



LINEAMIENTOS PARA EL DISEÑO DE LICITACIONES POR PARTE DE ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA RECIENTE EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA

Catalina Íñiguez y Gonzalo Villazón

Lineamientos para el diseño de licitaciones por parte de órganos de la administración del Estado: una mirada a la jurisprudencia reciente en sede de Libre Competencia¹

Julio 2023



Catalina Íñiguez

Abogada de la Universidad de Chile. Directora del área de Competencia y Regulación de FerradaNehme.



Gonzalo Villazón

Abogado de la Universidad de Chile. Asociado senior del área de Competencia y Regulación de FerradaNehme.

Abstract: Una materia por la que recurrentemente se ha acudido al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia durante los últimos años se relaciona con el diseño de bases de licitación por parte de órganos de la administración del Estado. El presente trabajo sistematiza la jurisprudencia nacional más reciente sobre esta materia respecto (i) del tipo de intervención que, en términos generales, puede tener la autoridad de competencia –qué, cómo y cuándo puede pronunciarse sobre el diseño de un proceso licitatorio–, así como (ii) de ciertos lineamientos o criterios que permiten que dicho diseño sea óptimo o, al menos, no impida, restrinja o entorpezca la competencia o tienda a ello.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia nacional ha considerado por décadas, y de forma consistente, que las actuaciones de los órganos de la administración del Estado (OAE) materializadas durante la etapa de diseño de bases de licitación son materia de escrutinio en sede de libre competencia. Ello, pues, durante el diseño de dichos procesos existiría una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida o que se tienda a ello².

Ahora bien, durante los últimos años se ha observado un aumento considerable en el número de casos referidos a bases de licitación públicas que han llegado a conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC o Tribunal)³ y eventualmente de la Corte Suprema (CS). Por lo mismo, parece ser un tópico de particular relevancia para esta área del Derecho sobre el cual vale la pena reflexionar.

1 Los autores han participado individual o conjuntamente como abogados en algunos asuntos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia citados en el presente artículo. Entre ellos, los casos relativos a las bases de licitación para la adquisición de software de ofimática (NC-486-2021), en representación de Microsoft Chile Limitada; a las bases de licitación de Junta Nacional de Auxilios y Becas que excluyeron la leche en polvo de las raciones alimenticias (NC-503-2021), en representación de Nestlé Chile S.A.; y, a las bases de licitación de los frentes de atraque de Puerto Chacabuco y de Puerto Montt (NC-468-2020 y NC-469-2020), en representación de Empresas Oxxean S.A.

2 Entre las resoluciones más recientes, véanse, por ejemplo, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N°60/2019, ¶¶20 y 22; Resolución N°61/2020, ¶6; Resolución N°71/2022, ¶6; y, Resolución N°72/2022, ¶6.

3 Para ello, basta con analizar las estadísticas publicadas por el TDLC. Véase, <<https://www.tdcl.cl/estadisticas-causas-2020/>> [Fecha de última consulta: 17 de julio de 2023].

Cabe preguntarse y analizar si existen ciertos lineamientos jurisprudenciales asentados en materia de licitaciones públicas de OAE que puedan ser objeto de sistematización, en particular, en lo relativo al nivel de injerencia que corresponde a la sede de libre competencia en el diseño de procesos licitatorios, así como evidenciar algunos criterios sustantivos aplicados durante los últimos años. Para ello, a continuación se revisan las decisiones más recientes, tanto del TDLC como de la CS, en causas contenciosas y no contenciosas⁴⁻⁵. Con todo, cabe destacar que, a diferencia de otras materias, durante los últimos años sólo existen unos pocos casos en los que la CS ha tenido oportunidad de conocer recursos de reclamación que involucren el diseño de bases de licitación de OAE. Ello puede deberse a que, según se verá, el TDLC ha tendido a seguir una misma metodología de análisis y se ha sometido a los límites ya fijados por la CS en casos previos (por ejemplo, el *Caso JAC*⁶ o *Caso Registro Civil*⁷), por lo que los litigantes que no han podido persuadir al TDLC respecto de los problemas de ciertas bases de licitación de OAE pueden presumir que sus argumentos tampoco serán acogidos por la CS, lo que en un contexto de ausencia de suspensión de los procesos licitatorios hace además poco útil proseguir con la tramitación en la instancia superior. A la inversa, en los casos en los que el TDLC ha constatado problemas de competencia, entonces los OAE han tendido a acoger los cuestionamientos sin presentar recursos de reclamación.

II. CONSIDERACIONES GENERALES: QUÉ, CÓMO, CUÁNDO Y HASTA QUÉ PUNTO LA SEDE DE LIBRE COMPETENCIA PUEDE INCIDIR EN EL DISEÑO DE LICITACIONES PÚBLICAS

a. Límites de la competencia del TDLC

Si bien no hay duda de la competencia del TDLC para conocer del diseño de bases de licitación, la jurisprudencia ha sido igualmente consistente en la línea de declararse incompetente para conocer aquellas conductas producidas durante la etapa de selección y adjudicación del respectivo proceso de contratación; es decir, con posterioridad al proceso mismo de diseño. Así, salvo casos excepcionales, el TDLC ha señalado, incluso de manera relativamente reciente, que carece de competencia para pronunciarse respecto de conductas exclusorias o discriminatorias por parte de un OAE si éstas se producen luego de la aprobación de las bases de licitación, pues ello recae en la esfera del Tribunal de Contratación Pública (TCP)⁸⁻⁹.

4 En particular, por razones de extensión, el presente trabajo se ha centrado en resoluciones dictadas por el TDLC en procesos de consulta (artículo 18 N°2 del Decreto Ley N°211 de 1973) y en informes (artículo 18 N°7 del Decreto Ley N°211 de 1973), y no así en el ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 18 N°s 3, 4 y 6 del Decreto Ley N°211 de 1973, las que también pueden involucrar el diseño de bases de licitación públicas.

5 También por razones de extensión, se ha dejado fuera del análisis el valioso aporte de la jurisprudencia administrativa de la Fiscalía Nacional Económica en materia de licitaciones públicas.

6 CS. Sentencia pronunciada en causa rol N°1855-2009, de 15 de junio de 2009.

7 CS. Sentencia pronunciada en causa Rol N°13.972-2013, de 6 de agosto de 2014.

8 Por ejemplo, véanse, TDLC, resolución de fecha 3 de abril de 2019, en causa rol C N°372-2019; resolución de fecha 6 de octubre de 2020, en causa rol C N°405-2020; resolución de fecha 25 de marzo de 2020, en causa rol C N°392-2020; resolución de fecha 18 de febrero de 2019, en causa rol C N°369-2019; y, en resolución de fecha 29 de enero de 2019, causa rol C N°368-2019. En el mismo sentido, véase, CS, sentencia en causa rol N°8843-2019, de fecha 5 de octubre de 2020, considerando décimo cuarto a décimo séptimo.

9 Precisamente por ello, llama la atención que el TDLC no se haya declarado incompetente para conocer de la demanda de Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA en contra del Coordinador Eléctrico Nacional, causa rol C N°476-2022. En dicha demanda se acusó al OAE de infringir el artículo 3° inciso primero del Decreto Ley N°211 de 1973 al decidir descalificar la oferta económica de la demandante, materia que, siguiendo la jurisprudencia del propio TDLC y la CS debería caer en la esfera de competencia del TCP, pues no se relaciona con el diseño de las bases de licitación, sino más bien con problemas acaecidos durante el proceso de adjudicación, en la forma de aplicar tales bases. Más todavía, en resolución fecha 9 de enero de 2023, el TDLC acogió la solicitud de medida precautoria y ordenó la suspensión de los efectos del Acta de Evaluación de Ofertas Económica en aquella parte en virtud de la cual se descalificó la oferta económica formulada por la demandante.

Ahora bien, ese es un límite material y no temporal. Ello implica que incluso luego del proceso de adjudicación las bases de licitación podrían ser cuestionadas, siempre que el problema esté en su diseño y no en la aplicación práctica de sus reglas¹⁰. Así, en los procedimientos contenciosos el límite temporal está dado por la regla general de la prescripción (tres años), cuyo plazo se computa desde que se fija el texto definitivo de las bases de licitación, una vez completado el proceso de aclaraciones y rectificaciones¹¹.

b. Control de facultades regladas versus discrecionales

Ahora bien, existe un límite fundamental que está bien asentado en las decisiones del TDLC –que viene desde el criterio de la CS en el *Caso JAC*¹²– y que resulta del todo lógico. Las normas de libre competencia no tienen aplicación en aquellos casos en que el asunto se encuentre específicamente regulado por una ley especial o por un reglamento que ejecuta una ley (ejercicio de una potestad reglada), pues en tales hipótesis no es procedente que se pretenda a través de un procedimiento contencioso o de consulta dejar sin efecto una norma en vigencia, obligando al OAE a desvincularse de un imperativo legal bajo coacción de sancionarlo en sede de libre competencia. En tales casos lo que corresponde es el ejercicio de la facultad de recomendación normativa con que cuenta el TDLC¹³. *A contrario sensu*, cualquier otro acto de un OAE que no sea el reflejo de un mandato legal de comportamiento concreto –potestad discrecional– debiese quedar en la esfera de conocimiento del TDLC¹⁴.

Sobre este tópico resulta interesante analizar el [Caso Cuotas de Pesca para Empresas Pequeñas y Medianas](#)¹⁵, en que el TDLC, primero, acogió las excepciones dilatorias de corrección de procedimiento opuestas por la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (Subpesca)¹⁶, pues, en cumplimiento de lo dispuesto en la ley sectorial¹⁷, el Reglamento N°103 de 2015 de Subpesca dispuso que en las subastas se debía reservar una

10 TDLC. [Sentencia N°177/2021](#), considerando décimo séptimo.

11 TDLC. [Sentencia N°157/2017](#), considerando decimooctavo.

12 En el *Caso JAC*, la Fiscalía Nacional Económica presentó un requerimiento en contra de la Junta de Aeronáutica Civil por las licitaciones de frecuencias aéreas de la Ruta Santiago-Lima, en las que se consideró como único factor de adjudicación la cantidad de dinero ofrecida por los participantes. Si bien el TDLC acogió el requerimiento, dicho fallo fue luego revocado por la CS. El máximo tribunal indicó que mientras la Junta de Aeronáutica Civil aplicara las normas vigentes (Decreto Ley N°2564 de Aviación Comercial y su reglamento), estaba obligada a adjudicar las licitaciones a quien ofertara un mayor pago al Fisco. Así, el TDLC no podía imponerle al OAE la obligación de actuar de una forma diversa a la prevista por la legislación, pues la obligaría a infringir el principio de juridicidad.

13 Artículo 18 N°4 del Decreto Ley N°211 de 1973: “*El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: (...) 4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas (...)*”.

14 Ya el Material de Promoción N°4 de “Sector público y Libre Competencia: evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la libre competencia” publicado por la Fiscalía Nacional Económica reconocía esta distinción. Disponible en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf>> [Fecha de última consulta: 17 de julio de 2023].

15 En este caso las demandantes cuestionaron las bases de Subpesca, pues a su juicio, habrían reservado en forma ilegal, arbitraria y en contra de la libre competencia, determinadas cuotas de recursos marinos a licitar en subastas de cuotas de LTP Clase B a empresas de menor tamaño.

16 TDLC. Resolución en causa rol C 366-2018, de fecha 10 de enero de 2019: “*Ha lugar a la excepción deducida, solo en cuanto la corrección del procedimiento procede en relación con lo señalado en el número 3° del petitorio de la demanda, donde solicita que este Tribunal [e]n virtud de lo dispuesto en el inciso 1° del art. 3° del DL N° 211, disponga como medida preventiva, correctiva y prohibitiva que, en las futuras licitaciones de Licencias Transables de Pesca clase B realizadas conforme al art. 27 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura no podrá reservar lotes exclusivos para Empresas de Menor Tamaño’. Lo anterior, atendido que la facultad de dicha Subsecretaría de reservar lotes exclusivos para Empresas de Menor Tamaño está contemplada en el Decreto Supremo N° 103 de 22 de julio de 2015, que por tener la naturaleza jurídica de un reglamento no puede ser dejado sin efecto por este Tribunal, el que sólo puede proponer su modificación en virtud de la facultad establecida en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211”.*

17 Artículo 27 inciso 6° de la Ley General de Pesca y Acuicultura: “*El reglamento determinará los procedimientos de la subasta y el establecimiento de los cortes de los derechos a subastar que permita un adecuado acceso a la actividad pesquera extractiva de que se trate incluyendo a las empresas pequeñas y medianas de conformidad con la definición de la ley N°20.416”.*

cantidad de lotes para adjudicarse exclusivamente entre empresas de menor tamaño (EMT), sin que pudiera cuestionarse entonces el hecho de que las bases de licitación reservaran cuotas de recursos pesqueros para agentes económicos de ese tipo. El TDLC aclaró, entonces, que la acusación de las demandantes que se sometía a análisis se limitaba a los posibles efectos contrarios a la libre competencia de los *porcentajes* de reserva de los lotes fijados por Subpesca (en un rango de un 40% a un 60%); es decir, únicamente podía pronunciarse sobre si el ejercicio del ámbito de discrecionalidad por parte de Subpesca en el diseño de la subasta generaba o no efectos anticompetitivos, pero no en aquellos ámbitos en que Subpesca simplemente ejecutaba reglamente una potestad derivada de un precepto reglamentario.

Ya en su sentencia, al hacer la revisión sobre las mínimas condiciones de rivalidad en el proceso de subasta –que, según se verá, es uno de los criterios de análisis ya asentados en esta sede–, el TDLC concluyó que las bases no habían limitado injustificadamente la competencia¹⁸. Dicha conclusión no fue compartida por todo el Tribunal¹⁹, lo que da luces de que, pese a que nuestra institucionalidad tiene una sólida postura respecto de que las potestades discrecionales son aquellas que pueden quedar sujetas a escrutinio en esta sede, ello no implica que exista uniformidad de miradas respecto a si la forma en que un OAE hace uso concreto de dicha discrecionalidad puede o no considerarse como restrictiva de la competencia.

Por su parte, también en relación con el control de facultades regladas o discrecionales, en el [Caso Terminal Intermodal PAC](#), pese a que el mayor monto de la inversión es un criterio de adjudicación contemplado en Ley N°19.865²⁰, el TDLC dispuso que dicho factor no podía ser incluido en las futuras bases²¹. Esto, pues pese a que la ley contempla la posibilidad de considerar la variable “monto de la inversión” al momento de realizar la evaluación de la oferta, no se trata de una potestad reglada, sino que queda a la discrecionalidad del OAE considerarla o no. Como en este caso ese factor generaba preocupaciones de libre competencia²², entonces está dentro de las facultades del TDLC disponer que no se contemple en las bases de licitación, sin que con ello se haya alterado el principio ya asentado por la CS en el famoso *Caso JAC*²³.

c. Medidas que puede adoptar el TDLC

18 TDLC. [Sentencia N°177/2021](#), considerando octavo.

19 La ministra señora Domper realizó una prevención, en la que destacó que la existencia de transferencias ex post era indicativa de que la asignación inicial no había sido óptima. Sin embargo, las cuotas que fueron reservadas a las EMT representaban una proporción muy baja del total de cada mercado relevante, por lo que las bases no afectaron la competencia; y, la asignación ineficiente se habría corregido en el mercado secundario. Por su parte, el ministro Paredes tuvo un voto de minoría, en el que argumentó que la demanda debió ser acogida, pues el hecho de que los porcentajes del mercado relevante afectos a una licitación sean bajos no significaría, en su parecer, que el diseño sea inocuo sobre el precio final del producto del que trata la licitación. Así, inducir la entrada de operadores sustancialmente menos eficientes a los que entrarían con una política alternativa, tendría el potencial de afectar el precio de mercado. A juicio del ministro Paredes, el porcentaje licitado con exclusividad para las EMT fue excesivo, y restringió significativamente más la competencia de lo que era necesario para promover la entrada y participación de tales actores en la industria.

