

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2016)15

Organisation de Coopération et de Développement Économiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

21-Mar-2016

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS  
COMPETITION COMMITTEE**

DAF/COMP/LACF(2016)15  
Unclassified

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)  
FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA**

**Sesión III: Promoviendo la competencia efectiva en los procesos de compras públicas**

-- Contribution de Costa Rica --

12-13 de abril 2016, Ciudad de México, México

*Se hace circular el documento adjunto elaborado por Costa Rica PARA SU DEBATE en la Sesión III del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia los días 12 y 13 de abril 2016 en México.*

Contacto: Lynn ROBERTSON, Coordinadora de Relaciones Globales, División de Competencia de la OCDE [Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: [lynn.robertson@oecd.org](mailto:lynn.robertson@oecd.org)].

**JT03392451**

Complete document available on OLIS in its original format

*This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.*

Spanish - Or. English

# FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



## 14º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia 12-13 de abril de 2016, Ciudad de México, México

### Sesión III: Promoviendo la competencia efectiva en los procesos de compras públicas

\*\*\*

#### **Detección de prácticas colusorias e imposición de sanciones a empresas y personas físicas participantes en el remate para adjudicar la explotación del redondel y la organización de toros de zapote para los periodos 2012-2013 y 2013-2014**

#### **-- CONTRIBUCIÓN DE COSTA RICA\* --**

##### **1. Consideraciones generales sobre las licitaciones colusorias**

1. La colusión en los procesos de compras públicas, se identifica como una forma de fijación de precios resultado de la concertación de voluntades entre distintas empresas competidoras para manejar una parte del mercado evitando el ingreso de otros competidores a un mercado específico.
2. En este tipo de acuerdos, las empresas participantes tienen como objetivo principal la maximización de sus beneficios traducidos en ganancias. En la mayoría de los casos las instituciones de gobierno junto a las municipalidades son las entidades más vulnerables para estos ilícitos, por cuanto estas destinan cantidades importantes de sus recursos económicos para adquirir bienes y servicios para la colectividad.
3. Por ello se esperaría que las empresas compitan efectivamente logrando así un abanico de ofertas competitivas y por ende una variedad de productos y servicios para seleccionar en función de la calidad, precio e innovación o los beneficios que pueda reflejar una oferta dentro de un proceso de contratación que integre el componente de sana competencia entre oferentes.
4. En un ambiente de sana competencia, los agentes económicos luchan por ofrecer los mejores bienes y servicios como resultado de la rivalidad por alcanzar mayores cuotas de participación así como los

\* Esta es una contribución de COPROCOM (Comisión para Promover la Competencia), Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Costa Rica.

beneficios que provengan de estas negociaciones. En estos casos no se puede hablar de una situación de confort sino más de una lucha constante por conquistar mercados a través de la competencia.

5. No existe duda respecto a aquellos procesos que carecen de competencia, y a la afectación que esto provoca a la Administración en el manejo de los recursos económicos provocando un efecto perjudicial en la concepción de interés público por cuanto la concertación o el acuerdo entre competidores para no ofertar individualmente afecta el interés de la colectividad y por ende los intereses de cada administrado y las posibilidades de adquirir un bien o servicio de la mejor calidad y a un precio razonable.

6. Es así como la legislación de competencia costarricense a través del artículo 11 tutela las prácticas anticompetitivas absolutas, en este caso se puntualiza la prohibición de: (...) “d) *Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.(...)*”. Como se desprende de lo anterior, el legislador fue determinante al señalar que estas conductas son sancionadas como resultado de un procedimiento legal junto a las consecuencias y derechos que puedan surgir para las partes que infrinjan esa normativa.

7. Las prácticas colusorias tienen una calificación importante a nivel normativo, por cuanto se trata de las conductas más nocivas para los mercados, de ahí que se consideran nulas de pleno derecho en función de sus efectos y por ende su reparación requiere de mayor dificultad. Es así como en estos casos lo único que se debe probar es que el acuerdo se dio entre competidores y que la conducta está tipificada en el artículo 11 inciso d) de la Ley de Promoción de la Competencia.

