios, pedir el mismo tipo de información en todas las licitaciones similares, establecer un sistema para enviar las ofertas por medios electrónicos, etc. Evitar exigir grandes garantías financieras cuando no es necesario también puede ayudar a aumentar la participación, especialmente de las pequeñas empresas. Respecto a esto, en la medida de lo posible, los montos solicitados no deberían ser superiores a lo que se considere necesario para establecer una garantía eficaz.

Por otro lado, instaurar un precio de reserva alto y creíble en el caso de una licitación de explotación reduce las posibles ganancias de la colusión. Además, en el caso de las subastas de pujas ascendentes, reduce el número de rondas necesarias y así también las oportunidades de comunicación entre las empresas para coludirse. Sin embargo también tiene el inconveniente de que al aumentar el precio también puede hacer que haya menos empresas dispuestas a participar, lo que reduciría la competencia. (OCDE 2006, p. 73-74).

En las licitaciones se debería evitar todo tipo de tratamiento favorable de las empresas que ya explotan la concesión que llega a su fin o de una cierta categoría de empresas sin que esté justificado.

#### *Fijar claramente las condiciones y evitar toda previsibilidad*

Las bases de la licitación deben ser claras, completas, no discriminatorias y no deben favorecer a ningún actor específico. Cuanto más claras sean las bases de la licitación más empresas estarán en condiciones de comprenderlas y de participar en la subasta.

Por otro lado, evitar la previsibilidad en la medida de lo posible es una medida útil, ya que, como se mencionó, las ofertas repetitivas y previsibles facilitan que las empresas se puedan coludir. Así, agrupar y desagrupar porciones del mercado licitado para que varíen los volúmenes de las subastas y no ser repetitivo en la periodicidad en que se hace la subasta puede ser útil (OCDE 2006, p. 83).

#### *Diseñar el llamado a licitación de una manera que favorezca la competencia y reduzca la comunicación entre los posibles candidatos*

Durante todo el proceso de licitación las autoridades públicas deben tener en mente los diferentes elementos que favorecen la colusión. Como menciona la OCDE (2009, p. 8), "desgraciadamente no hay una fórmula única para el diseño de un llamado a licitación. El diseño debe responder a la situación de cada caso concreto". Sin embargo se pueden tener en presentes los aspectos siguientes.

En la medida de lo posible las autoridades públicas deben evitar que las empresas que participen en la licitación se pongan en contacto. En el caso de que las autoridades deban reunirse con las empresas, se debería evitar que haya contacto entre ellas. Si por ejemplo las empresas deben inspeccionar una zona con las autoridades, se debería evitar que convocar a todas las empresas a la vez.

Los organismos públicos deberían ser prudentes también a la hora de contratar consultores externos para la elaboración de los pliegos de las licitaciones, ya que estos pueden tener relaciones con algunos de los potenciales oferentes, lo que puede facilitar la colusión. Por el contrario, en la medida de lo posible, las bases de las subastas deberían hacerlas de manera interna los equipos técnicos del servicio público pertinente. En el caso de que se contraten consultores externos para el proceso de licitación, estos deberían firmar compromisos de confidencialidad y deberían estar obligados a informar de todo comportamiento irregular de las empresas y de todo conflicto de interés que pudiera existir. También se

debería evitar recurrir a consultores que hayan tenido contratos de prestación de servicios con las empresas oferentes o con las organizaciones empresariales de las que estas son miembros.

Como se mencionó, la subcontratación es un mecanismo que pueden utilizar las empresas para distribuir las ganancias de la colusión entre los miembros del cartel. Para dificultar esta práctica, se puede exigir a las empresas que declaren detalladamente desde el principio toda intención de subcontratación que pretendan hacer para la explotación de la licitación.

Además, las autoridades públicas también pueden reservarse el derecho de no otorgar la licitación si sospechan que el resultado de la misma no ha sido competitivo.

### *Sensibilizar y formar a los funcionarios de los riesgos de colusión en las licitaciones*

Finalmente, además de todas las medidas anteriores, la capacidad de los funcionarios para detectar colusiones en las subastas es un elemento importante para evitarlas. Se pueden establecer programas de formación periódica respecto a las subastas manipuladas y a la detección de las colusiones, esto con la ayuda de la autoridad encargada de la protección de la competencia o de juristas especializados.

Dado que las colusiones a veces se detectan cuando ya llevan bastante tiempo en marcha, puede ser útil para la autoridad pública tener una política de revisión periódica de la forma en que se han desarrollado las licitaciones anteriores para intentar averiguar si hay patrones sospechosos o indicios de colusión. De este modo se pueden detectar algunos de los mecanismos de colusión antes señalados, como por ejemplo la retirada de ofertas o la subcontratación de empresas competidoras para repartirse los beneficios ilícitos de la colusión.

También puede ser útil establecer un mecanismo permanente de reclamos para que las empresas puedan solicitar que se investiguen posibles problemas de competencia. Respecto a esto, puede ser importante mantener la confidencialidad de los reclamantes.

Finalmente, también puede ser eficaz establecer mecanismos internos que exhorten u obliguen a los funcionarios a avisar de las prácticas o declaraciones sospechosas a las autoridades encargadas de fomentar la competencia. En este sentido también es útil introducir canales de cooperación entre los organismos encargados de realizar las licitaciones y los que deben velar por la competencia en el mercado.

## Referencias

---

Department of Justice (s/f). Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes: what they are and what to look for. United States Department of Justice. Disponible en <http://bcn.cl/2b03m> (consultado el 9 de agosto de 2019).

OCDE (2006). Competition in bidding markets. Competition law & policy OECD. Disponible en <http://bcn.cl/2b040> (consultado el 9 de agosto de 2019).

OCDE (2009). Lignes directrices pour la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics. Pour une dépense optimisée des fonds publics par les gouvernements. Concurrence - la clé pour la productivité et la croissance. Disponible en <http://bcn.cl/2azo9> (consultado el 5 de agosto de 2019).

Hendricks, K. y Porter, R. (1989). Collusion in auctions, en *Annales d'économie et de statistique*, n.º 15/16, *Dynamiques des marchés et structures industrielles, juillet-décembre 1989*, p. 217-230.

Preston, R., Williams, M. y Hendricks, K. (2014). Auctions and bid rigging, en Blair, R. y Sokol, D. (ed.) *The Oxford handbook of international antitrust economics. Volume 2*. Disponible en <http://bcn.cl/2azo6> (consultado el 8 de agosto de 2019).

UNCTAD (s/f). Sofia Competition Forum. Guidelines for fighting bid-rigging in public procurement. United Nations Conference on Trade and Development. Bulgarian Commission on protection of competition. Disponible en <http://bcn.cl/2axwa> (consultado el 5 de agosto de 2019).

---

### Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0  
(CC BY 3.0 CL)