20 Artículo 11 de la Ley N°19.865: “El Serviu o la Municipalidad adjudicará el contrato de participación de acuerdo con el sistema de evaluación de las ofertas que se establezca en las bases respectivas, en el cual se atenderá, entre otros, a uno o más de los siguientes factores, según corresponda en cada caso: a) Monto de la inversión que efectuará el licitante (...)”.

21 TDLC. [Resolución N°66/2021](#), condición cuarta: “[l]a Municipalidad no podrá incluir en las Nuevas Bases el mayor monto de la inversión a ejecutar como parte de la evaluación de la oferta, ni ningún otro pago a la Municipalidad”.

22 Según se verá *infra*, este criterio de evaluación puede beneficiar a los postulantes con mayor posibilidad de financiamiento en desmedro de otros participantes igualmente eficientes, incentivar la presentación de ofertas abultadas y la posterior renegociación de éstas; y, generar el riesgo de alzas en los precios a pagar por los usuarios.

23 El *Caso Terminal Intermodal PAC* no altera el criterio jurisprudencial ya asentado en el *Caso JAC*, pues si bien es la Ley N°19.865 la que permite contemplar como criterio de evaluación el mayor monto de la inversión, no obliga al OAE a incluirlo en las bases como sí ocurría en el *Caso JAC*. Así, las autoridades de libre competencia pueden exigir al OAE que ese limitado ámbito de discrecionalidad lo decida del modo que mejor se conforme a las normas de libre competencia.

En cuanto a las medidas que puede dictar el Tribunal o la CS, cabe señalar que, con independencia de si la licitación ha sido o no adjudicada, en los casos contenciosos se puede aplicar cualquiera de las medidas establecidas en el artículo 26 del Decreto Ley N°211 de 1973 (DL 211) o de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas contempladas en el artículo 3° inciso primero del mismo cuerpo legal²⁴. En los casos de consultas, el Tribunal puede fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en el diseño de las bases de licitación, de conformidad al artículo 18 N°2 del DL 211; y, lo mismo, respecto de la potestad de dictación de informes, como lo muestran aquellas que se refieren a la facultad de pronunciarse preventivamente en materia de licitaciones de puertos bajo esquema monooperador²⁵.

Por la amplitud de sus potestades, la intervención del TDLC suele ser exhaustiva, tanto en su análisis como en sus efectos. El TDLC puede imponer medidas para futuros procesos licitatorios, modificar o poner término a un proceso en curso e incluso dejar sin efecto procesos ya adjudicados. Adicionalmente, en procesos contenciosos, puede aplicar multas al OAE, sea por el diseño de bases anticompetitivas²⁶ o por incumplir resoluciones previas en esta sede²⁷.

Adicionalmente, el TDLC puede decretar medidas precautorias e incluso prejudiciales precautorias, típicamente de suspensión del procedimiento licitatorio. Sobre ello, cabe destacar que el Tribunal ha tendido a analizar de manera estricta los criterios necesarios para decretar medidas cautelares²⁸ y sólo ha accedido a ellas de manera excepcional²⁹, sin que exista una mayor argumentación respecto de por qué en ciertos casos estima que sí es procedente y en otros no³⁰. Si bien esta no es una particularidad de este tipo de casos, sino que la misma tónica suele darse en el resto de los pronunciamientos del TDLC sobre medidas cautelares,

24 TDLC. [Sentencia N°177/2021](#), considerando duodécimo.

25 De conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Ley N°19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal. Por tratarse de la emisión de informes que son encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someten al mismo procedimiento de las consultas (artículo 31 del DL 211).

26 Existen pocos casos en los que el TDLC ha aplicado una multa a un OAE por problemas en el diseño de bases de licitación y tampoco lo ha hecho el último tiempo, pero puede revisarse la [Sentencia N°77/2008](#) en que se condenó a la I. Municipalidad de Curicó, pues las bases de licitación para la prestación de los servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos contenían cláusulas que restringían la libre competencia. Dicha multa fue [ratificada por la CS](#). Por su parte, en la [Sentencia N°132/2013](#) se condenó al Servicio de Registro Civil e Identificación al pago de una multa en el contexto de la licitación pública internacional para la provisión de los servicios destinados al sistema de identificación, documentos de identidad y viajes y servicios relacionados. Sin embargo, la [CS revocó dicho fallo](#).

27 Sin ir más lejos, recientemente el TDLC condenó a la Central Nacional de Abastecimiento al pago de una multa de 100 Unidades Tributarias Anuales por incumplir lo resuelto por la CS en causa rol N°11.779-2017, en el sentido de ajustar las bases tipo para la adquisición de fármacos, dispositivos médicos e insumos o alimentos por parte de instituciones públicas de salud. Al adoptar la decisión, el TDLC consideró que estando la Central Nacional de Abastecimiento en posición de dar cumplimiento a la resolución no lo hizo en forma íntegra ni oportuna; pero al mismo tiempo, procuró que la entidad de la multa no irrogara un perjuicio para los usuarios del sistema público de salud. A la fecha de redacción de este artículo, la CS está conociendo los recursos de reclamación que tanto la Central Nacional de Abastecimiento como la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos presentaron contra de lo resuelto por el TDLC.

28 Durante el último tiempo, el TDLC no ha dado lugar a diversas solicitudes de medidas cautelares en contra de procesos licitatorios en curso, pues ha estimado que no se acompañan antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, ni que la medida solicitada sea necesaria para impedir eventuales efectos negativos a la competencia ni para resguardar el bien común, en los términos del artículo 25 del DL 211. Véanse, por ejemplo, TDLC, causas roles C N°335-2017; N°344-2018; N°352-2018; N°408-2020; N°412-2020; N°432-2021; y, 431-2021. Más todavía, en aquellos casos en los que se presenta una consulta con solicitud de suspender el proceso licitatorio, pues además de los argumentos anteriores, el Tribunal alude a lo dispuesto en el acuerdo tercero del Auto Acordado N°5/2004 y señala que quien formula la consulta no es quien se propone ejecutar o celebrar el hecho, acto o contrato objeto de ésta. Véase, por ejemplo, TDLC, causas roles NC N°450-2018; N°458-2019; N°481-2020; N°486-2021; N°488-2021; N°505-2021; y, N°515-2022.

29 Por ejemplo, véanse, TDLC, causas roles C N°332-2017; N°342-2018; y, N°476-2022 (aunque luego el TDLC dejó sin efecto la suspensión decretada en este último caso); y causa NC N°462-20.

30 Sólo en ciertas resoluciones se observa la alusión a que no se han acompañado antecedentes que den cuenta de los efectos de la licitación en las ventas totales del o los mercados relevantes eventualmente afectados. Véanse, TDLC, causas roles NC N°486-2021, resolución de 4 de febrero de 2021 (voto de minoría de ministra señora Domper); y, NC N°488-2021, resolución de 9 de febrero de 2021 (voto de minoría de los ministros Domper y Barahona).

sería deseable que el Tribunal fijara lineamientos más claros a este respecto, que, más allá de mantener la excepcionalidad en el otorgamiento de este tipo de medidas, haga más explícitos qué antecedentes pueden constituir o no al menos una presunción grave del derecho que se reclama.