8. La legislación de competencia costarricense establece que los concursos y las licitaciones colusorias obedecen a conductas y actos de naturaleza prohibida y sancionable según los alcances de la Ley No. 7472, por cuanto estas actuaciones obstaculizan el uso real de los instrumentos que pone a disposición el ordenamiento para contratar( concurso, subasta o licitación) con el fin de escoger la figura más beneficiosa en función de procurar los mejores resultados para la satisfacción del interés común. En estos casos es evidente que el interés de la Administración es general, y está orientado a la obtención de los mejores beneficios para la colectividad.

9. Es así como la ausencia de competencia en estos actos de contratación, provocan una doble afectación, por un lado respecto a la obtención de los beneficios meramente administrativos, seguido del perjuicio que recae sobre el bienestar social que debe procurar la Administración.

10. Este tipo de acuerdos tiene un fin singular que implica el beneficio de las empresas que conforman el cartel, al imitar la conducta del monopolio, por ejemplo, al restringir la producción y elevar precios, o al manipular los resultados de los procesos de licitación, subastas, y otras contrataciones de esa naturaleza, con el fin de obtener mayores utilidades.

11. Dadas las implicaciones provenientes de estas conductas, es necesario integrar otras alternativas e instrumentos por medio de reformas legales, reglamentos, coordinación entre entidades relacionadas con este tema, siendo necesaria la actualización de metodologías, herramientas para combatir colusión a nivel estatal y municipal, en virtud de que estos sectores son los más vulnerables para este tipo de actuaciones.

## **2. Sobre la investigación realizada y las pruebas existentes**

12. La Comisión para Promover la Competencia, en el ejercicio de sus facultades legales, ordenó la apertura de un procedimiento administrativo, que tiene como origen el conocimiento de la noticia que fue transmitida en un noticiero nacional que indicaba que la Municipalidad de San José adjudica control de corridas de toros de fin de año por 400 millones de colones. En función de lo anterior se inicia una investigación preliminar con el fin de recolectar indicios o posibles hechos que nos pudieran demostrar la presencia o ausencia de actos contrarios a la Ley No. 7472.

13. Es importante tener claro que las conductas anticompetitivas se materializaron mediante la participación de varios agentes económicos en un remate, el cual se interpreta como la licitación, subasta o puja mediante la que se ofrece servicio o productos para la venta o explotación a un precio mínimo, con el fin de recibir múltiples ofertas y lograr los mejores beneficios en todo sentido. Esto significa que los agentes que participan en el remate, presentaran sus ofertas de forma tal que la Administración esperará por la oferta que ofrezca el mayor precio, en este caso la que implique más dinero por obtener el derecho de prestar el servicio de explotación del redondel y la organización de toros para loa festejos de fin de año que celebra la Municipalidad de San José, uno de los gobiernos locales más grandes del país.

14. Ante la existencia de indicios de un posible acuerdo colusorio, se llevo a cabo un proceso de investigación que involucro a empresas privadas y personas físicas en virtud de su posible participación en los acuerdos colusorios materializados mediante la figura del remate. En este caso las empresas investigadas están dedicadas actividades de asesoría, gestión de negocios y eventos relacionados con la explotación y organización del redondel y corridas de toros, específicamente en aspectos como el manejo, control, documentación, tramitología y permisos para la prestación del servicio. Además, en otras oportunidades algunas de ellas también habían participado en licitaciones relacionados con el tema.

15. Los agentes económicos participantes eran competidores entre sí, en virtud de que estos prestan servicios en actividades de la misma naturaleza, lo que se demostró según el registro de participación de otros remates efectuados. En este caso únicamente se investigaron los agentes que asistieron al remate sin considerar el tema del depósito de garantía para participar, sino la participación pura.

16. Como parte de los argumentos ofrecidos por las empresas para evitar las investigaciones, se indica que el valor o la credibilidad que se le brinda a una noticia que se refiere al remate y los resultados de este, carece de toda seriedad, sin embargo, se les hizo ver que no es posible que un agente económico ante un acto de esta naturaleza permita que un medio de comunicación se refiere a determinados hechos y este no gestione aclaraciones ante un comunicado tan delicado. Lo que sí es importante y se les aclaró es que el conocimiento de la noticia constituyo la alerta para que se decidiera iniciar una revisión de estos comentarios, no obstante, ante la presencia de otros elementos de peso para probar la práctica, es que se decide la apertura formal de la investigación a efectos de descubrir la verdad real de los hechos.

17. Lo fundamental para probar este tipo de conductas nos lleva a determinar que el acuerdo es resultado de la unión de voluntades de agentes competidores entre sí, sin valorar la intencionalidad u otros elementos dados los perjuicios de la conducta en sí y por otro lado, la identificación de la norma que tutela la conducta y sus efectos en el mercado. En este caso se tiene como competidores a aquellos agentes económicos que decidan participar o muestren su interés de participar por cuanto en los requerimientos del cartel no se exige experiencia, siendo que se denomina competidor a aquel que manifieste su ánimo de participación y su intención radique en obtener las adjudicación de la oferta, lo anterior por cuanto se trata de un servicio eventual para determinada fecha.

18. En este caso, se identificó que el mercado de referencia de la conducta, se refería al servicio de explotación del redondel y la organización de las corridas de toros de Zapote para los periodos 2012-2013 y 2013-2014 objeto del remate del año 2012 promovido por la Municipio Capitalino. Es importante agregar que este mercado es ocasional, por cuanto la actividad a contratar refiere a los festejos que se realizan una vez al año, sin embargo, en el caso descrito se realizó la valoración de dos años.

19. En lo que corresponde a los alcances del cartel de remate, se indica que se trata la explotación del redondel para el periodo adjudicado y la organización de los toros y las actividades que se llevan a cabo con relación a los festejos taurinos. Esto implicaba la realización del espectáculo taurino y otros adicionales. En este caso el adjudicatario tenía derecho a los ingresos totales de la taquilla, a la venta de

publicidad, venta de alimentos, bebidas, camisetas y suvenires dentro del redondel, como parte de los beneficios.

20. Entre los agentes económicos participantes en el remate, encontramos una empresa dedicada a otras actividades que no están relacionadas con el mercado de referencia, sin embargo, esta tenía experiencia en estas actividades dado que ya había sido adjudicataria en otro evento de la misma naturaleza. Por otra parte, otros agentes estaban dedicados a la crianza de ganado apto y además insumo esencial para la prestación del servicio de organización y explotación del evento.

21. Otro aspecto importante refiere a que el remate se inició a las trece horas y concluyó a las trece horas diez minutos, y adjudicado por la base inicial, lo que demuestra la ausencia de competencia efectiva para luchar por la adjudicación.

22. Se identificaron otras declaraciones en la cuales se realizaron aseveraciones entre estas: “que fue una buena decisión unirse para así dejar los precios de los boletos baratos y crear una fórmula exitosa de cara a la Administración del redondel”, entre otras consideraciones similares.” El comentario citado entre otros constituyo prueba durante el proceso de investigación.

23. Como parte de la prueba aportada se recibieron algunas fotos de la celebración del remate lo que demuestra que los agentes económicos sancionados tomaron asiento en la primera fila, uno seguido del otro y entre ellos se evidencian las conversaciones establecidas entre el grupo. Asimismo, en otro periódico de circulación nacional se incluye una foto de tres de los investigados posando con el único número con el que se participo en la subasta y que adjudico el remate sin mayores aumentos en la base, dado que no hubo competencia efectiva. Así constan múltiples comentarios que reafirman la celebración del acuerdo entre las partes y otras declaraciones que se brindaron públicamente y en forma grupal.

24. En esta investigación la mayoría de las pruebas provienen del expediente administrativo que tiene el Municipio que llevo a cabo el remate y otras declaraciones que fueron emitidas por los participantes a través de medios de comunicación nacional, entre estos televisión, periódicos etc.

25. En materia de licitaciones colusorias los oferentes que participan en las licitaciones o remates comparten información entre sí, estableciendo acuerdos para incrementar los precios o disminuir la calidad de los servicios o los productos, concertando voluntades para participar y eliminar la competencia efectiva que debe privar en los mercados. El proceso competitivo permite lograr mejores precios y calidad en los productos y servicios, junto a la innovación y otras mejoras asociadas a los estándares de excelencia, de forma tal que la Administración alcance la mejor relación precio-calidad y condiciones en función del presupuesto que posee.

26. Resultado de la investigación se logro demostrar que las empresas que participaron en el remate incurrieron en prácticas anticompetitivas prohibidas por la Ley No. 7472, según el artículo 11 inciso d). Estas prácticas se consideran las más perjudiciales al proceso de competencia y libre concurrencia y en esta situación la conducta se calificó de naturaleza grave, precisamente porque que el comportamiento de las empresas afectó a un gobierno local, y no a cualquier cliente o usuario, afectando los beneficios destinados para los ciudadanos, particularmente el interés público, que debe privar en todo proceso de contratación pública.

27. Dada la afectación y los perjuicios causados, se establecieron multas a seis agentes económicos por participar en la concertación que desencadeno en un acto colusorio, valorando el daño causado, indicios de intencionalidad, mercado afectado, duración de la práctica, reincidencia y otros aspectos que denotan los daños provocados.

28. Es importante rescatar que el remate que se sometió a estudio, comprendió la subasta de dos periodos consecutivos, específicamente en los años 2012-2013 y 2013-2014, cuya base correspondió a 200 millones por periodo, siendo la base total del remate cuatrocientos millones de colones (¢400.000.000). Ante la ausencia de competencia efectiva no se logran mayores beneficios, de ahí que la adjudicación se realiza por el monto base, surgiendo la necesidad de investigar la conducta y aplicar la sanción a los agentes que participaron en ese remate.

29. Otro aspecto por resaltar radica en que el remate realizado en el año 2014-2015, es decir, el año siguiente a los periodos que fueron investigados, las ganancias del municipio fueron de 540 millones de colones, es decir, la base del remate sufrió un incremento 35% de un período al otro. En lo que respecta al objeto o servicio por contratar, es necesario resaltar que el objeto de la contratación y las condiciones podrían variar cada año, lo que dificulta su comparación por cuanto en algunos concursos se subasta la administración de los festejos y en otros se habla adicionalmente de la utilización de los derechos de transmisión para televisión abierta o red nacional, lo que hace que estos concursos sean atractivos.

### **3. Reflexiones y Recomendaciones Finales**

30. Considerando la normativa actual y los perjuicios que derivan de los acuerdos colusorios, es necesario realizar un replanteamiento respecto de los mecanismos internos que poseen las instituciones que realizan los procesos de compras públicas con la finalidad de contar con mecanismos certeros para detectar estas prácticas y evitar afectaciones en el mercado.

31. Las labores desempeñadas hasta ahora en materia de detección de carteles juegan un papel trascendental como precedente para otras investigaciones, en estos casos se puede valorar el desempeño a nivel de ciertas instituciones y los resultados obtenidos.

32. Es necesario indicar que actualmente esta investigación sostiene cierta relación con otra causa iniciada ante otra Autoridad, lo que significa que las labores investigativas que operan en sede Administrativa coadyuvan con otras diligencias o decisiones que se podrían tomar en otras instancias, sin que exista un acuerdo formal de cooperación.

33. Que la dinámica del proceso de investigación remite a metodologías más innovadoras y realistas por cuanto la concertación de voluntades para coludir y sus efectos provienen de las diversas manifestaciones que realizan los infractores a través de medios de comunicación escrita y televisión junto a otros detalles de conducta determinantes para demostrar el acto anticompetitivo.

34. Es así como el criterio de sanción reviste cambios sustanciales, dado que ante estas prácticas y la dificultad para su comprobación tal como lo señala las mejores prácticas internacionales, se requiere de una adecuación en la búsqueda de la verdad, de forma tal que la Autoridad de Competencia, instaure lineamientos prácticos para la búsqueda de pruebas que obedecen a actos presenciales y públicos con el resultado particular de un acto colusorio.

35. El aseguramiento de la competencia en los procesos de compras públicas y la eliminación de barreras de entrada constituyen pilares fundamentales en los procesos de tutela de la competencia y la adquisición de bienes y servicios destinados para la colectividad.

36. Ante las recomendaciones emitidas por la OCDE y la necesidad de replantear las alternativas que posee el ordenamiento costarricense para respaldar este tipo de prácticas, es necesario formular un cambio legal e impulsar herramientas novedosas para la detección de carteles, tales como la creación de un sistema centralizado de contratación administrativa que permita el monitoreo de los procesos de competencia.

37. Por ello, los mercados son dinámicos e igualmente las Autoridades encargadas de velar por la competencia efectiva en estos, tiene la responsabilidad de innovar legalmente, llevar a cabo convenios e incorporar aquellos cambios que sean necesarios para ejercer una tutela amplia de la Competencia que garantice a los agentes que integran el mercado, cuenten con la fluidez y el dinamismo para llevar a cabo las actividades comerciales sin obstáculos que impidan una sana competencia.

38. La reflexión en cuanto a los alcances nos lleva a pensar que las entidades encargadas de los procesos de compra también tienen una gran responsabilidad, por cuanto deben mantenerse vigilantes durante todo el proceso alertando a la Autoridad Competente para lo que corresponda.

39. Los actos colusorios podrían constituir la plataforma para que otros ilícitos encuentren un ambiente propicio, sin embargo, la prevención de estas tareas requieren de una coordinación interinstitucional que permita el establecimiento de mecanismos de alerta en determinados sectores así como los instrumentos legales para hacer las funciones de detección más eficientes.

40. Es así como se lograría un mejor manejo de los recursos públicos y su aprovechamiento en beneficio del interés común a través de una especialización del personal encargado de los procesos de compras respecto de la identificación de signos que podrían demostrar que estamos ante un cartel.

41. También como parte de las mejoras por realizar, se tiene como objetivo entre otros, la implementación de un programa de clemencia, como una alternativa concreta para detectar carteles duros dado que carecemos de opciones para aquellos agentes que deseen colaborar con la investigación de una conducta siendo necesaria la existencia de un protocolo legal que respete los términos de negociación y la recepción de pruebas, testimonios y otros hechos que podrían constituir prueba fehaciente del acuerdo colusorio.

42. En la investigación de estas prácticas la única cooperación que se puede obtener tiene que originarse en los lineamientos legales establecidos en la Ley No. 7472, de forma tal que la prueba se puede incorporar en el proceso de investigación. No existen convenios u otras ayudas establecidas formalmente con otras entidades para detectar prácticas, dado que como se indicó líneas atrás los actos de investigación e incorporación de hechos obedecen a una normativa legal imperante.

43. Para llevar a cabo la cooperación con otras entidad, y en el caso específico de tutela de actos de anticorrupción es necesario realizar una evaluación de los sectores que podrían ser vulnerables ante este tipo de prácticas, y de ser necesario autorizar mediante la normativa respectiva que existirá coordinación entre autoridades cuando se de la detección de prácticas colusorias y exista una sospecha o componente de corrupción que podría identificarse durante el transcurso del proceso de investigación.

44. Finalmente, existen múltiples esfuerzos de la Autoridad para promover la cultura de competencia y en especial se ha involucrado a un número importante de Municipios en capacitaciones que integran las mejores prácticas internacionales externadas por la OCDE, con el objetivo de contar con entidades gestionantes más informadas y atentas a ante la existencia de prácticas colusorias.