

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PUCP

**HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS EFICIENTE:
*LA COMPETENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR***

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA**

AUTOR

JUAN JACOBO HERRERA CARRASCO

ASESOR

HEBERT EDUARDO TASSANO VELAOCHAGA

Abril, 2019

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación analiza los problemas subyacentes a la contratación pública, la cual está directamente relacionada con el crecimiento y el desarrollo de un país. Por tal motivo, se propone un cambio de perspectiva respecto al principal problema de la contratación pública: el bajo nivel de competencia; en consecuencia, partimos de la premisa que, superando dicho problema, es posible superar aquellos problemas vinculados, tales como la corrupción o la sobrevaloración de precios. Para tal fin, se parte por describir lo que debemos entender por competencia y cómo es que la contratación pública ha sido abordada por organismos supranacionales (OMC, CNUDMI, OCDE) y específicamente, cómo es que es regulada en los países miembros de la Alianza del Pacífico (Chile, Colombia, México y Perú). En segundo lugar, se debate sobre las propuestas de mejora del nivel de competencia en la contratación pública en el Perú, considerando que el vigente marco normativo viene sufriendo cambios periódicos. Finalmente, se propone mecanismos de mejora de los métodos de contratación utilizados actualmente, sea por sus buenos resultados en la experiencia internacional o sea porque ya han sido incorporados en otros marcos normativos en los que el Estado peruano participa (diálogo competitivo, selección en dos fases, etc.); esto, debido a que un mayor nivel de competencia en la contratación pública generará una contratación pública más eficiente, es decir, el Estado obtendrá mayor valor por el dinero público, mediante una mejor relación calidad-precio.

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	1
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I: Y LA COMPETENCIA, ¿DÓNDE ESTÁ?	9
1. Hacer lo mismo lleva al mismo resultado: hagamos algo diferente	9
2. La competencia y sus virtudes	11
3. ¿Cómo se afecta el proceso competitivo?	13
3.1. Corrupción	13
3.2. Concertación de postores.....	15
3.3. Ejercicio de potestades públicas	16
4. El deber ser de la contratación pública	16
4.1. Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC	17
4.2. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública	17
4.3. Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Contratación Pública	18
5. La globalización del derecho administrativo y la contratación pública	18
6. El marco normativo de las compras públicas en el Perú	19
7. El panorama de la contratación pública en Chile, Colombia y México	21
7.1. Chile	23
7.2. Colombia	26
7.3. México	27
7.4. Epílogo	29
CAPÍTULO II: EL BAJO NIVEL DE COMPETENCIA COMO PRINCIPAL PROBLEMA	
DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	30
CAPÍTULO III: LA COMPETENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR	37
Conclusiones	40
LISTA DE REFERENCIAS	42

INTRODUCCIÓN

Según el último estudio publicado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) sobre el nivel de competencia en la contratación pública, el promedio de postores en las convocatorias realizadas por las entidades públicas y registradas en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) era de 1.6 el 2014, 2 el 2015, 2.3 el 2016 y 2.7 el 2017 (OSCE, 2017, p. 22, 2018, p. 23). Si se tiene en cuenta que un proceso competitivo puede lograr la obtención de bienes o servicios a precios más bajos, de mejor calidad y fomentar la innovación (OECD, 2011, p. 7), este bajo nivel de competencia constituye un problema sistémico de la contratación pública, debido a que, a menor cantidad de ofertantes (postores), el precio de adquisición casi siempre es mayor; por ejemplo, en los procedimientos de selección en los que participaron 5 o más postores, el costo de la contratación se redujo en 12.5 % respecto al valor referencial (Andina, 2017), que es el valor determinado por los órganos encargados de las contrataciones durante el estudio o indagación de mercado.

Paradójicamente, tanto el derogado Decreto Legislativo 1017 como la vigente Ley 30225 han considerado a la competencia como un principio que debe regir las contrataciones del Estado, aunque dándole conceptos distintos. Para la normativa anterior, competencia era igual a pluralidad de postores (Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, 2008, art. 4), es decir, una mayor cantidad de postores significaba un nivel mayor de competencia. En cambio, la nueva normativa entiende como competencia a la competencia efectiva para la obtención de la propuesta más ventajosa (Ley de Contrataciones del Estado, 2014, art. 2), por lo que debemos preguntarnos ¿qué debemos entender por competencia efectiva? y ¿qué propuesta es la más ventajosa?.

La propuesta más ventajosa puede ser la de menor precio, la de mejor calidad, o la de mejor relación calidad-precio (*best value for money*), esto es, que el factor competencia no se debe limitar solo al precio y que la evaluación económica debe incluir los gastos asociados futuros (Dimitri, 2012, p. 24). Por su parte, competencia efectiva es un concepto que no ha sido definido con claridad, pero existe consenso al considerar que no debe entenderse como una situación de competencia perfecta, sino como aquella que reconoce las imperfecciones del mercado (Bender, Götz, & Pakula, 2011, p. 5; Pedraza, 2012, pp. 108–114). No obstante, dado que mediante los procedimientos

de selección se elige a una empresa para que provea bienes, preste servicios o ejecute obras en condición de monopolio, debe elegirse al mejor postor o competidor, pues esta competencia por el mercado incide también en el crecimiento productivo del país (Serrano-Pinilla, 2011, pp. 150–151), ergo, en el desarrollo económico y social.

Esto es así porque el crecimiento económico de un país se sostiene en sus recursos humanos, sus recursos naturales, el capital y el avance tecnológico e innovación (Samuelson & Nordhaus, 2010, pp. 516–520), siendo este último factor el que influye directamente en el aumento de la productividad (Loayza, 2016, pp. 11–12). Sin embargo, sin competencia no hay incentivos para la innovación, afectando de esta manera la productividad, que es el factor clave para el crecimiento económico del país; lo cual se requiere para mejorar el nivel de vida de los ciudadanos.

Dado que el PBI es la suma del valor monetario del consumo, la inversión y producción de capital, el gasto público y las exportaciones netas del país en un ejercicio económico determinado (Samuelson & Nordhaus, 2010, p. 413); y considerando que las compras públicas representaron el 11.6 % del PBI y más de la mitad del gasto público del Estado peruano durante el 2014 (OCDE, 2016, pp. 146–147), es evidente la relevancia que tiene la contratación pública en los resultados macroeconómicos del país.

Si al problema del bajo nivel de competencia en la contratación pública se agrega el de la corrupción, el resultado es la sobrevaloración de precios en las compras públicas (Marca & Escobar, 2015, pp. 234–235), por lo que entre el 20 y el 25 % de los montos contratados pueden perderse como consecuencia de la corrupción (OECD, 2013, p. 21). En el Perú, la corrupción habría costado de 20 a 30 % del presupuesto público (3 a 4 % del PBI) desde nuestra independencia hasta el final del gobierno de Alberto Fujimori, lo que habría significado una pérdida de oportunidad para el crecimiento de 40 a 50 % (Quiroz, 2005). Cabe señalar que el costo de la corrupción en la contratación pública no se limita a la afectación patrimonial, sino que también distorsiona la competencia, puede reducir la calidad, sostenibilidad y seguridad de los proyectos de inversión pública y de las adquisiciones; además, genera desconfianza en el gobierno y en el sistema de contratación pública (Kühn & Sherman, 2014, p. 4), es decir, también afecta al mercado interno.

Ahora bien, la corrupción no es un acto aislado de quienes ejercen función pública, pues para que se materialice requiere de un agente corruptor que proviene del

sector privado (comerciantes, industriales, empresarios y profesionales) (Vargas Haya, 2005, p. 46). Esto trae a colación que las empresas no solo afectan el proceso competitivo mediante actos de corrupción, sino también mediante la concertación entre competidores, sea para aumentar los precios o disminuir la calidad de los bienes, servicios u obras proveídos al Estado (OCDE, 2012, p. 2), con el objetivo de maximizar sus utilidades al eludir la competencia (San Miguel-Giralt, 2017, pp. 381–382), perjudicando al comprador, que en este caso es el Estado.

Como tradicionalmente se considera que un alto nivel de discrecionalidad del agente público hace más propicia la corrupción (Klitgaard, 1990, p. 83), la estrategia típica de combatirla es mediante procedimientos rigurosos que incluyen un alto nivel de detalle en lo que el Estado va a comprar, sin advertirse que de esta manera se elevan los costos de cumplimiento y provocan que solo unos pocos estén dispuestos a satisfacer las especificaciones detalladas, pues muchas veces son distintas a las que el mercado ofrece; lo que genera una competencia limitada y ofertas más onerosas (Stiglitz, 2006, pp. 232–233). Entonces, el ejercicio de las atribuciones públicas otorgadas por las normas de la contratación pública también puede afectar la competencia (Sanchez Graells, 2015a, pp. 1–2), sobretodo cuando no se asignan los riesgos de las transacciones de una manera adecuada, lo cual significa que los riesgos se deben asignar a quien le cueste menos afrontarlos.

Entonces, el bajo o inexistente nivel de competencia en la contratación pública es un problema multifocal, con muchas causas y consecuencias, por lo que el objetivo de la presente investigación consiste en analizarlas y describirlas con la finalidad de determinar si el origen de este problema radica en una deficiencia normativa, en su aplicación, o en el exceso de transparencia. Para tal fin, estudiaremos los lineamientos o políticas de gobierno recomendados por organismos multilaterales, tales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

Luego realizaremos un análisis comparativo de los sistemas de contratación pública de los países miembros de la Alianza del Pacífico (Chile, Colombia, México y Perú), esto debido a las similitudes en el ámbito económico, así como en el marco regulatorio de estos países. Además, también se tiene en cuenta que México, Chile y Colombia son miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) (BBC Mundo, 2018); mientras que el Perú forma parte del

Programa País, es decir, que cuenta con el apoyo de la OCDE en el diseño de reformas y fortalecimiento de políticas públicas (OECD, 2014), para poder incorporarse luego como miembro.

Es propósito de este trabajo abordar los puntos de contacto entre el derecho de la competencia y la contratación pública, tales como la necesidad combatir la concertación de postores en las licitaciones o concursos públicos, la necesidad de corregir las distorsiones a la competencia que pueden ser causadas por las entidades públicas en ejercicio de las atribuciones que le son otorgadas por las normas de contratación pública; así como el uso de la contratación pública como instrumento para fomentar la innovación (OECD, 2017), lo cual, como ya dijimos, incide en la productividad y el crecimiento económico del país.

Finalmente, efectuaremos las recomendaciones para que la competencia sea el principio rector sobre el cual se efectúe una contratación pública más eficiente en el Perú, para que tras doscientos años de vida republicana no sigamos perdiendo oportunidades para el crecimiento económico del país y el desarrollo social de su población.

Como ya lo dijimos, el principal problema de la contratación pública es el bajo nivel de competencia en las licitaciones o concursos públicos, por ello las administraciones públicas deben enfocarse en fomentar la competencia de los privados que serán sus proveedores; mientras tanto, la lucha anticorrupción, que ha venido ocupando el rol preponderante en la contratación pública, debe ser un mecanismo de respuesta supletorio.

Lo anterior obedece a que la opinión pública asume que los políticos nombran a los funcionarios que son los que adjudican las licitaciones a los mismos contratistas, siempre¹; luego se sobrefacturan las obras y se devuelve una parte a los funcionarios y políticos en forma de soborno, sin distinción del partido o la ideología política; quien no se adhiere no sale adelante, así el mecanismo de la corrupción se autoalimenta y extermina todo lo que no pertenece allí (El mecanismo, 2018, Juicio final). Cada cuatro o cinco años los políticos ofrecen como eje central de sus planes de gobierno la lucha contra la corrupción, prometiendo por lo general su erradicación; sin embargo, la historia

¹ En la mayoría de países latinoamericanos, políticos de alto nivel son investigados por casos de corrupción relacionados a la ejecución de obras públicas. En el Perú se ha denominado “club de la construcción” a las empresas involucradas en estos actos ilícitos, muchas de ellas subsidiarias de empresas brasileñas implicadas en el caso *Lava Jato* (Redacción EC, 2018).

nos dice que el resultado siempre ha sido la impunidad (Vargas Haya, 2005, p. 27), por lo que si no cambiamos de estrategia no tendremos distinto resultado.

Debido a que la corrupción es un mal metastásico que afecta a todos los gobiernos –sin excepción–, la lucha contra la corrupción, mediante el establecimiento de más reglas y procedimientos, no ha sido efectiva, pues, por el contrario, siempre se convierten en una oportunidad más para la corrupción mediante el soborno (OECD, 2007, p. 17); en consecuencia, dado que la contratación pública es la actividad estatal más vulnerable a la corrupción (OECD, 2009, p. 9), no debe dejarse de lado las medidas de detección y represión de esta, pero la mejor forma de prevenirla es mediante el fomento de la competencia, pues esta logrará que el Estado pueda adquirir bienes o servicios de mejor calidad a un menor precio, lo que hará que la sobrevaloración –que va a parar al patrimonio de los políticos y servidores corruptos– se vea reducida y por ende resulte menos atractiva.

Otra de las causas del problema advertido es la colusión horizontal o concertación de postores, por lo que debe advertirse oportunamente cuando se presente tal situación en la contratación pública, ya que estas conductas tienen patrones identificables que requieren que todos los involucrados obtengan beneficios, situación que los vuelve vulnerables a ser descubiertos. Es necesario incorporar sanciones drásticas para aquellos postores que participen de estas prácticas anticompetitivas, como es la inhabilitación permanente para ser proveedor del Estado, ya que con el reciente Decreto Legislativo 1444 se ha establecido que solo las infracciones relacionadas a prácticas o conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección, que sean calificadas como muy graves por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), darán lugar a la inhabilitación del proveedor para contratar con el Estado por el plazo de solo un año, lo que no guarda relación de proporcionalidad entre gravedad y sanción.

Como se ha señalado, el ejercicio de potestades públicas también puede distorsionar la competencia, sea por el ejercicio del poder de compra, mediante la creación de barreras regulatorias que limitan la competencia (Sanchez Graells, 2015a, p. 1), la transparencia excesiva que puede facilitar la concertación (Sanchez Graells, 2009, pp. 13–16) o la indebida asignación de riesgos, generalmente trasladados en su totalidad a los proveedores. En consecuencia, deben adoptarse medidas para evitar que el ejercicio de las potestades públicas afecten negativamente la competencia.

Por último, dado que la productividad del país está directamente vinculada con la innovación, debe fomentarse el uso de la contratación para la innovación, pero utilizando métodos competitivos de selección, ya que en la normativa vigente se encuentra previsto como un supuesto de contratación directa.

De este modo, un incremento en el nivel de competencia logrará que las compras públicas guarden una mejor relación calidad-precio, de tal manera que la sobrevaloración sea mínima, haciendo que el beneficio ilícito de la corrupción sea menor, dejando sin incentivo económico a la realización de prácticas corruptas (Chávez Presa, 2016). Además, si se fomenta la competencia, existirán más postores y el riesgo de concertación disminuirá por la cantidad de agentes económicos involucrados (OECD, 2008, p. 10). Finalmente, la innovación generará un crecimiento productivo sostenido, con una reducción de costos y de precios a mediano plazo y largo plazo (Serrano-Pinilla, 2011, pp. 151–156), lo que se podrá traducir en empresas competitivas con capacidad de expandirse más allá del territorio peruano.

Cabe precisar que la contratación pública no está referida únicamente al abastecimiento de bienes o servicios al Estado, sino que es una potestad o herramienta jurídica a través de la cual este interviene en la vida económica, social y política del país para el cumplimiento efectivo y eficiente de sus fines o políticas públicas (Gimeno Feliù, 2008, pp. 13–18). De este modo, el universo contractual del Estado abarca los contratos habilitantes de actividades de recursos naturales, los contratos relativos a la administración del patrimonio estatal, los contratos de asociación público-privada y otras formas de promoción de la inversión privada, los contratos del servicio civil, los contratos de aprovisionamiento, los contratos para la disposición de bienes del Estado y los convenios financieros de endeudamiento, entre otros (Danós, 2008, pp. 622–623; Morón & Aguilera, 2017, pp. 45–54). No obstante, el presente trabajo está referido a la contratación pública como herramienta del Sistema Nacional de Abastecimiento, instituido desde el 1 de enero de 1978 por el Decreto Ley 22056 y recientemente desarrollado por el Decreto Legislativo 1439, publicado el 16 de setiembre de 2018.

CAPÍTULO I: Y LA COMPETENCIA, ¿DÓNDE ESTÁ?

1. Hacer lo mismo lleva al mismo resultado: hagamos algo diferente

El Plan Estratégico de contrataciones públicas del Estado peruano reconoció la necesidad de contar con un sistema de contratación pública eficiente, transparente y libre de corrupción (OSCE, 2009, pp. 1–2), dado que el sistema de contratación pública que se encontraba vigente en ese momento adolecía de una serie de problemas. Uno de los más relevantes era el de contar con un reducido nivel de competencia en los procedimientos de selección, lo que traía como consecuencia que las adquisiciones se realicen a precios altos y de baja calidad (Shack, Chacón, & López, 2011, p. 137), en evidente perjuicio para el Estado, que financia sus actividades con los tributos de todos los ciudadanos.

Un estudio sobre la sobrevaloración de precios en licitaciones y compras públicas advirtió que esta podía llegar hasta el 900 % sobre los precios de mercado, debido a actos de corrupción de los funcionarios de confianza (Marca & Escobar, 2015, pp. 234–235), lo que evidencia el grave perjuicio económico que puede suponer el bajo nivel de competencia en la contratación pública si consideramos que esta representaba el 50.7 % del gasto público el 2014, el más alto en la región América Latina y el Caribe (OCDE, 2016, pp. 146–147). Es decir, si fuera bien utilizada, podría ser un motor de desarrollo económico y social del país.

Es así que el Poder Ejecutivo presentó el proyecto de una nueva Ley de Contrataciones del Estado, pues consideraba que existía una regulación excesiva y compleja que resultaba inadecuada por su formalismo y rigidez, lo que generaba una reducción de la competencia efectiva, entre otros efectos (Proyecto de Ley N° 3626/2013-PE, 2014, p. 3). Sobre la base de este proyecto de ley se aprobó la actual Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225, la misma que entró en vigencia el 9 de enero de 2016 y que ya fue modificada por el Decreto Legislativo 1341² y el Decreto Legislativo 1444³, ahora compilado en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF⁴.

² Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de enero de 2017 y vigente desde el 3 de abril de 2017.

³ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 16 de setiembre de 2018, vigente desde el 30 de enero de 2019.

⁴ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de marzo de 2019.

A fin de evaluar el impacto de la nueva normativa, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) elaboró un estudio sobre el nivel de competencia en los procedimientos de selección llevados a cabo el 2016 y los comparó con los dos años precedentes. Este estudio concluyó que hubo un incremento del promedio de postores a 2.3 durante el 2016, debido a la exclusión del ámbito de las contrataciones de hasta 8 UIT y al incremento de los procedimientos de selección en los que hubo 4 o más propuestas (OSCE, 2017, p. 22). De la misma manera, en un estudio más reciente, se advirtió que el promedio de postores se incrementó a 2.7 el año 2017, llegando a 4.3 en el caso de la subasta inversa electrónica (OSCE, 2018, p. 23).

No obstante lo señalado, también se observó que el promedio de propuestas presentadas era menor en las adjudicaciones simplificadas de obras⁵ convocadas por gobiernos locales, especialmente en Pasco, Ancash, Ucayali, Piura, Loreto y Ucayali (OSCE, 2017, p. 22); así como en la contratación de alimentos, bebidas, consultorías de obras (supervisión) y en la adquisición de combustibles y lubricantes (OSCE, 2018, pp. 23–24).

Ahora bien, no podemos negar que la corrupción es un fenómeno que trasciende a las actividades públicas y privadas, y que puede causar grandes pérdidas a la sociedad, pues va mutando según el tiempo y lugar en el que se manifiesta (Quiroz, 2014, pp. 29–45); en particular, en la contratación pública alcanza a todos los sectores y niveles, desde funcionarios públicos de nivel medio y bajo en adquisiciones a menor escala hasta los altos niveles del gobierno, mediante la distorsión de políticas sociales o económicas (Kühn & Sherman, 2014, p. 6). Además, debe tenerse en cuenta que el costo económico de la corrupción no es solo el dinero mal gastado, sino también la pérdida de la confianza en el mercado, lo que trae menor creación de puestos de trabajo, menor reducción de la tasa de pobreza, malas decisiones de inversión y déficit de acceso a servicios públicos (Instituto Peruano de Economía, 2017), por lo que afecta al mercado y a los ciudadanos.

Esto se condice con la percepción de la corrupción en el Perú, la cual es alta, pues apenas tenemos 35 puntos de un total de 100 puntos, donde 0 es altamente corrupto (Transparency International, 2019), lo que se refleja en la pérdida de competitividad del país, que descendió tres posiciones en el *ranking* mundial como consecuencia de los escándalos de corrupción y la burocracia gubernamental

⁵ Ejecución de obras con valor referencial inferior a 1 800 000.00 PEN (Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016, 2015, art. 16).

ineficiente, principalmente (Schwab, 2017, pp. 236–237, 2018, pp. 459–461). Esta percepción negativa encarece los precios porque traslada el costo de la corrupción al adquirente (el Estado) y desincentiva la inversión.

Sin embargo, consideramos que la lucha contra la corrupción, mediante la adopción de medidas burocráticas, ha resultado ineficaz o insuficiente, por lo que es necesario adoptar un nuevo enfoque en el que el objetivo sea promover la competencia para reducir los incentivos de la corrupción, mediante la adquisición de bienes y servicios a precios competitivos de mercado, es decir, sin sobrevaloración. De esta manera, los beneficios ilícitos generados por la corrupción serán menores, lo que llevará a que los malos funcionarios y servidores públicos adviertan que las prácticas corruptas en la contratación pública no les sería tan rentable como lo es ahora. Para ello será muy importante que los postores sean conscientes que la decisión final de adjudicación de contratos públicos no dependerá completamente de los servidores civiles a los que podrían sobornar.

2. La competencia y sus virtudes

La palabra competencia tiene muchos y diferentes significados, esta puede ser entendida como rivalidad, como ausencia de barreras de entrada y de salida, como un mecanismo de selección o como la ausencia de poder de mercado (Martin, 2004, pp. 17–21). Desde el punto de vista económico, la competencia debe cumplir con cinco condiciones: 1) los rivales deben actuar de manera independiente, sin coludirse; 2) la estructura del mercado debe tener suficiente número de rivales, actuales y potenciales, para eliminar las ganancias extraordinarias; 3) las unidades económicas deben estar informadas sobre las oportunidades del mercado; 4) debe haber libertad para actuar en el mercado; y 5) debe transcurrir un tiempo suficiente para que los recursos fluyan (Martin, 2004, p. 17). Entonces, para que haya competencia en un mercado, como es el caso del mercado de la contratación pública, los postores no deben coludirse para que pueda darse una asignación efectiva. Además, el gobierno tiene la responsabilidad de eliminar las barreras que puedan suponer un límite al acceso de nuevos competidores, así como de realizar la mayor difusión y brindar la mayor información posible que permita atraer a más competidores en cada convocatoria.

El derecho de la competencia está directamente relacionado a la economía y se funda en un sistema económico capitalista, en el cual la competencia supone el respeto al derecho de propiedad privada, la libre iniciativa privada y los precios libres como

producto de la concurrencia de los agentes económicos (Rojas Leo, 2008, p. 2123). En tal sentido, Posner (1998) repara en la falta de claridad del concepto de competencia, mientras que para los economistas significa “la asignación de recursos generada cuando los precios no están distorsionados por el monopolio” (p. 276), los abogados identificamos competencia con rivalidad y confundimos los niveles de precios con la distorsión de precios, cuando “la teoría de la competencia implica que el precio se determina sólo por el costo; el número de empresas debiera ser irrelevante” (p. 276), lo que nos lleva al concepto de competencia efectiva.

La competencia efectiva, por su parte, surge frente al modelo teórico de competencia perfecta; y, siguiendo a Bishop y Walker, podemos señalar que la competencia efectiva es equivalente a un proceso de rivalidad que reconoce la posibilidad de que haya poder de mercado, pero que no responde cuánta rivalidad es necesaria ni si la eliminación de rivalidad es por sí misma lesiva a la competencia (Pedraza, 2012, pp. 108–114). De igual manera, la ley de competencia peruana no define si la eficiencia económica a la que se refiere como su objetivo, debe entenderse como una eficiencia productiva (al mínimo costo), dinámica (innovativa) o asignativa, que sería el resultado óptimo de una situación de competencia (Quintana, 2010), lo cual solo es teóricamente posible.

El denominado Consenso de Washington propugnó la adopción de políticas macroeconómicas disciplinadas, el uso de los mercados y la liberalización comercial (Williamson, 2004, pp. 13–14), cuyas recetas generaron la adopción de reformas que se consolidaron en el régimen económico establecido en la Constitución Política del Perú de 1993. Este cambio le dio un rol privilegiado a la empresa privada y replegó la presencia del Estado en la actividad empresarial, generando la necesidad de un nuevo marco institucional guiado por políticas públicas orientadas a garantizar que los beneficios de una economía de mercado se trasladen de manera efectiva a los consumidores (Tassano, 2011, pp. 6–7), creándose al Indecopi como una agencia independiente “destinada a ejercer de árbitro y como promotor de la actividad del mercado” (Winslow, 2004, p. 14), esto es, una agencia de competencia.

De esta manera, la administración pública adquiere un rol fundamental en el desarrollo económico del país, debido a que debería actuar como un impulsor y retador del desempeño competitivo de las empresas privadas (Porter, 1990, pp. 86–89), lo que puede lograr a través de su actuación como gran comprador de bienes y servicios para el cumplimiento de sus fines públicos. No obstante, el interés por obtener réditos

políticos a corto plazo, provoca que el gobierno adopte medidas efectistas que no permiten el desarrollo de ventajas competitivas a largo plazo, pues retrasa la innovación.

Como señala Tassano (2011), “el fortalecimiento de la competencia debe considerarse un objetivo transversal de política del Estado peruano, que atraviese todos los sectores de la administración pública” (p. 17). Así, la promoción de la competencia debe ser vista como la forma de garantizar que las entidades públicas puedan adquirir los bienes y servicios a las mejores condiciones del mercado, es decir, a la mejor relación entre la calidad y el precio (Sanchez Graells, 2015b, pp. 105–109), la misma que debería contemplar una evaluación sobre el ciclo de vida de la adquisición y los gastos relacionados que se vayan a generar (Dimitri, 2012, p. 24), es decir, el estudio o indagación de mercado debe ir más allá de la evaluación del costo directo o inmediato del producto o servicio.

Por ello, un ambiente competitivo en la contratación pública permite lograr una compra eficiente, pues a mayor cantidad de postores aumenta la probabilidad de conseguir precios más bajos como consecuencia del ajuste de precios que deben realizar los postores si quieren ganar la licitación o concurso (Hanák & Muchová, 2015, p. 734), situación que beneficia al Estado, que lo conformamos todos los ciudadanos que contribuimos con nuestros tributos.

3. ¿Cómo se afecta el proceso competitivo?

En este punto corresponde describir las modalidades colusorias que afectan el proceso competitivo, tales como la corrupción o la concertación de postores (San Miguel-Giralt, 2017, pp. 380–382). Si bien estos problemas pueden ser tratados por el derecho penal, esta investigación se realiza desde el enfoque del derecho de la competencia, siendo conscientes que la sola implementación de normativa sobre competencia no garantiza una competencia efectiva (Serrano-Pinilla, 2011, p. 154), dado que, así como se debe incentivar las conductas deseadas para el bienestar común, se debe desincentivar aquellas conductas no deseadas en el mercado y en la sociedad en su conjunto.

3.1. Corrupción

Según Transparencia Internacional, la corrupción es definida como el abuso del poder confiado para lograr un beneficio particular, que puede clasificarse en grande,

pequeño y político, y que tiene muchos efectos negativos en la sociedad, la economía y las personas (Lindskog, Brege, & Brehmer, 2010, p. 172). Tiene su origen en la cultura y la historia, pero es un problema económico y político que produce ineficacia e injusticia en la redistribución (Rose-Ackerman, 2001, p. 308). No obstante, debemos asumir que la corrupción no podrá ser erradicada, pero sí es posible generar desincentivos para su realización.

Entonces, dado que la corrupción responde a incentivos, es decir, existe un análisis costo-beneficio en el que lo determinante será si el beneficio ilícito será mayor a los costos que deberán enfrentar (Zegarra, 2002, p. 29), es aquí donde debe focalizarse la lucha contra ella. Así, funcionarios de bajos ingresos tendrán mayores incentivos para ser corruptos si la probabilidad de detección es baja (Fernández Zapata, 2005, pp. 260–261; Mateo, 2005, p. 318; Tanaka, 2005, p. 356). Si a ello sumamos que el “elemento central de las conductas corruptas es que se hacen en red” (O. Ugarteche, 2005, p. 112), resultará relevante lograr la reducción del beneficio ilícito e incrementar la probabilidad de detección de estos delitos.

Los actos de corrupción en la contratación pública se configuran desde la fase de los actos preparatorios, en los que se establecen especificaciones técnicas o términos de referencia que solo determinado proveedor podrá cumplir; durante los procedimientos de selección, en los que se consigue la adjudicación de la buena pro de manera irregular e ilegal; y, en la etapa de ejecución contractual, mediante las liquidaciones (Hernández Diez, 2012), afectando en las dos primeras etapas el proceso competitivo.

Así, la corrupción es un fenómeno complejo y polifacético que engloba a diversas prácticas corruptas, por ello es necesario conocer y entender las diferencias que existen entre ellas (Montoya, 2015). Además, resulta relevante la realidad institucional y conocer quiénes son los actores y cuáles son sus intereses para poder combatirlos con medidas tradicionales como control y sanciones sumadas a reformas estructurales y estrategias para promover la integridad, pues si la lucha contra la corrupción se convierte en un objetivo en sí misma, la lucha contra una práctica corrupta puede dar lugar a otra práctica corrupta (Boehm & Lambsdorff, 2009), muestra de ello es que “no hay un sistema de prevención que haya funcionado de manera eficaz y que haya permitido detectarlos a tiempo” (Vega, Rojas, Elías, Koechlin, & Solórzano, 2018, p. 108).

Los delitos de corrupción más comunes en el país son los de colusión, peculado y cohecho (Vega et al., 2018, p. 108). El primero se refiere a la afectación en la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales de la administración pública; el segundo, a la lesividad a los intereses patrimoniales de la administración pública y al quebrantamiento de los deberes funcionales de lealtad y probidad; y el tercero, a la falta de imparcialidad, honradez o integridad en el ejercicio de la función pública (Montoya, 2015). Todos estos delitos pueden presentarse en cualquier etapa de la contratación pública, desde los actos preparatorios hasta en la etapa de ejecución.

3.2. Concertación de postores

Por su parte, la colusión horizontal es una de las principales amenazas a la competencia en la contratación pública y consiste en el acuerdo concertado entre potenciales competidores; los cuales se pueden manifestar mediante ofertas de cobertura, en la que todas son más altas que el ganador acordado; supresión de ofertas, en la que los potenciales competidores se abstienen de presentar una oferta; distribución temporal del mercado; y distribución geográfica del mercado (Maslen, 2016, p. 3). A este tipo de acuerdos se les aplica la denominada regla *per se* (San Miguel-Giralt, 2017, p. 384), esto es, son sancionados por el solo hecho de su comisión.

Para combatir la colusión en la contratación pública, la OCDE ha elaborado unas listas de verificación para reducir los riesgos de colusión entre postores en la presentación de ofertas y para detectarla en la etapa de selección (OCDE, 2012); no obstante, las sanciones para los que sean detectados como infractores deben ser radicales, lo que significa excluirlos del sistema de contratación pública como postores (Sanchez Graells, 2015a, p. 3).

El riesgo de colusión de postores puede reducirse mediante el cuidadoso diseño de los procedimientos de selección sobre la base de tres objetivos: a) reducir las barreras de entrada y aumentar la participación, b) limitar la cantidad de información disponible sobre los resultados de las ofertas y c) reducir la frecuencia de las convocatorias (OECD, 2008, p. 40). De esta manera se dificulta la concertación por la presencia de una mayor cantidad de participantes con una menor oportunidad de conocimiento entre ellos.

3.3. Ejercicio de potestades públicas

La afectación a la competencia mediante la contratación pública tiene sustento en la medida en que el Estado sea un comprador con poder de dominio en un mercado determinado, pues mediante su búsqueda de precios más bajos puede llevar a que empresas más grandes saquen del mercado a las que no tienen la capacidad de reducir sus costos, o que estas tengan la necesidad de fusionarse con otras, lo que podría afectar los mercados minoristas, mediante el denominado efecto *waterbed* (Sanchez Graells, 2009, pp. 9–13). Si bien este efecto es nocivo a corto plazo, permite que a largo plazo se desarrollen ventajas competitivas en las empresas “sobrevivientes”.

Como dijimos anteriormente, un mayor número de postores dificulta la colusión; sin embargo, el Estado puede incrementar la probabilidad de colusión mediante ciertos factores que son positivos desde el punto de vista de la gestión pública, como son la transparencia, la frecuencia de las convocatorias y la estabilidad de estas (•econ, 2004, pp. 9–10), pues esto facilita que los potenciales proveedores sepan de antemano el precio que se está dispuesto a pagar y cuándo se va a realizar la compra; si son compras frecuentes, los potenciales competidores tienen la posibilidad de dividirse el mercado sin que se afecte sus flujos.

La administración pública también puede afectar la competencia mediante una adecuada asignación de riesgos, pues si todos los riesgos se trasladan a los proveedores, estos trasladarán dichos riesgos al precio a ofertar (Barchi, 2003, p. 281), haciendo no solo ineficiente las compras públicas, sino que también se excluye de esta manera la participación de aquellas micro y pequeñas empresas que no se encuentran en condiciones económicas de asumir tales riesgos, debido a que las entidades demoran en promedio más de un mes y hasta dos meses en efectuar el pago a sus proveedores (OSCE, 2015, p. 15), teniendo estos que afrontar problemas de liquidez por las obligaciones laborales y tributarias que deben asumir cada mes.

4. El deber ser de la contratación pública

Dada la relevancia económica de la contratación pública en el presupuesto de los estados, existe un interés global en que esta se desarrolle de manera eficiente. Es por este motivo que la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) han realizado propuestas con el

objetivo de que los gobiernos adopten políticas rectoras para mejorar la forma en la que los estados satisfacen sus necesidades a través de las compras públicas.

4.1. Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC

La Organización Mundial del Comercio es un foro de negociación de países cuyo objetivo principal es la liberalización del comercio a través de acuerdos que se convierten en normas jurídicas del comercio internacional; además, ayuda a que sus miembros puedan solucionar sus diferencias de una manera armoniosa (OMC, s/f-a). El Perú es miembro desde el 1 de enero de 1995.

El Acuerdo sobre Contratación Pública data de 1994, fue actualizado el 2006 y mejorado en diciembre de 2011 (Linares, 2013, pp. 34–37). Este acuerdo se sostiene en los principios de no discriminación, transparencia y equidad procesal, y ha sido mejorado tomando en consideración la evolución de la contratación pública mediante el uso de herramientas digitales, así como una mayor incidencia en la lucha contra la corrupción (OMC, s/f-b, 2012). El Perú no es parte de este acuerdo hasta la fecha; en cambio, Colombia y Chile tienen la calidad de observadores desde el 27 de febrero de 1996 y 29 de setiembre de 1997, respectivamente.

4.2. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral por sus siglas en inglés) tiene como función la modernización y armonización normativa del comercio internacional con el objetivo de acelerar el crecimiento, mejorar el nivel de vida y crear nuevas oportunidades a nivel mundial (CNUDMI, 2018).

Así, en julio de 1993 acordaron una Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes y Obras, que incorporó a los servicios en junio de 1994, para finalmente aprobar una Ley Modelo sobre la Contratación Pública en julio de 2011 (Linares, 2013, pp. 46–51) con el objetivo de promover la objetividad, equidad, participación, competencia e integridad para lograr el uso óptimo de los recursos públicos y evitar los abusos en los procesos de selección (CNUDMI, 2011). Cabe señalar que una apertura de la contratación pública a una competencia internacional contribuye al acceso del Estado a productos de calidad a precios internacionales competitivos (Linares, 2013, p. 47); sin embargo, esto podría afectar a las empresas nacionales, por lo que debe utilizarse esta

opción de una manera estratégica. A la fecha, el Perú no ha utilizado esta Ley Modelo para el desarrollo de su regulación interna, México sí.

4.3. Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Contratación Pública

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es un organismo de cooperación internacional que tiene el objetivo de promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas en el mundo (OCDE, 2017c), es apodada como “el club de los países ricos” y el Perú aspira formar parte de ella.

A diferencia del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, que solo abordan la etapa de selección (Linares, 2013, p. 47), la Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública abarca la totalidad del ciclo de la contratación pública, con un enfoque integral y estratégico (OCDE, 2015, p. 3).

En tal sentido, el Consejo de la OCDE recomienda asegurar un nivel adecuado de transparencia, conservar la integridad del sistema de contratación pública, el cual debe ser accesible a la mayor cantidad de posibles competidores para fomentar una participación transparente y efectiva, dando prioridad a los objetivos principales de una contratación eficiente por medio de la utilización de la tecnología y a cargo de personal calificado; sin dejar de lado la evaluación periódica, gestión de riesgos y la rendición de cuentas (OCDE, 2015). Perú, motivado por su interés en ser parte de la OCDE, viene implementando las recomendaciones de esta organización.

5. La globalización del derecho administrativo y la contratación pública

Tradicionalmente el derecho administrativo ha sido considerado como parte del derecho público cuyo objeto es la administración pública en interrelación con el administrado, por lo que autores como Marienhoff (1970) lo definían como “conjunto de normas y de principios de derecho público interno” (p. 149). Sin embargo, el derecho administrativo era y sigue siendo una rama en permanente evolución. Esto se debe a que el derecho administrativo constituye la base sobre la cual actúa la administración pública en afectación o beneficio de los ciudadanos (Paulsen, 2013). Como se vio en el subcapítulo anterior, organismos supranacionales son fuente normativa referente para

las administraciones públicas internas de los Estados, por lo que podemos decir que ha surgido un derecho administrativo global (Kingsbury, 2009; Kingsbury, Krisch, & Stewart, 2010) que se encuentra en desarrollo.

En el caso específico de la contratación pública, el desarrollo a nivel del derecho administrativo global se ha dado mediante el establecimiento de principios (Rodríguez-Arana, 2016, pp. 190–197), los cuales son o deberían ser los pilares de la regulación que cada país establece en esta materia. Rodríguez-Arana (2016) señala que estos principios (objetividad, racionalidad e igualdad de trato) pueden considerarse como fuente de derecho, como elemento informador y transversal del ordenamiento jurídico-administrativo o como una guía ética y de valores (pp. 197-201); independientemente del punto de vista que se adopte, lo cierto es que los principios deben ser el fundamento de la regulación.

En este contexto se han suscrito tratados de libre comercio que han establecido, en líneas generales, las siguientes reglas aplicables a la contratación pública: a) el principio de trato igualitario al proveedor extranjero; b) el principio de transparencia, según el cual debe publicarse oportunamente la información relevante sobre las compras del gobierno; c) las condiciones de participación deben ser esenciales, evitando las prácticas discriminatorias y las barreras irrazonables; d) la contratación directa como excepción y la licitación como regla general; e) confidencialidad de las ofertas hasta su apertura; f) principio de integridad y exclusión de proveedores como política anticorrupción; y la g) existencia de una instancia de impugnación (Morón, 2016a, pp. 46–55).

6. El marco normativo de las compras públicas en el Perú

El 16 de setiembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo 1439 que regula por primera vez el Sistema Nacional de Abastecimiento, instituido como sistema administrativo desde el 1 de enero de 1978. Este sistema administrativo tiene como ente rector a la Dirección General de Abastecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas, al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) como ente supervisor del cumplimiento de la normativa y a la Central de Compras Públicas (Perú Compras) como ente promotor de la eficiencia en la contratación pública. De este modo se pretende diferenciar con mayor claridad las funciones de estas entidades para facilitar la cooperación interinstitucional de manera

horizontal y a la vez se pretende satisfacer la recomendación de simplificación del marco institucional de la contratación pública, formulada por la OCDE (2015, p. 10).

La Ley 30225 regula el marco normativo general de la contratación pública en el Perú; la cual, a criterio de la OCDE, traía un cambio positivo de un sistema formalista y complejo a un sistema que priorizaba los resultados sin dejar de lado los procedimientos, en sintonía con las mejores prácticas internacionales (OCDE, 2017b, p. 54). Sin embargo, esta ley que entró en vigencia el 9 de enero de 2016 ha sido afectada por los vaivenes de la coyuntura política local. Así, el primer cambio se produjo con el Decreto Legislativo 1341, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de enero de 2017 y vigente desde el 3 de abril de 2017, motivado por los escándalos de corrupción de las principales constructoras de obras públicas del país; luego el Decreto Legislativo 1444, publicado el 16 de setiembre de 2018 y vigente desde el 30 de enero de 2019, pretende flexibilizar las distintas etapas de la contratación pública justificándose en la baja capacidad de ejecución presupuestal de las entidades públicas (Ministerio de Economía y Finanzas, 2018, p. 2). Por último, a fin de reunir y sistematizar en un solo texto integral las normas que pudieran haber sido afectadas por las modificaciones, incorporaciones y derogaciones normativas, el 13 de marzo de 2019 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo n.° 082-2019-EF.

Como se mencionó, el marco general básico de las compras públicas en el Perú está dado por la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento⁶, que regulan la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras; no obstante, es el artículo 76 de la Constitución Política del Perú el que establece la obligatoriedad de un proceso competitivo en la contratación pública. Cabe señalar que, para ciertas actividades o entidades públicas determinadas, existen regímenes especiales (OCDE, 2017b, pp. 55–56) que deberían ser excepcionales, pero que son tan numerosos y variados que dejan de ser excepcionales.

Pese a que el marco normativo vigente tiende a simplificar los procedimientos en la fase previa y la fase de selección, así como una ejecución contractual más fluida; los regímenes excepcionales buscan abreviar más los plazos de la etapa de selección, lo que debilita los mecanismos de control interno, y limita el derecho de los postores a reclamar sobre las arbitrariedades o irregularidades que pudieran ocurrir en la fase de

⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo n.° 344-2018-EF y vigente desde el 30 de enero de 2019.

selección o ejecución contractual (Morón, 2016b, p. 533), pudiendo resultar nocivo para el sistema de contratación pública en general.

Los procedimientos de selección existentes consisten principalmente en la licitación pública, cuando se requieren ejecutar obras; el concurso público, cuando se requiere comprar bienes o servicios; y la contratación directa en casos específicos. No obstante, existen procedimientos especiales, dentro del marco normativo general, como la adjudicación simplificada y la selección de consultores individuales por razón de la cuantía de la contratación, y la comparación de precios y subasta inversa electrónica cuando se trata de bienes y servicios homogéneos en los que el único factor de competencia es el precio. De igual manera hay un método especial de contratación que consiste en la compra mediante catálogos electrónicos, en el cual tiene un rol muy activo Perú Compras.

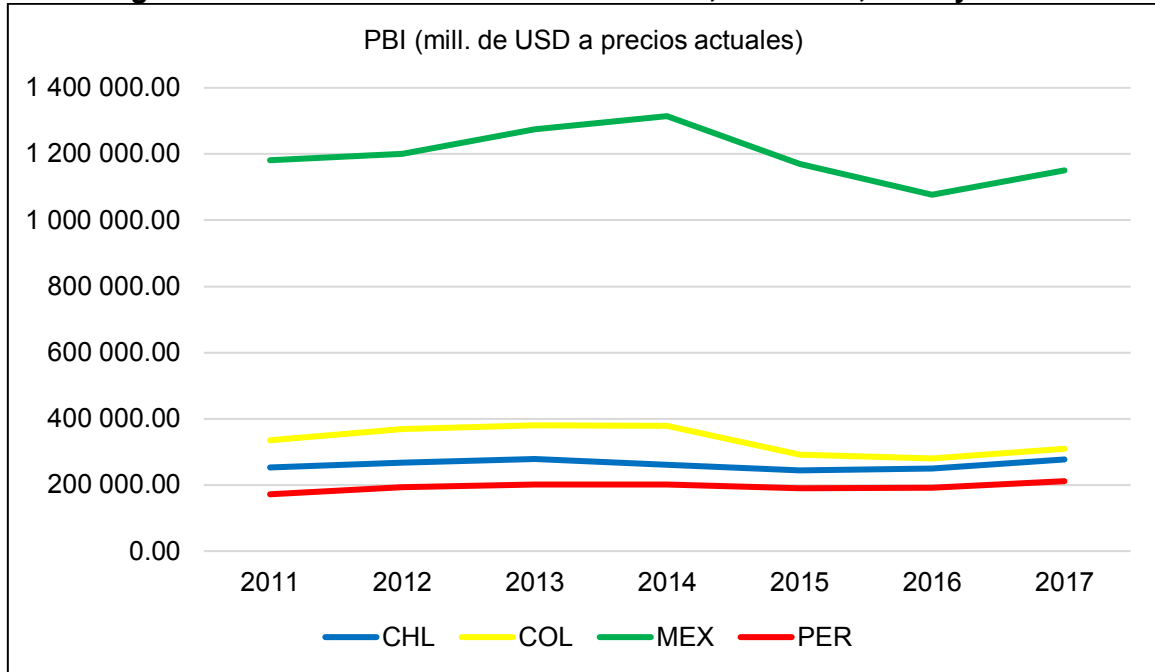
Cabe precisar que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) administra el Registro Nacional de Proveedores (RNP), registro en el que es indispensable que se encuentren habilitados todos aquellos proveedores interesados en contratar con el Estado (la única excepción son las contrataciones menores a 1 UIT). Asimismo, todas las contrataciones se efectúan a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), en el cual se registran desde las actuaciones previas hasta la finalización de la ejecución contractual.

7. El panorama de la contratación pública en Chile, Colombia y México

El 6 de junio de 2012 los presidentes de los países de Chile, Colombia, México y Perú suscribieron el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico con el objetivo de convertirse en una plataforma política de integración económica y comercial (Alianza del Pacífico, 2012) en tanto son países de la región latinoamericana que comparten el mismo idioma y desarrollo histórico cultural, así como por tener similitudes en su organización política y condiciones económicas.

En el siguiente cuadro podemos apreciar de manera comparativa el PBI de estos cuatro países:

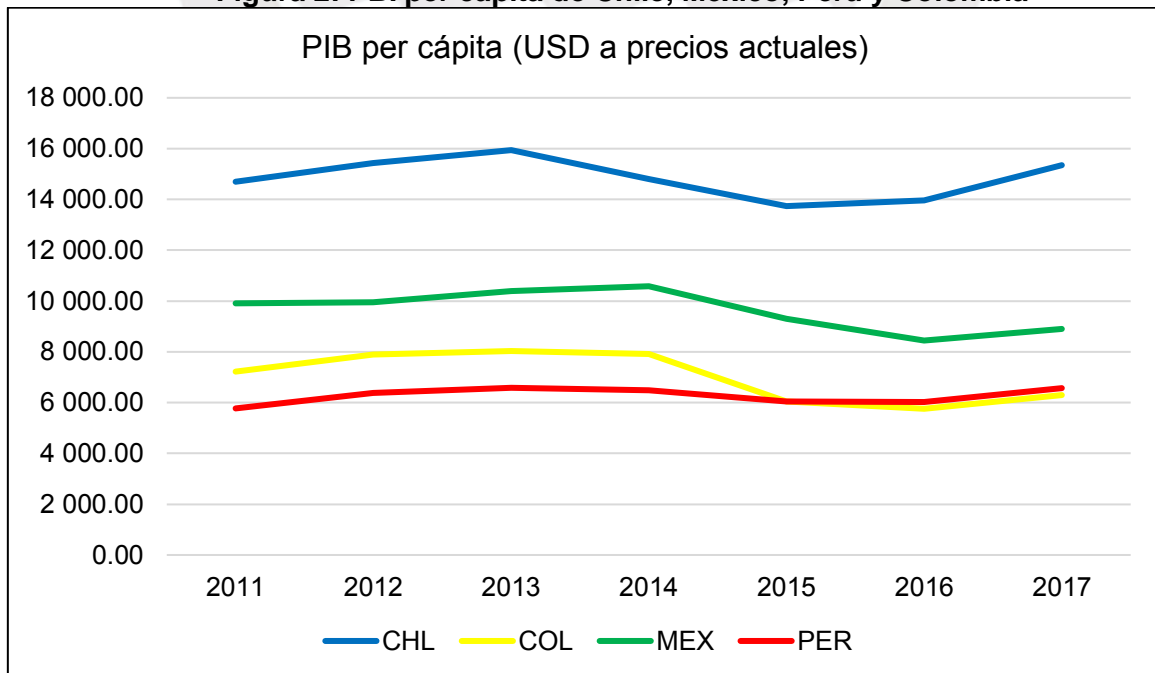
Figura 1: Producto Bruto Interno de México, Colombia, Chile y Perú



Adaptado de: Banco Mundial (2018a).

Del cuadro podemos advertir que el tamaño de la economía mexicana es significativamente superior a los otros tres países; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el tamaño de la población mexicana también es significativamente superior. Así, una de las formas de medir la productividad de un país es a través de su PBI per cápita, el cual se muestra a continuación:

Figura 2: PBI per cápita de Chile, México, Perú y Colombia



Adaptado de: Banco Mundial (2018b).

Del cuadro precedente se advierte que la economía chilena es la que mayor productividad tiene, lo que guardaría relación con la baja percepción de la corrupción y también con un sistema de contratación pública más eficiente, que desarrollaremos en este mismo capítulo.

7.1. Chile

Según el cálculo realizado el 2014, el gobierno de Chile destinaba solo el 22.26 % de su presupuesto público en las compras públicas, lo que a la vez significaba un 5.32 % de su PBI (OCDE, 2016, p. 147). Mientras que el Perú se ubica en el puesto 105 en el *ranking* de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional, Chile ocupa un bien posicionado puesto 27, superando incluso a países como Portugal, Israel, España, Corea del Sur e Italia (Transparency International, 2019); situación que también se relaciona con la competitividad del país, pues Chile se ubica en el puesto 33 a nivel mundial, por encima de Portugal y Rusia (Schwab, 2018, p. xi). Por los datos expuestos, podemos considerar a Chile como un referente en sudamérica, que a pesar de su pequeña extensión territorial y carencia de recursos naturales, en comparación con los demás países de la región, tiene resultados económicos positivos.

En Chile existe una dispersión del régimen contractual del Estado chileno y no cuentan con una norma constitucional que sirva de base para la contratación administrativa de sus entidades públicas; sin embargo, la sección económica de la Constitución chilena, que data de 1980, establece como principios rectores la servicialidad del Estado, la juridicidad, la probidad, la publicidad y transparencia, la igualdad ante la ley e interdicción de la arbitrariedad, la igualdad de las cargas públicas, la no discriminación económica por parte del Estado y la propiedad (Camacho, 2016, p. 232). Así, a nivel legislativo cuentan con la Ley 19886 y el Decreto 250, ley y reglamento de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, que son aplicables a los contratos a título oneroso que celebren las entidades de la administración pública chilena para el suministro de bienes (mediante compra o arrendamiento) y de servicios que se requieran para el cumplimiento de sus funciones (excepto las contrataciones de personal y los contratos a honorarios de personas naturales); por otro lado, el Decreto con Fuerza de Ley 850 y el Decreto 75, ley y reglamento que regulan los contratos de obras públicas (excepto las concesiones de obras públicas).

7.1.1. Contratación de bienes y servicios

La contratación del suministro de bienes y prestación de servicios se realiza a través de convenios marco, licitación pública, licitación privada o contratación directa (Ministerio de Hacienda, 2003, art. 5, 2004, art. 7). La licitación pública es de uso obligatorio cuando las contrataciones superen las 1000 UTM⁷ (235 672.52 PEN⁸), lo que no excluye que se pueda utilizar este procedimiento en contrataciones de menor cuantía, con la finalidad de conseguir la mejor combinación entre los beneficios y los costos asociados, presentes y futuros, es decir, una maximización del valor de la compra pública (Ministerio de Hacienda, 2003, art. 5, 2004, art. 19 bis). La licitación privada, por su parte, es un procedimiento excepcional en el cual la administración invita a un mínimo de tres posibles proveedores interesados cuyo giro de negocio sea similar al que se busca contratar (Ministerio de Hacienda, 2004, art. 45). Finalmente, el trato o contratación directa es un procedimiento de contratación residual que, en principio, requiere que se haya realizado un mínimo de tres cotizaciones con diferentes proveedores (Ministerio de Hacienda, 2004, art. 51).

Para poder contratar con la administración pública chilena se requiere que los interesados se encuentren inscritos en el Registro Oficial de Proveedores que se encuentra a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública (Dirección ChileCompra), “servicio público descentralizado sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda” (Ministerio de Hacienda, 2003, art. 28); y, la plataforma electrónica a través del cual interactúan las entidades y los posibles proveedores es el Sistema de Información de Compras y Contrataciones, denominado Mercado Público.

De este modo, a nivel de las compras públicas, Chile ha sido pionero en el uso de convenios marco en Latinoamérica, método de contratación con el cual logra centralizar la interacción entre entidades públicas y proveedores a través del mencionado Mercado Público, el cual es considerado como un sistema de compra colaborativa para impulsar la eficacia y la rentabilidad (OCDE, 2017a, pp. 3–4). En tal sentido, antes de realizar uno de los procedimientos de contratación antes desarrollados, las entidades están obligadas a consultar si el bien o servicio requerido se encuentra en el catálogo electrónico, pues, de encontrarse allí, deberán realizar la compra por ese medio, salvo que existan condiciones objetivas, demostrables y

⁷ UTM: Unidad Tributaria Mensual, 48 353 CLP en enero de 2019 (Servicio de Impuestos Internos, 2019).

⁸ Al tipo de cambio contable publicado el 31.12.2018 (SBS, 2019).

sustanciales más ventajosas para la entidad contratante (Ministerio de Hacienda, 2004 arts. 14 y 15).

En cuanto a las controversias surgidas durante la etapa de selección, estas son conocidas por el Tribunal de Contratación Pública mediante la acción de impugnación (Ministerio de Hacienda, 2003, art. 24), quien resuelve en sentencia “definitiva”. Este tribunal es un órgano jurisdiccional contencioso administrativo especial que no forma parte del Poder Judicial (Tribunal de Contratación Pública, 2018), cuya sentencia es recurrible vía reclamación que será conocida por la Corte de Apelaciones de Santiago y contra cuya resolución no procederá recurso alguno (Ministerio de Hacienda, 2003, art. 26). Cabe señalar que el Tribunal de Contratación Pública “no es competente para conocer de conflictos relacionados con contrataciones directas” (Camacho, 2016, p. 263), pues su competencia abarca aquellos procedimientos en lo que hay concurso de proveedores.

Cabe señalar que el Tribunal de Contratación Pública carece de competencia para conocer de las controversias surgidas durante la etapa de ejecución contractual, por lo que estas son de competencia de los tribunales ordinarios de justicia (Camacho, 2016, pp. 264–266). No obstante, con ocasión de los acuerdos de protección y promoción de inversiones, y los tratados bilaterales de inversión, que han sido suscritos por Chile, se están incorporando cláusulas arbitrales como mecanismo alternativo de solución de controversias surgidas en la etapa de ejecución contractual (Camacho, 2016, pp. 268–271).

7.1.2. Contratación de obras públicas

En materia de obras públicas, el Ministerio de Obras Públicas es el encargado del planeamiento, estudio, proyección, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas ejecutadas con recursos del tesoro público; sin perjuicio de que por ley se puede facultar a otros ministerios a construir obras (Ministerio de Obras Públicas, 2018, arts. 1 y 2), por lo que la ejecución de obras públicas forma parte de un sistema distinto al provisionamiento de bienes y servicios.

En principio, los contratos de obra pública se deben adjudicar por propuestas o licitaciones públicas; no obstante, también podrán adjudicarse por cotización o licitación privada, o por trato directo (Ministerio de Obras Públicas, 2004, art. 1, 2018, art. 86). En la licitación pública se solicita cotizaciones a los proponentes inscritos en el Registro de

Contratistas del Ministerio de Obras Públicas o aquellos precalificados, cuando corresponda; en la licitación privada se solicita por escrito a tres o más contratistas de la especialidad de la obra que se quiere ejecutar; mientras que el trato directo se contrata sin llamar a licitación (Ministerio de Obras Públicas, 2004, art. 4).

Es importante señalar que la legislación chilena incorpora la administración delegada como una forma de contratar adicional a los conocidos precios unitarios y suma alzada. Mediante la administración delegada el contratista se hace cargo de la ejecución de la obra y se le reintegra los costos comprobados en los que incurrió más los honorarios pactados por sus servicios (Ministerio de Obras Públicas, 2004, art. 154), de esta manera se elimina el riesgo financiero del contratista.

Cabe resaltar que las entidades califican la gestión de los contratistas con relación a las obras ejecutados por ellos, en cuya calificación recibe una mayor ponderación (no menos del 65 %) la calidad de lo construido o el cumplimiento de las especificaciones técnicas y planos, así como de las normas medioambientales (Ministerio de Obras Públicas, 2004, art. 180). La calificación que reciban los contratistas será determinante para mantener o mejorar su calidad en el Registro de Contratistas, por lo que estas calificaciones pueden ser apeladas ante una comisión de apelación cuya conformación dependerá si el contrato corresponde al Registro de Obras Mayores o al Registro de Obras Menores.

Las controversias que pudieran surgir durante la licitación o vigencia del contrato de obra pública pueden ser resueltas mediante los recursos de reposición y jerárquico, y de manera extraordinaria el de revisión (Ministerio de Obras Públicas, 2004, art. 189; Secretaría General de la Presidencia, 2003, arts. 59 y 60), por lo que el fuero es netamente administrativo.

7.2. Colombia

El 2014 se calculó que el gobierno de Colombia gastaba el 32.86 % de su presupuesto en compras públicas, esto es representaba un 13.16 % de su PBI (OCDE, 2016, p. 147). Al igual que Perú, Colombia descendió tres posiciones en el *ranking* global de competitividad, ahora se ubica en el puesto 60 (Schwab, 2018, pp. 163–165), lo que se encuentra relacionada con el puesto 99 en la percepción de la corrupción (Transparency International, 2019), detrás de países como Argentina y Panamá.

La Constitución colombiana de 1991 delegó en el Congreso la competencia de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, por lo que el Congreso de Colombia decretó las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales en 1993.

Posteriormente, la Ley 1150 de 2007 introdujo medidas para la eficiencia y la transparencia en la contratación de la administración pública, tales como el establecimiento de la licitación pública como regla general, la selección abreviada, el concurso de méritos para la selección de consultores, la contratación directa en supuestos específicos y la contratación de mínima cuantía. Estas modalidades de selección se encuentran reglamentadas por el Decreto 1510 de 2013; así como el acuerdo marco de precios para la provisión de bienes y servicios de características técnicas uniforme. Además, este reglamento establece en su artículo 8 que los interesados en participar en procesos de contratación convocados por las entidades estatales deben estar inscritos en el Registro Único de Proponentes (RUP) que se encuentra a cargo de las cámaras de comercio.

El 2011, el gobierno colombiano creó la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente) con la finalidad de incorporar a su sistema de compras públicas las recomendaciones de la OCDE para impulsar la competencia y la eficiencia por medio de la contratación electrónica a través del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) (Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2011; OCDE, 2016, p. 152; OECD, 2016), de este modo la interacción entre proponentes y entidades se realiza a través de tal plataforma electrónica.

7.3. México

En el 2014 el gobierno mexicano utilizó el 21.12 % de su presupuesto en compras públicas, esto fue un 5.16 % de su PBI (OCDE, 2016, p. 147). México descendió dos posiciones en el *ranking* global de competitividad, ahora se ubica en el puesto 46 (Schwab, 2018, pp. 391–393); sin embargo, es el país peor posicionado en el índice de percepción de la corrupción entre los miembros de la Alianza del Pacífico, ubicado en el puesto 138 (Transparency International, 2019), solo superando Guatemala, Nicaragua, Haití y Venezuela entre los países de Latinoamérica.

La Constitución mexicana establece la regla general de la licitación pública para las adquisiciones de todo tipo de bienes, para la prestación de servicios de cualquier

naturaleza y para la contratación de obra, salvo que tal método de contratación no sea idónea para asegurar las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento, oportunidad, entre otras; no obstante, debe asegurarse la economía, eficiencia, imparcialidad y honradez hacia el Estado mexicano (Congreso Constituyente, 1917, art. 134). Al igual que Perú, una norma constitucional establece que la contratación pública debe realizarse por un método que asegure la competencia entre proveedores.

De manera similar al sistema de contratación pública chileno, desde el 5 de enero de 2000 se regula de manera separada las adquisiciones de bienes y servicios del sector público, y las obras públicas y servicios relacionados con las mismas (Fernández, 2008, p. 494); no obstante, se distingue con claridad que tienen la etapa preliminar, la etapa ejecutiva y la etapa final del proceso de contratación administrativa.

Si bien la regulación está dividida en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, cada una con sus respectivos reglamentos, las reglas establecidas son muy similares. En ambos casos, los procedimientos de selección previstos son los de licitación pública, por invitación a cuando menos tres personas y por adjudicación directa (Congreso de la Unión, 1999a, art. 26, 1999b, art. 27). La licitación pública es la regla general y debe realizarse por convocatoria pública para que los interesados presenten sus propuestas en sobres cerrados que serán abiertos de manera pública; sin embargo, se puede realizar la licitación de manera electrónica a través de CompraNet, plataforma que administra el mercado de las compras públicas para obtener las mejores condiciones para el Estado mexicano, es decir, se prioriza la contratación electrónica (Secretaría de la Función Pública, 2017), tal como lo recomienda la OCDE.

Asimismo, la Secretaría de la Función Pública administra el registro único de proveedores y el registro único de contratistas; sin embargo, la inscripción en los mismos no resulta obligatoria para participar en las licitaciones públicas que se convoquen. En ambos cuerpos normativos referidos se establece que cualquier licitante o el convocante pueden denunciar ante la Comisión Federal de Competencia si se presentaran prácticas monopólicas y concentraciones económicas.

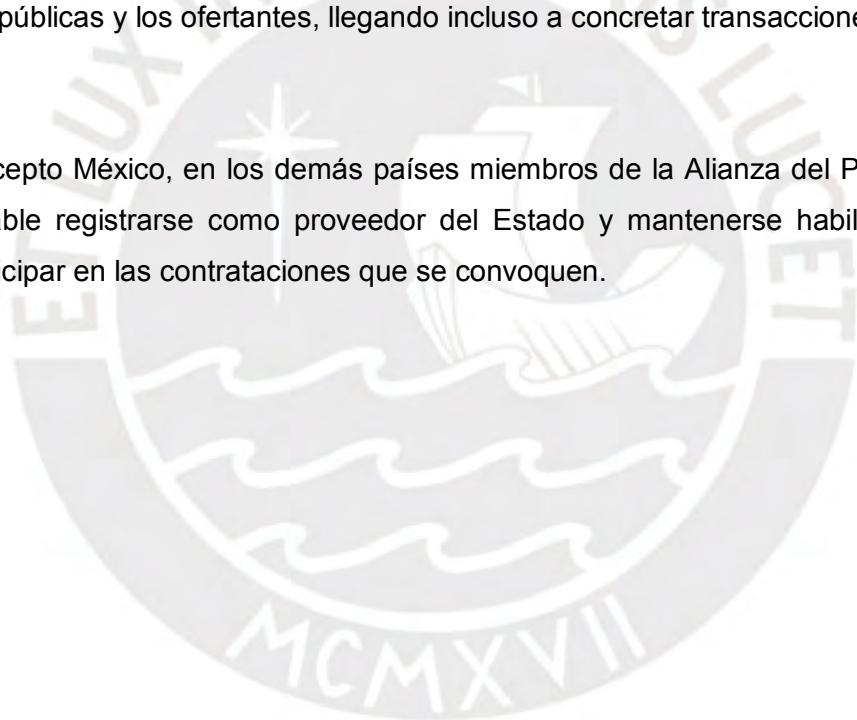
En lo que concierne a la solución de controversias, estas son resueltas por la Secretaría de la Función Pública a través de las inconformidades interpuestas por los legitimados de acuerdo a los actos de los procedimientos de selección que son cuestionados (Congreso de la Unión, 1999a, art. 65, 1999b, art. 83). Durante la

ejecución contractual, en cambio, se ha previsto que estas sean solucionadas mediante conciliación, pero también se pueden someter estas controversias a arbitraje, excepto, la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos.

7.4. Epílogo

Como se puede advertir, pese a que la regulación de la contratación pública de cada uno de los países estudiados tiene sus propias particularidades, podemos decir que la competencia subyace en todas ellas y se manifiesta principalmente a través de la licitación pública como regla general. A diferencia de otras ramas del derecho, el derecho administrativo se encuentra en permanente evolución, influido por la globalización y también por la tecnología, pues, como hemos visto, todos los países estudiados disponen de una plataforma electrónica a través de la cual interactúan las entidades públicas y los ofertantes, llegando incluso a concretar transacciones a través de ellas.

Excepto México, en los demás países miembros de la Alianza del Pacífico, es indispensable registrarse como proveedor del Estado y mantenerse habilitado para poder participar en las contrataciones que se convoquen.



CAPÍTULO II: EL BAJO NIVEL DE COMPETENCIA COMO PRINCIPAL PROBLEMA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Mucho se ha escrito sobre la corrupción como un problema endémico que afecta significativamente la institucionalidad del Estado, por ende, el enfoque tradicional es la adopción de medidas contra la corrupción como un remedio para la ineficiencia en las compras públicas que realiza el gobierno. No obstante, en nuestro país hemos sido testigos que independientemente de la bandera política que lleven los gobernantes de turno, ninguno se salva de los escándalos o sospechas de corrupción⁹. Con cada escándalo nuestros gobernantes reaccionan con nuevas medidas anticorrupción y el resultado siempre es el mismo, al poco tiempo un nuevo destape se produce. Podemos decir incluso que ni los países más desarrollados están libres de corrupción.

Entonces, ¿por qué no comenzamos por aceptar que la corrupción es un mal endémico que no podrá ser erradicado? Si somos conscientes de ello podremos adoptar un cambio de paradigma, uno basado en el análisis de incentivos. Si el incentivo de los corruptos es el beneficio ilícito del que se apropian con cada acto de corrupción, deberíamos apuntar a reducir tales beneficios, de tal manera que se genere un desincentivo que, si bien no eliminaría la corrupción, la reduciría.

Si la siguiente pregunta es ¿cómo reducir esos incentivos?, consideramos que la respuesta no está únicamente en el campo jurídico, sino que deberíamos recurrir a la economía y la forma en la que esta nos explica el funcionamiento del mercado. Por tanto, podemos decir que la solución es la competencia entendida como aquella situación en la que los precios son muy cercanos a los costos de producción, entendido en términos económicos, es decir, incluyendo el costo de oportunidad.

De este manera, si el Estado comprara a precios competitivos, eliminaría o cuando menos reduciría el sobrecosto de la corrupción. Pero, ¿cómo el Estado podría realizar sus compras a precios competitivos?. En primer lugar, el mismo mercado es el indicado para determinar el precio competitivo y esto se dará en la medida en que los servidores civiles a cargo de la selección de proveedores no puedan dirigir la compra hacia determinado proveedor ni puedan tener la seguridad que el proveedor elegido

⁹ Todos los presidentes del Perú elegidos por el voto popular en los últimos treinta años, así como casi todos los últimos gobernadores regionales, se han visto envueltos en acusaciones de corrupción, a pesar de pertenecer a distintas y hasta antagónicas organizaciones políticas.

será el que finalmente ejecutará la prestación, es decir, eliminando el riesgo de corrupción.

Con la dación de la Ley 30225, el Perú ha logrado un desarrollo positivo para fortalecer la transparencia, integridad, eficiencia y responsabilidad del sistema de contratación pública, pero todavía tiene la tarea pendiente de garantizar mejores resultados en el uso del presupuesto público en beneficio de los ciudadanos; no obstante, como lo señaló recientemente Antonio Gomes¹⁰, es necesario que Perú facilite el acceso de proveedores potenciales e incremente la competencia en la contratación pública (Indecopi, 2018a, p. 21). Para ello se requiere, por ejemplo, prevenir la concertación de postores en la contratación pública.

Así, una contratación pública ineficiente por manipulación de los postores que deciden concertar afecta no solo la economía y el bienestar ciudadano, sino también a las propias empresas, pues no serán seleccionadas por su eficiencia, sino por ser el resultado de un acuerdo entre competidores (Indecopi, 2018a, p. 22). Por el contrario, si se realiza una contratación pública competitiva, se obtiene un mejor valor por el dinero público; en consecuencia, se genera un ahorro para el Estado y se hace más competitivas a las empresas (Indecopi, 2018a, p. 22). Entonces, el objetivo de la administración pública debe ser el lograr una contratación pública competitiva, por ende, más eficiente.

Gomes manifiesta que los estudios empíricos demuestran que “los precios a menudo están un 20 % o más por encima del precio competitivo cuando tenemos licitaciones falsas. Lo que significa que el Estado y los contribuyentes pagan 20 % o más de lo que deberían pagar por los bienes y servicios” (Indecopi, 2018a, p. 22); esto significa que más del 10 % del presupuesto público anual (más de diecisiete mil millones de soles en el 2019¹¹) sería dinero desperdiciado que irá a parar como sobornos en el patrimonio de funcionarios corruptos o como utilidades indebidamente obtenidas por ciertas empresas.

Es importante tener en cuenta que la concertación de postores se puede presentar en múltiples formas, siendo las estrategias más usuales las siguientes:

¹⁰ Jefe de la División de Competencia de la OCDE.

¹¹ Según el Presupuesto Anual de Gastos para el Año Fiscal 2019, aprobado por la Ley 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019.

- **Ofertas de cobertura:** aquella en la que los ofertantes coludidos presentan sus ofertas con precios por encima del postor que se acordó que gane en esa oportunidad.
- **Supresión de ofertas:** aquella en la que los ofertantes coludidos retiran sus ofertas para dejar al postor acordado como postor único. Al respecto, debe señalarse que en el Perú si bien se previene esta conducta al haber tipificado como infracción administrativa el desistirse o retirar injustificadamente la oferta (LCE, 2014, art. 50), se sanciona solo con multas que son impuestas con medidas cautelares de suspensión de hasta 18 meses, por lo que dichas multas no son pagadas, debido a que el OSCE no cuenta con facultades coactivas.
- **Distribución temporal:** está relacionada con las anteriores estrategias, pues en esta los competidores se turnan la oportunidad en la que serán elegidos como el postor ganador.
- **Distribución geográfica:** en esta estrategia los competidores se dividen geográficamente el mercado, buscando obtener una posición monopólica en la zona que le ha sido otorgada.

Esta concertación de postores es más probable que se produzca en mercados en los que hay pocos competidores, lo que usualmente ocurre cuando existen barreras de acceso, por tal motivo, el OSCE (a través de su Subdirección de Identificación de Riesgos que afectan la Competencia) actúa, de oficio o a pedido de parte, mediante la emisión de dictámenes sobre la existencia de barreras de acceso que pueden impedir u obstaculizar la participación de potenciales postores en un procedimiento de selección, en transgresión del marco normativo aplicable.

Al respecto, cabe precisar que, conforme a la Directiva 010-2019-OSCE/CD “Acciones de supervisión a pedido de parte y de oficio”¹², son consideradas barreras de acceso en los procedimientos de selección las siguientes actuaciones:

- Obstáculos para efectuar el pago por concepto de reproducción de los documentos del procedimiento de selección y/o expediente técnico.
- No entrega de los documentos del procedimiento de selección y/o expediente técnico a pesar de haberse efectuado el pago por su reproducción física o digital, según corresponda.

¹² Aprobada por Resolución 062-2019-OSCE/CD, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 8 de abril de 2019.

- No absolución de consultas y/u observaciones presentadas oportunamente en un procedimiento de selección.
- Obstáculos a la solicitud de elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y/u observaciones al OSCE para pronunciamiento.
- No elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones al OSCE para pronunciamiento.
- Obstáculos para presentar ofertas o expresiones de interés.
- Obstáculos al acceso del expediente de contratación.

Como podemos advertir, todas esas actuaciones denunciables ante la Subdirección de Identificación de Riesgos que afectan la Competencia del OSCE, restringen la participación de mayor cantidad de postores, por lo que contribuirían a facilitar la concertación de los pocos postores que participarían en el respectivo procedimiento de selección. En este punto, es pertinente señalar que el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE faculta a su Subdirección de Identificación de Riesgos que afectan la Competencia a suspender los procedimientos de selección en los que identifique la necesidad de ejecutar acciones coercitivas; sin embargo, el plazo que tiene el OSCE para emitir su dictamen es de treinta días hábiles, plazo que puede resultar tardío en comparación con los plazos establecidos en la etapa de selección del adjudicatario de la buena pro.

Otro factor que contribuye a la concertación de postores es la periodicidad regular de las convocatorias a procedimientos de selección de productos similares, ya que facilita que los competidores acuerden la distribución temporal del mercado, aparentando procedimientos competitivos por medio de las ofertas de cobertura.

Adicionalmente, un exceso de transparencia puede resultar nocivo para el proceso competitivo en la contratación pública, pues, mientras que esta puede satisfacer el interés de aquellos partidarios de la lucha contra la corrupción, aquí sostenemos que la transparencia debe darse de manera oportuna. Así, no es conveniente que durante la etapa de selección los postores conozcan cuántos competidores se están presentando ni cuánto es el precio que la entidad está dispuesta a pagar, ya que esta información facilita la comunicación entre los competidores, así como las posibilidades de acuerdo tomando como referencia el precio tope que está dispuesta a pagar la entidad.

Con la finalidad detectar las prácticas colusorias de los postores, la OCDE propone unos lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas, los

cuales consisten en elaborar listas de verificación para el diseño de un proceso de adquisición que reduzca los riesgos de colusión en la presentación de ofertas, que es lo que realiza parcialmente la Subdirección de Identificación de Riesgos que afectan la Competencia del OSCE; así como para detectar la colusión en las licitaciones públicas en general, que solo puede advertirse a través de la observancia de varios procedimientos de selección. Finalmente, la OCDE también propone medidas que deberán aplicar los funcionarios encargados ante la sospecha de colusión; en este aspecto, el Decreto Legislativo 1444 ha establecido que, frente a la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección, se debe remitir la información a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, la cual deberá mantenerse en reserva mientras dura la investigación.

No obstante, cabe señalar que la normativa de las contrataciones del Estado no ha establecido que la comisión de prácticas colusorias sean catalogadas como infracción a este marco normativo, por lo que la potestad sancionadora le corresponde al Indecopi en el marco del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el cual establece la imposición de multas como única sanción posible de ser dictada. Si bien la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1034 establece que el OSCE inscribirá en su registro de inhabilitados para contratar con el Estado a aquellos proveedores que el Indecopi ha determinado que incurrieron en la realización de alguna práctica anticompetitiva, siempre que esta decisión haya quedado firme; la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1444 ha restringido la aplicación de tal inhabilitación a que la infracción sea calificada como muy grave y solo por el plazo de un año, lo que consideramos demasiado benigno para la gravedad que significa afectar el mercado de la contratación pública, la integridad y confianza en los procedimientos de selección y en el uso de los recursos públicos.

En este punto corresponde señalar que la propia administración pública puede generar condiciones que distorsionan el proceso competitivo, lo que se manifiesta principalmente con la utilización del valor referencial, ya que con su publicidad se manifiesta el precio que el comprador está dispuesto a pagar, situación que solo debería presentarse en una subasta, ya que la revelación anticipada del precio que el comprador está dispuesto a pagar condiciona al vendedor a ofrecer por ese precio y obtener la mayor utilidad posible (en desmedro de la calidad de lo ofertado).

Al respecto, la Ley 30225 incorporó el uso del valor estimado (reservado) en la contratación de bienes y servicios, lo que generó un impacto positivo pues solo en el 23 % de adjudicaciones el valor adjudicado era igual o mayor al valor estimado, mientras que antes de ello, con el valor referencial público, los porcentajes de valor adjudicado igual o mayor al valor referencial fueron de 71.2 % en el 2014 y 52.3 % en el 2015 (Indecopi, 2018b). Esto quiere decir que cuando los postores no saben el precio que la entidad está dispuesta a pagar, tiene mayores incentivos para realizar su mejor oferta con la relación calidad-precio.

A pesar del avance logrado, el Decreto Legislativo 1341 regresó al uso del valor referencial público, situación que ha sido nuevamente revertida con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1444. No obstante, queda la tarea pendiente de trasladar el uso del valor estimado a la ejecución de obras, lo que podría ser incorporado a partir de la masificación de la modalidad de contratación mediante concurso oferta¹³.

Otra novedad que trae el Decreto Legislativo 1444 es el uso casi exclusivo de la plataforma electrónica del SEACE, lo que permitirá alinearnos con los lineamientos de la OCDE respecto al uso de la contratación electrónica, de esta manera se evitará el contacto entre postores, pero podría considerarse el mantener el anonimato de los postores (incluso para los servidores públicos responsables de la selección), con la finalidad de que puedan elegir la mejor oferta sin considerar quién será el adjudicatario hasta que sea elegido y deba realizarse la fiscalización posterior de la documentación presentada.

Un caso paradigmático que demuestra los beneficios de la competencia es el que se dio en el concurso para la entrega en concesión de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada – PTAR Taboada, la cual si bien se encontraba en el ámbito de las asociaciones público-privadas, muestra las ventajas de una selección en dos fases. El proyecto de inversión en mención surgió por una iniciativa presentada por un consorcio conformado por dos empresas del grupo Odebrecht, la cual –una vez que fue declarada de interés– tuvo que ser publicada para que se pudieran presentar terceros interesados en ejecutar dicho proyecto. Para tal efecto se estableció como factor de competencia el valor actual de la Remuneración Anual por Servicio (RAS); así, se presentaron tres postores y dado que el titular de la iniciativa privada no presentó la

¹³ Cuando el postor oferta la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra.

mejor oferta tuvo la posibilidad de igualar la oferta que quedó en primer lugar, teniendo el siguiente resultado:

Tabla 1: Resultados del concurso para la concesión de la PTAR Taboada

RAS referencial	S/148 268 483		
Postores	ACS Servicios Comunicaciones y Energía SL.	Consortio Concesión Taboada ¹⁴	Consortio AGESSBIO ¹⁵
RAS (primera ronda)	S/107 695 067	S/145 440 000	S/136 270 000
RAS (segunda ronda)	S/101 633 958	S/102 000 000	---

Adaptado de: (Zaldivar, 2016)

Como se puede advertir, la segunda ronda significó un ahorro de casi 6 % respecto de la oferta que ocupó el primer lugar en la ronda y de más de 31 % respecto del monto referencial previsto. Esta modalidad de selección puede ser trasladada a las contrataciones del Estado, otorgándose al que hubiera quedado en primer lugar en la primera fase la posibilidad de igualar o mejorar en una segunda fase si se presenta alguna nueva oferta mejor que la suya.

A modo de paréntesis, debemos señalar que el Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 240-2018-EF, han incorporado al diálogo competitivo como un mecanismo de adjudicación en el cual se requiere la participación de más de dos postores debido a la complejidad del proyecto a realizarse; si bien ha sido importado a un marco normativo distinto al de la contratación pública, es un mecanismo idóneo para fomentar la innovación, pues la administración pública convoca a los privados para que propongan soluciones a problemas identificados por esta, pudiendo existir distintos enfoques de solución.

¹⁴ Integrado por Constructora Norberto Odebrecht S. A. y Odebrecht Invetimentos em Infraestrutura Ltda.

¹⁵ Integrado por Constructora Andrade Gutierrez S. A. y Empresa de Servicios Sanitarios del Bío Bío S. A.

CAPÍTULO III: LA COMPETENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR

Esta investigación parte de la premisa de reconocer que la corrupción es un problema endémico que no podrá ser eliminado, por lo que es necesario realizar un cambio de estrategia. No debemos seguir desperdiciando recursos en una ineficaz lucha contra la corrupción, sino que debemos adoptar un nuevo modelo de prevención por medio del instrumento más eficaz de asignación de recursos: la competencia.

Es necesaria una reforma legislativa que elimine la preclusividad de la presentación de ofertas y permita que luego de una preselección de postores pueda presentarse una propuesta mejor a la preseleccionada; no obstante, el preseleccionado debe tener el beneficio de poder igualar la oferta realizada por el competidor extemporáneo, esto implica la realización de una contratación pública en dos fases, sin que se pueda predecir de antemano quién será el postor que finalmente realizará la mejor oferta.

En igual forma, es mejor que se pueda centralizar las compras públicas a través de Perú Compras, para que se pueda conseguir mejores ofertas por demanda agregada, así como se facilita la función de control del buen uso de los recursos públicos, ya que la atomización de las compras públicas ocasiona que no se pueda realizar un control efectivo por la gran cantidad de actores involucrados y porque los montos involucrados generalmente no justifican el gasto que implica ejercer el control de los mismos.

Una flexibilización en los procedimientos de adquisición no implica una flexibilización en la planificación de la contratación pública, pues esta etapa constituye la etapa más importante y decisiva ya que si se empieza mal se termina inevitablemente mal. Aquí resulta relevante que se desarrolle una adecuada planificación de la contratación pública, lo cual es de periodicidad anual.

Por otro lado, es conveniente implementar el diálogo competitivo como método de contratación para la innovación, a fin de lograr soluciones a problemas que no son resueltos por el riesgo de inversión o a necesidades insatisfechas por falta de respuesta del mercado.

Con la vigente Ley 30225 se han dado cambios positivos acorde con las recomendaciones efectuadas por la OCDE; sin embargo, se percibe que existe una

desconfianza en el sistema de contratación pública de parte de los potenciales postores, los cuales deben ser atraídos al mercado de las compras públicas con mecanismos que les pueda asegurar que va a ganar la mejor oferta y no el que tenga mejores contactos, es decir, ganará el mejor competidor.

En este aspecto, la ley marco de asociaciones público-privadas contaba con una herramienta que lamentablemente ha sido retirada y que daba la posibilidad, a quien elaboraba una iniciativa privada, de igualar la oferta de quien apareciera con una mejor propuesta. Trasladado a la contratación pública tendríamos la figura de que quien fuera preseleccionado bajo el esquema tradicional de selección de postores podría igualar la oferta de un competidor que apareciera luego de la preselección con una mejor propuesta. De esta manera, el postor que se hubiera coludido con un funcionario público o con los otros postores a fin de sobrevalorar lo ofertado para distribuirse ese beneficio ilícito, podría ser excluido por un competidor que presente una oferta sin esa sobrevaloración.

En el mismo sentido, ya que la contratación pública no solo es afectada por la intervención de malos servidores públicos que participan en actos de corrupción, es necesario que se adopten medidas radicales con aquellos privados que pretenden alterar la competencia en el mercado mediante la concertación de postores, por lo que estos agentes deben ser excluidos definitivamente del mercado de las compras públicas, lo que serviría como mecanismo de prevención general.

Si bien es la etapa de selección de contratistas la que más sospechas de irregularidades trae, debe tenerse en cuenta que estas generalmente se originan desde las actuaciones preparatorias, es decir, desde el diseño o planificación de la compra pública a realizarse. Por este motivo, debe evitarse que cada entidad elabore sus requerimientos como mejor les parezca, dando mayor relevancia a la estandarización, sobretodo de bienes homogéneos o comunes.

Los acuerdos marco tal como están operando a la fecha pueden generar problemas como los ya suscitados con el Ministerio de Educación y el Congreso (El Comercio, 2016). Por ejemplo, cualquier empresa recién constituida que se inscriba en el Registro Nacional de Proveedores puede participar y ser seleccionado como proveedor en un acuerdo marco, lo que podría parecer favorable para la competencia; sin embargo, si tenemos en cuenta que el formar parte de un acuerdo marco permite que el proveedor sea seleccionado de manera directa por la entidad, solo aquellos

proveedores con experiencia previa favorable deberían poder formar parte del catálogo electrónico.

En línea con lo antes expuesto, resulta peligroso que haya demasiada transparencia, por lo que resultaría más favorable que las entidades puedan elegir la mejor oferta disponible en el catálogo electrónico sin conocer la identidad del proveedor hasta que se genere la orden de compra, de esta manera solo será relevante la oferta en sí y la calificación cuantitativa que pueda tener el ofertante, tal como ocurre en mercados que operan a través de plataformas virtuales.

Por otro lado, dado que la descentralización ha provocado que sean muchas las entidades que convocan constantemente a procedimientos de selección de montos no significativos, estos suelen evitar las acciones de control por razón de falta de materialidad; sin embargo, si sumamos todos los pequeños montos que se contratan nos podemos dar cuenta que en suma sí son significativos. En tal sentido, sería conveniente que las contrataciones convocadas de manera descentralizada sean aquellas de cuantías considerables que ameriten las acciones de control, como son las ejecuciones de obras por contrata.

Ahora bien, la ejecución de obras públicas adolece de dificultades en la etapa de ejecución contractual originadas por una indebida elaboración de los expedientes técnicos. Por este motivo, es mejor que el diseño de los expedientes técnicos sea de responsabilidad del que va a ejecutar la obra. En tal sentido, el concurso oferta que solo está previsto para grandes obras ejecutadas por el Poder Ejecutivo, debería hacerse extensivo a todo tipo de obras que requieran elaboración de expedientes técnicos y que sean ejecutados por gobiernos regionales y locales.

En esta misma línea, también resulta atractivo el sistema de contratación de administración delegada o contrato de gestión para la ejecución de obras públicas, pues se puede contratar con el encargado de administrar la ejecución de la obra a través de subcontratistas con una rentabilidad fija mínima, pero con la posibilidad de obtener una rentabilidad más alta con los ahorros en los que incurra, pues estos podrían ser compartidos entre el gestor del contrato y la entidad contratante.

Cabe señalar que también es importante que exista un mecanismo en el cual exista una mayor integración entre los postores y la administración pública, pero esta debe ser cuando se buscan soluciones innovadoras a problemas o necesidades

identificadas por las entidades públicas y frente a los cuales no existen soluciones disponibles que puedan ser ofrecidas por el mercado. De este modo, el Estado se puede convertir en un gestor de innovación importante.

Todas estas medidas generarían un impacto positivo en el mercado, al hacerlo más atractivo a nuevos competidores y representarían un reto positivo para los competidores existentes, por lo que se requiere que las políticas públicas apunten a esa finalidad de lograr un mayor nivel de competencia en la contratación pública que se traducirá en una mejor relación entre la calidad y el precio de lo que el Estado compra, disminuyendo de esa manera los niveles de corrupción y volviendo más competitivas a las empresas.

Conclusiones

La Ley 30225 significó un cambio positivo en el sistema de contratación pública peruano, debido a que incorporó muchas de las recomendaciones de la OCDE. Entre otras ventajas, logró un ligero incremento del nivel de competencia en los procedimientos de selección convocados desde su vigencia. Este incremento del nivel de competencia trajo ahorros significativos al Estado, ya que los postores se encontraban en la necesidad de hacer su mejor oferta, al haberse eliminado el valor referencial como parámetro de exclusión de ofertas.

Con un mayor nivel de competencia en los procedimientos de selección, el Estado gastará el presupuesto público de una manera más eficiente, ya que pagará el precio más cercano al precio de mercado, con una mejor relación entre calidad y precio, teniendo en consideración los costos asociados a la compra a realizar.

Las medidas anticorrupción deben ser contingentes, pues si el Estado comprara a precio de mercado, gracias a la competencia entre postores, los beneficios ilícitos derivados de la corrupción serían menores, desincentivando la participación de funcionarios o servidores con expectativas lucrativas a través de las compras sobrevaloradas.

Un exceso de transparencia, así como la descentralización, son políticas públicas con buena recepción en los ciudadanos; sin embargo, el primero facilita la concertación entre competidores, y el segundo, que existan demasiadas microcompras

que no serán debidamente fiscalizadas por falta de materialidad (porque la auditoría costaría más que el monto involucrado).

Es necesario que la concertación entre competidores sea sancionada con la exclusión definitiva del mercado de la contratación pública, ya que afecta patrimonialmente al Estado, pero también a la confianza en los procedimientos de selección, generando la autoexclusión de potenciales nuevos competidores.

La tecnología del Seace debería permitir mantener el anonimato de los postores hasta que la mejor oferta haya sido elegida. De esta manera se evitarían los direccionamientos de la buena pro hacia proveedores con los cuales los funcionarios responsables se hubieran coludido.

Debe incorporarse la selección en dos etapas, la primera para preseleccionar a un posible adjudicatario y la segunda para que cualquier competidor pueda presentar una mejor oferta, con la posibilidad de que el postor preseleccionado pueda igualar o mejorar esta última oferta para que se le otorgue la buena pro.

El diálogo competitivo es un nuevo método de contratación que debería ser incluido en el sistema de contratación pública, de tal manera que se fomente la innovación y asociatividad entre competidores.

El éxito de las compras públicas nos beneficiaría a todos, no solo porque el Estado gasta el dinero de todos los ciudadanos, sino también porque la competitividad facilita la mejora de las empresas proveedoras, sea por la innovación o por una mejor administración de sus recursos.

Finalmente, la competencia no debe ser solo un principio enunciado en la Ley de Contrataciones del Estado, sino que debe ser el principio rector de ella.

LISTA DE REFERENCIAS

- econ. (2004). *Assessing the impact of public sector procurement on competition* (No. OFT742a). Londres. Recuperado de http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402182823/http://www.ofg.gov.uk/shared_ofg/reports/comp_policy/oft742a.pdf
- Alianza del Pacífico. Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (2012). Colombia; Chile; México; Perú.
- Andina. (2017, octubre 23). Costos de contrataciones públicas se reducen más de 10% con uso de las TIC. *Andina*. Recuperado de <https://andina.pe/agencia/noticia-costos-contrataciones-publicas-se-reducen-mas-10-uso-de-tic-687280.aspx>
- Banco Mundial. (2018a). PIB (US\$ a precios actuales). Recuperado el 29 de octubre de 2018, de <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?end=2017&locations=CL-CO-MX-PE&start=2011&view=chart>
- Banco Mundial. (2018b). PIB per cápita (US\$ a precios actuales). Recuperado el 29 de octubre de 2018, de <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?end=2017&locations=CL-CO-MX-PE&start=2011>
- Barchi, L. (2003). ¿Es eficiente el sistema de contratación estatal? *Revista Derecho y Sociedad*, (21), 265–281. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17380/17663>
- BBC Mundo. (2018, mayo 30). En qué beneficia a Colombia formar parte de la OCDE, el selecto club de países ricos en el que hasta ahora sólo había 2 naciones de América Latina. *BBC News Mundo*. Recuperado de <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-44260613>
- Bender, C. M., Götz, G., & Pakula, B. (2011). Effective Competition: Its Importance and Relevance for Network Industries. *Intereconomics. Review of European Economic Policy*, 46(1), 4–10. <https://doi.org/10.1007/s10272-011-0362-y>
- Boehm, F., & Lambsdorff, J. G. (2009). Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional. *Revista de Economía Institucional*, 11(21), 45–72. Recuperado de <http://uexternado.metarevistas.org/index.php/ecoins/article/view/368/353>
- Camacho, G. (2016). Chile. En J. L. Benavides & P. Moreno Cruz (Eds.), *La contratación pública en América Latina* (pp. 231–273). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chávez Presa, J. A. (2016, julio 23). El combate a la corrupción es con cambio en los incentivos. *El Universal*. Recuperado de <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/jorge-chavez-presa/nacion/2016/07/23/el-combate-la-corrupcion-es-con>
- CNUDMI. (2011). Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Recuperado el 24 de septiembre de 2018, de

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011_Model.html

CNUDMI. (2018). Sobre la CNUDMI. Recuperado el 24 de septiembre de 2018, de http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

Congreso Constituyente. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación § (1917). México. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>

Congreso de la República. Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225, SPIJ (2014). Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/to mo00436.htm/año410692.htm/mes422485.htm/dia423222.htm/sector423223.htm/sumilla423228.htm>

Congreso de la República. Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016, Ley 30372, El Peruano (2015). Perú. Recuperado de <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-de-presupuesto-del-sector-publico-para-el-ano-fiscal-201-ley-n-30372-1320266-1/>

Congreso de la Unión. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (1999). México.

Congreso de la Unión. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (1999). México.

Danós, J. (2008). El régimen de los contratos estatales en el Perú. En J. A. Moreno & A. Matilla (Eds.), *Contratos públicos en España, Portugal y América Latina: un estudio de derecho comparado* (pp. 611–673). Madrid: Difusión Jurídica.

Dimitri, N. (2012). *Best value for money in procurement* (No. 2012/02). Maastricht. Recuperado de <https://www.msm.nl/resources/uploads/2014/02/MSM-WP2012-02.pdf>

El Comercio. (2016, diciembre 17). Gobierno aceptó renuncia del jefe del portal Perú Compras. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/politica/gobierno/gobierno-acepto-renuncia-jefe-portal-peru-compras-154258>

Fernández, J. (2008). La contratación administrativa en México. En J. A. Moreno & A. Matilla (Eds.), *Contratos públicos en España, Portugal y América Latina: un estudio de derecho comparado*. Madrid: Difusión Jurídica.

Fernández Zapata, S. (2005). La corrupción sistémica en el Perú de los noventa: medición del impacto de los recursos desviados por casos de corrupción sobre el crecimiento económico. En Ó. Ugarteche (Ed.), *Vicios públicos: poder y corrupción* (pp. 245–272). Lima: Fondo de Cultura Económica.

Gimeno Feliù, J. M. (2008). Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público. En J. M. Gimeno Feliù (Ed.), *El derecho de los contratos del sector público* (pp. 13–48). Zaragoza: Gobierno de Aragón.

Hanák, T., & Muchová, P. (2015). Impact of competition on prices in public sector procurement. *Procedia Computer Science*, 64, 729–735.

<https://doi.org/10.1016/j.procs.2015.08.601>

- Hernández Diez, S. (2012). *Estructura de las redes de corrupción en los procesos de selección de obras públicas en el sector Transportes y Comunicaciones entre los años 2005 y 2010*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5546/HERNANDEZ_DIEZ_SANDRO_ESTRUCTURA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Indecopi. (2018a). Conferencia internacional “Día de la competencia de Perú”. En *Día de la competencia de Perú*. Lima. Recuperado de https://issuu.com/indecopi/docs/ebook_dia_de_la_competencia_de_peru
- Indecopi. (2018b). Incorporan en el Decreto Legislativo 1444 recomendaciones del Indecopi para fomentar mayor competencia en las compras públicas. Recuperado el 18 de enero de 2019, de https://www.indecopi.gob.pe/inicio/-/asset_publisher/ZxXrtRdgbv1r/content/incorporan-en-el-decreto-legislativo-1444-recomendaciones-del-indecopi-para-fomentar-mayor-competencia-en-las-compras-publicas?inheritRedirect=false#_ftn2
- Instituto Peruano de Economía. (2017, enero 30). El costo económico de la corrupción. *El Comercio*, p. 19. Recuperado de <http://www.ipe.org.pe/portal/wp-content/uploads/2017/01/2017-01-30-El-coste-economico-de-la-corrupcion-Informe-IPE-El-Comercio.pdf>
- Kingsbury, B. (2009). The concept of “law” in global administrative law. *European Journal of International Law*, 20(1), 23–57. <https://doi.org/10.1093/ejil/chp005>
- Kingsbury, B., Krisch, N., & Stewart, R. B. (2010). El surgimiento del derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público*, (24). Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub87.pdf
- Klitgaard, R. (1990). *Controlando la corrupción*. (T. Prada & A. R. Prada, Trads.). La Paz: Quipus.
- Kühn, S., & Sherman, L. B. (2014). *Curbing corruption in public procurement: a practical guide*. Berlín: Transparency International. <https://doi.org/10.1787/9789264041332-en>
- Linares, M. (2013). *Contratación pública: derecho local, internacional y de la integración* (2a ed.). Lima, Perú: Linares Consultores.
- Lindskog, H., Brege, S., & Brehmer, P.-O. (2010). Corruption in public procurement and private sector purchasing. *Journal of Organisational Transformation & Social Change*, 7(2), 167–188. https://doi.org/10.1386/jots.7.2.167_1
- Loayza, N. (2016). La productividad como clave del crecimiento y el desarrollo en el Perú y el mundo. *Revista Estudios Económicos*, (31), 9–28. Recuperado de www.bcrp.gob.pe/publicaciones/revista-estudios-economicos.html
- Marca, H., & Escobar, F. (2015). Sobrevaloración de precios en licitaciones y compras públicas. *Revista Investigaciones Altoandinas - Journal of High Andean Investigation*, 17(2), 229–236. <https://doi.org/10.18271/ria.2015.119>
- Marienhoff, M. S. (1970). *Tratado de derecho administrativo* (Vol. I). Buenos Aires,

Argentina: Abeledo-Perrot.

Martin, S. (2004). Globalization and the natural limits of competition. En M. Neumann & J. Weigand (Eds.), *The international handbook of competition* (1a ed., pp. 16–64). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.

Maslen, C. (2016). *Collusion in public procurement contracts*. Transparency International.

Mateo, M. A. (2005). Corrupción política. Enfoques y desenfoques desde la cultura, la economía y la propia política. En Ó. Ugarteche (Ed.), *Vicios públicos: poder y corrupción* (pp. 307–328). Lima: Fondo de Cultura Económica.

Ministerio de Economía y Finanzas. Exposición de motivos: Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado (2018). Lima: Ley de Contrataciones del Estado. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Setiembre/16/EXP-DL-1444.pdf>

Ministerio de Hacienda. Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, Ley 19886 (2003). Chile. Recuperado de [www.leychile.cl-documentogenerado?url=https://www.leychile.cl/N?i=213004&f=2018-04-01&p=LEYNUM.19.886](http://www.leychile.cl/documentogenerado?url=https://www.leychile.cl/N?i=213004&f=2018-04-01&p=LEYNUM.19.886)

Ministerio de Hacienda. Aprueba reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, Decreto 250 (2004). Chile. Recuperado de [www.leychile.cl-documentogenerado?url=https://www.leychile.cl/N?i=230608&f=2015-08-10&p=](http://www.leychile.cl/documentogenerado?url=https://www.leychile.cl/N?i=230608&f=2015-08-10&p=)

Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Decreto 4170 de 2011 (2011). Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4170_2011.html

Ministerio de Obras Públicas. Deroga Decreto N° 15, de 1992, y sus modificaciones posteriores y aprueba reglamento para contratos de obras públicas, Decreto 75 (2004). Chile. Recuperado de [www.leychile.cl-documentogenerado?url=https://www.leychile.cl/N?i=233103&f=2015-08-29&p=](http://www.leychile.cl/documentogenerado?url=https://www.leychile.cl/N?i=233103&f=2015-08-29&p=)

Ministerio de Obras Públicas. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del DFL. N° 206, de 1960, Decreto con Fuerza de Ley 850 (2018). Chile. Recuperado de [www.leychile.cl-documentogenerado?url=https://www.leychile.cl/N?i=233103&f=2015-08-29&p=](http://www.leychile.cl/documentogenerado?url=https://www.leychile.cl/N?i=233103&f=2015-08-29&p=)

Montoya, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administración-Pública.pdf>

Morón, J. C. (2016a). *La contratación estatal: análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Morón, J. C. (2016b). Perú. En J. L. Benavides & P. Moreno Cruz (Eds.), *La contratación pública en América Latina* (pp. 531–579). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Morón, J. C., & Aguilera, Z. (2017). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

- OCDE. (2012). *Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública*. París. Recuperado de http://www.oecd.org/daf/competition/Recommendation_fighting-bid-rigging-2012-ES.pdf
- OCDE. (2015). *Recomendación del consejo sobre contratación pública*. Recuperado de <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>
- OCDE. (2016). *Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2017*. París: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264266391-es>
- OCDE. (2017a). *Contratación pública en Chile: opciones de política para convenios marco eficientes e inclusivos*. París: Éditions OCDE.
- OCDE. (2017b). *La contratación pública en el Perú: reforzando capacidad y coordinación*. París: Éditions OCDE. <https://doi.org/10.1787/9789264281356-es>
- OCDE. (2017c). OCDE. Mejores políticas para una vida mejor. Ciudad de México: Centro de la OCDE en México para América Latina. Recuperado de [http://www.oecd.org/centrodemexico/publicaciones/Qué es la OCDE 2017 \(2\).pdf](http://www.oecd.org/centrodemexico/publicaciones/Qué es la OCDE 2017 (2).pdf)
- OECD. (2007). *Bribery in public procurement: methods, actors and counter-measures*. París: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264013964-en>
- OECD. (2008). Public procurement: the role of competition authorities in promoting competition. En *Policy roundtables*. París: OECD. Recuperado de <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/39891049.pdf>
- OECD. (2009). *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264056527-en>
- OECD. (2011). *Competition and procurement: key findings*. París. Recuperado de <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48315205.pdf>
- OECD. (2013). *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement: progress since 2008*. París: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264201385-en>
- OECD. (2014). Launch of the OECD Country Programme with Peru Remarks. Recuperado el 13 de abril de 2018, de <http://www.oecd.org/about/secretary-general/launch-of-the-oecd-country-programme-with-peru-remarks.htm>
- OECD. (2016). *Towards efficient public procurement in Colombia: making the difference*. París: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264252103-en>
- OECD. (2017). *Public procurement for innovation: good practices and strategies*. París: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264265820-en>
- OMC. (s/f-a). ¿Qué es la Organización Mundial del Comercio? Recuperado el 15 de septiembre de 2018, de https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm
- OMC. (s/f-b). Acuerdo sobre contratación pública. Recuperado el 15 de septiembre de

- 2018, de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gpa_1994_s.htm
- OMC. (2012). Acuerdo revisado sobre contratación pública. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.pdf
- OSCE. (2009). *Plan estratégico de contrataciones públicas del Estado peruano*. Lima. Recuperado de http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/Plan_Estrategico_delas_contrataciones_publicas.pdf
- OSCE. (2015). *¿Cuánto tiempo tardan las entidades en efectuar el pago a proveedores? Medición realizada en el año 2014 y comparación con estudios de los años 2011 y 2013*. Lima. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Publicacion/Estudios/2013/Estudio_Duracion_de_Pago_2014_Vs_FINAL_7.pdf
- OSCE. (2017). *Comparativo del nivel de competencia en los procedimientos de selección del año 2016 (Ley N° 30225) respecto a los años 2014 y 2015 (D. Leg. 1017)*. Lima. Recuperado de http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Nivel_de_Competencia_2015-2016.pdf
- OSCE. (2018). *Nivel de competencia en los procedimientos de selección año 2017 y su proyección para el 2018*. Lima. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/ESTUDIO_CONSOLIDADO_datos_2017-Final_19102018.pdf
- Padilha, J., & Soares, E. (2018). El mecanismo. Brasil: Netflix. Recuperado de <https://www.netflix.com/watch/80184588?trackId=13752289&tctx=0%2C6%2Ce6116197-db03-4f15-b441-9676da6af259-25454912%2C%2C>
- Paulsen, H. (2013). El redescubrimiento del derecho administrativo como elemento de “good governance” y reforma del Estado. En J. Rodríguez-Arana, M. A. Sendin, J. E. Danós, J. L. Cáceres, V. V. Rojas, & N. A. Huamán (Eds.), *Contratación pública: doctrina nacional e internacional* (Vol. I, pp. 15–22). Arequipa: Adrus D&L.
- Pedraza, J. (2012). *La delimitación conceptual de la competencia efectiva en el marco del régimen jurídico de la competencia efectiva en el marco del régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*. Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15117/juanita_pedraza_tesis.pdf
- Poder Ejecutivo. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017, SPIJ (2008). Perú. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPperuhistorico/coleccion00000.htm/tomo00183.htm/año41350.htm/mes41758.htm/dia41759.htm/sector41762.htm/su-milla41763.htm>
- Poder Ejecutivo. Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado (2014). Lima: Segunda Legislatura Ordinaria 2013. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf2e006d1cf0/8972a30b396fbf7705257cfc000a9340/\\$FILE/PL03626180614.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf2e006d1cf0/8972a30b396fbf7705257cfc000a9340/$FILE/PL03626180614.pdf)
- Porter, M. E. (1990). The competitive advantage of nations. *Harvard Business Review*, 68(2), 73–93. Recuperado de

<http://ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=9005210820&lang=es&site=eds-live&scope=site>

- Posner, R. A. (1998). *El análisis económico del derecho*. (E. L. Suárez, Trad.). México, D. F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Quintana, E. (2010). El objetivo de la ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 7(13), 19–59. Recuperado de <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/97/104>
- Quiroz, A. W. (2005). Costos históricos de la corrupción en el Perú republicano. En F. Portocarrero S. (Ed.), *El pacto infame: estudios sobre la corrupción en el Perú* (pp. 75–95). Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú.
- Quiroz, A. W. (2014). *Historia de la corrupción en el Perú* (2a ed.). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Redacción EC. (2018, enero 25). La operación del “club de la construcción” en cinco claves. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/politica/operacion-club-construccion-cinco-claves-noticia-491753>
- Rodríguez-Arana, J. (2016). Los principios del derecho global de la contratación pública. *Revista de Derecho*, (13), 189–217. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i13.1218>
- Rojas Leo, J. F. (2008). Derecho de la competencia, funcionamiento del mercado y realidad latinoamericana. En M. Castillo Freyre (Ed.), *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi* (Vol. III, pp. 2121–2142). Lima: Palestra Editores.
- Rose-Ackerman, S. (2001). *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. (A. Colodrón Gómez, Trad.). Madrid: Siglo Veintiuno de España.
- Samuelson, P. A., & Nordhaus, W. D. (2010). *Economía con aplicaciones a Latinoamérica* (19a ed.). México D. F.: McGraw-Hill.
- San Miguel-Giralt, J. (2017). Contratación pública y colusión. Derecho de competencia frente al derecho administrativo. *Vniversitas*, 66(135), 377–420. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj135.cpcd>
- Sanchez Graells, A. (2009). *Distortions of competition generated by the public (power) buyer: a perceived gap in EC competition law and proposals to bridge it* (L No. 23). Oxford: The University of Oxford. Recuperado de https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclp_l_23.pdf
- Sanchez Graells, A. (2015a). Competition law and public procurement. En *Intersections of Antitrust Workshop*. London. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=2643763>
- Sanchez Graells, A. (2015b). *Public procurement and the EU competition rules* (2a ed.). Oxford: Hart Publishing. Recuperado de https://research-information.bristol.ac.uk/files/47837712/2nd_edn.pdf
- SBS. (2019). Tipo de cambio contable. Recuperado el 20 de enero de 2018, de http://www.sbs.gob.pe/app/pp/SISTIP_PORTAL/Paginas/Publicacion/TipoCambioContable.aspx

- Schwab, K. (2017). *The Global Competitiveness Report 2017-2018*. Ginebra. Recuperado de <http://www3.weforum.org/docs/GCR2017-2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2017-2018.pdf>
- Schwab, K. (2018). *The Global Competitiveness Report 2018*. Ginebra. Recuperado de <http://www3.weforum.org/docs/GCR2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2018.pdf>
- Secretaría de la Función Pública. (2017). Contrataciones públicas que garanticen las mejores condiciones para el Estado | Secretaría de la Función Pública | Gobierno | gov.mx. Recuperado el 29 de octubre de 2018, de <https://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/contrataciones-publicas-que-garanticen-las-mejores-condiciones-para-el-estado>
- Secretaría General de la Presidencia. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, Ley 19880 (2003). Recuperado de [www.leychile.cl-documentogenerado?url=https://www.leychile.cl/N?i=210676&f=2018-05-26&p=](http://www.leychile.cl/documentogenerado?url=https://www.leychile.cl/N?i=210676&f=2018-05-26&p=)
- Serrano-Pinilla, F. (2011). El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 9(19), 147–182. Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/viewFile/13737/11045>
- Servicio de Impuestos Internos. (2019). UTM - UTA - IPC 2019. Recuperado el 20 de enero de 2018, de http://www.sii.cl/valores_y_fechas/utm/utm2019.htm
- Shack, N., Chacón, F., & López, L. (2011). *Intervención pública evaluada: Sistema de contrataciones y adquisiciones públicas* (Evaluaciones de Diseño y Ejecución Presupuestal (EDEP)). Lima. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011precuegenrep.nsf/0/60795f76e6d2219c05257980007954be/\\$FILE/Sistema_de_Contrataciones_y_Adquisiciones_Públicas.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011precuegenrep.nsf/0/60795f76e6d2219c05257980007954be/$FILE/Sistema_de_Contrataciones_y_Adquisiciones_Públicas.pdf)
- Stiglitz, J. E. (2006). *La economía del sector público*. (E. Rabasco & L. Tohaira, Trads.) (3a ed.). Barcelona: Antoni Bosch.
- Tanaka, M. (2005). La estructura de oportunidad política de la corrupción en el Perú: algunas hipótesis de trabajo. En F. Portocarrero S. (Ed.), *El pacto infame: estudios sobre la corrupción en el Perú* (pp. 355–375). Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú.
- Tassano, H. (2011). Retos y desafíos en la aplicación de las políticas de competencia en el Perú. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 7(13), 5–17. Recuperado de <http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/96/103>
- Transparency International. (2019). Corruption perception index 2018.
- Tribunal de Contratación Pública. (2018). Qué hacemos en el TCP. Recuperado el 2 de diciembre de 2018, de <http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/que-hacemos/>
- Ugarteche, O. (2005). Notas sobre la nueva corrupción económica en el Perú finisecular: desde la mafia, el mercantilismo y la teoría económica. En F. Portocarrero S. (Ed.),

El pacto infame: estudios sobre la corrupción en el Perú (pp. 99–127). Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú.

Vargas Haya, H. (2005). *Perú: 184 años de corrupción e impunidad*. (A. Soler Peña & A. De la Puente Uceda, Eds.). Lima: Rocío.

Vega, E. E., Rojas, J. C., Elías, L. Y., Koechlin, J. G., & Solórzano, X. del R. (2018). *El círculo de la corrupción en los gobiernos regionales: los casos de Cusco, Ayacucho, Moquegua, Piura y Madre de Dios*. Lima: Konrad-Adenauer-Stiftung, Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Recuperado de <https://plataformaanticorruptcion.pe/wp-content/uploads/2018/09/El-circulo-de-la-corrupcion-en-los-gobiernos-regionales-UARM-KAS.pdf>

Williamson, J. (2004). A short history of the Washington Consensus. En *From the Washington Consensus Towards a new Global Governance* (pp. 1–14). Barcelona. Recuperado de <https://piie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>

Winslow, T. (2004). *Derecho y política de la competencia en Perú: examen inter-pares*. París. Recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/DerechoPolíticaPeru.pdf>

Zaldivar, E. (2016). Planta de tratamiento de aguas residuales “La Taboada” - PTAR Taboada. Lima: ProInversión. Recuperado de https://www.proinversion.gob.pe/RepositorioAPS/0/1/EVE/TALLER_APP_8_NOV_2016/S8_Caso_de_Exito_Saneamiento.pdf

Zegarra, L. F. (2002). *La economía de la corrupción: hacia una comprensión de las causas de la corrupción y las estrategias para combatirla*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.