Por último, siguiendo las reglas generales, también en estos casos es el TDLC –o la CS– quien puede fijar y modificar las medidas impuestas a un OAE³¹, pero es la Fiscalía Nacional Económica (FNE) la encargada de fiscalizar su cumplimiento³².

d. Importancia de ponderar distintos bienes jurídicos en juego

Otro tema de relevancia estriba en que durante la revisión de bases de licitación pública en sede de libre competencia se deben ponderar adecuadamente diversos bienes jurídicos en juego, considerando que los OAE poseen normalmente mandatos sectoriales expresos; y, el TDLC al hacer sus análisis ha sido particularmente cuidadoso en no perder de vista los objetivos de política pública que persigue el OAE con el llamado a licitación pública respectivo³³.

Por ejemplo, el Tribunal ha señalado que no son anticompetitivas las bases de licitación que restringen la participación de oferentes, o que realizan ciertas divisiones geográficas si ello es necesario para las necesidades públicas que se quieren cubrir³⁴; que no es cuestionable que el OAE decida excluir un determinado insumo de una licitación si tiene razones fundadas, incluso si ello implica un aumento del gasto fiscal³⁵; que en licitaciones de bienes diferenciados se puedan considerar como factores de adjudicación los intereses del licitante³⁶; y, que la valoración de la capacidad económica y experiencia de los oferentes se sustenta en el interés público involucrado³⁷. En la misma línea, también ha indicado que no corresponde que los elementos estructurales de un mercado sean modificados mediante un proceso de licitación, sino que ello puede lograrse mediante una recomendación normativa u otros instrumentos regulatorios³⁸⁻³⁹.

31 Véanse, por ejemplo, TDLC, [Resolución N°63/2021](#), condición quinta; y, [Resolución N°66/2021](#), condición octava.

32 Así, siguiendo lo dispuesto en el artículo 39 letra d) del DL 211, el TDLC en ciertos fallos impone obligaciones a los OAE, cuyo cumplimiento éstos deben acreditar ante la Fiscalía Nacional Económica. Por ejemplo, véase TDLC, [Resolución N°66/2021](#), condición séptima.

33 Véanse, por ejemplo, TDLC. [Sentencia N°177/2021](#), considerando sexto; y, [Resolución N°71/2022](#), ¶47.

34 TDLC. [Resolución N°61/2020](#), ¶37.

35 Así, por ejemplo, en la [Resolución N°75/2022](#), referida a una consulta sobre la exclusión de la leche en polvo y postres elaborados a partir de ésta de los procesos de licitación pública de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, el TDLC indicó que “[e]sta decisión de política pública, consistente en el reemplazo de un insumo por otro que se percibe como de mejor calidad, previa evaluación efectuada de acuerdo a sus competencias, y sobre la base de un objetivo que ha transparentado, como es el incrementar la aceptabilidad de la leche en los niños, niñas y adolescente beneficiarios de los programas PAE y PAP, no es cuestionable en sede de competencia. El hecho que esa sustitución pueda representar un mayor gasto fiscal no es tampoco un problema propio del derecho de la competencia” (¶27).

36 TDLC. [Resolución N°71/2022](#), ¶52.

37 CS. Sentencia pronunciada en causa rol N°8850-2019, de 27 de enero de 2020, considerando noveno.

38 Esto, a propósito de los diferentes costos de aprovisionamiento de las cadenas de farmacias y las farmacias independientes. Véase, TDLC. [Resolución N°61/2020](#), ¶42.

39 En el mismo sentido, el TDLC ha señalado que “[...] no corresponde, en el marco de este procedimiento, efectuar consideraciones respecto de los distintos regímenes regulatorios que afectan a la pesca artesanal y la pesca industrial, o a los efectos y consecuencias que se siguen de la existencia de cargas regulatorias asimétricas entre los distintos agentes que operan en el mercado” ni tampoco “cuestionar la interpretación que la autoridad administrativa competente haga de la normativa que afecta a esta actividad económica en cuanto no suponga una afectación de la libre competencia” (TDLC. [Resolución N°60/2019](#), ¶¶26 y 27).

Ahora bien, obviamente que lo anterior implica precisamente una ponderación de los bienes jurídicos, de modo tal que por muy legítimo que sea el objetivo de política pública perseguido con cierto diseño licitatorio, si éste se puede alcanzar por medios menos restrictivos para la competencia, entonces estos medios debieran preferirse por el OAE⁴⁰.

e. Calidad en la que actúa el OAE

Como última reflexión general, se puede afirmar que la metodología de análisis seguida por el TDLC parte por distinguir la calidad en la que actúa el OAE al aprobar las bases de licitación puestas en su conocimiento: si lo hace en tanto autoridad que asigna un monopolio o un recurso escaso; o, en tanto comprador que desea adquirir un determinado bien o servicio.

Lo anterior tiene directa incidencia en la definición del mercado relevante⁴¹, pues en el primer caso, el mercado relevante del producto quedará definido por la licitación misma –y, por lo tanto, el actuar del OAE tendrá directo impacto en los oferentes o potenciales oferentes–; en cambio, en el segundo caso, el mercado relevante del producto estará determinado por el producto o servicio licitado, además de sus posibles sustitutos –y, con ello, existiría la posibilidad de que el OAE no tenga un poder de compra, lo que descartaría los problemas de libre competencia–⁴²⁻⁴³.

En ese sentido, se ha indicado consistentemente que para infringir el DL 211 se deben cumplir los siguientes requisitos: **(i)** el OAE licitante debe contar con poder de compra en el mercado relevante definido; **(ii)** el OAE debe haber actuado de modo arbitrario o discriminatorio⁴⁴; y, **(iii)** las exigencias contenidas en las bases deben carecer de una justificación objetiva y razonable⁴⁵.

Sobre la base de lo recién expuesto, en el último tiempo el TDLC ha tendido a descartar rápidamente los casos en los que el OAE no tiene poder de compra que le permita incurrir en algún tipo de abuso⁴⁶, pues la afectación de la libre concurrencia, por la inclusión de elementos arbitrarios o discriminatorios en las bases de licitación, no afecta necesariamente a la libre competencia⁴⁷.

40 TDLC. Resolución N°174/2022, ¶92, letra c).

41 TDLC. [Sentencia N°169/2019](#), considerando tercero.

42 De hecho, el TDLC ha indicado que “en casos como el presente, en los que la conducta anticompetitiva imputada deriva de un acto de autoridad y no de una posición de dominio de la cual supuestamente se ha abusado, no se requiere definir de manera precisa y concreta al mercado relevante a través de las metodologías tradicionales que se utilizan para hacer inferencias acerca del poder de mercado de un cierto agente económico, por medio de la identificación, en términos de producto y área geográfica, del ámbito de actividad de las fuerzas competitivas centrales al caso concreto (véase, por ejemplo, Massimo Motta, *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, p.101; Louis Kaplow, “Why (Ever) Define Markets?”, *Harvard Law Review*, vol. 124 (2), 2010, pp. 437 y siguientes; y, Gregory J. Werden, “The Relevant Market: Possible and Productive”, *Antitrust Law Journal online*, abril 2014)”.

43 Esto, pues el poder de compra otorga la capacidad de afectar no sólo a unos oferentes en particular, sino que la oferta en general. Véase, TDLC. [Resolución N°50/2017](#), ¶59.

44 TDLC. [Resolución N°50/2017](#), ¶61: “[E]s decir, incurriendo en prácticas exclusorias de oferentes basadas en razones ajenas a la eficiencia, innovación o mejora en la calidad de los productos. Por consiguiente, el interesado deberá alegar y probar ambos elementos”.

45 Véanse, TDLC. [Resolución N°74/2022](#); [Resolución N°73/2022](#); [Resolución N°50/2017](#); [Resolución N°71/2022](#); [Resolución N°72/2022](#); y, [Resolución N°75/2022](#).

46 Véase, TDLC. [Sentencia N°168/2019](#); [Sentencia N°169/2019](#); [Resolución N°72/2022](#); [Resolución N°73/2022](#); y, [Resolución N°75/2022](#).

47 TDLC. [Resolución N°50/2017](#), ¶60.

III. CRITERIOS CONCRETOS PARA EL DISEÑO DE BASES DE LICITACIÓN DE OAE EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TDLC

El TDLC ha mantenido un claro estándar al momento de analizar bases de licitación pública, en el sentido que éstas deben asegurar la mantención de *mínimas condiciones de rivalidad*, lo que no ocurriría en aquellos casos en que éstas: **(i)** manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; **(ii)** establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, **(iii)** limiten injustificadamente la competencia mediante las condiciones en ella contenidas⁴⁸. Bajo esas consideraciones, el TDLC ha examinado las cláusulas específicas de las bases de licitación de OAE.

En su análisis del caso concreto, el TDLC procurará, entonces, que el diseño de las bases no establezca condiciones arbitrarias que distorsionen la rivalidad del proceso licitatorio, sea por la vía de generar barreras de entrada artificiales a los potenciales oferentes, de imponer restricciones discriminatorias que los disuada de participar o efectuar ofertas más agresivas, de propiciar contactos o intercambios de información entre oferentes, o de abusar de una posición dominante (o, en el extremo, monopólica) en la etapa de explotación del bien o servicio licitado.

Según se verá, en lo sustantivo, el TDLC ha ido consolidando la definición de criterios que permiten identificar cuáles condiciones de diseño de licitaciones públicas son aceptables y cuáles no para preservar las *condiciones mínimas de rivalidad*, tanto en la competencia por la cancha como en la competencia *en la cancha*.

Asimismo, la gran mayoría de los casos recientes se conocieron en procedimientos no contenciosos (consultas o informes), donde la intervención del TDLC ha sido más intensa (si se quiere, menos deferente al OAE), ordenando modificaciones relevantes al diseño original de las bases de licitación sometidas a su revisión, especialmente en aquellas licitaciones que asignan de manera exclusiva un bien o servicio, o en los casos de asignación de instalaciones esenciales.

a. Diseño óptimo: separación de la evaluación técnica y la evaluación económica

Los OAE incorporan habitualmente en la evaluación exigencias relacionadas con la experiencia previa y la capacidad patrimonial del adjudicatario, con miras a asegurar posteriormente una ejecución eficiente del contrato. El problema que observa habitualmente el TDLC es que, en ocasiones, tales exigencias de patrimonio y experiencia son incluidas como variables de la adjudicación, lo que *“limita la entrada y la participación de empresas que también podrían ser eficientes, pero que aún no cuentan con dicha experiencia ni patrimonio, lo que puede producir efectos adversos, pues los menores niveles de competencia ex ante redundan, generalmente, en mayores costos”*⁴⁹.

Pues bien, conforme con la jurisprudencia del TDLC, un diseño óptimo licitatorio que permite conciliar el objetivo de mayor competencia en la licitación y la eficiencia en la ejecución supone la separación en dos fases: primero, la revisión de la oferta técnica, estructurada como una suerte de admisibilidad o precalificación; y, enseguida, la revisión de la oferta económica. En aquellas bases en que el TDLC advierte que la variable precio se evalúa en conjunto con la experiencia y capacidad económica del oferente, ha ordenado su modificación mediante esta estructura de dos fases⁵⁰.

48 Véanse, por ejemplo, TDLC. [Sentencia 138/2014](#), considerando décimo séptimo; [Resolución N°52/2018](#), ¶29; [Resolución 61/2020](#), ¶9; y, [Resolución N°66/2021](#), ¶3.

49 TDLC. [Resolución N°71/2022](#), ¶73.

50 Recientemente en: TDLC. [Resolución N°71/2022](#), ¶74; [Resolución N°74/2022](#), ¶¶90-92.

Si bien existen asimetrías informacionales, manifestadas en riesgos de *selección adversa*, que los OAE pueden legítimamente precaver e intentar resolver (por la vía de exigir, justamente, experiencia previa), la adjudicación propiamente tal, a su vez, no puede depender de atributos que los proponentes no puedan cambiar en el corto plazo, pues termina aumentando innecesariamente los *costos de transacción* para nuevos entrantes, eventualmente excluyéndolos⁵¹. De esta forma, la evaluación de la oferta técnica puede considerar la capacidad patrimonial y la experiencia previa, pero no como variables de la adjudicación, sino como “*condiciones mínimas que permitan evaluar la idoneidad de los oferentes y quienes cumplan con ellas puedan continuar participando en el concurso*”⁵². Esto apunta a **(i)** reducir los ámbitos de discrecionalidad del proceso de selección, o si se quiere, a hacer más simple y transparente el criterio de adjudicación de modo de facilitar su chequeo; y, **(ii)** más importante, a no favorecer a los incumbentes.

b. La menor tarifa o precio al usuario es el criterio óptimo de adjudicación

Conforme se esbozó *supra*, es ya un criterio establecido que, desde la perspectiva de la competencia, la menor estructura tarifaria debiera ser la principal, si no la única, variable de adjudicación en la evaluación económica⁵³. Siguiendo los trabajos seminales de Harold Demsetz y otros, el TDLC ha señalado que la asignación a quien ofrezca las menores tarifas al usuario genera un nivel de competencia *ex ante* que produce resultados asimilables o que emulan a los de un mercado competitivo *ex post*⁵⁴. Esto permite que más interesados participen en el proceso licitatorio sin excluir a oferentes igualmente eficientes que pueden tener menores posibilidades de financiamiento, y a la vez, remueve el incentivo perverso de abultar el monto a invertir para luego no ejecutarlo, evitando renegociaciones posteriores que tienden a distorsionar el sentido del proceso licitatorio original⁵⁵: la intuición es que (i) de haberse conocido la posibilidad de renegociar, el contrafactual habría sido otro; y, (ii) el OAE está sujeto a riesgos de *hold up* que afectarían la eficiencia del proceso original. Lo anterior ha sido determinante en aquellas licitaciones que otorgan un monopolio o asignan derechos exclusivos en la explotación de un bien o servicio, donde el precio al usuario “*es la variable que más influye en las condiciones competitivas en el mercado aguas abajo*”⁵⁶.

Bajo este mismo razonamiento es que el TDLC ha puesto especial atención en que la asignación no sea al mayor monto comprometido de inversiones ni al mayor pago a la entidad licitante: se ha señalado consistentemente que pagos iniciales o *up front*, así como las rentas o pagos periódicos al OAE licitante deben ser razonables y justificados, conocidos previamente por los oferentes y, sobre todo, que no debieran ser criterios de evaluación y adjudicación de las ofertas económicas. Esto, pues existe el riesgo de que un mayor pago fiscal redunde en ofertas económicas poco competitivas, disminuya la cantidad de oferentes –al crear una barrera de entrada financiera artificial–, incentive a los proponentes a aumentar los valores de las ofertas económicas para cubrir los pagos ofrecidos, y, que los mayores montos asumidos por el adjudicatorio sean traspasados a los usuarios *aguas abajo* mediante tarifas más altas⁵⁷ (aunque, debe decirse, la evidencia indica que esto último dependerá a su vez de si el mercado

51 TDLC. [Resolución N°71/2022](#), ¶52.

52 TDLC. [Resolución N°71/2022](#), ¶73.

53 A modo ejemplar, véanse: TDLC. Informe N°6/2009, p. 90; [Sentencia N°121/2012](#), considerando trigésimo primero; Informe N°10/2014, pp.43-44; Informe N°11/2014, p.43; [Resolución N°52/2018](#), ¶44; Informe N°18/2020, ¶79; [Resolución N°63/2021](#), ¶53; [Resolución N°66/2021](#), ¶99; [Resolución N°71/2022](#), ¶74; y, [Resolución N°74/2022](#), ¶92.

54 TDLC. [Sentencia N°121/2012](#), considerando trigésimo primero; y, [Resolución N°52/2018](#), ¶40.

55 TDLC. [Resolución 66/2021](#); ¶115.

56 TDLC. [Resolución N°63/2021](#); ¶55.

57 TDLC. [Resolución N°52/2018](#), ¶¶41-44; [Resolución N°63/2021](#), ¶¶42-44; [Resolución N°66/2021](#), ¶¶102-103.

es competitivo o no). El TDLC ha podido reafirmar esta jurisprudencia en sus informes de licitaciones portuarias y en sus recientes decisiones sobre terminales de transporte⁵⁸⁻⁵⁹.

Bajo el mismo razonamiento, se ha resuelto que la exigencia a los oferentes de reembolsar otros pagos al licitante, como aquellos incurridos para la elaboración de estudios preliminares y la preparación del proceso de licitación, deben estar previamente determinados, justificados y respaldados en los gastos efectivamente incurridos, según valores de mercado. Con ello, se busca evitar que asimetrías informacionales disuadan la entrada de potenciales interesados⁶⁰.

c. Boletas de garantía

Es recurrente que los OAE licitantes exijan boletas de garantía de seriedad de la oferta y cumplimiento del contrato a los oferentes, para así asegurar la prestación del servicio o la entrega de los bienes una vez que éstos son adjudicados. Sin embargo, desde el punto de vista de la libre competencia, los montos exigidos por concepto de boletas de garantía no pueden ser excesivos como para disuadir a potenciales interesados, sino que deben ser proporcionales a la envergadura o complejidad del servicio a licitar⁶¹, de manera que basten para cubrir el eventual daño o perjuicio que irrogaría un eventual incumplimiento⁶²⁻⁶³.

d. Requisito de experiencia previa y otros antecedentes

Otro factor relevante y habitual en el diseño de las ofertas técnicas es la exigencia de experiencia previa del oferente. Sin embargo, al igual que las hipótesis anteriores, estos requerimientos no deben ser desmedidos pues, de serlo, podrían constituir un desincentivo a la entrada de nuevos interesados en la licitación.

De acuerdo con el TDLC, y según se explicó *supra*, la experiencia previa del ofertante debiera ser a lo sumo una condición o requisito mínimo para la admisibilidad de las ofertas en la evaluación técnica, pero no considerarse como parte del puntaje a evaluar en la oferta económica⁶⁴. De lo contrario, se podrían

58 En particular sobre las rentas o pagos periódicos al licitante, en informes de licitaciones portuarias el TDLC ha resuelto que el canon anual debe estar razonablemente asociado a los costos en los que incurrirá la empresa portuaria. Así, los pagos a la entidad licitante deben basarse exclusivamente en el valor económico de los activos que se entregan en concesión, específicamente, en su costo de reposición, a menos que exista una limitación física que haga que una licitación competitiva en base a tarifas lleve a una congestión del puerto no prevista (TDLC, Informe N°18/2020, ¶109; Informe N°22/2022, ¶112; e, Informe N°23/2022, ¶154). En análogo sentido, en el *Caso Terminal Viña del Mar* el TDLC dispuso que, si se pretende cobrar una renta fija por la infraestructura a licitar, debe hacerse considerando el valor económico de los activos, determinado mediante tasaciones objetivas e independientes (TDLC, [Resolución N°63/2021](#), ¶¶46-48).

59 Tratándose de *insumos* esenciales, la asignación de frecuencias aéreas remite a lo resuelto por la CS en el *Caso JAC*: si bien el Tribunal buscó preservar el principio de asignación al menor precio (TDLC, [Sentencia N°81/2009](#)), la CS estimó que la Junta de Aeronáutica Civil estaba autorizada legalmente para asignar la frecuencia aérea en base a mayor pago al Estado y el TDLC vería, por este motivo, limitada su potestad de intervención para cuestionar este criterio de adjudicación (CS, [Sentencia](#) dictada en causa rol N°1855-2009).

60 TDLC. [Resolución N°66/2021](#), ¶188. En similar sentido, Informe N°18/2020, ¶112.

61 TDLC. [Resolución N°66/2021](#), ¶123.

62 TDLC. Informe N°18/2020, ¶140; Informe N°22/2022, ¶149; Informe N°23/2022, ¶186.

63 En este contexto, para evaluar si el importe de una boleta de garantía es o no excesivo, el TDLC ha considerado otros procesos licitatorios anteriores de la misma entidad licitante u servicios o en mercados similares. Véase: TDLC. [Sentencia N°138/2014](#), considerando cuadragésimo.

64 TDLC. [Resolución N°63/2021](#), ¶160: "*Adicionalmente, preciso es subrayar que la OCDE ha entregado lineamientos en materia de experiencia de los oferentes, que se consideran atingentes a la presente consulta; en específico, que se debiera exigir un mínimo de años de experiencia para participar en la licitación pertinente y que la cantidad de años no debiera ser evaluada con un puntaje para adjudicarse una concesión (V.gr. OCDE, Hearing on the use of tenders and auctions, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, p. 5). En este sentido, el Municipio únicamente podrá definir en las Nuevas Bases un número de años de experiencia mínima, el cual no podrá superar los tres años, y que deberán acreditar todos quienes estén interesados en la licitación*".

generar ventajas injustificadas en favor de los incumbentes, en circunstancias que los potenciales entrantes pueden ser agentes igualmente idóneos, sea porque ofrecen el mismo servicio, operan en industrias similares o participan en mercados conexos. Por ello, si el activo, infraestructura o servicio licitado no requiere para su explotación un *know how* sofisticado o específico, el Tribunal ha estimado que debieran morigerarse las exigencias de experiencia previa⁶⁵.

El TDLC también ha reparado en otros antecedentes requeridos durante la evaluación técnica, como el comportamiento económico-comercial y laboral previo del oferente. En la misma línea de lo indicado *supra*, el Tribunal ha sostenido que tales antecedentes pueden ser incorporados como un requisito mínimo de admisibilidad, determinado objetivamente, mas no ponderarse en la evaluación la oferta económica⁶⁶. Adicionalmente, ha planteado que el objetivo perseguido por el OAE con estas exigencias –i.e., asegurar el cumplimiento posterior del contrato asignado– puede lograrse eficientemente mediante otros mecanismos igualmente idóneos, como la boleta de garantía⁶⁷.

e. Plazos de presentación de las ofertas

Por otra parte, el TDLC ha cuestionado la existencia de plazos muy reducidos para presentar las ofertas; y, ha entendido que, para determinar un plazo razonable, se debieran considerar los montos involucrados, las exigencias técnicas y económicas y la complejidad del servicio a licitar.

El Tribunal estima que debiera existir siempre un plazo mínimo lo suficientemente holgado entre el llamado a licitación y la recepción de las ofertas (incluido el período de preguntas, respuestas y aclaraciones, con posibilidad de prórrogas)⁶⁸, para que los potenciales interesados puedan preparar adecuadamente sus ofertas y, posibilitando así la presentación de un mayor número de propuestas. Por el contrario, un plazo muy breve podría disuadir la entrada y otorgar ventajas injustificadas a los incumbentes, quienes ya tienen información de la industria o del servicio en particular.

