



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

SEPTIEMBRE, 2021

COLUSIÓN EN¹ LICITACIONES (BID-RIGGING)

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

LIBRE COMPETENCIA EN POCAS
PALABRAS - N°10

1 DOCUMENTO ELABORADO POR EL PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA, CON LA COLABORACIÓN DE RAÚL FUGELLIE, FELIPE GONZÁLEZ Y MARIO RAMÍREZ

1. INTRODUCCIÓN

Una subasta es un mecanismo de asignación que es particularmente útil en situaciones en que se requiere determinar el precio de un ítem que no tiene un valor de mercado estable o fácilmente determinable, o simplemente donde el vendedor tiene incertidumbre acerca del precio de mercado del bien o servicio que se desea vender. Existen distintos tipos de subastas: por un lado están las subastas abiertas como son el caso de la subasta a la inglesa (con un juez martillero, se van ofreciendo pagos a viva voz y el mayor postor gana) y la subasta a la holandesa (se parte de un precio máximo y este va descendiendo hasta que alguno de los oferentes detiene la subasta y se compromete con el precio al que llegó), mientras que por otro lado están las subastas cerradas (se recibe una única oferta por cada postor y se determina según el mecanismo elegido para la subasta).

Las licitaciones son un ejemplo de subastas cerradas, donde un órgano licitante abre un proceso de licitación con respecto a un bien o servicio, con el fin de maximizar los beneficios de la contratación según las cualidades o el precio que deben desembolsar. Es así que, dependiendo de las bases de la licitación realizada, distintos oferentes compiten por adjudicarse el contrato con el órgano licitante. Esta competencia, por un lado, induce a que la calidad y los precios de los bienes o servicios acordados sean mayores, pero también hace que disminuyan los costos de búsqueda y de negociación que tendría que llevar el órgano licitante si negocia directa y unilateralmente con cada proveedor.

Gran parte del éxito de las licitaciones, en cuanto a sus objetivos, depende de las bases de licitación y del mecanismo con el cual se determine al ganador. Hay varios problemas e incentivos que pueden impedir esto, entre ellos las conductas colusorias tanto entre oferentes como con el licitante.

Por el lado de la colusión entre oferentes, esta se puede presentar de diversas formas, según los objetivos que persiga. En primer lugar, puede buscar el bloqueo de nuevos competidores, ofertando precios bajos en aquellas licitaciones en las cuales participen. También, puede ser importante en casos donde las licitaciones no tienen muchos oferentes (como por ejemplo grandes construcciones), por lo que existe el incentivo a actuar de forma conjunta para conseguir mayores ingresos. Una forma de enfrentar esto es buscar oferentes en el extranjero, cosa que se realiza en muchos países y que explica por qué las construcciones de carreteras o puentes suelen ser realizadas por compañías internacionales. Por último, en algunos mercados las licitaciones se dan en forma periódica, lo cual puede llevar a que ciertas empresas acuerden repartirse el mercado o se subcontraten en caso de perder, para pedir precios mayores.

Por el contrario, en el caso de la colusión (o corrupción) entre el licitante y el oferente, puede ocurrir que se utilice información privilegiada en licitaciones o que la confección de la licitación sea realizada con el fin de que gane una empresa determinada (por ejemplo, exigiendo algo con lo que cuenta solo esta) y la poca difusión o búsqueda de oferentes. Para evitar esto último, el servicio público chileno cuenta con portales de transparencia donde se dan a conocer todas las licitaciones llevadas por organismos del estado y sus requerimientos.

2. ¿QUÉ DEBEMOS SABER SOBRE EL BID-RIGGING?

Lo primero que hay que entender es que el *bid-rigging* tiene lugar en un contexto bastante particular, como lo es el de las licitaciones. Éstas 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” (2).

En este contexto, puede ocurrir que entre dos o más competidores exista un acuerdo para fijar precios, cantidad, reparto de mercado o participación concertada, es decir, llevando a cabo lo que se considera la conducta más grave contra la competencia, como es la colusión.

Las conductas que se requieren para que tal acuerdo entre oferentes sea exitoso y permanente en el tiempo son las siguientes (3):

a) Que las partes identifiquen a sus competidores.

b) Que exista alguna forma de comunicación entre competidores.

c) Que se decida una estrategia común.

d) Que se establezca algún mecanismo de supervisión recíproca, que permita monitorear el cumplimiento por cada cual de su parte del plan acordado.

e) Que se establezca un mecanismo de sanción privada o retaliación en contra del miembro del acuerdo que de cualquier modo lo incumple.

3. ¿QUÉ SABEMOS SOBRE EL BIDRIGGING EN EL MUNDO?

3.1. Europa.

La colusión en licitaciones constituye una infracción al Artículo 101(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (4), el

el cual dispone lo siguiente:

“Serán incompatibles con el mercado interior 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 interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”

Sin embargo, una propuesta de licitación conjunta no será ilícita si las partes del acuerdo no son competidores actuales ni potenciales, constituyendo una cooperación pro competitiva (5).

3.2. Estados Unidos.

En Estados Unidos, el *bid-rigging* se ha entendido como “la forma en que competidores acuerdan aumentar los precios en donde los compradores organismo públicos federales, estatales o locales - adquieren bienes o servicios solicitando propuestas que compitan” (6).

2 CORREA FONTECILLA, Jorge, La teoría de los contratos administrativos (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012), p.18.

3 Compras Públicas y Libre Competencia”, Fiscalía Nacional Económica, Abril de 2011

4 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>

5 Martin Coleman, Bid rigging, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 12291, Disponible en:

<https://www.concurrences.com/en/dictionary/bidrigging>

6 Price fixing, bid rigging and market allocation schemes: what they are and what to look for, División de Competencia del Departamento de Justicia de Estados Unidos, Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/file/810261/download>

En dicho ordenamiento, la conducta en análisis constituye una violación per se de la *Sherman Act*, la cual prohíbe cualquier tipo de acuerdo entre competidores para fijar precios, concertar propuestas o incurrir en cualquier otra conducta anticompetitiva en la materia. La persecución criminal de dichas violaciones recae en la División de Competencia del Departamento de Justicia y son sancionadas con multas de hasta US\$100 millones para personas jurídicas, y US\$1 millón o 10 años de cárcel para personas naturales.

3.3 Chile

En nuestro ordenamiento, el marco legal básico de la contratación pública lo encontramos en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, la cual señala lo siguiente: “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”. (7)

Por su parte, la especificación sobre los modos de celebrar este tipo de contratos lo encontramos en la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, o “Ley de Compras” (8).

En lo que respecta a las conductas anticompetitivas en la materia, el Decreto Ley N° 211 consagra que: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confirmen

poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.” (9)

En cuanto a sus sanciones, el DL 211 permite sancionar tanto a personas naturales como jurídicos respecto de su participación en conductas colusorias, estableciendo multas que pueden llegar al doble del beneficio económico reportado o al 30% de las ventas del infractor, o bien – en caso de que no sea posible determinar las ventas o el beneficio económico – hasta 60.000 UTA. Lo anterior será determinada en el caso concreto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia atendiendo criterios como el beneficio económico obtenido, la gravedad de la conducta y la reincidencia.

4. LISTA DE CASOS MÁS IMPORTANTES

La Corte Suprema condenó en 2020 a los laboratorios Fresenius Kabi Chile y a Sanderson por haber formado y mantenido entre los años 1999 y 2013 un cartel para afectar licitaciones convocadas por la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast) para adquirir medicamentos inyectables de menor volumen, también conocidos como “ampollas”. La multa total entre ambos laboratorios asciende hasta los 15 millones de dólares.

Link de Consulta:

<https://www.fne.gob.cl/corte-supremacondena-a-laboratorios-sanderson-yfresenius-por-colusion-en-licitacionespublicas-de-medicamentos-con-multatotal-de-us-15-millones/>

La empresa de ingeniería Contech Engineered Solutions LLC, se declaró culpable por incumplir la *Sherman Act* y por orquestar un fraude al Departamento de Transporte de Carolina del Norte (DTDCN),

7 Ley N° 18.575, artículo 9°

8 Ley N° 19.886

9 Decreto Ley 211, artículo 3° inciso 2° letra a) (énfasis propio).

con el fin de obtener contratos fraudulentos para proyectos de infraestructura en dicho Estado. Se le condenó a pagar una multa de 7 millones de dólares y la restitución de 1.5 millones al DTDCN.

Link de Consulta:

<https://www.justice.gov/opa/pr/engineer-in-g-firm-pleads-guilty-decade-long-bidrigging-and-fraud-scheme>

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) de Perú inició un procedimiento administrativo sancionador contra 35 empresas constructoras que se habrían puesto de acuerdo en no competir y, de esta manera, repartirse 112 licitaciones convocadas entre los años 2002 y 2016 por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones de Perú para la construcción, rehabilitación y mantenimientos de carreteras.

Link de Consulta:

<https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/7341?show=full#:~:text=mantenimiento%20de%20carreteras,El%20Indecopi%20inicia%20procedimiento%20administrativo%20sancionador%20a%2035%20empresas%20constructoras,rehabilitaci%C3%B3n%20y%20mantenimiento%20de%20carreteras>

El caso Odebrecht es uno de los más grandes de la historia en América Latina, ya que la conducta anticompetitiva se realizó por más de 30 años. Este fue descubierto por una investigación del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. La conducta se basaba en que la constructora brasileña Odebrecht realizaba coimas y sobornos a distintos funcionarios públicos, en su mayoría de América Latina, incluyendo presidentes, altos cargos públicos y de elección popular, con el fin de obtener las licitaciones de las contrataciones públicas para beneficiarse de estas. Se estima que gastó cerca de 788 millones de dólares en sobornos y los beneficios generados fueron alrededor de 3.336 millones de la divisa

norteamericana. Como el caso es tan amplio y en diversos países no hay solo una sentencia, sino que cada país lleva su propia investigación y procedimientos. Es importante destacar que el ex presidente de la compañía fue condenado a 19 años de prisión, sin embargo, hay muchos otros involucrados que quedaron impunes, lo que demuestra una falta de efectividad de la justicia en los países latinoamericanos.

Link para más información:

<https://www.unav.edu/web/global-affairs/detalle/-/blogs/caso-odebrecht-las-deficiencias-del-estado-de-derecho-en-latinoamerica>

REFERENCIAS

Martin Coleman, Bid rigging, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 12291

Jorge Correa Foncetilla, La teoría de los contratos administrativos (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012)

División de Competencia del Departamento de Justicia de Estados Unidos, Price fixing, bid rigging and market allocation schemes: what they are and what to look for, Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/file/810261/download>

Fiscalía Nacional Económica “Compras Públicas y Libre Competencia”, Abril de 2011, Disponible en: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>

Decreto Ley N° 211

Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado

Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios