

BID RIGGING O CONCERTACIÓN EN LICITACIONES: ¿QUÉ, CUÁNDO Y CÓMO SE PRODUCE UN HARD CORE CARTEL BAJO ESTA MODALIDAD?

BID RIGGING OR COLLUSIVE TENDERING: WHAT, WHEN AND HOW IS A HARD CORE CARTEL PRODUCED UNDER THIS MODE?

Juan Santiago Chang Tokushima*
Baxel Consultores

Mario Fernando Drago Alfaro**
Ex Editor General de THÉMIS-Revista de Derecho
Baxel Consultores

In the last couple of years, the National Institute for the Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property has focused its efforts on the persecution and sanction of horizontal practices, initiating a substantial step in favor of improving free market competition.

This paper analyses the reasons why public bid riggings are considered per se illegal conducts by our national legislation, as well as how the National Institute for the Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property has prosecuted and sanctioned these practices. The authors consider that classifying bid riggings as per se illegal is a consequence of their social impact, since there aren't any economic reasons that differentiate them from other per se illegal conducts.

KEYWORDS: *Collusion; tendering; collusive tendering; bid rigging; hard core cartels; naked cartels; ancillary doctrine.*

En los últimos años, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual ha enfocado sus esfuerzos en la persecución y sanción de prácticas horizontales, iniciando un paso sustancial a favor de mejorar la libre competencia de mercado.

En este trabajo se analizan las razones por las cuales la legislación de libre competencia nacional considera a las concertaciones en licitaciones públicas como conductas per se ilegales, y cómo el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual ha perseguido y sancionado tales prácticas. Los autores consideran que la tipificación expresa de las concertaciones en licitaciones públicas como prácticas prohibidas de carácter absoluto responde a su impacto social, antes que a un razonamiento económico que la diferencia de otras conductas ilegales per se.

PALABRAS CLAVE: *Colusión; licitaciones; licitaciones públicas; concursos públicos; carteles desnudos; doctrina de los acuerdos complementarios.*

* Abogado. Magíster en Economía, Regulación de los Servicios Públicos y Competencia por la Universidad de Barcelona. Socio de Baxel Consultores (Lima, Perú). Contacto: jchang@baxel.pe

** Abogado. Programa de Políticas Públicas de la Universidad del Pacífico. Profesor de la Universidad del Pacífico (UP) (Lima, Perú). Socio de Baxel Consultores (Lima, Perú). Contacto: mdrago@baxel.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 3 de marzo de 2022, y aceptado por el mismo el 14 de julio de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Tres empresas de movilidad escolar forman un consorcio para proveer servicios de transporte bajo un único contrato con el Ministerio de Educación ¿Podríamos estar ante una conducta anticompetitiva? Para la Federal Trade Commission de los Estados Unidos, sí (Federal Trade Commission, s.f.). De hecho, este es el ejemplo con el cual la autoridad estadounidense define qué es un *bid rigging* (Caso *Federal Trade Commission c. B&J School Bus Services, Inc.*, 1993).

Pero seamos más precisos. No es el *joint venture* lo que se consideraría anticompetitivo, sino el hecho de que dicho contrato no implicase una integración de operaciones para, por ejemplo, ahorrar costos. Este consorcio no buscaba lograr una eficiencia, sino evitar competir en un concurso público.

Desde nuestro punto de vista, la colusión en los concursos públicos podría enmarcarse dentro de las otras circunstancias que el numeral 11.2 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), ya considera hoy como ilegales *per se*: (i) fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; (ii) limitar la producción o las ventas, en particular, por medio de cuotas; y (iii) el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas (Decreto Supremo 030-2019-PCM).

Cuando los competidores se ponen de acuerdo para afectar el proceso competitivo de una licitación pública, no hacen otra cosa que establecer cuánto va a ofertar cada postulante (fijación de precios), cuánto del bien ofrecerá cada quién (limitación de producción) y/o quiénes se presentarán a una licitación (reparto de clientes, zonas y proveedores).

Este tipo de actos, denominados *Hard Core Cartels*, afectan directamente la competencia, puesto que la anulan. Es decir, son intrínsecamente nocivos para el bienestar de los consumidores, ya que generan precios altos y mala calidad de servicios. Es por ello que no sólo en Perú, sino también en otras latitudes, se les considera como prohibiciones absolutas y su sola verificación conlleva una infracción a la legislación *antitrust*.

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, el lector podrá verificar que el numeral 11.2 del artículo 11 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas agrega un supuesto

adicional de ilegalidad *per se* de conductas anticompetitivas: establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates (Decreto Supremo 030-2019-PCM).

¿Por qué si las licitaciones colusorias pueden enmarcarse en uno o más de los supuestos reconocidos por el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas como prácticas anticompetitivas, el legislador ha creado un supuesto separado y específico para los concursos públicos? El presente documento busca responder esta pregunta y, a su vez, explicar nuestra perspectiva sobre la aproximación legislativa y jurisprudencial del tema.

En lo últimos años, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) ha enfocado sus esfuerzos en la persecución y sanción de prácticas horizontales, con un incremento significativo de las multas tanto a las empresas como a las personas naturales directamente vinculadas a estos actos. De hecho, en un reciente caso, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha confirmado la máxima multa impuesta por el Indecopi tanto a una sola empresa (más de 9 500 UIT) como a una persona natural (más de 65 UIT) en un caso de concertación de precios (Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI)¹. En otro caso mucho más reciente, la multa en conjunto para las empresas imputadas superó los 10 450 UIT (Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI).

Este cambio de rumbo del Indecopi y, en especial, de la Secretaría de la Comisión de Libre Competencia —antes muy enfocado en los casos de abuso de posición dominante iniciados como consecuencia de denuncias de parte— ha significado un paso sustancial a favor de mejorar la competencia en los mercados. Las concertaciones en procesos de licitación son parte necesaria de esta agenda debido a su relevancia actual. Por ello, enfocaremos este artículo en desmenuzar, de manera simple y didáctica, qué, cuándo y cómo se produce un *Hard Core Cartel* bajo esta modalidad.

II. ¿EN QUÉ CONSISTE EL BID RIGGING?

Tal y como señalan Jones y Sufrin, el denominado *collusive tendering* o *bid rigging* se produce cuando

[...] las empresas colaboran o responden a invitaciones a licitaciones para el suministro de productos o servicios. Esta práctica limita la

¹ La multa total a las empresas involucradas ascendió a más de S/ 49 millones (USD 15 millones aproximadamente).

competencia entre los actores y las cantidades en un intento por parte de los postores para distribuirse el mercado entre ellos. En lugar de competir para presentar la menor oferta posible al margen más ajustado posible, los actores pueden acordar en cuál será la mejor oferta por presentar o acordar entre ellos quién será el participante ganador (2014, p. 689).

Esta conducta se encuentra listada como una práctica colusoria horizontal sancionable bajo el numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de la siguiente manera:

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales
11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

[...]

j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; [...] (Decreto Supremo 030-2019-PCM).

Del texto citado podemos desprender lo siguiente:

- a) En primer lugar, y como ocurre en general con el concepto de un acuerdo horizontal (acuerdos inter-marca entre personas que están situadas dentro de la misma fase del proceso de producción, distribución o comercialización), no se requiere que exista un documento expreso, entendido como un 'concierto de voluntades' o, si se quiere, un 'contrato'.

La norma, de manera adecuada y expresa, incluye: (i) a las 'decisiones', que son los entendimientos de carácter vinculante bajo un gremio o asociación; (ii) a las 'recomendaciones'², que son entendimientos de carácter orientativo, no vinculante, pero que

pueden influir en el comportamiento de los actores; y (iii) a las 'prácticas concertadas', que juegan el papel de 'cajón de sastre' para cualquier otra conducta que implique cierto grado de coordinación entre los agentes (Deza Sandoval, 2009). En este último rubro podríamos incluir a aquellos actos de colusión tácitos.

- b) No es necesario que la conducta se produzca entre todos los postores que participan en una misma licitación. Bastará que la conducta exista entre dos o más agentes.
- c) No es necesario, siquiera, que los actores involucrados califiquen siempre como postores. Esto se debe a que, como bien señala la norma precitada, y tal como abordaremos más adelante, es perfectamente posible que el cartel consista en un acuerdo para no ofertar, o, peor aún, auto-descalificarse.
- d) Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que lo sancionado bajo el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es aquella conducta que tenga como efecto "restringir, impedir o falsear la libre competencia" (Decreto Supremo 030-2019-PCM, art. 11.1). Esto significa que no se encuentran sancionadas aquellas conductas que puedan incurrir los agentes pertenecientes a un mismo grupo económico dentro de un mismo proceso de licitación. En este caso, las empresas pueden buscar dar la apariencia de competencia, pero, como bien se señala en la Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas emitida por el Indecopi:

Quando dos agentes pertenecen al mismo grupo económico, estos no son competidores, porque representan un mismo centro de interés. Y en tal sentido, no puede hablarse de una práctica restrictiva de la competencia entre dos agentes que en realidad no son competidores (2018b, p. 12).

Este tipo de conductas constituye una infracción en legislaciones especiales, como en el caso de la Ley de Contrataciones del Estado³.

² Los conceptos de 'decisiones' y 'recomendaciones' se encuentran muy bien explicados en los lineamientos para la interpretación de aspectos específicos del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas emitido por el Indecopi (2018a).

³ Artículo 14, inciso 1:

Quando la Entidad, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el Tribunal de Contrataciones del Estado verifique la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección en los términos de la normativa especial, debe remitir toda la información pertinente a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPi para que ésta, de ser el caso, inicie el procedimiento admi-

- e) Las conductas pueden producirse tanto en licitaciones públicas como en licitaciones privadas. Sin embargo, y como es evidente, los casos seguidos y sancionados en Perú como prohibiciones absolutas se concentran en las licitaciones públicas porque: (i) en ellas existe mayor transparencia en la información; y (ii) se presume un impacto social de mayor alcance.
- f) Las conductas sancionables no se limitan al sistema de licitaciones, sino que se extienden a cualquier tipo de figura que tenga un propósito similar. Esto es, ser un mecanismo para motivar la presentación de múltiples ofertas, simultáneas y/o sucesivas, para designar a un ganador.
- g) Es importante no confundir el uso del término público en la frase “licitaciones o concursos públicos o privados” de la norma, del uso que se le da en la sección inmediata siguiente de “u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates” (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019, art. 11.1, literal j).

Que la norma considere sancionable las licitaciones o concursos públicos o privados debería ser suficiente para considerar sancionable cualquier acto anticompetitivo que se produzca también en sistemas de concursos privados, sin importar su modalidad. El término indeterminado ‘concurso’ conlleva dicha posibilidad de manera expresa. En este sentido, cuando la norma hace alusión a “otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates” (Decreto Supremo 030-2019-PCM, art. 11.1, literal j), no conlleva a que sólo puedan ser perseguibles y sancionables aquellas conductas anticompetitivas que se produzcan dentro de otro tipo de mecanismos, siempre que sean a favor de entidades públicas y que se encuentren reguladas en la legislación pertinente (sea cual fuera esta).

III. ¿CUÁNDO SE SANCIONA UN BID RIGGING?

El artículo 11.2 del TUO de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece lo siguiente:

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

[...]

d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates (Decreto Supremo 030-2019-PCM).

Si bien el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas cita, en su artículo 11.1, una serie de conductas que califican como prácticas colusorias horizontales, dicha lista no es cerrada y refleja únicamente a las prácticas sancionadas más comunes. De esta manera, pueden presentarse casos de conductas colusorias no indicadas de manera expresa por la ley bajo comentario.

Sin embargo, lo que sí incluye su artículo 11.2, de manera expresa y taxativa, son aquellas conductas que, por su gravedad y efectos en el mercado, son consideradas como conductas prohibidas de manera absoluta y, por tanto, sancionadas con su sola verificación. Esto es lo que se conoce como la regla *per se*, que determina que dichas conductas sean sancionables incluso si nunca fueron ejecutadas y, por tanto, sin necesidad de que el Indecopi deba probar el daño o la posibilidad de causar daño al proceso competitivo.

Este tipo de conductas, para ser sujetas a la regla *per se*, deben calificar como *naked cartels*, también denominados ‘acuerdos desnudos’. Si un acuerdo no es ‘desnudo’, pero sí accesorio a otro más amplio cuya finalidad no ha sido la de restringir la competencia –piénsese, por ejemplo, en los acuerdos de colaboración, contratos asociativos, entre otros–, será analizado bajo la regla de la razón. De allí que, conforme al artículo 11.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se haya precisado que “[c]onstituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos” (Decreto Supremo 030-2019-PCM).

Esta excepción a la regla *per se* es conocida como la doctrina de los acuerdos complementarios, o *ancillary doctrine*, bajo la cual los únicos acuerdos que se deben sujetar a la aplicación de la regla *per*

nistrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables. Esta decisión debe ser mantenida en reserva y no debe ser notificada a los presuntos responsables a fin de asegurar la eficacia de la investigación (Decreto Supremo 082-2019-EF, art. 14.1).

se, deben ser aquellos cuyo único propósito es el de falsear la competencia.

Ya la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi se ha pronunciado, de manera expresa, con respecto a la aplicación de esta doctrina (a propósito de un caso iniciado bajo la antigua legislación de competencia peruana, el Decreto Legislativo 701). En dicho caso, la Empresa de Transportes Civa S.A. (en adelante, Civa) denunció a la Empresa de Transportes Mariscal Cáceres S.A.C. con motivo de la existencia de un contrato de servicio de agencia de transportes, a través del cual la denunciada se comprometió a arrendar parte de sus instalaciones en un terminal terrestre a favor de distintas empresas, incluyendo Civa. Sin embargo, este contrato exigía a Civa a cumplir con un reglamento interno que incluía la división de rutas y fijación de tarifas a las empresas de transporte terrestre que usaran el terrapuerto. Civa consideró que existía un cartel de precios y reparto geográfico de mercado.

En su decisión, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi aclaró lo siguiente:

[...] de alguna manera reducen rivalidades entre las empresas, no son considerados *per se* ilegales ya que pueden implicar una integración en una determinada actividad productiva y, en tal sentido, tienen la posibilidad de crear eficiencia y reducción de costos en beneficio del consumidor. En tal caso no se puede hablar realmente de un acuerdo de fijación de precios o de repartición de mercado, sino de un acuerdo de asociación, de «joint venture» u otra forma de integración productiva.

[...] En ese orden de ideas, los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercados serán *per se* ilegales cuando no son consecuencia o no forman parte de un contrato de integración o no resultan efectivos para lograr la eficiencia de dicha integración. Lo que se pretende explicar es que dichos acuerdos saltan la barrera de *per se* ilegales y su legalidad debe ser analizada desde la perspectiva de la regla de la razón (Resolución 206-97-TDC/INDECOPI, pp. 6-7).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi concluyó que este tipo de acuerdos de colaboración no eran *per se* ilegales debido a que

[...] se han realizado entre empresas que cooperan entre sí brindando el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros en un lugar común y que, en ese sentido, tienen por finalidad brindar un servicio más completo a los consumidores compitiendo en mejores condiciones en el mercado (Resolución 206-97-TDC/INDECOPI, p. 8).

Ahora bien, resulta sumamente interesante y cuestionable desde el punto de vista económico, que la norma comentada haya considerado como una prohibición absoluta –sujeta a la regla *per se* al *bid rigging* producido en licitaciones o concursos públicos; más no así a los acuerdos colusorios horizontales producidos en licitaciones o concursos privados.

Es decir, un acuerdo colusorio horizontal desnudo en una licitación privada no será tratado bajo la regla *per se*, al menos no bajo el literal d del artículo 11.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, ya que bien podría constituir un acuerdo desnudo bajo alguna otra modalidad. Deberá ser considerado, para todos los efectos legales, como una prohibición relativa –si es que acaso no encaja en algún otro supuesto en la lista taxativa del artículo 11.2– y, por tanto, “para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores” (Decreto Supremo 030-2019-PCM, art. 9).

Ciertamente, desde un punto de vista práctico, resulta sumamente difícil concebir un supuesto en que la *ancillary doctrine* pueda ser aplicable a un acuerdo colusorio horizontal producido en un proceso de licitación o concurso. Esto se debe a que, tal y como lo ha señalado la Comisión Europea en su decisión sobre el caso del Cartel Europeo del Azúcar:

En un sistema de subastas, la competencia es la esencia. La competencia se elimina, o al menos se distorciona o restringe si las ofertas presentadas por aquellos que participan no son resultado de un cálculo económico individual, sino del resultado del conocimiento que los concursantes tienen de otros participantes o debido a la concertación entre ellos (Comisión Europea, 1973, p. 26) [traducción libre]⁴.

⁴ Texto original:

In a system of tendering, competition is of the essence. If the tenders submitted by those taking part are not the result of individual economic calculation, but of knowledge of the tenders by other participants or of concertation with them, competition is prevented, or at least distorted and restricted (2015, p. 571).

Después de todo, y como señalan Whish y Bailey, la colusión en procesos de licitación puede ser un negocio sumamente rentable:

[...] las ofertas colusorias es una práctica donde las firmas acuerdan entre ellas en colaborar sobre sus respuestas a las invitaciones a ofrecer. Es particularmente probable encontrarlas en industrias de ingeniería y construcción donde las firmas compiten por contratos muy grandes; usualmente el licitante tendrá un poder significativo de negociación y los contratistas sienten la necesidad de concertar su poder de negociación. **Desde la perspectiva de un contratista la colusión sobre ofertas tiene otros beneficios aparte del hecho que puede llevar al incremento de precios: significa que menos contratistas se toman la molestia en participar en un negocio en particular (licitar, por sí mismo, puede ser un negocio costoso) por lo que los gastos operativos se mantienen bajos [...]** (2015, p. 571) [el énfasis es nuestro].

Quizá, la única situación que podemos imaginarnos —aunque no descartamos que pueda existir algún otro supuesto sumamente creativo— se produce en los casos de ofertas presentadas mediante consorcios o acuerdos participativos. A través de estos, varias empresas, no necesariamente parte del mismo grupo económico, se reúnen y acuerdan los términos que, en conjunto, presentarán en un proceso de licitación o concurso⁵.

Pese a ello, y de manera prudente, la Guía para Combatir las Concertaciones en las Contrataciones Públicas emitida por el Indecopi, señala lo siguiente con respecto a la posibilidad de *bid rigging* dentro de consorcios que participan en licitaciones públicas:

Los consorcios son lícitos y están permitidos como regla general por la Ley de Contrataciones del Estado y otros regímenes de contratación estatal. Sin embargo, se deberá *vigilar con mayor exhaustividad cuando estos consorcios se forman en mercados en los que existen pocos competidores o cuando es conformado por empresas que tienen una alta participación en el mercado con capacidad de ofrecer de forma independiente el objeto materia de la contra-*

tación (no siendo razonable que se consorcien con un competidor). Además se requiere de pruebas (como reuniones o intercambios de comunicaciones) que evidencien que no hubo una motivación legítima de complementariedad entre los potenciales postores, sino que existió un acuerdo colusorio para no competir entre ellos, normalmente en una pluralidad de concursos públicos (2018b, p. 16).

Sería posible, sin embargo, que la conducta anti-competitiva, por ejemplo, tenga como propósito obligar a la autoridad licitante a convocar la participación de consorcios. Por ejemplo, nos imaginamos que los miembros del cartel acuerden no presentarse en las licitaciones para obligar al licitante a cambiar las reglas de juego y permitir así la participación de consorcios. Ciertamente, estamos ante conductas sofisticadas y, por lo tanto, difíciles de catalogar.

Nótese que la guía precitada se centra únicamente en los acuerdos colusorios producidos dentro de licitaciones o concursos públicos. Esto debido a que, como hemos señalado, las licitaciones o concursos privados no se encuentran listados como sujetos de prohibición absoluta. En todo caso, siempre será posible alegar que un acuerdo anticompetitivo horizontal desnudo, dentro de un concurso privado, podrá ser sancionado bajo la regla *per se* sobre la base de los demás supuestos regulados en la lista cerrada del artículo 11.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (acuerdos de precios u otras condiciones comerciales o de servicio, limitación de producción o ventas, o reparto de mercado).

Lo anterior nos trae un tema sumamente interesante a tratar: ¿Realmente era necesario incorporar como una conducta sujeta a prohibición absoluta distinta a los acuerdos colusorios horizontales en procesos de licitación o concursos públicos? Desde un punto de vista económico, pareciera que no. Al final de cuentas, y dependiendo del tipo de acuerdo involucrado, un *bid rigging* ‘público’ puede ser sancionado bajo los otros supuestos contenidos en la lista taxativa del artículo 11.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (acuerdo de precios, reparto de mercado, etc.).

⁵ Desde un punto de vista de competencia, es objetable que los acuerdos de consorcio sean relevantes en términos anticompetitivos. A fin de cuentas, se trata de varias personas presentando una misma oferta conjunta. Es decir, no son competidores entre sí dentro del proceso de subasta. Usualmente, las reglas de los procesos prevén la posibilidad de presentar ofertas en consorcio. En ese sentido, sería cuestionable que un consorcio creado sobre la base de las reglas previstas en el propio concurso, pueda ser luego considerado *per se* ilegal en términos anticompetitivos. En un caso así, los participantes estarían jugando bajo reglas, entendemos legítimas, impuestas por el propio licitante. Esto, especialmente cuando en las reglas de licitaciones que permiten la participación consorcios, tratan de generar un escenario de transparencia que haría sumamente evidente un cartel por parte de los consorciados.

De hecho, ya desde 1993, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OECD) consideraba a las licitaciones colusorias como una especie de concertación de precios:

[...] el *Bid Rigging* es una forma particular de comportamiento colusorio de fijación de precios por el cual las empresas coordinan sus ofertas en contratos de compras o proyectos. Hay dos formas comunes de *Bid Rigging*. En el primero, las empresas acuerdan presentar ofertas comunes, eliminando así la competencia de precios. En el segundo, las empresas acuerdan qué empresa será el mejor postor y rotan, de tal manera que cada empresa gane un número o valor acordado de los contratos. Dado que la mayoría (pero no todos) los contratos abiertos a licitación involucran a los gobiernos, son ellos quienes con mayor frecuencia son el objetivo de los *Bid Rigging*. El *Bid Rigging* es una de las formas de colusión más ampliamente procesadas (1993, p. 16) [traducción libre]⁶.

Tan cierto es lo anterior que, el caso peruano más conocido hasta la fecha –el caso del oxígeno medicinal– fue sancionado por reparto de mercado geográfico porque la norma anterior no incluía, dentro de su lista expresa de conductas sancionables, a las colusiones dentro de procesos de licitación pública (Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI). De igual manera, en el primer caso de *bid rigging* peruano, resuelto contra Distribuidor Exclusivo Bryant S.A. (en adelante, Rheem Perú) y Envases Metálicos Inca S.A.C. (en adelante, Envases Metálicos) en la década de 1990, se sancionó a ambas empresas por una concertación de precios (Resolución 255-97/TDC-INDECOPI).

Es sumamente interesante, de hecho, que en el caso más reciente de *bid rigging* sancionado por el Indecopi, se haya indicado, de manera expresa, dos modalidades de licitaciones colusorias: la de fijación concertada de ofertas y la de reparto de zonas geográficas o de clientes (Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI). Y los casos dados como ejemplo de estas conductas hayan sido, precisamente, los casos del oxígeno medicinal y de Rheem Perú y Envases Metálicos:

De igual manera, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Inde-

copi (en adelante, la Sala) ha precisado que el tipo infractor comprendido en el artículo 11.1. inciso j) del TUO de la LRCA abarca una serie de actuaciones destinadas a influir en los procesos de contratación con el Estado, encontrándose entre ellas la coordinación de ofertas, posturas o propuestas para que los agentes económicos participantes se repartan las adjudicaciones o eviten competir por precios en los procesos.

[...]

Una de las modalidades de licitaciones colusorias que ha sido objeto de sanción por parte de la Comisión es la fijación concertada de la oferta económica que dos o más proveedores ofrecen en la licitación de un bien o servicio. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado por denuncia de Petróleos del Perú - Petroperú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A., se determinó que las denunciadas incurrieron en una concertación de sus ofertas entre 1995 y 1996, fijando el mismo precio y repartiéndose las cuotas de producción [...]

Una segunda modalidad de licitaciones colusorias sancionadas por Indecopi es el reparto de mercado, en el que dos o más proveedores acuerdan asignarse las licitaciones que se lleven a cabo en determinada zona geográfica o por determinados clientes. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado de oficio contra Aga S.A., Messer Gases del Perú S.A. y Praxair Perú S.R.L., se determinó que las investigadas incurrieron en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en el reparto del mercado de adquisición de oxígeno medicinal, en los procedimientos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud, a nivel nacional, entre enero de 1999 y junio de 2004. [...] (Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, párrs. 38-40).

Estos casos serán explicados a detalle posteriormente. Entonces, cabe preguntarse, ¿por qué si ya sería posible sancionar a las licitaciones públicas colusorias bajo cualquiera de las otras conductas *per se* ilegales, el legislador ha decidido incorporarlas como una conducta distinta?

Incorporar dentro de la lista taxativa de acuerdos horizontales desnudos a las licitaciones públicas es

⁶ Texto original:

Bid rigging is a particular form of collusive price-fixing behaviour by which firms coordinate their bids on procurement or project contracts. There are two common forms of bid rigging. In the first, firms agree to submit common bids, thus eliminating price competition. In the second, firms agree on which firm will be the lowest bidder and rotate in such a way that each firm wins an agreed upon number or value of contracts. Since most (but not all) contracts open to bidding involve governments, it is they who are most often the target of bid rigging. Bid rigging is one of the most widely prosecuted forms of collusion (1993, p. 16).

una decisión que no responde a un criterio económico, sino a una incompleta adaptación del modelo estadounidense. Entendemos que el objetivo del legislador peruano fue prever cualquier otro tipo de conducta colusoria que pudiera ser innovada en el futuro —y, por tanto, que no está listada en la actualidad en los demás casos del artículo 11.2— y explotada dentro de estos procesos. Lo que no es entendible es por qué hacer la diferencia entre concursos privados y públicos.

La historia, resumida, sobre cómo el *bid rigging* terminó siendo considerado como *per se* ilegal en Estados Unidos puede ayudarnos a entender por qué la adaptación peruana aún tiene pendiente un desarrollo jurisprudencial. Estados Unidos, al igual que Perú, considera al *bid rigging* —público y privado— como una conducta absolutamente prohibida. Pero, a diferencia del caso peruano, el establecimiento de la regla *per se* y la regla de la razón no se dio a nivel normativo, sino jurisprudencial. La sección 1 del Sherman Antitrust Act de 1890 declaró ilegal “todo contrato, combinación y conspiración que limite irrazonablemente el comercio interestatal y extranjero” (Department of Justice, 2015). Fue la jurisprudencia posterior la que se encargó de delimitarlas.

Por ejemplo, ya en el siglo XIX, en el caso *Addyston Pipe and Steel Co. c. United States*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sancionó a un grupo de productoras de tuberías que habían acordado repartirse las licitaciones de los municipios, bajo la mecánica de ofertar por encima del precio base (1899). En este caso, el Estado había planteado que la conducta de las infractoras debía ser considerada siempre ilegal.

Durante los siguientes años, la jurisprudencia fue construyendo los supuestos en que las conductas anticompetitivas siempre eran consideradas ilegales. Esto decantó, para la década de 1940, en que la Corte Suprema de los Estados Unidos estableciera el precedente de la regla *per se* en el caso *U.S. c. Socony-Vacuum Oil Co., Inc.* (1940)⁷. De allí en adelante, la Corte comenzaría a delimitar con mayor especificidad qué conductas deberían ser consideradas como absolutamente ilegales.

Para el caso del *bid rigging*, más de 100 años de jurisprudencia formaron la convicción de que estas conductas son *per se* ilegales⁸. Froeb, Koyak y Werden, referidos en el documento 386 de la Office of Fair Trading, dan cuenta de ello con una estadística sorprendente:

[...] en 5 años previos a 1993, 70 por ciento de los casos de cartel investigados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, involucraron colusión en licitaciones más que fijación de precios, siendo la colusión en licitaciones dentro de los procesos del gobierno una cuestión típica. Tal vez por esta razón, mucha de la lectura empírica del efecto de carteles se concentra en colusión dentro de licitaciones. Mientras que existen excepciones, en general, la evidencia sugiere que los carteles generan el incremento de precios por sobre el 10 por ciento, y en ocasiones por sobre el 20 por ciento, de los niveles competitivos (citado en Jones & Sufrin, 2014, p. 689).

El legislador peruano ha tratado de capturar un siglo de experiencia estadounidense en la norma, pero, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, el haber delimitado la prohibición *per se* para las licitaciones colusorias públicas puede generar eventuales problemas probatorios para los casos de las licitaciones privadas.

En Estados Unidos, la construcción de la prohibición es el resultado de la maduración de su jurisprudencia, y no una incorporación descontextualizada en la norma. Mucho antes de que la Corte Suprema establezca en 1940 la regla *per se* como criterio obligatorio, diferenció los acuerdos desnudos de los complementarios. La comentada sentencia *Addyston Pipe and Steel Co. c. United States* (1899) había sido la primera en tratar este tema al interpretar el alcance del Sherman Antitrust Act.

Para la Corte, el *bid rigging* debe ser considerado como absolutamente ilegal no porque se trate de un concurso público, sino porque el objetivo de los infractores es atentar contra la libre e irrestricta competencia en dicho concurso; es decir, en generar un acuerdo desnudo (como explicamos líneas arriba). Ese es hoy el criterio que adopta el Department of Justice cuando señala que:

⁷ Allí se señaló lo siguiente:

Any combination which tampers with price structures is engaged in an unlawful activity. Even though the members of the price-fixing group were in no position to control the market, to the extent that they raised, lowered, or stabilized prices, they would be directly interfering with the free play of market forces. The Act places all such schemes beyond the pale and protects that vital part of our economy against any degree of interference (Caso *United States c. Socony-Vacuum Oil Co., Inc.*, 1940).

⁸ Para mayores detalles sobre la jurisprudencia que fue formando la convicción sobre la ilegalidad *per se* del *bid rigging* en Estados Unidos, sugerimos revisar la apelación del caso *United States c. Heffernan* (1994), en donde se resumen una notable cantidad de decisiones sobre el tema.

Casi todas las formas de ardid de arreglo de licitaciones tienen una cosa en común: un acuerdo entre algunos o todos los proponentes que predetermina quién será el proponente ganador y limita o elimina la competencia entre los proveedores conspiradores (2012, p. 3).

La forma en que la legislación y jurisprudencia estadounidenses se aproximan a los casos de libre competencia les permite tener flexibilidad en cuanto a las sanciones de conductas *per se* ilegales. Caso a caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos va definiendo y reinventando el derecho de la libre competencia⁹. La manera en que se ha establecido la prohibición *per se* para las licitaciones públicas en Perú, podría dificultar la labor del Indecopi en la investigación de casos que antes se revisaban bajo cualquiera de las otras tres causales.

El caso europeo también es una muestra de que la prohibición *per se* de las licitaciones públicas puede ser un problema en la legislación peruana si no hay un tratamiento jurisprudencial adecuado. El artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, UE) no prohíbe expresamente a las licitaciones colusorias (2010). La autoridad las ha sancionado en virtud de los supuestos previstos en la norma, que son similares a los de la legislación nacional¹⁰, por su capacidad para restringir la competencia. Como refieren Whish y Bailey:

Colusiones en licitaciones ha sido una importante cuota en los casos de carteles en años recientes. Las empresas pueden hacer sus máximos esfuerzos para coludir en cada aspecto del proceso competitivo. Por ejemplo, en el caso *Elevators and escalators*, la Comisión impuso una sanción de €992 millones a una serie de licitantes por colusión en licitaciones, acuerdo de precios, reparto de proyectos, reparto de mercado e intercambio de información en relación a la instalación y mantenimiento de ascensores

y escaleras eléctricas en Bélgica, Alemania, Luxemburgo y Holanda. La Comisión refirió que los postores involucrados se informaron entre ellos sobre las invitaciones para participar y coordinaron sus ofertas de acuerdo a un pre-acuerdo de cuotas. En el caso de *Car glass*, la Comisión impuso multas de €1.3 billones – la multa más alta en una única decisión en la historia del Artículo 101. La Comisión sancionó a, entre otras prácticas ilícitas, al encubrimiento de precios: esto es que las ofertas daban la apariencia de competencia, pero fueron deliberadamente fijadas a un precio más alto que el miembro del cartel cuyo turno había sido acordado para ser ganador del contrato (2015, pp. 572-573).

Al respecto, Van Hove señala que, en Europa, el *bid rigging* puede tomar la forma de un acuerdo de precios, reparto de mercado, reparto de clientes e intercambio de información, etc. Además, puede ser una conducta aislada o parte de una infracción múltiple (2017).

Lo que muestra la experiencia europea es que no es necesario establecer una prohibición expresa para las licitaciones colusorias públicas como mecanismo para combatir sus efectos negativos sobre la competencia.

IV. ¿CÓMO SE VE UN *BID RIGGING*? UNA APROXIMACIÓN DESDE LA EXPERIENCIA PERUANA

Según refieren Jones y Sufrin con respecto al mercado comunitario: “[p]ese a la relativa escasez de casos de colusión en licitaciones en la UE, la evidencia sugiere que las colusiones en licitaciones, al menos en algunos países, podrían ser conductas generalizadas, en especial en casos de adquisiciones estatales” (2014, p. 689).

En el Perú existen pocos casos. De hecho, la mayoría se persiguieron y sancionaron cuando la norma

⁹ Recordemos, por ejemplo, el caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. c. PSKS, Inc.* (2007), que revirtió el precedente establecido por el caso *Dr. Miles Medical Co. c. John D. Park & Sons Co.* (1911) y estableció, luego de casi 100 años, que las restricciones verticales ya no serían *per se* ilegales, sino que debían observarse bajo la regla de la razón.

¹⁰ Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

1. 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. [...] (2010).

ni siquiera preveía al *bid rigging* como una conducta listada, y las imputaciones y posteriores sanciones fue como consecuencia de fijaciones de precio y repartos geográficos entre los miembros de la colusión. El caso de *bid rigging* más reciente ha sido el de las licitaciones de textos escolares. En dicho caso, el Indecopi sancionó a los imputados Amauta, Metrocolor, Navarrete y Quad Graphics con más de 10 450 UIT por “práctica colusoria horizontal en la modalidad de establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones, concursos y otras formas de contratación o adquisición pública” (Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, párr. 18.c.).

Como hemos adelantado, la colusión en procesos de licitación y subastas es una conducta anticompetitiva no por tratarse de una licitación, y menos por ser pública, sino porque implica un acuerdo desnudo para desnaturalizar el proceso competitivo, lo que claramente podría clasificarse como una fijación concertada de precios, un reparto de clientes, un reparto de mercado geográfico, etc. En cierto modo, podemos decir que la licitación es un mercado en sí mismo porque dentro de este sistema de competencia existen reglas preestablecidas que, precisamente, buscan reflejar ciertas condiciones de competencia justa y equitativa para lograr precios competitivos.

A continuación, veremos que las modalidades que se verifican con más frecuencia en los actos de colusión dentro de licitaciones o concursos son aquellas que ya venían siendo prohibiciones absolutas en la legislación de competencia nacional¹¹:

A. Acuerdos de precios

El caso más común de carteles desnudos es el de acuerdo de precios. Los integrantes del cartel, en simple, acuerdan fijar un precio común, o, al menos, precios que se muevan dentro de ciertas bandas. Sin embargo, y como es evidente, en un concurso o licitación solo puede haber un ganador. Tal y como refiere la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi:

Si todos los postores presentan una misma oferta económica, entonces el desempate podría resolverse por azar. En tal sentido, no son tan comunes los acuerdos de precios aislados, sino que podrían venir acompañados de acuerdos complementarios, como de fraccionamiento

o incluso podrían repartirse el monto a obtener en el concurso público (2018b, p. 13).

Desde la perspectiva de la autoridad, los acuerdos desnudos vinculados a precios no son tan comunes y, por el contrario, están asociados a otras modalidades, a fin de asegurar que uno de los postores cartelizados sea el ganador.

En el Perú, el caso emblemático es el procedimiento resuelto contra Rheem Perú y Envases Metálicos como consecuencia de una denuncia de la empresa estatal Petróleos del Perú - Petroperú S.A. (Resolución 004-97-INDECOPI-CLC; Resolución 255-97/TDC-INDECOPI). En este caso, las empresas fueron sancionadas:

[...] por concertar el precio de venta de envases metálicos para lubricantes, requeridos por la empresa estatal Petroperú. El acuerdo consistía en un incremento concertado de los precios ofertados a Petroperú y una reducción del volumen de unidades ofrecidas, con el objetivo de que la compra de Petroperú sea fraccionada y repartida entre los dos proveedores (Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2018b, p. 14).

La concertación de precios, sin embargo, no se da sólo en la presentación de la oferta final, sino que incluso puede presentarse antes de la convocatoria. En 2018, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (Resolución 068-2018/SDC-INDECOPI) confirmó la sanción impuesta por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia a 31 centros de hemodiálisis que concertaron precios para incrementar:

[...] el valor referencial en el Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR y en la Adjudicación de Menor Cuantía Derivada 1190-2011-ESSALUD/CNSR en su primera, segunda, tercera y cuarta convocatoria, para la prestación de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012 [...] los referidos centros de hemodiálisis se abstuvieron de forma conjunta y coordinada de participar en los referidos procesos de selección, con el objeto de reforzar la eficacia del acuerdo antes indicado. Lo anterior obligó a EsSalud a declarar desiertos los referidos concursos y a realizar sucesivas convocatorias durante un periodo de más de dos (2) años, dificultando y poniendo en riesgo la prestación efectiva y oportuna del

¹¹ Este listado ha sido elaborado sobre la base de la información contenida en los Lineamientos para la interpretación de aspectos específicos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 2018a) y los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos [OECD], 2009).

servicio de hemodiálisis, de vital importancia para la salud de los afiliados a EsSalud (Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, párr. 1).

B. Ofertas de resguardo

El acuerdo de precios está muy vinculado a la modalidad de 'ofertas de resguardo'. Bajo este esquema, todos los postores, salvo uno, presentan ofertas perdedoras –con precios excesivamente altos– a fin de que sea solo el agente elegido quien obtenga la adjudicación, usualmente al mayor precio aceptable bajo las reglas de la licitación. Como bien señala la Comisión de Defensa de la Libre Competencia:

Con el objetivo de que se ejecute el acuerdo colusorio que busca favorecer a un postor en particular, el resto de empresas participantes puede presentar ofertas que solo den la apariencia de competencia genuina. Así, estas ofertas no serán mejores que la oferta escogida por el árbitro como la ganadora (2018b, p. 15).

Por su parte, la OCDE señala que:

Las ofertas de resguardo (también llamadas complementarias, de cortesía o simbólicas) son la manera más frecuente de implementar esquemas de manipulación de licitaciones. Las ofertas de resguardo se presentan cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas que contemplan por lo menos un elemento de entre los siguientes: (1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado; (2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o (3) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador. La presentación de ofertas de resguardo está diseñada para aparentar una competencia genuina (2009, p. 2).

En el Perú, Indecopi sancionó a un grupo de empresas comercializadoras de oxígeno medicinal (Messer Gases del Perú S.A., Aga S.A. y Praxair Perú S.R.L.) por repartirse las licitaciones convocadas por el Seguro Social de Salud (en adelante, EsSalud), a nivel nacional (Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI; Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI). Las modalidades empleadas por las empresas infractoras fueron varias, pero tenían un mismo objetivo: que Aga S.A. provea con exclusividad en la zona norte del país, Messer Gases del Perú S.A. en la zona centro y Praxair Perú S.R.L. en la zona sur y en Lima.

Para lograr ello, y según refiere la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi:

[...] las empresas aludidas ejecutaron un esquema colusorio por el cual, en cada procedimiento de selección, dos de ellas presentaban posturas «de resguardo», por encima del límite superior establecido por las normas de contratación pública entonces vigente, con la finalidad de ser descalificadas y garantizar que EsSalud otorgase la buena pro a la tercera empresa que previamente había sido designada entre ellas (2018b, p. 26).

C. Descalificaciones

El caso más común es la oferta de precios que, por ser excesivamente elevados, descalifiquen al postor y, con ello, garantizar (o, al menos, buscar) que un determinado miembro del cartel sea ganador en las mejores condiciones posibles. Pero la auto descalificación, también llamada 'ofertas perdedoras', no se limita al precio, sino que pueden también generarse como consecuencia del incumplimiento voluntario de ciertos requisitos exigidos por las reglas de la licitación o el concurso.

El caso de oxígeno medicinal descrito líneas arriba encaja también en este supuesto. Como detalla el Indecopi en su decisión:

[...] el mecanismo de auto descalificación fue una estrategia diseñada para crear la apariencia de competencia, en particular, durante la primera etapa, en la cual, debido a las condiciones impuestas en las bases de EsSalud, no era posible el ingreso de otras empresas que participaran por los ítems ofertados, además de las tres imputadas (Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, párr. 640).

En el caso de los textos escolares, también se da cuenta de este tipo de modalidad como la más común dentro de la conducta anticompetitiva sucedida a lo largo de los años:

La existencia de patrones derivados del análisis de la evidencia económica: la Secretaría Técnica identificó dos patrones que se revelan en las posturas que las empresas asumían al momento de la presentación de propuestas:

El primero, que denominó «patrón de autoeliminación», fue el mecanismo más utilizado por las empresas investigadas para la ejecución del acuerdo anticompetitivo. Este patrón se observa en las propuestas presentadas por las empresas imputadas en aquellos ítems que no les habían sido asignados a través de la conducta anticompetitiva investigada. Así, en aplicación de este patrón, estas empresas renunciaban a competir por aquellos ítems que no les correspondían por medio de dos formas:

o (i) la empresa presentaba ofertas cercanas al valor referencial, las cuales por lo general podían oscilar alrededor de 1% o menos de dicho porcentaje (por ejemplo, 0.5% o 0.7%) respecto del valor referencial, descalificándose de esta forma, o (ii) dicha empresa se abstenía de postular al ítem en cuestión (Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, párr. 99.c).

Así, las empresas concertaron elevar sus precios por encima del límite de la licitación en varios de los casos para que una única empresa pueda adjudicarse la buena pro.

D. Supresión o retiro de ofertas

En este caso, los miembros del cartel, acuerdan no participar siquiera en la licitación, o retirarse, a fin de que se adjudique el contrato al miembro del cartel designado previamente. Aquí no se da apariencia de competencia, es más, no hay competencia.

El caso de los centros de hemodiálisis arriba citado también tuvo características similares, pero con ligeras diferencias respecto al momento y la finalidad de corto plazo por la que se concertó. En esta oportunidad, las empresas infractoras concertaron no participar de los concursos de EsSalud debido a que la entidad estatal no subió los precios de referencia sobre la base de una cotización previa concertada.

En efecto, las infractoras habían planeado enviar precios elevados como respuesta a la indagación de mercado de EsSalud, para que el precio de referencia se eleve, beneficiando a los postores. En tanto la entidad no realizó la subida, las involucradas decidieron no participar en sucesivas convocatorias.

E. Rotación de ofertas

El propósito del acuerdo colusorio es asignar turnos para que las empresas coludidas ganen en los procesos de licitación. A diferencia de los casos anteriores, que pueden conllevar una única conducta, en este caso la conducta se prolonga en el tiempo a fin de abarcar varios procesos de licitación o concursos. La manera en que se logra la adjudicación puede involucrar cualquiera de las conductas previamente detalladas (por ejemplo, mediante ofertas descalificadoras, supresión de ofertas, ofertas de resguardo, etc.).

Este caso también podría explicarse con la resolución de oxígeno medicinal citada líneas arriba. En dicho caso, las empresas implicadas presentaron ofertas más altas en las zonas geográficas que no les correspondían según el acuerdo, rotando al ganador de la buena pro.

F. Reparto de mercado

Al igual que el caso de rotación de ofertas, se trata de una conducta prolongada en el tiempo. En este caso, existe un reparto geográfico o de clientes, de manera tal que los miembros del cartel se adjudican zonas definidas en las que saldrán ganadores, o licitaciones realizadas por ciertas entidades. De manera similar a lo que ocurre con la rotación de ofertas, los miembros del cartel recurren a otras figuras que permiten asegurar la adjudicación al miembro seleccionado.

Al igual que en el caso anterior, este supuesto también se analiza en la resolución de oxígeno medicinal citado líneas arriba:

Aga, Messer y Praxair presentaron ofertas por encima del máximo permitido fuera de las zonas geográficas donde típicamente obtenían la Buena Pro o, se abstenían de participar en los procesos de selección en estas zonas. La primera conducta se presentó mayoritariamente en la primera etapa, mientras que la última se configuró en la segunda etapa (Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, párr. 449).

Existen ciertos indicios que permiten deducir la posible existencia de un acuerdo colusorio dentro de un proceso de licitación o concurso. Esto sucede porque las colusiones de este tipo suelen ser conductas continuas, es decir, que abarcan varios procesos de licitación y se prolongan en el tiempo.

Desde una perspectiva meramente económica, no tendría sentido para los miembros de un cartel incurrir en tal conducta en un solo proceso con el propósito que el beneficiario será solo alguno, o algunos, de sus integrantes¹². Por lo general, los acuerdos colusorios suelen implicar sucesivas concertaciones que beneficien a los miembros del cartel.

Finalmente, en estos casos es sumamente difícil encontrar pruebas directas de la concertación, aunque en algunos casos las conductas pueden resultar tan burdas que la infracción se acredita a

¹² Ello sin perjuicio que existe la posibilidad de que los miembros del grupo colusor, a través de un solo acto anticompetitivo, puedan implementar un esquema que beneficie a todos sus miembros (por ejemplo, a través de subcontrataciones de los postores perdedores o a empresas de sus respectivos grupos). También puede suceder, simplemente, que un postor consiga a un grupo de empresas para simular competencia en un solo concurso.

través de indicios o presunciones que corroboran, más allá de toda duda razonable, la existencia de una colusión (Bullard González, 2005, p. 227).

V. ¿QUÉ SE PUEDE HACER PARA EVITAR UN BID RIGGING? LA OPINIÓN DEL OECD

Como es evidente, la persecución y sanción de este tipo de conductas también debe ir de la mano con la implementación de ciertas políticas públicas por parte de las instituciones estatales que, precisamente, recurren a los sistemas de subastas para suministrarse de insumos y servicios. Esto, considerando que conforme lo ha precisado la OECD, “[e]n 2017, las compras públicas representaron el 46.4% de los gastos gubernamentales generales en Perú, la cuota más alta en Latinoamérica y el Caribe” (2021, p. 3).

Es bajo esta premisa que la propia OECD, en el documento precitado, ha planteado una serie de recomendaciones a fin de que el régimen de compras estatales, para el caso específico de EsSalud, donde se han verificado los casos más importantes detectados en los últimos años, sea consistente con las buenas prácticas sugeridas por la OECD. Entre ellas, podemos citar algunas que consideramos más relevantes:

A. Planificar las compras públicas

La correcta planificación de las compras permite, a través de estudios de mercado (ofertas pasadas, precios actuales del mercado, información de compras de otras entidades estatales), definir la cantidad de potenciales participantes en las licitaciones. De esta manera, el Estado puede optar por establecer las mejores condiciones que garanticen una mayor participación de los privados. En este sentido, la OECD indica lo siguiente:

EsSalud debería colaborar con los proveedores, en las primeras fases del proceso de planificación de las compras, ya que suelen tener más información que la entidad compradora sobre los costos, precios, tendencias del mercado, productos o servicios y sus sustitutos. Los intercambios tempranos con los proveedores también pueden maximizar la participación en el procedimiento de licitación al proporcionar información sobre oportunidades de compras futuras y permitir que los licitadores potenciales tengan tiempo para preparar sus ofertas (2021, p. 69).

Es a través de este estudio de mercado que EsSalud podría, por ejemplo, ajustar sus requerimientos y especificaciones técnicas, de manera tal que éstos permitan que una mayor cantidad de privados puedan participar. Muchas veces, según refiere la OECD, las entidades estatales consignan requerimientos que se ajustan a un solo postor en específico; probablemente, por una falta adecuada de investigación del mercado.

B. Maximizar el número de licitadores competidores

Mientras mayor sea el número de participantes en una licitación, menor será la posibilidad de que exista colusión. Esto se debe a que, en un sistema con muchos jugadores, es difícil que todos ellos arriben a un acuerdo anticompetitivo. Es más, los jugadores, muchas veces, se convierten en fiscalizadores de los mercados (denunciando posibles actos anticompetitivos).

La OECD muestra, en su estudio, información sobre el promedio de licitadores en procesos iniciados por EsSalud. Es ciertamente preocupante la poca cantidad de jugadores que existen en el mercado:

Tabla 1: Métodos de compras utilizadas por EsSalud (2019)

Año	Régimen	Método de Compra	Cantidad	Cantidad (millones, PEN)	Número promedio de licitadores
2019	Ley de Compras Públicas – Ley 30225	Adjudicación simplificada	1093	424.7	2.5
		Comparación de precios	423	2.2	3.2
		Concurso público	189	663.5	2.6
		Adjudicación directa	144	374.6	1.0
		Oferta pública	179	476.6	2.2
		Subasta inversa electrónica	88	255.8	3.1
	Otros regímenes	Adjudicación simplificada – Decreto 1355	1	1.1	1.0
		Contratación internacional	8	1.1	1.0

Fuente: OECD (2021, p. 78, Tabla 6.1)

En mercados sumamente especializados, existe la posibilidad de que los participantes sean pocos. Sin embargo, existen mecanismos que podrían ayudar al incremento de postores. Las recomendaciones son múltiples, y no es propósito de este documento citarlas todas. Solo para referencia, mencionamos algunas que son de nuestro especial interés:

- a) Otorgar la posibilidad de ofertas productos o servicios que, si bien no cumplen con todos los requisitos técnicos, podrían resultar alternativas más económicas, pero igualmente efectivas para satisfacer la necesidad que motiva la compra pública (mediante mecanismos de homologación).
- b) Eliminar requisitos innecesarios y/o irrelevantes para participar en la licitación, así como utilizar especificaciones y documentos estándares que reduzcan los costos de participar en licitaciones, pues, muchas veces, el 'papeleo' y la burocracia son barreras que, de por sí, motivan que potenciales postores no quieran participar en las licitaciones.
- c) Reducir la facultad que tienen las entidades para acudir a adjudicaciones directas.
- d) Regular con mayor énfasis los requisitos para poder participar en consorcio (a fin de evitar ofertas conjuntas cuyo único propósito sea el de reducir la competencia). De igual manera, se debe evitar la posibilidad de la subcontratación cuando ésta no tenga efectos pro competitivos.

C. Otorgar transparencia a los criterios de adjudicación

Cualquiera que ha participado en una licitación pública conoce, de primera mano, que las entidades siempre se centran en exigir requisitos mínimos que tienen la intención de garantizar, supuestamente, la idoneidad del futuro prestador. Sin embargo, estos requisitos muchas veces se centran en los medios, y no en los resultados.

En ese sentido, y entrando al mundo de la oferta legal, tenemos que las licitaciones para patrocinios al Estado se centran, por ejemplo, en que las firmas postoras acrediten una cantidad mínima de facturación y de permanencia de años en el mercado. De esta manera, firmas nuevas, pero con abogados capacitados y de experiencia, no pueden participar en dichas licitaciones cuando la firma (como persona jurídica) tiene solo unos cuantos años de constituida.

La OECD plantea una solución bastante sencilla:


Los Lineamientos de la OCDE (OECD, 2009) recomiendan que los organismos públicos definan las especificaciones de las licitaciones en términos de requisitos basados en el desempeño que se enfoquen en objetivos, en lugar de métodos de implementación. De este modo, pueden fomentar soluciones alternativas o innovadoras, impulsar la competencia y a través de una presión competitiva, hacer menos probable la manipulación de las licitaciones.

La contratación basada en el rendimiento establece los objetivos del contrato, dejando a la discreción del adjudicatario la forma concreta de alcanzar dichos resultados. El buen rendimiento puede medirse con medidas de resultados comúnmente aceptadas y adecuadas al producto en cuestión, como la puntualidad, la fiabilidad y el cumplimiento de los objetivos del contrato. Los contratos basados en el rendimiento suelen contener un esquema de penalizaciones o recompensas por el rendimiento a lo largo del periodo del contrato (2021, p. 101).

La opinión de la OECD es mucho más amplia, pero nos da una pauta de las mejoras que pueden ser implementadas, a corto y mediano plazo y con bajos costes, en el sistema de contrataciones públicas. Lo importante para ello es el 'cambio de chip'.

VI. CONCLUSIONES

La inclusión de las licitaciones públicas como conductas ilegales *per se* en la legislación peruana no debe responder ni a su naturaleza de concurso, ni a su carácter público. Por el contrario, debe ser consecuencia de su condición de acuerdo desnudo, tal como se deriva de la experiencia jurisprudencial estadounidense.

Creemos que no ha sido un acierto el establecer una prohibición absoluta únicamente para las licitaciones públicas, pues ello permite interpretar que debe aplicarse la regla de la razón en los concursos privados. La experiencia europea permite concluir que las prohibiciones expresas que ya existían en el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas eran suficientes para sancionar las licitaciones colusorias a través de desarrollos jurisprudenciales por parte del Indecopi. 

REFERENCIAS

- Bullard González, A.J. (2005). Armando Rompecazuelas Incompletos. El Uso de la Prueba Indiciaria. *Derecho & Sociedad*, (25), 227-238.

- Deza Sandoval, T.R. (2009). Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 5(9), 31-62.
- Federal Trade Commission (s.f.). Bid Rigging. <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors/bid-rigging>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (2018a). *Lineamientos para la interpretación de aspectos específicos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3898344/CLC%20-%20Lineamientos%20para%20la%20interpretaci%C3%B3n%20de%20aspectos%20espec%C3%ADficos%20de%20la%20Ley%20de%20Represi%C3%B3n%20de%20Conductas%20anticompetitivas.pdf>
- (2018b). *Guía para Combatir las Concertaciones en las Contrataciones Públicas*. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2961200/Gu%C3%ADa+de+Libre+Competencia+en+Compras+P%C3%ABlicas/>
- Jones, A., & Sufrin, B. (2014). *EU Competition Law - Text, Cases, and Materials* (5ta ed.). Oxford University Press.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos [OECD] (1993). *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*. <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>
- (2009). *Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas*. <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf#pdf>
- (2021). *Lucha contra la colusión en el sector de la salud en el Perú*. <https://www.oecd.org/competition/lucha-contr-la-colusion-en-el-sector-de-la-salud-en-el-peru-un-examen-del-regimen-de-contratacion-publica-de-essalud.htm>
- U.S. Department of Justice [Departamento de Justicia de los Estados Unidos] (2012). *Ardides de fijación de precios, arreglo de licitaciones y asignación de mercado: qué son y qué buscar. Manual básico sobre las leyes antimonopolios*. <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2012/11/29/price-fixing-es.pdf>
- (15 de diciembre de 2015). *Leyes Antimonopolio y usted*. <https://www.justice.gov/atr-espanol/las-leyes-antimonopolios-y-usted>
- Van Hove, K. (octubre de 2017). *Bid-rigging and deterrence under EU law* [ponencia]. International Competition Network Cartel Workshop, Ottawa, Canadá.
- Whish, R., & Bailey, D. (2015). *Competition Law* (8va ed.). Oxford University Press.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Addyston Pipe & Steel Co. c. United States, 175 U.S. 211 (1899).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 21 de febrero de 1997, Resolución 004-97-INDECOPI-CLC, Expediente 024-96/CLC (Perú).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 13 de agosto de 2010, Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI, Expediente 002-2008/CLC (Perú).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 10 de febrero de 2016, Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, Expediente 008-2012/CLC (Perú).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 5 de mayo de 2021, Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, Expediente 002-2019/CLC (Perú).

Comisión Europea. 73/109/EEC: Commission Decision of 2 January 1973 relating to proceedings under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty (IV/26 918 - European sugar industry). (1973). *Official Journal*, L 140, 17-48.

Decreto Legislativo 701, Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de noviembre de 1991 (Perú).

Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de febrero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 082-2019-EF, Decreto Supremo que apureba el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de marzo de 2019 (Perú).

Dr. Miles Medical Co. c. John D. Park & Sons Co.,
220 U.S. 373 (1911).

FTC c. B&J School Bus Services, Inc., 116 F.T.C. 308
(1993).

Leegin Creative Leather Products, Inc. c. PSKS, Inc.,
551 U.S. 877 (2007).

Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi,
13 de agosto de 1997, Resolución 206-97-TDC/
INDECOPI, Expediente 0077-95-CLC (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi,
22 de octubre de 1997, Resolución 255-97/
TDC-INDECOPI, Expediente 024-96-CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia
del Indecopi, 15 de julio de 2013, Resolución
1167-2013/SDC-INDECOPI, Expediente 002-
2008/CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia
del Indecopi, 26 de marzo de 2018, Resolución
068-2018/SDC-INDECOPI, Expediente 008-
2012/CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia
del Indecopi, 26 de agosto de 2019, Resolución
157-2019/SDC-INDECOPI, Expediente 011-
2015/CLC (Perú).

Sherman Antitrust Act (15 U.S.C. 1 *et seq.*)

United States c. Heffernan, 43 F.3d 1144 (7th Cir.
1994).

United States c. Socony-Vacuum Oil Co. Inc., 310
U.S. 150 (1940).

Versión Consolidada del Tratado de Funcionamien-
to de la Unión Europea art. 101, October 26,
2012, 2012 O.J. (C 326) 88.