La importancia de este elemento es tal que, en situaciones en que el diseño de las bases no ha regulado este punto, se ha ordenado al OAE en cuestión la explicitación de un plazo mínimo⁶⁹, e incluso el propio Tribunal ha terminado siendo quien fija los plazos mínimos para presentar las ofertas⁷⁰.

f. Disminución de espacios de discrecionalidad del OAE licitante y eventuales renegociaciones

65 Criterio esbozado en su [Sentencia N°77/2008](#), considerando quincuagésimo quinto, y reiterado en su [Resolución N°63/2021](#), ¶59 y en su [Resolución N°66/2021](#), ¶89.

66 TDLC. [Resolución N°63/2021](#), ¶78: "A juicio de este Tribunal, el comportamiento laboral no debe ser evaluado con una nota específica, sino que deben exigirse estándares mínimos de cumplimiento de la normativa laboral, a modo de condición de admisibilidad de las ofertas (V.gr., prohibir la participación de entidades que registren multas por un determinado monto, o que hayan sido vencidas, por sentencia firme y ejecutoriada, en juicios laborales en los últimos dos años, u otras causales que la Municipalidad considere relevantes y que deben ser especificadas taxativamente en las Nuevas Bases de licitación)".

67 TDLC. [Resolución N°63/2021](#), ¶78; y, [Resolución N°74/2022](#), ¶92.

68 TDLC. [Resolución N°66/2021](#), ¶83; y, [Resolución N°74/2022](#), ¶71.

69 TDLC. Informe N°23/2022, ¶172.

70 En el *Caso Terminal Intermodal PAC* el TDLC sostuvo que, aun cuando la normativa especial contemplase un plazo supletorio de 30 días para presentar la oferta, éste no era más que un mínimo. Así, como se trataba de una licitación que implicaba altas inversiones, la construcción de obras de costos relevantes y un nivel de complejidad significativo, se requería un período mayor a 30 días para que los oferentes se prepararan. En definitiva, el TDLC fijó un plazo mínimo de seis meses. Véase, TDLC. [Resolución 66/2021](#), ¶¶83-84.

Otra materia que el Tribunal ha objetado son las facultades excesivamente discrecionales del ente licitante para efectos de la adjudicación. Tales facultades trasladan un mayor riesgo al adjudicatario y dejan espacio a comportamientos arbitrarios del OAE, todo lo cual puede reducir el número de potenciales oferentes (menores incentivos a participar en la licitación) o llevar a ofertas menos competitivas⁷¹. Por ejemplo, en bases de licitación con motivos excesivamente abiertos para adjudicar procesos (v.gr., a la propuesta *que resulte más conveniente a los intereses del OAE*) o para desechar ofertas o declarar desierto un proceso, el TDLC ha ordenado corregir el diseño licitatorio a fin de que se determinen causales y mecanismos objetivos explicitados previamente en las bases y de manera taxativa⁷².

En línea con lo adelantado *supra*, el Tribunal ha indicado que una vez que la licitación ha sido adjudicada, se deben evitar renegociaciones de los contratos públicos. Entre otras razones, ello se debe a que las renegociaciones pueden dar lugar a conductas oportunistas que distorsionan el equilibrio de mercado alcanzado a propósito de la presentación de las ofertas, afectando con ello los efectos esperados de la competencia *por la cancha*⁷³. Precisamente para evitar renegociaciones, se ha indicado, por ejemplo, que el plazo del contrato debe coincidir con aquel de reposición de la infraestructura: si la vida útil de los activos es menor que la duración del contrato, necesariamente habrá una renegociación por las nuevas inversiones entre el adjudicatario y el ente licitante, sin que medie una licitación por estas nuevas obras. Ante esta incertidumbre, es probable que los proponentes se vean incentivados a inflar artificialmente sus ofertas con tarifas más elevadas a fin de internalizar este mayor costo que tendrían que incurrir en el futuro⁷⁴.

Para anticiparse a los riesgos de renegociación, en aquellas licitaciones de instalaciones esenciales o que asignan la operación de un activo o la prestación de un servicio de manera exclusiva, el TDLC consistentemente ha sujetado las modificaciones ex post de aspectos sustantivos de las bases de licitación (como la estructura y monto de las rentas a percibir por el OAE licitante, las tarifas a cobrar, la extensión del plazo de concesión, y otras materias directamente relacionadas con variables de adjudicación) a un mecanismo de revisión o adecuación del contrato que supone la consulta y aprobación previas del mismo Tribunal⁷⁵.

g. Prevención de conductas colusorias en el proceso licitatorio

El TDLC también ha reiterado la necesidad de limitar las instancias de contacto entre potenciales oferentes durante el proceso de presentación de ofertas, pues este tipo de interacciones puede facilitar la coordinación entre ellos. En ese contexto, destaca el [Caso Terminal Intermodal PAC](#) en que el TDLC estimó necesario prohibir la realización de reuniones y visitas a terreno obligatorias y simultáneas con todos los interesados⁷⁶.

h. Resguardos adicionales y más intensos para el caso de asignación de instalaciones esenciales y licitaciones portuarias

71 TDLC. [Resolución 52/2018](#); ¶155.

72 TDLC. [Resolución N°63/2021](#), ¶¶69-70; [Resolución N°66/2021](#), ¶¶119-121; Informe N°22/2022, ¶104; e, Informe N°23/2022; ¶108.

73 Engel, Eduardo, Galetovic, Alexander, Fischer, Ronald y Hermosilla, Manuel. "Renegociación de Concesiones en Chile". Revista Estudios Públicos N°113, 2009, pp.153-154; En el mismo sentido: Bitrán, Eduardo, Nieto-Parra, Sebastián y Robledo, Juan Sebastián. "Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Perú". OECD Development Centre Working Papers, N°317, 2013, p.8.

74 TDLC. [Resolución N°52/2018](#), ¶¶52-53.

75 TDLC. Informe N°18/2020, ¶186; [Resolución N°63/2021](#), ¶97; [Resolución N°66/2021](#), ¶156; Informe N°22/2022, ¶201; e, Informe N°23/2022, ¶241.

76 TDLC. [Resolución N°66/2021](#), ¶95. La FNE, además, advirtió que estas instancias de contacto permitirían conocer *ex ante* quiénes son los potenciales oferentes y reduciría la intensidad competitiva del proceso licitatorio, ya que los oferentes podrían utilizar dicha información para adecuar sus ofertas.

De manera consistente (y siguiendo estándares que de alguna forma ya habían sido esbozados hace décadas por la antigua Comisión Preventiva Central⁷⁷), en sus informes de licitaciones portuarias bajo esquema monooperador, así como en los casos recientes de licitaciones para la explotación de infraestructura calificada como *esencial* (o relevante)⁷⁸⁻⁷⁹, se observa la especial preocupación del TDLC en la revisión de las condiciones bajo las cuales se deberá explotar la infraestructura licitada. Esto ha llevado a una intervención más profunda no sólo de las condiciones de la licitación, sino también durante la ejecución del contrato, mediante la determinación de resguardos adicionales –más intensos– que buscan evitar riesgos de coordinación, así como riesgos verticales derivados de la eventual integración entre el operador de la infraestructura y algún usuario (atendido a que el control exclusivo de los activos asignados –cuando existe esta integración vertical– pueda afectar la competencia *aguas abajo*)⁸⁰.

