

VISIÓN PERSONAL

Colusión en subastas: atención a Chile



Julio Pascual y Vicente
Director de Competencia, Ashurst

Los acuerdos para falsear la competencia entre quienes concurren a subasta pública, concertando sus respectivas pujas, son conductas anticompetitivas particularmente graves, que las legislaciones de todo el mundo sancionan severamente desde antiguo en el ámbito penal y también en el administrativo.

Así sucede en España, que prohíbe estas conductas desde las medievales Partidas, sin interrupción, hasta la actualidad. En efecto, la prohibición ya aparece entre las tipificadas en la V Partida de Alfonso XI, Rey de Castilla y León, junto con otros acuerdos "entre mercaderes" para fijar los precios de venta y los precios de compra. De las Partidas, la prohibición pasa al Ordenamiento de Alcalá (1348) y, sin solución de continuidad, llega al primer Código penal del siglo XIX, del que va pasando a todos los promulgados desde entonces hasta llegar al vigente de 1995 que, en su artículo 262, sanciona penalmente a quienes alteraren los precios en concursos y subastas públicas, tipificando varias modalidades delictivas, entre otras, la consistente en concertarse "entre sí con el fin de alterar el precio del remate".

El castigo previsto para estos delitos es de pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses (a determinar el importe diario), así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales. Si se tratara de un concurso o subasta convocado por las Administraciones o Entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial, que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.

Defensa de la Competencia

En España, a la sanción penal hay que añadir la sanción administrativa. En efecto, la colusión en subastas es una de las modalidades incardinables en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), considerada de entre las más graves por la doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, antecesor de la actual Comisión Nacional de la Competencia. Quizá valga la pena recordar que la multa administrativa por esta vulneración de la LDC puede llegar a alcanzar en España, para cada empresa, el 10 por ciento de

su cifra total de negocios en el año anterior al de la infracción, multa que puede extenderse a los directivos de las empresas implicadas.

La nueva Comisión Nacional de la Competencia española, que ha iniciado su singladura con brío, ya ha dicho, por boca de su Presidente, que va a perseguir con celo los cárteles y, entre ellos, particularmente los que se producen en las subastas. Pero el paso decisivo en esta materia lo acaba de dar Chile, cuya Fiscalía Nacional Económica (FNE), como autoridad nacional en materia de competencia, se ha coordinado con distintos organismos públicos, en el seno de un nuevo Comité institucional creado al efecto, en el que participan el Ministerio de Obras Públicas, la Red de Abastecimiento, la Dirección de Compras Públicas, la Contraloría General de la República, el Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno y la propia Fiscalía General Económica.

Proyecto piloto

La iniciativa, inaugurada a fines de mayo pasado con una reunión celebrada en la sede de la FNE, se encuadra en un proyecto piloto a nivel internacional, apoyado por la OCDE y la autoridad canadiense de la competencia, puesto en marcha con el fin de prevenir y detectar la colusión de los operadores económicos en licitaciones de abastecimiento público, cuyos efectos a nivel chileno, en términos de sobrepagos pagados por las Administraciones públicas, se ha estimado por la OCDE en 40 millones anuales de dólares.

Sirvan estas reflexiones de "aviso a navegantes". La colusión en subastas se está convirtiendo en la bestia negra de las autoridades de competencia en todo el mundo y no sin razón: los mercados que funcionan mediante subastas y concursos concentran los procesos competitivos en el instante mismo de la celebración de éstos, lo que no ocurre en los mercados ordinarios, en los que la competencia se manifiesta de un modo continuado en el tiempo. Por eso es más grave coludir en un concurso o subasta que en las transacciones de un mercado ordinario, porque allí los efectos sobre la competencia se despliegan a lo largo de un período de tiempo relativamente amplio: el que media entre una licitación y la siguiente.