El TDLC ha ido asentando en su jurisprudencia un conjunto de medidas que apuntan especialmente a resguardar la competencia *ex post* cuando ella es posible en una determinada industria (por ejemplo, en un mercado conexo al de la infraestructura licitada). En cuanto a resguardos conductuales, ha ordenado ajustes a las bases de licitación con miras a regular la relación entre el OAE licitante y el adjudicatario durante la vigencia del contrato (v.gr., la fijación de causales objetivas y taxativas de término del contrato, y mecanismos de revisión o adecuación, según se vio supra). A su turno, el TDLC ha ordenado modificaciones a futuras regulaciones que gobernarán la operación de los activos o la prestación de los servicios asignados (v.gr., reglamentos internos o manuales de operaciones). Asimismo, en aquellos casos en que la libertad tarifaria en la operación de una instalación esencial puede llevar a conductas de discriminación *aguas abajo*, ha ordenado fijar tarifas máximas para los servicios básicos asociados a dicha operación⁸¹.

Habitualmente, para prevenir riesgos derivados de la integración entre el operador y un usuario, se han impuesto resguardos destinados a dar acceso abierto en condiciones objetivas y no discriminatorias (ordenando regular niveles de calidad de servicio, asignaciones de uso de espacio, preferencias, tiempos de espera, entre otros), obligaciones de registro y publicidad de tarifas, la prohibición de ventas atadas, descuentos por fidelidad que involucren exclusividad de los servicios de tarifa regulada, entre otros.

Por último, dependiendo de las características de los mercados relevantes y conexos en que incidirá la licitación en particular, el TDLC incluso ha estimado necesario imponer resguardos estructurales que restrinjan, total o parcialmente, la integración horizontal o la integración vertical⁸².

77 Véanse a modo de ejemplo, Dictamen N°1045, de 21 de agosto de 1998, y el Dictamen N°1268, de 22 de agosto de 2003.

78 Véanse, en los últimos años, TDLC. [Resolución N°52/2018](#); Informe N°18/2020; [Resolución N°63/2021](#); [Resolución N°66/2021](#); Informe N°22/2022; e, Informe N°23/2022.

79 En el mismo sentido, es relevante la jurisprudencia relativa a la asignación de espectro radioeléctrico, que fue calificado tempranamente por el TDLC como un *insumo esencial*. La intervención del Tribunal y de la CS (no exenta de diferencias de criterios entre sí) se ha centrado en prevenir riesgos de acaparamiento, por la vía de imponer límites máximos de tenencia de espectro; promover la entrada de nuevos actores y la rivalidad *ex post* entre operadores móviles (por ejemplo, enfatizando la necesidad de contar con un *portafolio* de bandas de espectro); medidas destinadas a asegurar que se dé un uso efectivo y eficiente, entre otras. Véanse: TDLC, [Resoluciones N°27/2008](#), [N°59/2019](#), [N°62/2020](#) y CS, sentencias dictadas en causas rol N°4797-2008 y [rol N°181-2020](#).

80 Sea por la vía de discriminaciones tarifarias o de negativas de acceso, sabotaje y otras conductas de difícil fiscalización.

81 Como sucedió en el Caso *Terminal Intermodal PAC* (TDLC. [Resolución N°66/2021](#), ¶¶99-100).

82 En el Caso *Terminal Intermodal PAC*, se impuso una restricción parcial a la integración vertical (del 40%) y prohibición absoluta a la integración horizontal. En el Caso *Terminal Viña del Mar* se determinó una prohibición absoluta a la integración vertical, al tiempo que no se estimó necesario limitar la integración horizontal. Para una revisión actualizada de las medidas estructurales destinadas a restringir la integración vertical u horizontal en licitaciones portuarias, véase: Osorio, Andrés. “*Informes del TDLC sobre Licitaciones Portuarias: Cambios Recientes y Desafíos Futuros*”. Investigaciones CeCo (diciembre, 2022).

IV. CONCLUSIONES

El examen de la jurisprudencia en sede de libre competencia durante los últimos años permite extraer conclusiones relevantes para los OAE que elaborarán bases de licitación, así como también para los agentes económicos interesados en participar de licitaciones públicas, que ven en el sistema de libre competencia una posibilidad para mejorar los diseños licitatorios.

En los casos en que el Tribunal ha podido pronunciarse sobre el fondo, se observa una menor deferencia hacia los OAE en la etapa de diseño de las bases. Las consultas parecen ser la vía más habitual y eficaz de los particulares para someter a revisión bases de licitación de OAE. Esto puede explicarse por los fines del procedimiento y el menor estándar exigible tanto para activar las potestades del TDLC como para imponer condiciones que alteren el diseño licitatorio (basta que exista un riesgo, sin necesidad de acreditar la existencia de un acto anticompetitivo). En efecto, por su propia naturaleza infraccional, en las causas contenciosas el TDLC suele ser más estricto por los propios fines sancionatorios de este procedimiento y la carga de tener que acreditar una conducta anticompetitiva. En cambio, en causas no contenciosas, su rol preventivo permite al Tribunal llegar a un gran nivel de detalle basado en lógicas preventivas o de mitigación de riesgos.

En licitaciones de adquisición de bienes o servicios, una vez superado el test de existencia de poder de compra, el TDLC interviene e impone correcciones igual o hasta más intensas que en procesos contenciosos. En consultas de licitaciones que asignan un bien o servicio en forma exclusiva o en instalaciones esenciales, el estándar es más bajo: no se requiere acreditar poder de compra (pues éste se presume), entrando normalmente el TDLC a revisar *in extenso* las bases en cuestión.

En lo sustantivo, la preservación de las *condiciones mínimas de rivalidad* ha sido una preocupación central del Tribunal y, por lo mismo, queda asentado que las bases de licitación deben evitar condiciones arbitrarias que generen exclusión de oferentes, o que distorsionen los incentivos a la competencia *ex ante* y *ex post*.

Esta jurisprudencia hace que sea más fácil anticipar el análisis del TDLC y los aspectos que le interesarán revisar. Bien podría decirse que particulares insatisfechos con alguna licitación tienen incentivos a gatillar la intervención del TDLC para obtener, por esta vía, un resultado favorable a sus intereses. Pero vimos que, en general, el TDLC no es proclive a ordenar la suspensión de una licitación (como medida cautelar), lo que podría disuadir, al menos, a particulares con fines meramente dilatorios u oportunistas.

Como sea, esta consolidación de criterios sustantivos también tiene efectos institucionales. Desde el punto de vista de los OAE, la anticipación de criterios sustantivos los llama a ser más cuidadosos en el diseño de sus futuras licitaciones⁸³.

Por último, un rol más activo del TDLC en los últimos años contrasta con que la CS, en este ámbito, ha tenido pocos pronunciamientos. Esto podría deberse también al análisis estable del TDLC y que se ha sometido a

83 A nivel de *advocacy* también vemos un impacto: en 2022 la FNE publicó una guía práctica dirigida a municipios que considera especialmente las últimas decisiones del Tribunal y que orientará el actuar de la agencia en la materia. Véase: FNE. "Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos", de octubre de 2022. Disponible en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/11/FNE-Guia-Licitaciones-de-Terminales-1711.pdf>> [Fecha de última consulta: 17 de julio de 2023]. Esta Guía se suma al Material de Promoción N°1 publicado en abril de 2011, titulado "Compras públicas y libre competencia", que resumía los criterios del TDLC y la CS en materia de adquisiciones de bienes y servicios por OAE. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf> [Fecha de última consulta: 17 de julio de 2023].



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Catalina Íñiguez y Gonzalo Villazón, "Lineamientos para el diseño de licitaciones por parte de órganos de la administración del Estado: una mirada a la jurisprudencia reciente en sede de Libre Competencia",
Investigaciones CeCo (julio, 2023),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile