

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ

**“LA FUNCIÓN DE LA TRANSPARENCIA FRENTE A PRÁCTICAS COLUSORIAS EN  
LAS COMPRAS PÚBLICAS: LA RESTRICCIÓN DE LA INFORMACIÓN COMO  
FOMENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa**

***(especialidad gestión empresarial)***

**AUTOR:**

**OLGA EVELYN CHÁVEZ SUELDO**

**ASESOR TEMÁTICO:**

Hebert Tassano Velaochaga

**Miembros del Jurado:**

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

Andrés Francisco Calderón López

Lima- Perú

2015

## ÍNDICE

ÍNDICE .....	2
INTRODUCCIÓN.....	4
CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	8
<b>1.1 CONTRATACIÓN PÚBLICA.....</b>	<b>8</b>
<b>1.2 REGULACIÓN DE LAS COMPRAS PÚBLICAS EN EL PERÚ.....</b>	<b>14</b>
<b>1.3 NECESIDAD DE REGULACIÓN DEL PROCESO DE COMPRAS PÚBLICAS..</b>	<b>23</b>
<b>1.4 PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.....</b>	<b>28</b>
SECCIÓN 2.....	38
LIBRE COMPETENCIA.....	38
<b>2.1 DEFINICIÓN DE LIBRE COMPETENCIA.....</b>	<b>38</b>
<b>2.2 LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS .....</b>	<b>40</b>
<b>2.3 TIPOS DE CONDUCTAS COLUSORIAS PROHIBIDAS.....</b>	<b>48</b>
<b>2.4 JURISPRUDENCIA DE COLUSIÓN.....</b>	<b>52</b>
<b>2.5 LOS EFECTOS DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO DE COMPRAS PÚBLICAS y CONDICIONES MÁS COMUNES PARA SU CONFIGURACIÓN.....</b>	<b>57</b>
2.5.1 Características industriales, de producto y de servicios que fomentan la colusión:.....	62
<b>2.6 PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO:.....</b>	<b>68</b>
SECCIÓN 3.....	71
TRANSPARENCIA Y ACCESO A INFORMACIÓN.....	71
<b>3.1 EL EXCESO DE TRANSPARENCIA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS .....</b>	<b>71</b>
<b>3.2 TRANSPARENCIA Y ACCESO A DOCUMENTOS E INFORMACIÓN PÚBLICA 77</b>	
<b>3.3 PONDERACIÓN.....</b>	<b>81</b>
<b>3.4 LA AFECTACIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA A TRAVÉS DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LA EXCESIVA TRANSPARENCIA EN EL PROCESO DE COMPRAS PÚBLICAS.....</b>	<b>84</b>
CONCLUSIONES.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	114



## INTRODUCCIÓN

### ***PRESENTACIÓN DEL TEMA***

La presente investigación aborda un tema que no ha sido analizado en el Derecho Administrativo ni en el Derecho de la Competencia: la restricción de la información de un proceso de selección como garantía de una mayor competencia.

Es un tema relevante porque su estudio permitirá identificar la incidencia que puede tener la revelación de determinada información en el fomento de la competencia y en la consolidación de las prácticas colusorias en el mercado de compras estatales.

Se propone investigar si la transparencia que se establece de la información del proceso de licitación afecta la libre competencia de los postores fomentando prácticas colusorias entre éstos y perjudicando, en consecuencia, la óptima obtención de bienes, servicios u obras para el Estado en desmedro del interés público al contratarse en forma desventajosa.

Partimos de la premisa que si bien la transparencia puede generar efectos positivos para evitar la corrupción y generar confiabilidad al permitir a la ciudadanía efectuar un control constante de los gastos públicos y de otro lado, los competidores-postores de una compra pública podrán efectuar los cuestionamientos que consideren necesarios a las demás propuestas, se determinará que el exceso de información y, por lo tanto, de transparencia de un proceso de selección, puede fomentar la existencia y permanencia de prácticas colusorias entre postores-competidores, toda vez que conocer determinada información favorecerá los acuerdos colusorios y su monitoreo por parte de los competidores coludidos, de modo que aquél que incumpla el acuerdo colusorio será el blanco de represalias de estos. Al permitirse el acceso a información sensible, como es la identidad de los postores o las condiciones comerciales ofrecidas, se restringirá la competencia y, en consecuencia, se obtendrán contrataciones a mayor costo o de menor calidad, lo que en definitiva se traducirá en la frustración de los fines públicos del Estado, esto es el interés público.

Se trata de un tema que si bien ha sido mencionado en algunos estudios internacionales aún no ha tenido una atención a nivel nacional.

## **JUSTIFICACIÓN**

Partimos de la premisa que un mercado competitivo es aquel en que existen reglas de participación claras y objetivas y en el cual la información está al alcance de todos los competidores, es decir se enmarca su actuación en una economía social de mercado. El efecto positivo para los consumidores y para la sociedad en su conjunto que conlleva la existencia de una real y transparente competencia también alcanza al mercado de compras públicas. Sin embargo, adquiere mayor relevancia en este mercado debido a que por medio de este se ve afectado el interés público que defiende y persigue cumplir el Estado, lo que a su vez repercutirá en el mejor uso de los recursos públicos, fomentando el progreso económico y social de una nación. Por ello, se exige transparencia no sólo en las reglas de participación, sino en la forma de evaluación de los funcionarios públicos, lo que hace que esta información sea de público conocimiento de los participantes.

Un uso eficiente de recursos públicos se refleja en el bienestar de una sociedad, en el uso correcto del pago de impuestos de los ciudadanos y en el Producto Bruto Interno (PBI) nacional. Por ello, estudiar si la excesiva transparencia en un proceso de compras públicas afecta la competencia mediante la facilitación de prácticas colusorias es relevante porque las compras podrían verse frustradas si no se consigue una real competencia, con la consiguiente provisión de bienes, servicios u obras a mayor costo o de menor calidad para el Estado. Capacitar a los funcionarios de las compras públicas para que puedan detectar estas posibles prácticas es también fundamental para enfrentar la corrupción y la colusión entre empresas.

En tal sentido, es relevante determinar si la regulación en la normativa de contrataciones con el Estado de la información que se brinda en el desarrollo de un proceso compra pública debería ser limitada en ciertos casos en los cuales podría presentarse más fácilmente una colusión entre empresas o postores, sin que por ello se cuestione la objetividad del proceso de compra.

El tema de la incidencia de la difusión o acceso de la información de un proceso de contratación pública sobre las prácticas colusorias de los agentes económicos que

participan en dicho mercado es reciente porque se ha venido considerando al acceso de información como un derecho fundamental y garantía de los ciudadanos frente a los actos que realiza la Administración, respecto de los cuales puede pedir cuentas, mediante la transparencia que subyace a las decisiones del Estado. Sin embargo, no se ha analizado desde la perspectiva del perjuicio que este irrestricto acceso de información pudiera tener sobre la real competencia de los postores que se presentan a un proceso de selección y desean contratar con el Estado.

Por lo tanto, tendremos que analizar si el contar con información acerca del proceso de compra pública puede incidir en una práctica restrictiva de la competencia, obteniéndose el efecto contrario de fomento de la competencia y por ende manteniendo un nivel ineficiente en el mercado de compras públicas, generando de este modo una mala asignación de los recursos públicos, lo que eventualmente podría incidir en el nivel de desarrollo económico y social del país.

Por todo esto, es indispensable su estudio, porque el derecho que tienen los interesados a acceder la información de un proceso de selección puede ser ineficiente para que el Estado realice compras en los mejores términos de calidad y economía, generando el efecto contrario, es decir que se compre a postores que sobrevaloran los precios, o se reparten cuotas de mercado, entre otros, desapareciendo así la real competencia que debe existir en todo mercado y más aún en el de compras del Estado, lo que significaría que no se asigne adecuadamente los recursos públicos, generando por lo tanto retrasos en el desarrollo del país al no existir un uso eficiente de los fondos públicos.

## **EXPLICACIÓN DEL TRABAJO**

Para demostrar nuestra hipótesis en torno a la incidencia de la información en la libre competencia en el mercado de compras públicas, en el primer capítulo definimos cuál es el sistema de compras públicas actual en nuestro país, de modo que se pueda tener una idea de su funcionamiento y los principios que la rigen, en especial el Principio de Transparencia de Información y de los actos que componen este proceso, el fundamento que subyace en el principio de Transparencia, vinculado al acceso a la información pública.

En el segundo capítulo se analiza el concepto de libre competencia, que la economía de mercado tiene como presupuesto esencial la libre competencia entre los operadores económicos y que esta consiste en el esfuerzo de las empresas por obtener una ventaja en el mercado mediante la mejora de la oferta dirigida a la clientela bajo la ley de la oferta y la demanda; explicar el concepto de prácticas colusorias en un mercado y de qué modo pueden perjudicar el funcionamiento de la economía cuando existe manipulación por parte de los competidores de las condiciones que ofrecen las empresas.

Se busca analizar además si la transparencia puede dar lugar a prácticas colusorias y de qué forma. El objetivo es entender cómo se relacionan estos conceptos con las compras públicas.

Se hace una revisión del concepto de prácticas colusorias como grave afectación al mercado y cómo se vincula el acceso a la información en las compras públicas al fomento de la libre competencia. Se citarán casos de colusión vinculados a las compras públicas, supuestos de colusión en dicho mercado y los supuestos más comunes o señales de colusión.

La tercera sección está dedicada a describir los casos en los cuales la excesiva transparencia de la información brindada de un proceso de selección o de la identidad y detalles de los postores puede originar compras públicas sin una real competencia, perjudicando de este modo los objetivos de las entidades del Estado. Finalmente, se darán recomendaciones para detectar estas prácticas colusorias y propuestas de reforma normativa de contrataciones, en qué casos restringir el acceso a la información sin que por ello se cuestione la transparencia o imparcialidad del proceso de compra pública a la luz de estos descubrimientos.

Finalmente, indicaremos cómo el libre acceso de información puede afectar la libre competencia a través del fomento de prácticas colusorias y evaluaremos a través de la ponderación si debe primar o no el derecho de libre acceso a la información.

## SECCIÓN 1

### CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Estado necesita satisfacer las necesidades de la ciudadanía y defender el interés público, para lo cual utiliza a la contratación pública como medio para lograr estos objetivos, contratación que se efectúa con los recursos públicos. Para ello se requiere contar con un sistema de compra pública eficiente, el cual se sujeta a una serie de procedimientos que son regulados normativamente, precisamente porque las contrataciones que efectúa el Estado deben velar por el interés público. Sin embargo, este procedimiento no es flexible ni permite modificaciones o posibilidad de negociación en forma libre, como sucede en el ámbito de contrataciones entre agentes privados. Además el proceso de compra pública debe ser transparente a fin de permitir a la ciudadanía la posibilidad de supervisión del correcto desarrollo del proceso, detectando posibles desviaciones o incumplimientos a las normas vinculadas a la contratación.

Sin embargo, como se indicó anteriormente encontraremos que esta transparencia o demasiada información, puede generar el efecto adverso a una compra eficiente y, por tanto, a un óptimo gasto de los recursos públicos, al fomentar determinada información sensible la existencia y permanencia de prácticas colusorias entre postores-competidores, falseándose así la libre competencia, debido a la rigidez del procedimiento de compra pública.

En esta Sección revisaremos cuál es el procedimiento de contratación pública en el Perú, la necesidad de su regulación y su vinculación con el principio de transparencia y de publicidad.

#### 1.1 CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como es conocido, los contratos civiles suponen la existencia de contratantes en condiciones de igualdad, mientras que en los contratos administrativos, osuscritos con el Estado, se acepta que las partes están en condición de desigualdad toda vez que el Estado al tener el deber de salvaguardar el interés general ostenta mayores facultades,

que se plasman a través de cláusulas exorbitantes, mientras que el particular persigue su propio interés privado<sup>1</sup>.

Por ello, se afirma que el contrato administrativo afecta con normalidad a terceros y no es ley vinculante e irrevocable para la partes en la medida que la Administración puede quebrantar las reglas contractuales en virtud de su poder exorbitante del *ius variandi*, cuando el interés público que debe tutelar lo justifique, lo que se sustenta en el *ius imperium* del Estado<sup>2</sup>.

Sin embargo, en la actualidad se acepta que en la contratación de entidades públicas puede existir tanto el derecho Administrativo como el derecho privado, es decir todo contrato puede reflejar elementos de una u otra rama del Derecho. Por ello, *“hay, pues, que estar a las reglas específicas de cada contrato, porque son esas reglas y no una genérica calificación del mismo como administrativo o como privado, las que definen su concreto régimen jurídico”*<sup>3</sup>.

Para poder contratar con el Estado es necesario que previamente se lleve a cabo un proceso de selección en el que se elegirá al contratista bajo una serie de reglas procedimientos previamente determinados. La contratación pública es un procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual.

El régimen al que se sujete el contrato, el procedimiento de formación de voluntad de la Administración y la preparación del contrato con el Estado es de carácter público. De este modo *“cualquiera que sea la calificación, administrativa o privada, que haya de corresponder al contrato, la preparación y adjudicación del mismo son cuestiones reguladas por el Derecho Administrativo, cuya valoración corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa (...)”*<sup>4</sup>.

Respecto al procedimiento de selección en las compras públicas se sostiene que:

---

<sup>1</sup>García de Enterría Eduardo. Curso de Derecho Administrativo I. Editorial Thomson Civitas, Madrid. Duodécima edición, 2004 Pag 691-692

<sup>2</sup> García de Enterría Eduardo. Curso de Derecho Administrativo I. Editorial Thomson Civitas, Madrid. Duodécima edición, 2004 Pag 692

<sup>3</sup> García de Enterría Eduardo. Idem. Pag 709

<sup>4</sup> García de Enterría Eduardo. Idem. Pag 712-713

*“En los contratos en que interviene la administración se supedita su validez y eficacia al cumplimiento estricto de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación entre los que se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquel mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases finadas en el pliego de condiciones de cada obra, formulen propuestas, entre las cuales se seleccionara la más conveniente”<sup>5</sup>.*

La contratación pública es entonces un conjunto de actos u hechos de la Administración y del postor destinados a formar la voluntad contractual y es eminentemente formalista<sup>6</sup>.

En efecto, al estar sometida la Administración, el Estado, al Principio de Legalidad se impide que ésta pueda contratar con los administrados con la libertad que existe en la contratación privada, entonces *“la Administración no tiene más poderes que aquellos que le han sido, concedidos; debe ejecutarlos de la forma prevista por los órganos superiores que le atribuyen sus potestades”<sup>7</sup>.*

Por lo tanto, si bien la Administración cuenta con mayores facultades y prerrogativas que los privados en materia contractual, también se debe considerar que en función al Principio de Legalidad y al interés público que debe prevalecer, los contratos administrativos están sujetos a una regulación rigurosa, por ello hay una restricción de la autonomía negocial del Estado a diferencia de los que sucede con la libertad o flexibilidad de contratación y negociación que tienen los particulares.

Es decir, los contratos administrativos tienen características prestablecidas de las cuales la Administración no se puede apartar. Además la Administración está sujeta a procedimientos obligatorios para formar la voluntad contractual y celebrar un contrato; no es libre para seleccionar al contratista ni para modificar el desarrollo de los procedimientos dirigidos a formalizar un contrato. MARTIN al respecto señala que:

*“La Administración debe, por regla general, a diferencia de lo que sucede con los particulares, realizar un llamamiento general para que pueda optar a contratar con*

---

<sup>5</sup> Dromi, Roberto. Licitación Pública. Editorial Ciudad Argentina. 2da edición. Buenos Aires. 1995 Pag 76-77

<sup>6</sup> García de Enterría Eduardo. Op Cit. Pag 726

<sup>7</sup> Martín Mateo, Ramón. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Aranzadi, Navarra, España. 24va edición, 2005 Pag 365

*cualquier persona que lo desee y reúna las condiciones necesarias. El particular puede contratar con quien quiera y en las condiciones que desee, elegir a quien le parezca el contratante adecuado y quiera pactar con él. La Administración debe seleccionar formalmente al mejor contratante y, en determinados casos, cuando media una subasta, el mejor postor tiene derecho a ser admitido y debe proceder a contratar con él. Por último, bajo pena de nulidad de los contratos, debe contar con la suficiente cobertura financiera, es decir, un particular puede en principio obligarse aunque no tenga patrimonio suficiente; eso ya será cuestión que afectará la ejecución y cumplimiento del contrato, pero no a su validez; en cambio, si la Administración contrata sin haber previsto previamente los recursos necesarios sin existir consignación financiera suficiente, el contrato puede quedar invalidado”<sup>8</sup>.*

DROMI ha señalado que el proceso de selección es equiparable al de las tratativas privadas, es decir una fase preliminar del contrato, mediante el cual se fijará quien será el contratista de la Administración<sup>9</sup>.

Se trata entonces de un procedimiento reglado, sin embargo, a pesar de esta característica, las atribuciones de un órgano administrativo no son totalmente regladas o totalmente discrecionales toda vez que siempre existirá un margen de apreciación por parte del funcionario. Se dice que de las fases que componen el procedimiento de contratación pública, “(...) el acto administrativo de adjudicación es el que denota un mayor grado de discrecionalidad de la autoridad licitante”<sup>10</sup>.

Una de las particularidades de los contratos administrativos es su rigor formalista al estar sujetos a una serie de trámites, formalidades y procedimientos que deben cumplirse antes de emitirse la voluntad administrativa contractual. El incumplimiento de tal procedimiento viciaría la voluntad porque no se ha preparado según el orden establecido.

Ello tiene fundamento además en el Principio de Legalidad al cual deben sujetarse las autoridades del Estado, desplazando así la regla de la autonomía de la voluntad por las facultades regladas respecto de las cuales no se puede disponer libremente sin autorización legal expresa.

---

<sup>8</sup> Martín Mateo, Ramón. Idem. Pag 367

<sup>9</sup> Dromi, Roberto. Op cit. Pag 78

<sup>10</sup> Dromi, Roberto. Op cit. Pag 91

Como señala DROMI, el proceso de selección “(...) es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará a la más conveniente”<sup>11</sup>.

Antes de formalizar un contrato, la Administración tiene que definir con claridad el contenido del contrato y contar con el crédito presupuestario, entre otras autorizaciones. Para la realización del proceso de selección se lleva un expediente de contrataciones en el que se plasman las actuaciones preparatorias de la Administración desde el inicio del proceso hasta la adjudicación<sup>12</sup>.

Como ha indicado la doctrina, la licitación viene a ser un factor que coarta la libertad de la Administración pública para seleccionar a su co-contratante en un contrato administrativo, de esta manera “(...) Se trata de un procedimiento administrativo por medio del cual la Administración (...) trata de obtener las mejores condiciones de idoneidad, conveniencia y capacidad en la prestación de servicios, en la realización de adquisiciones y en la ejecución de obras públicas. Permite una competencia libre e igual (...)”<sup>13</sup>.

Asimismo, SAYAGUÉS Lazo ha definido a la licitación como:

*“Un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones”<sup>14</sup>.*

---

<sup>11</sup>Dromi, Roberto. Op cit. Pag 76-77

<sup>12</sup> Parada, Ramón. Derecho Administrativo I-Parte General. Editorial Marcial Pons. Decimoquinta edición, Madrid, 2004. Pag 289

<sup>13</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo -Contratos. Editorial Porrúa. México, 2000. Pag 170

<sup>14</sup> Citado por Fernández Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo -Contratos. Editorial Porrúa. México, 2000. Pag 169

La contratación pública está conformada entonces por una serie de actos y hechos tanto de la Administración como del postor que concurren a formar la voluntad contractual, es decir tiene por finalidad la celebración de un contrato.

Los oferentes o postores deben ajustar su propuesta a las bases administrativas, porque de lo contrario no serán admitidas. Por ello, las bases contienen las condiciones del proceso de selección y sirven para mantener la igualdad entre los oferentes, siendo la fuente principal de derechos y obligaciones de las partes, cuyas disposiciones no pueden ser modificadas.

El Anexo de definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, define al proceso de selección de la siguiente manera: *“Es un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios o la ejecución de una obra.”*

Entonces la contratación pública es un procedimiento regulado dirigido a formar la voluntad de la Administración que se plasmará en el contrato, una vez adjudicada la buena pro del proceso de selección al postor cuya oferta se adecúe a las condiciones del proceso, conocidas como pliego de condiciones o Bases que incluyen los aspectos legales como técnicos. Es un procedimiento cuya finalidad es proteger el interés general en el uso de los recursos públicos:

*“(…) consiste en una serie ordenada de actos y hechos colgados-provenientes de la Administración y de particulares con ella relacionados- que se dirige a encontrar el contratante más idóneo, que sea capaz de dar plena ejecución al objeto contractual. El procedimiento tiende a la protección del interés general y, por tanto al uso adecuado de los fondos públicos y a la transparencia y confianza públicas; a la vez a resguardar el interés de los administrados, en especial el de los posibles contratantes”<sup>15</sup>.*

---

<sup>15</sup>Rotondo, Felipe. “Formación de la voluntad administrativa y perfeccionamiento contractual”. En: Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Volumen II. Adrus Editores, Arequipa, Perú 2013. Pag 757

Con la adjudicación de la buena pro culmina el procedimiento de selección pública, resultando ganador quien oferte lo que se ajuste a las bases del proceso de selección. En tal sentido, *“el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse (...) coincidencia que se produce mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados. A partir de ese momento serían exigibles los derechos y obligaciones establecidos en el contrato, aunque después no se hubiera producido la notificación ni la formalización del contrato, que no es requisito esencial para la perfección y validez de los contratos, sino un simple medio de constatación y prueba en los términos ordinarios del Derecho Civil”*. Si bien no es condición para su perfección, no se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa formalización de este<sup>16</sup>.

## **1.2 REGULACIÓN DE LAS COMPRAS PÚBLICAS EN EL PERÚ**

En el Perú las contrataciones de Estado están reguladas por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, modificado por Ley N° 29873, en lo sucesivo la “Ley” y por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, en adelante el Reglamento.

El artículo 2° de la Ley establece el objeto de la normativa de contrataciones con el Estado, indicando lo siguiente:

*“El objeto del presente Decreto Legislativo es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4° de la presente norma.”*

(el subrayado es nuestro)

El objetivo de la norma de contrataciones del Estado es maximizar el dinero que los contribuyentes, vía tributos, integran al Tesoro Público, de modo que los gastos que el

---

16 Parada, Ramón. Op cit. Pag 300-301

Estado financia a través de esas recaudaciones sean eficientemente utilizados, contratándose en forma oportuna, es decir cuando exista necesidad del servicio bien u obra, y buscando que se mantenga un equilibrio entre las condiciones de precio y calidad.

Ello es concordante con lo dispuesto por el artículo 2° del Reglamento que señala que la normativa de contratación pública es aplicable a la contratación de bienes, servicios y obras que sean brindados por terceros y que la contraprestación sea pagada por la Entidad con fondos públicos.

Es importante resaltar además que este proceso de compra pública debe hacerse a la luz de los principios que la rige y que están previstos en el artículo 4° de la Ley, entre ellos el Principio de Publicidad, Transparencia y de Libre Concurrencia y Competencia<sup>17</sup>.

A efectos de que los postores puedan acceder a la información y como condición necesaria para concretar el Principio de Transparencia, el artículo 7° de la Ley<sup>18</sup> establece que las entidades deberán llevar un expediente de contratación que contendrá todas las actuaciones del proceso de contratación, desde el requerimiento del área usuaria hasta la culminación del contrato debiendo contener las ofertas no ganadoras. A este aspecto nos referiremos más adelante al tratar la transparencia en los procesos de compras públicas y el acceso a la información.

---

17 c) **Principio de Libre Concurrencia y Competencia:** En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.  
(...)

f) **Principio de Eficiencia:** las contrataciones que realicen las entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos humanos y materiales disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.

g) **Principio de Publicidad:** Las convocatorias de los procesos de selección y actos que se dicten como consecuencia deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores.

h) **Principio de Transparencia:** toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la buena pro y los resultados deben ser de público conocimiento.

<sup>18</sup> **Artículo 7°.- Expediente de Contratación**

La Entidad llevará un Expediente de Contratación que contendrá todas las actuaciones del proceso de contratación, desde el requerimiento del área usuaria hasta la culminación del contrato, debiendo incluir las ofertas no ganadoras.

El referido expediente quedará bajo custodia del órgano encargado de las contrataciones, conforme se establezca el Reglamento.

En cuanto a los tipos de procesos de selección, estos pueden ser: Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa (pública o selectiva) y Adjudicación de Menor Cuantía. Estas podrán realizarse mediante las modalidades de Subasta Inversa o Convenio Marco.

La licitación pública se convoca para la contratación de bienes, suministros y obras, el concurso público para la contratación de todo tipo de servicios, la adjudicación directa para todo tipo de contrataciones. En dichos casos, según los montos que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público de cada año. Las adjudicaciones de menor cuantía se convocan para todo tipo de contrataciones cuyo monto no superen la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley Anual de Presupuesto Público para licitaciones y concursos públicos.

Para la conducción del proceso de selección, en el caso de licitaciones y concursos públicos la Entidad deberá designar un Comité Especial el cual estará conformado por tres (3) miembros, uno de los cuales deberá formar parte del área usuaria de los bienes, servicios u obras objeto de convocatoria y un miembro del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad. Para las adjudicaciones directas se podrá designar un comité especial permanente o uno ad hoc, para adjudicaciones de menor cuantía será el órgano encargado de las contrataciones que realice las mismas, pudiendo designarse un comité especial ad hoc o permanente, si el Titular de la Entidad lo considera conveniente.

El Comité Especial tendrá a su cargo la elaboración de las Bases y la organización, conducción y ejecución del proceso de selección hasta que la buena pro quede consentida o administrativamente firme o se cancele el proceso de selección.

Las etapas de los procesos de selección son las siguientes: (i) Convocatoria, (ii) Registro de participantes, (iii) Formulación y absolución de consultas, (iv) Formulación y absolución de observaciones, (v) Integración de las Bases, (vi) Presentación de propuestas, (vii) Calificación y evaluación de propuestas y (viii) Otorgamiento de la Buena Pro.

Previamente a la convocatoria debe efectuarse un estudio de las posibilidades que ofrece el mercado para el objeto de convocatoria, a efectos de determinar posteriormente el valor referencial del proceso de selección.

El artículo 13 del Reglamento<sup>19</sup> establece que el estudio de posibilidades que ofrece el mercado se obtiene a partir de las especificaciones técnicas definidas por el área usuaria a fin de determinar: (i) el valor referencial, (ii) la pluralidad de marcas o postores, (iii) la posibilidad de distribuir a buena pro, (iv) obtener información para la determinación de factores de evaluación, (v) realizar ajustes a las características técnicas de lo que se va a contratar, (vi) otros aspectos que incidan en la eficacia de la contratación.

Para el estudio de mercado deben usarse como mínimo dos (2) fuentes tales como presupuestos o cotizaciones actualizadas de personas que se dediquen a las actividades materia de convocatoria. Puede obtenerse también de portales, páginas web, catálogos, precios históricos o información que figure en el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE) de buena pro consentidas y que sea referida a objetos iguales o similares. En caso no sea posible usar más de una fuente, ello deberá sustentarse.

Asimismo, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado debe tener en consideración las alternativas existentes según el nivel de comercialización, descuentos por volúmenes, disponibilidad inmediata de ser el caso, mejoras en las condiciones de venta, garantías, y otros beneficios adicionales así como la vigencia tecnológica del objeto de la contratación de las Entidades.

---

**<sup>19</sup>Artículo 13°.- Valor referencial**

El valor referencial es el monto determinado por el órgano encargado de las contrataciones, de acuerdo a lo establecido en el artículo 27 como resultado del estudio a que se refiere el artículo anterior.

El valor referencial se calculará incluyendo todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que le sea

aplicable y que pueda incidir sobre el valor de los bienes y servicios a contratar. Las cotizaciones de los proveedores deberán incluir los mencionados componentes. Para la determinación del valor referencial, el órgano encargado de las contrataciones está facultado para solicitar el apoyo que requiera del área usuaria, la que estará obligada a brindarlo bajo responsabilidad.

En el caso de los procesos de selección convocados según relación de ítems, el valor referencial del conjunto se determinará en función a la sumatoria de los valores referenciales de cada uno de los ítems considerados. En las Bases deberá especificarse tanto el valor referencial de los ítems cuanto el valor referencial del proceso de selección.

El Comité Especial puede observar el valor referencial y solicitar su revisión o actualización al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley.

Cuando el valor referencial es observado por los participantes, el Comité Especial deberá poner en conocimiento del órgano encargado de las contrataciones para su opinión y, si fuera el caso, para que apruebe un nuevo valor referencial, verificando que se cuente con la disponibilidad presupuestal y poniendo en conocimiento al funcionario que aprobó el expediente de Contratación. En caso el nuevo valor referencial implique la modificación del tipo de proceso de selección convocado este será declarado nulo.

De acuerdo al artículo 13° del Reglamento, el valor referencial es el monto determinado por el órgano encargado de las contrataciones que se obtiene en base a los resultados del estudio de mercado.

Por regla general, el valor referencial es público. Sin embargo, podrá ser reservado cuando la naturaleza de la contratación lo haga necesario, para lo cual previamente es necesario un informe del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, el cual deberá ser aprobado por su Titular. La reserva del valor referencial deberá ser establecida en el Expediente de Contratación.

Cabe señalar que en los procesos de selección con valor referencial reservado no será de aplicación los límites mínimos y máximos para admitir la oferta económica, previstos en la Ley y el Reglamento.

El artículo 22° del Reglamento<sup>20</sup> establece que los procesos de selección culminan cuando se produce alguno de los siguientes eventos: (1) Se suscribe el contrato respectivo o se perfecciona éste, (2) Se cancela el proceso, (3) Se deja sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro por causa imputable a la Entidad, o (4) no se suscribe el contrato por imposibilidad jurídica o física sobrevenida, declarada por el Tribunal.

---

**<sup>20</sup>Artículo 22°.- Etapas de los Procesos de Selección**

Los procesos de selección contendrán las etapas siguientes, salvo las excepciones establecidas en el presente artículo:

1. Convocatoria.
2. Registro de participantes.
3. Formulación y absolución de consultas.
4. Formulación y absolución de observaciones.
5. Integración de las Bases.
6. Presentación de propuestas.
7. Calificación y evaluación de propuestas.
8. Otorgamiento de la Buena Pro.

En los procesos de Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cuantía para obras y consultoría de obras se fusionarán las etapas 3 y 4. Asimismo, en los procesos de Adjudicación de Menor Cuantía para bienes y servicios no se incluirán en el proceso las etapas 3, 4 y 5.

El incumplimiento de alguna de las disposiciones que regulan el desarrollo de estas etapas constituye causal de nulidad de las etapas siguientes del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley, y lo retrotrae al meta anterior a aquel en que se produjo dicho incumplimiento.

Los procesos de selección culminan cuando se produce alguno de los siguientes eventos:

1. Se suscribe el contrato respectivo o se perfecciona éste.
2. Se cancela el proceso.
3. Se deja sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro por causa imputable a la Entidad.
4. No se suscriba el contrato por las causales establecidas en el artículo 137.

Las Bases deben contener como información obligatoria, entre otros, los mecanismos que fomenten la mayor concurrencia y participación de postores en función al objeto del proceso y la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable, los plazos y mecanismos de publicidad que garanticen la efectiva participación de los postores, el método de evaluación y calificación de las propuestas y los mecanismos que aseguren la confidencialidad de las propuestas.

Como garantía del acceso a la información, todo proveedor, sin restricciones ni pago de derechos, puede tener acceso a las Bases de un proceso de selección a través del SEACE. En caso opten por solicitar copia directamente a la Entidad, abonarán el costo de reproducción correspondiente.

Conforme al artículo 28° de la Ley<sup>21</sup> mediante las consultas se formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases y mediante las observaciones se cuestionan las mismas en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección.

Una vez absueltas las observaciones estas pueden ser elevadas al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para que emita un Pronunciamiento al respecto el cual debe ser implementado por el Comité Especial al integrar las Bases.

Cabe señalar que una vez integradas las Bases no cabe interponer contra estas recurso administrativo alguno ni pueden ser modificadas por autoridad alguna, salvo la competencia del Tribunal de Contrataciones del Estado para declarar la nulidad de las Bases por deficiencia de estas.

---

<sup>21</sup> **Artículo 28°.- Consultas y Observaciones a las Bases**

El cronograma a que se refiere el literal f) del artículo 26 de la presente ley, debe establecer plazos para la presentación y absolución de consultas y observaciones al contenido de las Bases.

A través de las consultas, se formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases y mediante las observaciones se cuestionan las mismas en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección.

Las respuestas a las consultas y observaciones deben ser fundamentadas y sustentadas y se comunicarán, de manera oportuna y simultánea, a todos los participantes a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), considerándose como parte integrante de las Bases.

Los participantes pueden solicitar que las Bases y los actuados del proceso sean elevados para pronunciamiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), siempre que se cumpla con los supuestos

de elevación establecidos en el reglamento.

El procedimiento y plazo para tramitar las consultas y observaciones son fijados en el reglamento.

Las Bases Integradas son las reglas a las que se someterán tanto los postores (administrados) como el Estado en cada proceso de selección y se da inicio a la etapa de presentación de propuestas de los postores.

Conforme al artículo 63° del Reglamento<sup>22</sup> las propuestas serán presentadas en dos (2) sobres, uno conteniendo la propuesta técnica y otro conteniendo la propuesta económica.

De acuerdo al artículo 64° del Reglamento<sup>23</sup>, el acto de presentación de propuestas será público cuando se trate de Concursos Públicos, Licitaciones Públicas y Adjudicaciones

---

**<sup>22</sup>Artículo 63°.- Forma de presentación y alcance de las propuestas**

Las propuestas se presentarán en dos (2) sobres cerrados, de los cuales el primero contendrá la propuesta técnica y el segundo la propuesta económica. La propuesta técnica se presentará en original y en el número de copias requerido en las Bases, el que no podrá exceder de la cantidad de miembros que conforman el Comité Especial. La propuesta económica sólo se presentará en original.

En el caso de las contrataciones electrónicas, deberá observarse lo dispuesto en este Reglamento.

En los procesos de selección convocados bajo la modalidad de Convenio Marco se puede prever que los proveedores presenten más de una propuesta por cada ítem, según lo dispuesto por el artículo 99 del reglamento.

Cuando las propuestas se presenten en hojas simples se redactarán por medios mecánicos o electrónicos y serán foliadas correlativamente empezando por el número uno.

Cuando las propuestas tengan que ser presentadas total o parcialmente mediante formularios o formatos, éstos podrán ser llenados por cualquier medio, incluyendo el manual. En ambos supuestos, las propuestas deben llevar el sello y la rúbrica del postor o de su representante legal o mandatario designado para dicho fin, salvo que el postor sea persona natural, en cuyo caso bastará que éste o su apoderado, indique debajo de la rúbrica sus nombres y apellidos completos.

Las propuestas económicas deberán incluir todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del bien, servicio u obra a adquirir o contratar; excepto la de aquellos postores que gocen de exoneraciones legales.

El monto total de la propuesta económica y los subtotales que lo componen deberán ser expresados con dos decimales. Los precios unitarios podrán ser expresados con más de dos decimales.

Los integrantes de un consorcio no podrán presentar propuestas individuales ni conformar más de un consorcio en un proceso de selección, o en un determinado ítem cuando se trate de procesos de selección según relación de ítems.

**<sup>23</sup>Artículo 64°.- Acto de presentación de propuestas**

El acto de presentación de propuestas será público cuando el proceso convocado sea Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Directa Pública, y podrá ser privado cuando se trate de una Adjudicación Directa Selectiva

o Adjudicación de Menor Cuantía. En los procesos de Adjudicación de Menor Cuantía Derivada, el acto de presentación de propuestas se realiza bajo la formalidad que corresponde al proceso principal.

El acto público se realiza, cuando menos, en presencia del Comité Especial, los postores y con la participación del Notario o Juez de paz, según corresponda.

El Juez de Paz participará en los actos públicos de presentación de propuestas y otorgamiento de la Buena Pro cuando en la localidad en donde se efectúen no hubiera Notario. Por localidad se entiende el lugar o ámbito geográfico donde la Entidad realiza el acto público.

Excepcionalmente y previa sustentación, la Entidad podrá considerar la participación de un Juez de Paz en aquellos supuestos en los que existiendo Notario, este no puede concurrir al acto debido a que se encuentra de vacaciones, de licencia o no cuenta con disponibilidad de atención.

Los actos se llevan a cabo en la fecha y hora señaladas en la convocatoria, salvo que éstos se posterguen, de acuerdo con lo establecido en la Ley y el presente Reglamento.

En todos los actos de presentación de propuestas y otorgamiento de la Buena Pro, se podrá contar con la presencia de un representante del Sistema Nacional de Control, quien participará como veedor y deberá suscribir el acta

Directas Públicas. Para el caso de Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía el acto podrá ser privado.

El acto público se realiza por lo menos con presencia del Comité Especial y de un Notario Público o cuando corresponda del Juez de Paz.

En cambio, en los actos privados de presentación de propuestas, calificación y evaluación y otorgamiento de buena pro se realizan sin presencia de Notario ni Juez de Paz, sino en forma interna por parte de los funcionarios de las Entidades quienes reciben los sobres cerrados de los postores, conforme lo establece el artículo 67° del Reglamento<sup>24</sup>.

Los resultados de los actos de evaluación y otorgamiento de buena pro se publican en el SEACE, con la distinción que en el caso de actos públicos se entiende notificada la buena pro desde la fecha de su realización, mientras que en los actos de otorgamiento de buena pro en privado se notifica desde la fecha de su publicación en el SEACE.

De acuerdo al artículo 61° de Reglamento<sup>25</sup> para que una propuesta sea admitida esta debe cumplir con la documentación de presentación obligatoria y requerimientos técnicos mínimos que establezcan las Bases. Asimismo, debe cumplir con aquellas normas reglamentarias y disposiciones legales que tengan relación con el objeto de la convocatoria.

Luego de verificar que las propuestas cumplen con los requerimientos técnicos mínimos y documentos de presentación obligatoria, éstas se declaran admitidas.

---

correspondiente. La no asistencia del mismo no vicia el proceso.

<sup>24</sup>**Artículo 67°.- Acto privado de presentación de propuestas**

Tratándose de acto privado, los participantes presentarán sus propuestas, con cargo y en sobre cerrado, en la dirección, en el día y horario señalados en las Bases, bajo responsabilidad del Comité Especial.

En el caso que la propuesta del postor no fuera admitida, el Comité Especial incluirá el motivo de esa decisión en el acta de los resultados del proceso que publicará en el SEACE, debiendo devolverse los sobres que contienen la propuesta técnica y económica, una vez consentido el otorgamiento de la Buena Pro.

En caso de la descalificación de propuestas, el Comité Especial incluirá el motivo de esa decisión en el acta de los resultados del proceso que publicará en el SEACE.

<sup>25</sup>**Artículo 61°.- Requisitos para la admisión de propuestas**

Para que una propuesta sea admitida deberá incluir, cumplir y, en su caso, acreditar la documentación de presentación obligatoria que se establezca en las Bases y los requerimientos técnicos mínimos que constituyen las características técnicas, normas reglamentarias y cualquier otro requisito establecido como tal en las Bases y en las disposiciones legales que regulan el objeto materia de la contratación.

Una vez admitidas las propuestas, se inicia la etapa de evaluación y calificación de propuestas— la que puede realizarse junto con el acto de otorgamiento de buena pro o pueden realizarse en actos separados— a fin de asignarles el puntaje correspondiente de acuerdo a los factores de evaluación contemplados en las Bases. A estos efectos, el artículo 31° de la Ley<sup>26</sup> establece que el método de evaluación y calificación de propuestas debe permitir una selección de calidad y tecnología requeridas, dentro de los plazos más convenientes y al mejor costo total.

La calificación de las propuestas podrá sujetarse exclusivamente al cumplimiento de los requisitos de admisión establecidos en las Bases, de acuerdo a lo que señale el respectivo Expediente de Contratación. Es importante resaltar que en ningún caso se fijarán factores de evaluación que otorguen puntaje en base a criterios subjetivos.

En las Bases se establece el puntaje técnico mínimo requerido para pasar a la siguiente etapa de evaluación económica. Si el postor no cumple con el puntaje mínimo de la evaluación técnica, su propuesta quedará descalificada y por tanto no podrá seguir participando en el proceso de selección.

Una vez evaluadas las propuestas técnicas y económicas se procede a determinar el puntaje total y el orden de prelación de los postores, otorgándose la buena pro.

Conforme al artículo 72° del Reglamento<sup>27</sup>, el acto de otorgamiento de la Buena Pro se realizará en acto público para todos los procesos de selección. Sin embargo, tratándose

---

<sup>26</sup> **Artículo 31°.- Evaluación y calificación de propuestas**

El método de evaluación y calificación de propuestas que será establecido en el Reglamento debe objetivamente permitir una selección de la calidad y tecnología requeridas, dentro de los plazos más convenientes y al mejor costo total. El referido método deberá exigir la presentación de los documentos estrictamente necesarios por parte de los postores. El Reglamento establecerá los criterios, el sistema y los factores aplicables para cada tipo de bien, servicio u obra a contratarse.

En las contrataciones sujetas a la modalidad de Subasta Inversa se adjudicará la Buena Pro a la propuesta de menor costo, no siendo aplicables puntajes, Bonificaciones, promociones u otros beneficios adicionales que impliquen una evaluación distinta.

<sup>27</sup> **Artículo 72°.- Otorgamiento de la Buena Pro**

El otorgamiento de la Buena Pro se realizará en acto público para todos los procesos de selección. Sin embargo, tratándose de Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, el otorgamiento de la Buena Pro podrá ser realizado en acto privado.

En la fecha señalada en las Bases, el Comité Especial procederá a otorgar la Buena Pro a la propuesta ganadora, dando a conocer los resultados del proceso de selección a través de un cuadro comparativo, en el que se consignará el orden de prelación y el puntaje técnico, económico y total obtenidos por cada uno de los postores.

de Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, el otorgamiento de la Buena Pro podrá ser realizado en acto privado.

El artículo 72° del Reglamento establece que una vez otorgada la Buena Pro, el Comité Especial está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito. Esta disposición, como puede verse, es una de las manifestaciones del Principio de Transparencia y de acceso a la información, como veremos más adelante.

El citado artículo agrega que el acceso a la información contenida en un Expediente de Contratación se regulará por lo establecido en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, incluidas las excepciones y limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública allí establecidas o en los compromisos internacionales asumidos por el Estado Peruano.

### **1.3 NECESIDAD DE REGULACIÓN DEL PROCESO DE COMPRAS PÚBLICAS**

Como puede desprenderse de la descripción del proceso de contratación pública expuesto, se trata de un procedimiento especial, reglado, con etapas formales que deben ser cumplidas, bajo sanción de nulidad. Esta naturaleza especial del procedimiento de compras públicas se debe a que se encuentran comprometidos los recursos del Estado que serán destinados a satisfacer las necesidades de la sociedad a través de la adquisición de bienes, servicios u obras, y por lo tanto estarán sujetos a un control por parte de la ciudadanía, a diferencia de un proceso de contratación realizada entre agentes del sector privado, en los que no existe un interés público que haya que proteger.

---

Una vez otorgada la Buena Pro, el Comité Especial está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito.

El acceso a la información contenida en un Expediente de Contratación se regulará por lo establecido en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, incluidas las excepciones y limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública allí establecidas o en los compromisos internacionales asumidos por el Estado Peruano.

De este modo, el procedimiento de compra pública es un procedimiento administrativo que debe desarrollarse con todas las garantías para los administrados y según reglas que permitan su control posterior y control durante el desarrollo de proceso de compra en sí. Se afirma que *“el procedimiento administrativo tiende más a convertirse, tanto por razones de legitimidad como por razones de eficacia, en una institución central del Derecho Público de nuestros días”*<sup>28</sup>.

El procedimiento administrativo se caracteriza por su carácter contradictorio, es decir la posibilidad de garantizar la igualdad entre los administrados quienes podrán cuestionar lo desarrollado en el transcurso del procedimiento. El principio de contradicción en el procedimiento administrativo es una directriz en base a la cual debe interpretarse las normas que lo regulan a fin de garantizar la legalidad del mismo.

Entonces, vemos que el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración tiene carácter público, es decir regulada por el Derecho Administrativo y por lo tanto, no existe una libertad de actuación tal como ocurre en el ámbito privado en el que las decisiones se basan en el propio criterio de los agentes privados sin que estén sometidos a un procedimiento reglado.

Ta como señala MARÍA Diez *“El proceso de formación de la voluntad de la administración es complejo. Es una operación que se descompone en un cierto número de fases ,más o menos numerosas, en las cuales el acto de conclusión de un contrato va frecuentemente precedido con medidas previas como la autorización y posteriores como la aprobación, que lo complementan y condicionan su entrada en vigencia(...)”*<sup>29</sup>.

En ese sentido se requiere que el Estado cuente con una aprobación del gasto para poder proceder al proceso de contratación. Sin embargo, la autorización financiera es sólo la autorización para efectuar un gasto pero no constituye una autorización para contratar, para ello es necesario efectuar el correspondiente procedimiento de contratación.

---

<sup>28</sup> Eduardo García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo Tomo II. Civitas ediciones, 8va edición, Madrid, 2002. Pag 447

<sup>29</sup> Manuel María Diez. Derecho Administrativo, Tomo III. 2da edición. Editorial plus ultra. Buenos Aires, 1979. Pag. 71

El proceso de contratación pública está conformado por una serie de actos vinculados entre sí destinados a satisfacer las necesidades de la colectividad, el interés público o interés general: *“se empieza (...) cuando la administración decide llamar a licitación, prepara el pliego de condiciones, hace las publicaciones pertinentes, recibe las ofertas, abre los sobres, estudia las que sehan presentado y decide adjudicarla a la que resulte más conveniente...”*<sup>30</sup>.

Se trata entonces de un proceso formal, con etapas preclusivas, porque la contratación administrativa se sujeta a un procedimiento especial que se desenvuelve en dos etapas interrelacionadas entre sí, la selección y luego la etapa de celebración y ejecución del contrato.

Se afirma que el procedimiento de contratación se configura como un medio de participación de los oferentes, motivada por un propósito de colaboración con la finalidad de lograr un resultado útil para el interés general y al interés de los particulares que concurren como postores<sup>31</sup>.

Se sostiene que existen ventajas pero también inconvenientes de realizar el proceso de contratación pública. De un lado, las ventajas son que la apertura pública de propuestas permite que los demás participantes puedan enterarse de las propuestas hechas y pueden fiscalizar la decisión final de la Administración; asimismo, el procedimiento reglado asegura la igualdad de los postores y para la Administración proporciona una mayor competencia y por tanto, condiciones más ventajosas para determinar la elección de la oferta.

Pero se advierte también desventajas de llevar a cabo el proceso de compra pública como es que se adjudique a la oferta más baja pero que la prestación no sea de una calidad adecuada debido a la calidad de insumos que brindará un postor que haya efectuado una oferta demasiado baja. También en el caso que los datos del registro de un postor no estén actualizados, como es su situación financiera, de otro lado, la rigidez del

---

<sup>30</sup> Manuel María Diez. Derecho Administrativo, Tomo III. 2da edición. Editorial plus ultra. Buenos Aires, 1979. Pag. 90

<sup>31</sup> Mata Ismael. “Formación de la voluntad administrativa y perfeccionamiento contractual”. En: Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Volumen I. Adrus editores. Arequipa, Perú 2013. Pag 50

procedimiento no permite introducir modificaciones a las Bases una vez abiertas las ofertas o la lentitud del desarrollo del proceso de contratación.

En esta línea, en el procedimiento de compras públicas se debe garantizar la publicidad del mismo así como de las propuestas que se remiten y la igualdad de los participantes de modo tal que se obtenga la mayor competencia y por tanto condiciones más ventajosas para el interés público.

Así, el principio de Publicidad implica que la convocatoria y los actos que se dicten en el marco de un proceso de compra pública sean de conocimiento público, con la finalidad de garantizar la libre competencia de los postores. Entonces, vemos como la norma protege a la publicidad como un medio para alcanzar la mayor participación de postores, y por lo tanto, de competencia. Sin embargo, como se verá más adelante, esta publicidad o el proporcionar determinada información será contraproducente a la búsqueda de una real y libre competencia entre postores, al facilitar dicha información la permanencia de carteles o acuerdos colusorios.

En concordancia con el principio de publicidad, el principio de Transparencia recogido en la norma establece, entre otros aspectos, que los postores tendrán acceso a la documentación correspondiente durante el proceso de selección, salvo excepciones previstas en la norma. Agrega que la convocatoria, el otorgamiento de la buena pro y los resultados serán de público conocimiento.

Nuevamente, vemos cómo la normativa de contrataciones, como parte del derecho administrativo, se basa en la transparencia para llevar a cabo un proceso de compra pública, con lo cual se advierte que se protege la posibilidad de fiscalización de los recursos públicos por parte de la ciudadanía y el cuestionamiento a lo ofertado por otros postores por parte de sus competidores, así como a evitar actos de corrupción, sin que sin embargo se haya analizado los efectos aún más perjudiciales que el acceso indiscriminado de la información de los detalles de una compra pública puede tener en el propio sistema, al desestabilizar la libre competencia. Al respecto, se evidenciará que conocer el detalle de los resultados de un proceso de compra pública y la identidad de los postores, entre otra información, será perjudicial para el fomento de la libre competencia,

pues permitirá elaborar y mantener estrategias o acuerdos colusorios entre postores-competidores, generando una compra pública ineficiente.

Es decir, en virtud de lo señalado, el acceso a determinada información del proceso de compra pública generará un efecto contrario al buscado por la normativa de contrataciones de Estado, toda vez que tal como lo establece el principio de eficiencia, se busca que las contrataciones que realicen las entidades se efectúen bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos humanos y materiales disponibles. Es decir, obtener el mejor valor posible por los recursos públicos.

Finalmente, este acceso irrestricto de información socavará el mismo principio de libre competencia y competencia, establecido en la propia norma de contrataciones, que establece que *“En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial competencia, pluralidad y participación de postores.”* Sin embargo, al acceder a determinada información de los postores y del proceso de compra pública se estará fomentando las condiciones para las prácticas colusorias, las que irán saboteando el principio de libre competencia y competencia que debe regir a las contrataciones que efectúa el Estado.

Estos principios de publicidad y competencia, igualdad y no discriminación a los que deben sujetarse los contratos que celebra la Administración se deben a dos razones: *“(…) de una parte las de orden financiero y de control del gasto público (…) de otra, la de asegurar la libertad de competencia, que no es sino una aplicación particularizada del principio de igualdad ante la Ley y que tiene su expresión en la publicidad de la contratación y en los distintos sistemas de selección del contratista”<sup>32</sup>.*

Para garantizar una compra eficiente que maximicen el destino y uso que se dé a los recursos públicos, es necesario que exista una libre y real competencia entre los postores, porque es a través de esta que el estado podrá satisfacer el interés público pues contará con alternativas más amplias de selección del contratista idóneo. De este modo, al existir

---

<sup>32</sup> Eduardo García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo Tomo I. Civitas Ediciones, 12va edición, Madrid, 2004. Pag 173

competencia, los postores tendrán mayores incentivos para ofertar bienes, obras o servicios bajo las mejores condiciones de calidad a fin de obtener la buena pro.

Sin embargo, la regulación del sistema de compras públicas al basarse en el libre acceso a la información de las propuestas en virtud de la publicidad de la que está dotada el proceso de compra pública, conllevará en muchos casos a prácticas restrictivas de la competencia, como es la colusión entre postores, toda vez que al conocer el alcance de las propuestas y la identidad de los otros postores, será más fácil detectar a la parte que incumplió el acuerdo colusorio y, por tanto, se desincentivará, contrariamente a lo buscado por la norma, la libre competencia entre los postores.

En ese sentido, como se desarrolla en los siguientes acápite, el principio de transparencia de la información podrá ser contraproducente a la finalidad de la compra pública, esto es lograr que sea una compra eficiente y que maximice el valor de los recursos públicos, al permitir el exceso de información que se presenten o incentiven escenarios de colusión, restringiéndose así la real competencia.

#### **1.4 PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA**

La transparencia de la Administración es la forma de garantizar el derecho a la información. Sin embargo, se excluyen del libre acceso a la información aquellas que afecten la intimidad personal, la información confidencial, la información reservada y la información excluida por razones de seguridad nacional, tal como lo prevé la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el contenido del derecho fundamental de acceso a la información pública tiene una doble dimensión, de un lado un derecho individual que garantiza que nadie sea impedido de acceder a la información que mantenga el Estado y de otro una dimensión colectiva al garantizar a todas las personas a recibir una información necesaria a fin de formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad democrática<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Caso Wilo Rodríguez Gutiérrez STC 1797-2002-HD-TC sentencia del 29 de enero de 2003. Citado por Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. "El derecho de información en el Perú: luces, sombras y algunos retos por

Se afirma que es un principio de ética pública que debe regir a todo ente administrativo pues es un instrumento para la lucha contra la corrupción respecto al manejo eficaz de los fondos públicos<sup>34</sup>.

La Transparencia implica que la contratación pública debe desarrollarse bajo un procedimiento transparente “...que permita conocer a todos los interesados, no sólo las condiciones y requisitos bajo los cuales se celebra sino las causas, razones y motivos de las resoluciones recaídas en él, en todas y cada una de sus diferentes etapas (...)”<sup>35</sup>.

La transparencia implica entonces, entre otros aspectos, “...el acceso y divulgación de toda la información dentro de los estamentos públicos convocantes, y claro está, fluida a los distintos oferentes. En resumen, es el principio de Publicidad”<sup>36</sup>.

Es importante hacer referencia al concepto de comunicación pública, o transmisión de la información pública, que la doctrina ha delimitado indicando que es la comunicación que se entabla entre la Administración y los ciudadanos, sin que se descarte la calificación de información pública de aquella en la que los sujetos involucrados sean privados pues la información que brinden los privados a la Administración podrá calificarse como pública siempre que en ella esté presente un interés público<sup>37</sup>.

Es decir, se postula la calificación de comunicación pública, o de información pública, en función a un criterio objetivo el interés público. Por tanto, la calificación de una

---

afrontar”. En “El derecho de acceso a la información pública en Iberoamérica”. Editorial Adrus, Arequipa Perú. Primera edición, 2009. Pag 260

<sup>34</sup> Alexander Mejía, Henry. “Régimen jurídico de los contratos administrativos en el salvador”. En: Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Volumen II. Adrus Editores, Arequipa, Perú 2013. Pag 687

<sup>35</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo -Contratos. Editorial Porruá. México, 2000. Pag 172

<sup>36</sup> Sheffer Tuñón, Javier Ernesto. “La contratación pública como instrumento contra la corrupción administrativa”. En: Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Volumen II. Adrus Editores, Arequipa, Perú 2013. Pag 473

<sup>37</sup> Tornos Mas, Joaquín y GalanGalan, Alfredo. “Comunicación Pública. La información administrativa al ciudadano”. Editorial Marcial Pons., Madrid 2000. Pag 31

comunicación como pública no dependerá del sujeto que la lleve a cabo sino del fin perseguido<sup>38</sup>.

Se afirma en doctrina que el suministro de información a los ciudadanos, además de ser un derecho de éstos, constituye además para la Administración un gravamen y una ventaja. Se considera entre las ventajas a las siguiente: a) la información como medio para incrementar la confianza de los ciudadanos en la Administración, b) la información como medio para conseguir la colaboración de los ciudadanos, y c) la información como medio para administrar mejor<sup>39</sup>.

Entre los fundamentos del derecho a la información administrativa, encontramos que estos residen en los principios que conforman al Estado, que son: (i) el principio de Estado de Derecho, en tanto el derecho de información viene a dar contenido a otros derechos reconocidos a nivel constitucional, (ii) el principio de socialidad del Estado, es decir el ciudadano deja de ser un destinatario pasivo para asumir un papel protagonista y tiene el poder de reclamar prestaciones al Estado, participando en el quehacer público, (iii) el principio de democracia, en virtud del cual la información se manifiesta como un instrumento necesario para una correcta formación de la voluntad democrática, control de la actividad administrativa y como presupuesto para la existencia de una opinión pública libre y como reflejo del carácter servicial de la Administración. Asimismo, se han identificado otros fundamentos del derecho a la información pública que no radican en la esencia del Estado en sí como son: (i) el deber de asistencia, de la Administración en relación con los ciudadanos, (ii) el principio de publicidad, como la procura de una situación objetiva de cognoscibilidad, (iii) el principio de igualdad material, a favor de todos los ciudadanos, (iv) el respeto de la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad<sup>40</sup>.

En el marco de lo expuesto la doctrina distingue cuatro tipos de comunicación pública entendida como la información que fluye de la Administración al ciudadano: (1) la

---

<sup>38</sup> Tornos Mas, Joaquín y GalanGalan, Alfredo. Idem. Pag 36

<sup>39</sup> Tornos Mas, Joaquín y GalanGalan, Alfredo. Idem. Pag 116-120

<sup>40</sup> Tornos Mas, Joaquín y GalanGalan, Alfredo. Idem. Pag 125-132

comunicación jurídico-formal, (ii) comunicación imagen, (iii) comunicación de servicio y (iv) comunicación administrativa<sup>41</sup>.

La comunicación jurídico-formal es la que tiene por objeto regular las relaciones entre los sujetos miembros del ordenamiento, en la medida que les suministra certezas, así como la cognoscibilidad de normas y actos”.<sup>42</sup>

La comunicación-imagen es la que implica el promover una imagen de la institución y es realizada mediante técnicas provenientes de las relaciones públicas y de la publicidad comercial.

La comunicación de servicio se enfoca en informar acerca de la existencia de un servicio de la Administración y las reglas de su utilización. También se pueden marcar dentro de este concepto a la información sobre cuestiones ajenas a la Administración pero de interés para los ciudadanos.

Finalmente, se denomina a la comunicación administrativa a aquella mediante la cual *“...la Administración intenta convencer a los ciudadanos para que colaboren con ella en aras a la consecución de alguna finalidad de interés público”*<sup>43</sup>. (el subrayado es nuestro)

Consideramos de particular relevancia para efectos del presente trabajo el concepto de comunicación administrativa en tanto que sirve para que la Administración pueda resolver junto con los ciudadanos un problema de interés general, como por ejemplo los problemas relativos a los servicios públicos, la instrucción, ocupación, medio ambiente, la seguridad, el orden público y otros que se relacionan directamente a la vida de los ciudadanos. En consecuencia, considerando que estos temas requieren de la contribución de esfuerzos de la mayor cantidad de personas, el brindar la posibilidad de que la colectividad aporte a la solución de estos problemas de interés público generará mejores resultados en la obtención de una solución acorde al problema colectivo, problemas del “sistema”, lo que

---

<sup>41</sup> Tornos Mas, Joaquín y GalanGalan, Alfredo. Idem. Pag 39

<sup>42</sup> Tornos Mas, Joaquín y GalanGalan, Alfredo. Idem. Pag 41

<sup>43</sup> Tornos Mas, Joaquín y GalanGalan, Alfredo. Idem. Pag 43

ayudará a una mejor actuación de la Administración<sup>44</sup>. Es en este sentido que se deberá dar énfasis a la información que deba ser brindada por la Administración, sobre esto volveremos más adelante.

En el marco de lo señalado, encontramos una serie de principios que se aplican al derecho administrativo y en especial al régimen de la contratación pública.

Uno de ellos es el Principio de Legalidad que significa que toda actividad administrativa tiene que tener como contrapartida sustento en una norma legal, que ninguna norma o acto emanado de un órgano inferior puede dejar sin efecto una norma de rango superior. Asimismo, significa que la Administración no puede conceder derechos a unos y no a otros administrados, lo que se conoce como la igualdad ante la ley al aplicar algún procedimiento administrativo. Del mismo modo ocurre en las contrataciones públicas en las que debe garantizarse el trato igualitario a los administrados, llamados postores.

Por el Principio de Razonabilidad se entiende que todo acto de la Administración debe tener una justificación en normas legales y que exista una relación de proporcionalidad entre los medios a emplear y el fin a tutelar.

Por su parte, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, ha establecido Principios aplicables a la contratación pública que sirven de criterio interpretativo para dicha norma y su Reglamento, así como para la actuación de los funcionarios que aplican dichas normas.

Para efectos de nuestro trabajo de investigación, es de especial relevancia el Principio de Concurrencia o Libre Competencia en virtud del cual la Administración debe garantizar la más amplia y transparente competencia entre los postores y a su vez la prohibición de imponerles condiciones que impidan el acceso a la contratación pública. Por ejemplo, sería inadmisibles incluir en las bases de una contratación pública aspectos que limiten esta libertad de competencia.

Asimismo, es de especial relevancia el **Principio de Transparencia** según el cual el procedimiento de contratación pública debe permitir conocer la actuación de los órganos de la Administración en la disposición de fondos públicos y en particular en la forma que se desenvuelve el proceso de compras públicas. El acceso a la información, acceso al

---

<sup>44</sup> Tornos Mas, Joaquín y Galan Galan, Alfredo. Idem. Pag 156-157

expediente de contratación y la publicidad del procedimiento de compra pública es una garantía de la transparencia e imparcialidad de la Administración pública al momento de contratar con los particulares, ayudando de esta manera a evitar o disuadir la corrupción de funcionarios públicos. Se pretende entonces dotar de transparencia tanto al actuar de las autoridades públicas como de los particulares que contratan con el Estado.

De este modo, el procedimiento al que se sujeta la contratación pública, como ha sostenido DROMI promueve la fiscalización sobre la actividad administrativa para impugnar, obteniéndose ventajas de la concurrencia de los oferentes. Asimismo, el procedimiento reglado es una garantía para los administrados quienes en base al principio de igualdad pueden contratar con Estado, lo que otorga transparencia al proceso de contratación.

La transparencia se entiende también como la oportunidad que deben tener los interesados de objetar cualquier informe o decisión tomada por la administración pública, para lo cual es necesario establecer etapas para hacer de conocimiento de los particulares de dichas actuaciones. Esta transparencia va aunada a la publicidad de los actos del proceso de compras públicas. Esto se puede ver plasmado por ejemplo en la preparación de las condiciones de la contratación publicando las bases administrativas que establecen las reglas de juego, la fijación de las condiciones del contrato o expedición de copias de los expedientes de contratación a quien lo solicite.

Como afirma GARCÍA de Enterría<sup>45</sup> el nuevo concepto de Administración Pública se identifica con el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los ciudadanos, y en consecuencia se pretende *“garantizar la calidad y transparencia de la actuación administrativa y romper la tradicional opacidad de la Administración, introduciendo un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano”*

Agrega el citado autor que *“de todos estos derechos nuevos el de acceder a los archivos y registros administrativos es, sin duda, el más trascendental y está llamado a transformar radicalmente los hábitos tradicionales de nuestra Administración que, a partir de ahora,*

---

<sup>45</sup> Eduardo García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo Tomo II. Civitas ediciones, 8va edición, Madrid, 2002. Pag 478-479

*está emplazada a actuar en despachos de cristal, a la vista de todos los ciudadanos y no sólo de los interesados en cada procedimiento concreto*<sup>46</sup>. (el subrayado es nuestro)

El derecho a la información pública, y por ello a la transparencia que los ciudadanos puedan exigir a la Administración, tiene como límite los datos relacionados a la intimidad de las personas o cuando prevalezcan razones de interés público.

Se afirma que la transparencia es uno de los pilares de una sociedad democrática, como contrapartida del derecho a informarse que tienen todos los ciudadanos a efectos de poder realizar un control efectivo a los actos de la Administración, pues esta realiza sus funciones con los recursos del Tesoro Público recaudado de los contribuyentes, funciones que deben apuntar a la obtención de los servicios, bienes u obras más óptimos, dando un uso eficiente a dichos recursos, maximizando el valor por el dinero que se aplica a dichas contrataciones y siempre en función a la satisfacción del interés público que todo Estado debe tutelar. En esta línea se afirma que la transparencia es un principio que rige los procedimientos administrativos y que se deriva del principio constitucional de legalidad, es decir sirve como instrumento para el cumplimiento y control de la legalidad de los actos de la Administración:

*“(la transparencia es un) (...) principio instrumental derivado del principio de legalidad, de razonabilidad y que hace a la regularidad de los actos administrativos. Su violación provoca responsabilidad del Estado, responsabilidad de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de competencias que puede ser civil, penal, administrativa y política. La contratación pública se desarrollará en todas las etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas.*

---

<sup>46</sup> Eduardo García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo Tomo II. Civitas Ediciones, 8va edición, Madrid, 2002. Pag 478

*Asimismo teniendo como base el principio de transparencia, la apertura de las ofertas siempre se realizará en acto público, siendo ello también aplicable a las contrataciones públicas electrónicas*<sup>47</sup> (el subrayado es nuestro)

Por ello es necesaria la publicidad y difusión de las actuaciones del Estado y de igual modo el control de procedimiento de formación contractual del Estado es accesible "(...) a toda persona que acredite fehacientemente algún interés, pudiendo tomar vista de las actuaciones, salvo normas de confidencialidad, desde la iniciación hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas"<sup>48</sup>.

Entonces, es claro que en un sistema democrático es esencial se garantice la transparencia para poder salvaguardar el interés público que debe prevalecer en la toma de toda decisión administrativa, es decir:

*"La regla esencial de la contratación administrativa es, sin duda, el principio de publicidad y transparencia que obliga a que la selección del contratista y la determinación de las condiciones del contrato se haga desde la luz y no desde el secreto o la oscuridad. Sólo así se podrá llegar a la solución más ventajosa para el interés público, evitando que se caiga en prácticas de corrupción que burlen a los sujetos privados, y que lleven a la toma de decisión que no son las más adecuadas y convenientes al servicio de los intereses generales. Al mismo tiempo que es un requisito para salvaguardar el trato igual y no discriminatorio entre los candidatos a la adjudicación"*<sup>49</sup>.

Asimismo, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos—(en inglés Organization for Economic Co-operation and Development—(OECD)<sup>50</sup> ha definido una serie

---

<sup>47</sup> Correa, Jose Luis. "Los contratos administrativos o de la Administración en Argentina". En: "Contratos públicos en España, Portugal y América Latina". José Antonio Moreno Molina y Andry Mantilla Correa (coordinador) Editorial Difusión jurídica. Madrid. 2008. Pag 64-65.

<sup>48</sup> Correa, José Luis. Idem. Pag 64-65.

<sup>49</sup> Navarro, Karlos. "Los contratos administrativos o en Nicaragua". En: "Contratos públicos en España, Portugal y América Latina". José Antonio Moreno Molina y Andry Mantilla Correa (coordinador) Editorial Difusión jurídica. Madrid. 2008. Pag 529-530.

<sup>50</sup> OECD—"Council Recommendation on Enhancing integrity in Public Procurement". Octubre de 2008, Anexo 1.

de Principios que deben regir las contrataciones públicas, entre ellos el de Transparencia. Dicho documento señala lo siguiente:

*“Los Gobiernos deben brindar a los proveedores y contratistas potenciales información clara y consistente de modo que el proceso de compra pública se entienda correctamente y sea aplicado del modo más equitativo posible. Los Gobiernos deben promover la transparencia a los proveedores potenciales y a otros agentes relevantes, tales como instituciones de supervisión, no sólo respecto a la información de contratos sino de todo el proceso de compra pública. **Los Gobiernos deben adaptar el grado de transparencia de acuerdo al receptor de la información y a la etapa del ciclo. En particular, los Gobiernos deben proteger la información confidencial para asegurar un nivel de participación para potenciales proveedores y evitar la colusión.** También deben asegurar que las reglas de compras públicas requieran un nivel de transparencia que fomente el control de corrupción pero sin que cree una “burocracia” de modo tal que se asegure la efectividad del sistema”<sup>5152</sup>.(el resaltado es nuestro)*

---

<sup>51</sup> “Governments should provide potential suppliers and contractors with clear and consistent information so that the public procurement process is well understood and applied as equitably as possible. Governments should promote transparency for potential suppliers and other relevant stakeholders, such as oversight institutions, not only regarding the formation of contracts but in the entire public procurement cycle. Governments should adapt the degree of transparency according to the recipient of information and the stage of the cycle. In particular, governments should protect confidential information to ensure a level playing field for potential suppliers and avoid collusion. They should also ensure that public procurement rules require a degree of transparency that enhances corruption control while not creating 'red tape' to ensure the effectiveness of the system.” OECD.Council recommendation on enhancing integrity in public procurement. 2008

<sup>52</sup> “To ensure sound competitive processes, governments should provide clear rules, and possibly guidance, on the choice of the procurement method and on exceptions to competitive tendering. Although the procurement method could be adapted to the type of procurement concerned, governments should, in all cases, maximize transparency in competitive tendering. Governments should consider setting up procedures to mitigate possible risks to integrity through enhanced transparency, guidance and control, in particular for exceptions to competitive tendering such as extreme urgency or national security.”

“Para asegurar procesos razonables y competitivos, los Gobiernos deben proporcionar reglas claras y una guía posible acerca de la elección del método de contratación pública y excepciones de las propuestas competitivas. A pesar que el método de contratación puede ser adaptado al tipo de compra involucrada, los Gobiernos deben, en todos los casos, maximizar la transparencia en las presentaciones de propuestas competitivas. Los Gobiernos deben considerar establecer procedimientos para mitigar posibles riesgos a la integridad a través de transparencia mejorada, guía y control, en particular en casos de excepción a licitaciones competitivas tales como urgencia extrema o seguridad nacional”. OECD COUNCIL RECOMMENDATION ON ENHANCING INTEGRITY IN PUBLIC PROCUREMENT. 2008

En esta línea, la OECD ha delimitado el rol de la transparencia en las compras públicas<sup>53</sup> indicando que la transparencia es esencial para una compra justa. Señala que la transparencia se concibe como la disponibilidad de información acerca del proceso de decisión de compra pública y no se refiere únicamente a la publicidad externa del proceso de selección a convocarse sino también a la información que es divulgada a los postores durante el acto de presentación de propuestas o después de llevado a cabo este.

En conclusión, la transparencia como consecuencia del derecho de los ciudadanos al libre acceso a la información pública, se erige como uno de los pilares de las funciones de la Administración Pública en resguardo de los derechos de los ciudadanos mediante la posibilidad de hacer un control posterior o paralelo de las decisiones administrativas.

Sin embargo, como veremos más adelante, la transparencia o la posibilidad de acceder a determinada información puede tener el efecto contrario a una compra pública eficiente pues puede fomentar un escenario en el cual existan prácticas restrictivas como la colusión entre postores-competidores, obteniéndose por tanto obras, bienes o servicios de menor calidad o a precios sobrevalorados a los que se habían conseguido de haber existido libre competencia.

---

<sup>53</sup>OECD. "Collusion and Corruption in Public Procurement". Policy Roundtables. 2010. Pag25

## SECCIÓN 2

En esta Sección se definirá el concepto de libre competencia, las prácticas colusorias como acciones empresariales perjudiciales a la libre competencia y al normal desenvolvimiento del mercado, se hará una revisión de jurisprudencia relacionada a prácticas restrictivas de la competencia, las condiciones más comunes para que estas tengan lugar o puedan incrementarse. Asimismo, se evaluará los efectos que pueden tener las prácticas restrictivas en el mercado de compras públicas y los patrones que pueden ser indicio de una colusión entre postores, para luego entender la vinculación de estas prácticas con el acceso irrestricto de la información en el proceso de compra pública.

### LIBRE COMPETENCIA

#### 2.1 DEFINICIÓN DE LIBRE COMPETENCIA

Previamente, debemos señalar que resulta necesario referirnos a los conceptos de libre competencia debido a que las características del mercado de compra pública dificulta la existencia de una real competencia entre los postores, toda vez que la regulación del proceso de compra pública tiende a ser rígido y en este es muy difícil que exista una real competencia como ocurre en el sector privado, en el cual es posible negociar las condiciones de la contratación o adoptar estrategias que fomenten la competencia.

A diferencia del sistema privado, la Administración Pública está obligada a hacer público sus requerimientos de compras, el detalle de lo que requiere, así como el precio o valor referencial, debido a que los recursos que administra están sujetos a fiscalización pública, y se entiende que la ciudadanía demanda estar informada de las ocurrencias del proceso de compra, situación que no ocurre en el sector privado.

Al estar enfocado el sistema de compras públicas en el fomento de la transparencia y publicidad de la información y del proceso de compra pública, así como el trato justo e

igualitario entre los postores, se facilita a los competidores-postores llegar a acuerdos o comportamientos colusorios, de modo tal que se restrinja la competencia, como se verá más adelante. Corresponde, por lo tanto, pasar a referirnos a los conceptos vinculados a la libre competencia y posteriormente a la colusión para entender su funcionamiento en el mercado de las compras públicas.

En términos económicos *“la competencia maximiza la riqueza al incrementar tanto la eficiencia de asignación (haciendo lo que quiere el consumidor) y la eficiencia de producción (usando la menor cantidad de recursos) y al incentivar el progreso (invención)”*<sup>54</sup>.

Puede definirse a la competencia como el esfuerzo de las empresas por obtener una ventaja en el mercado mediante la mejora de la oferta dirigida a la clientela. La característica principal del mercado competitivo es que los vendedores y compradores actúan de manera independiente<sup>55</sup>.

Entonces existe competencia perfecta cuando una amplia cantidad de empresas produce el mismo producto y ninguna de estas empresas tiene el poder de reducir la producción total del mercado mediante la reducción de su propia producción. Si una empresa en situación de competencia perfecta redujera su producción, lo que harían sus competidores es incrementar su producción en la misma medida que el competidor redujo su producción<sup>56</sup>.

Debemos precisar que la competencia perfecta no existe en el mundo real, aunque es un modelo de la teoría económica que se usa debido a que puede predecir el comportamiento que desearíamos ver en un mundo con mercados competitivos, aún cuando dicho comportamiento se manifieste en forma imperfecta<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup>Gellhorn, Ernest. Antitrust Law and Economics in a Nutschell. Segunda edición. Editorial West Publishing Co. Estados Unidos, 1981. Pag 41.

<sup>55</sup> Fernando García Cachafeiro. “Fundamentos del derecho de la libre competencia. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España - 2009, pag 37

<sup>56</sup>Hovenkamp, Hebert. Antitrust. Segunda edición. Editorial West Publishing Co. Estados Unidos, 1993. Pag 1.

<sup>57</sup>Hovenkamp, Hebert. Antitrust. Segunda edición. Editorial West Publishing Co. Estados Unidos, 1993. Pag 55.

La teoría económica sostiene que la competencia constituye la manera más eficiente de asignar los recursos disponibles en el mercado. La competencia perfecta es un modelo económico que tiene lugar cuando se presenta lo siguiente: (a) hay un número elevado de compradores y vendedores de modo que ninguna empresa puede condicionar el precio del producto, (b) los productos son homogéneos para que los consumidores puedan encontrar alternativas, (c) no existen barreras de entrada a un determinado sector económico, y (d) el mercado es transparente: consumidores y proveedores disponen de la información necesaria para adoptar sus decisiones. Pero en la práctica este modelo no se cumple porque no todos los competidores tienen el mismo poder económico o porque no todos los productos son intercambiables, existen barreras de entrada y los consumidores no poseen el mismo nivel de información<sup>58</sup>.

En ocasiones, la desviación del modelo competitivo tiene lugar no por las circunstancias del mercado, sino por la voluntad de las empresas quienes pueden establecer sus propias reglas de juego, casos en los que el Derecho de la Competencia interviene para poner fin a las conductas que ponen en peligro el funcionamiento de los mercados<sup>59</sup>.

Las prácticas empresariales que restringen o limitan la competencia pueden ser: (i) prácticas colusorias, (ii) abuso de posición dominante, (ii) control de concertaciones y (iv) ayudas públicas. En las dos primeras, las autoridades llevan a cabo un control *a posteriori*, analizando si el comportamiento de los agentes ha restringido o es susceptible de restringir la competencia en el mercado. En el caso de las dos últimas, el control es *a priori*, de modo tal que la concentración o la concesión de una ayuda pública se somete a un trámite previo de autorización.

## 2.2 LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS

El derecho de la competencia prohíbe a las empresas que se pongan de acuerdo sobre las condiciones de la oferta que ofrecen a sus clientes. Evitar que acuerden

---

<sup>58</sup> Fernando García Cachafeiro. "Fundamentos el derecho de la libre competencia. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 38

<sup>59</sup> Fernando García Cachafeiro. "Fundamentos el derecho de la libre competencia. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 38

sobrecuestiones tales como el precio, la cuantía de producción, el grado de innovación, el número de competidores o las zonas en que están presentes, porque ello debe ser resultado de la ley de la oferta y la demanda.

La prohibición se extiende a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y a las prácticas concertadas. Existe acuerdo cuando los participantes manifiestan su voluntad de adoptar un comportamiento en el mercado. Las decisiones de asociaciones tiene carácter unilateral pues emanan de órganos directivos, pero producen las mismas consecuencias. Las prácticas concertadas son las que, sin llegar a un acuerdo, las empresas realizan una cooperación práctica entre ellas, por ejemplo generalizar la práctica de estabilización de precios<sup>60</sup>.

Los pactos que persiguen limitar la competencia entre empresas se denominan carteles y permanecen ocultos para evitar ser detectados por las autoridades.

Un cartel es un grupo de empresas que deberían ser competidores pero que han acordado fijar los precios u otras acciones que tienen por efecto restringir la competencia, de modo que obtengan ganancias que son propias de un monopolio.

Algunas de las condiciones que propician la formación de estos carteles o prácticas restrictivas de la competencia son las siguientes<sup>61</sup>:

- (i) Concentración de mercado: a menor número de empresas en el mercado, mayor será la inclinación de este a generar carteles. Ello porque a menor número de firmas, más fácil será llegar a acuerdos en secreto sin ser detectados y porque será más fácil tomar las preferencias de cada empresa al acordar un precio o producción determinada. Los Economistas afirman que en un mercado que tiene más de quince (15) ó veinte (20) empresas será muy difícil llegar a un acuerdo colusorio.

---

<sup>60</sup> Fernando García Cachafeiro. "Fundamentos el derecho de la libre competencia. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 39

<sup>61</sup> Hovenkamp, Hebert. Antitrust. Segunda edición. Editorial West Publishing Co. Estados Unidos, 1993. Pag 71-72.

- (ii) Barreras a la entrada: es un factor que eleva el costo de hacer negocios y que afecta a los nuevos ingresantes. Estas barreras pueden ser las altas sumas de inversión de capital o la alta probabilidad de pérdida del negocio en caso fracase, asimismo la dificultad de las licencias a ser obtenidas del Gobierno y el período de demora en retornar la inversión a través de las ventas en el mercado.
- (iii) Métodos de venta: Los carteles funcionan mejor cuando los incentivos para traicionar el acuerdo son mínimos y la traición puede ser fácilmente detectada. Los incentivos para romper el acuerdo son menores cuando las ventas individuales de las empresas son pequeñas, hay muchas ventas y los precios deben ser puesto de conocimiento públicos. Es más fácil detectar el incumplimiento cuando los precios se conocen públicamente y no son negociables, es decir cuando no es posible acordar precios en forma privada o hacer regateos. Los carteles funcionan mejor en los mercados de subasta en donde un vendedor pide un precio y cada miembro del cartel oferta contra el otro. En estos casos, los miembros del cartel pueden acordar en forma anticipada quien será el que tenga la oferta ganadora y las demás empresas ofertaran cifras más altas. Si una empresa traiciona el acuerdo y gana la licitación, las demás empresas lo sabrán de inmediato<sup>62</sup>.
- (iv) Homogeneidad del producto: Los carteles funcionan mejor en mercados que tienen productos perfectamente fungibles (intercambiables), por tanto a los consumidores les será indistinto comprar uno u otro producto, siempre y cuando el precio sea el mismo, es decir sólo influirá en la decisión de compra el factor precio. En el caso de productos con diferentes características o cuyas marcas dan al producto una diferenciación específica, la formación del cartel puede ser más difícil.

Algunas formas en que se presenta la colusión horizontal, es decir la colusión entre competidores, son: (a) la división horizontal territorial o del cliente: cuando los competidores se dividen el mercado en territorios o clientes, (b) acuerdos de reparto de cuotas de mercado: los competidores acuerdan generar cierto porcentaje de ventas en

---

<sup>62</sup> Hovenkamp, Hebert. Antitrust. Segunda edición. Editorial West Publishing Co. Estados Unidos, 1993. Pag 72.

determinado mercado, del cual no pueden exceder y (c) reducción de producción: se reduce la producción y luego cada miembro del cartel decide establecer su propio precio<sup>63</sup>.

Entonces se tiene que la evidencia de la existencia de colusión expresa o tácita es la siguiente:<sup>64</sup>

- (1) Cuotas estables de mercado: los competidores mantienen sus cuotas, a diferencia de un mercado en libre competencia en el cual estas cuotas fluctuarían hacia arriba y abajo.
- (2) Estructura de precios rígida.
- (3) Herramientas facilitadoras que se usan en toda la industria: son efectivas sólo si se usan en toda la industria o sector, pueden ser: (i) la estandarización de productos y condiciones y (ii) determinación de precios sobre una base fija: la uniformidad en el precio esencial para la colusión. Si los productos se entregan directamente por el vendedor al comprador será difícil hacerle seguimiento pues los gastos de envío varían. En este esquema los competidores usan una tasa de flete fija desde un punto específico aun cuando haya sido enviado desde otro punto.

Se sostiene que existen dos problemas en el éxito de los acuerdos de asignación de mercados. Primero, las diferentes firmas que participan en el acuerdo colusorio mayormente tienen diferentes costos y cuotas de mercado. Como consecuencia de ello, tendrán distintas percepciones de cuál es el nivel de precio adecuado y de la distribución equitativa de cuotas de mercado. Estas diferencias hacen difícil que se llegue a un acuerdo entre los participantes del cartel. En segundo lugar, una vez que se arriba al acuerdo colusorio y se fija un precio muy por encima del costo marginal, cada participante del cartel tendrá un fuerte incentivo para incumplir el acuerdo siempre que esto pueda hacerse en secreto lo que hará que el cartel se desintegre siempre y cuando este

---

<sup>63</sup> Hovenkamp, Hebert. Antitrust. Segunda edición. Editorial West Publishing Co. Estados Unidos, 1993. Pag 75-76.

<sup>64</sup> Hovenkamp, Hebert. Antitrust. Segunda edición. Editorial West Publishing Co. Estados Unidos, 1993. Pag 80.

incumplimiento del acuerdo no sea detectado por los demás competidores y no pueda ser sancionado por éstos<sup>65</sup>.

Las conductas prohibidas son todo acuerdo, decisión, recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela. Se puede definir con una cláusula general y se complementa con una lista de acuerdos colusorios graves y más frecuentes, una lista abierta<sup>66</sup>.

El cartel es *“todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de mercado o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas o la restricción de las importaciones o las exportaciones”*<sup>67</sup>.

Para aumentar la eficiencia en la lucha contra los carteles, existen normas que ofrecen inmunidad a las empresas que participan en un acuerdo secreto y denuncian su existencia, se suele consignar como condición que sea la primera en ponerse en contacto con las autoridades y aporte pruebas que permitan sancionar al resto de participantes.

Sin embargo, como parte de la libertad de empresa, las empresas pueden llegar a acuerdos que sean beneficiosos para la promoción de la competencia tales como acuerdos de fabricación en común, para repartirse las fases de elaboración de un producto, acuerdos de especialización, acuerdos de estandarización mediante los cuales pactan condiciones técnicas que permitan la compatibilidad de sus productos, acuerdos de investigación y desarrollo, políticas de adquisiciones a través de centrales de compras o acuerdos verticales entre fabricantes y distribuidores con el objeto de ser más competitivos que sus rivales. Todos estos restringen la libertad de competir de las empresas pero a la vez tienen un efecto positivo para la competencia en el mercado.

---

<sup>65</sup> Gellhorn, Ernest. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. Segunda edición. Editorial West Publishing Co. Estados Unidos, 1981. Pag 144-146.

<sup>66</sup> Fernando García Cachafeiro. “Fundamentos del derecho de la libre competencia. En: *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español*. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 39

<sup>67</sup> Fernando García Cachafeiro. “Fundamentos del derecho de la libre competencia. En: *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español*. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 71-72

Existen tres (3) modelos de sistemas de prohibición de acuerdos colusorios. Primero, tenemos las legislaciones que recogen una prohibición absoluta, sin excepciones (como es el caso de la Sherman Act norteamericana, pero luego matizada con la rule of reason establecida por la jurisprudencia). Otro modelo, es aquel que prohíbe solo acuerdos colusorios que sean un abuso de la libertad de competir y siempre que perjudiquen a la economía nacional. Sólo estará prohibido desde el momento que la autoridad de competencia lo declara ilícito, pero esta técnica está siendo dejada de lado. Finalmente, existe un modelo de cláusula general prohibitiva pero que admite excepciones si los actos generan ganancias o ventas económicas o sociales<sup>68</sup>.

El Decreto Legislativo N° 1034, Ley que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, define a las prácticas colusorias horizontales: *“Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia(...)”*.

Entre los supuestos que se contemplan como prácticas colusorias horizontales, la norma peruana establece los siguientes:

- (a) *La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;*
- (b) *La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- (c) *El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;*
- (d) *La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;*
- (e) *La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;*
- (f) *Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;*

---

<sup>68</sup> Fernando García Cachafeiro. “Fundamentos el derecho de la libre competencia. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 72

- (g) *La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;*
- (h) *Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;*
- (i) *Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;*
- (j) **Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates;**

Asimismo, el numeral 11.2. del artículo 11° del citado Decreto Legislativo señala que constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) *Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;*
- b) *Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;*
- c) *El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,*
- d) **Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.**

En el marco de lo expuesto, el análisis del poder de mercado de las empresas es fundamental para analizar si determinados actos son atentatorios contra el derecho de la Libre Competencia. Ello es importante para evaluar las prácticas colusorias a efectos de estimar qué tanta capacidad tienen los competidores en influir en los precios u otras condiciones de mercado, para lo cual es relevante evaluar el poder de mercado que ostenta cada uno de ellos. Es un enfoque económico que revela cuál es el impacto en las condiciones del mercado de las decisiones de estos agentes que se coluden.

Se puede definir al poder de mercado como “una situación de poder económico que permite a una empresa actuar en gran medida de forma independiente de sus competidores y clientes”, es decir le permite a una empresa limitar su producción y aumentar sus precios sin que existan competidores que puedan contrarrestar ese efecto.

Para determinar si una empresa tiene poder de mercado, en primer lugar se debe identificar el “mercado relevante” y en segundo lugar ver si goza de una posición de poder económico en dicho mercado<sup>69</sup>.

El mercado relevante comprende el mercado de producto y el mercado geográfico. El mercado de un producto comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, precio o el uso que se desee hacer de ellos. Para delimitarlo, debe analizarse como afecta la oferta y la demanda de un producto el aumento de los precios del mismo. Si un pequeño aumento en el precio de un producto X hace que los consumidores compren Y, eso significa que X e Y están en el mismo mercado, o que se trata de productos sustitutos<sup>70</sup>.

De igual modo, un producto puede ser sustituible entre los fabricantes. Por ejemplo, un mismo fabricante puede elaborar distintas clases de un determinado producto, lo que hace que se encuentre en un mismo mercado.

De otro lado, los mercados deben delimitarse geográficamente para establecer si las empresas de otras zonas son una fuente de suministro alternativo para los consumidores, en ese caso si los consumidores pueden optar por adquirir productos en otras zonas, se puede afirmar que estamos ante competidores que operan en un mismo mercado.

Una vez definido el mercado relevante, el siguiente paso es determinar si la empresa o empresas tienen poder de mercado. Para ello se toman en cuenta principalmente: (i) la cuota de mercado, (ii) la elasticidad de la demanda y (iii) las barreras de entrada.<sup>71</sup>

Para las cuotas de mercado, la jurisprudencia de la Comunidad Europea ha establecido el siguiente parámetro:<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Fernando García Cachafeiro. “Fundamentos el derecho de la libre competencia. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 46

<sup>70</sup> Fernando García Cachafeiro. “Fundamentos el derecho de la libre competencia. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 46

<sup>71</sup> Fernando García Cachafeiro. “Fundamentos el derecho de la libre competencia. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 47

- Cuotas de mercado elevadas (más del 75% del mercado) existe poder de mercado, sin necesidad de mayores pruebas.
- Cuotas de mercado elevadas (más del 50%) es a priori muestra de poder de mercado, salvo prueba en contrario.
- Cuotas de mercado medianas (menos del 50%) significa que no hay poder de mercado, salvo que el mercado este muy fragmentado.
- Cuotas de mercado pequeñas (menos del 25%) es muy improbable que exista poder de mercado.

### 2.3 TIPOS DE CONDUCTAS COLUSORIAS PROHIBIDAS

Se pueden distinguir los siguientes tipos: (i) acuerdos, (ii) decisiones y recomendaciones (iii) prácticas concertadas.

Para el Acuerdo es necesario que las empresas hayan expresado una voluntad común, sin que sea necesario que se haya puesto en práctica. Además los motivos y la intención del comportamiento coordinado entre empresas son irrelevantes para su calificación como conducta prohibida. De otro lado, es irrelevante la falta de validez del contrato en el que se encuentra incluido el pacto colusorio, porque la noción de acuerdo va más allá del concepto jurídico de contrato<sup>73</sup>.

La forma en la que se plasme el acuerdo es también irrelevante a efectos de su calificación como práctica colusoria. Asimismo, el acuerdo puede celebrarse entre operadores que este en el mismo o diferente nivel del proceso de producción o distribución.

Se sostiene que debe existir acuerdo de voluntades materialmente autónomas y diferenciadas, es decir no basta con que sean entidades independientes desde el plano

---

<sup>72</sup> Fernando García Cachafeiro. "Fundamentos el derecho de la libre competencia. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 48

<sup>73</sup> Julio Costas Comesaña. Prohibición de acuerdos colusorios Capítulo II. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 78-79

formal o jurídico. Puede ocurrir que tengan independencia jurídica pero no económica al actuar bajo una misma dirección económica; entonces en ese caso no se podría hablar de pluralidad de voluntades<sup>74</sup>.

Un caso especial son los grupos de empresas y los contratos de agencia, comisión. En el primer caso, existe un sector de la doctrina que considera que si las empresas del mismo grupo se benefician de las ventajas de su gestión autónoma en el mercado, no pueden alegar unidad económica para evadir las consecuencias de prácticas colusorias. Otro sector de la doctrina, considera que en estos casos no existen voluntades diferenciadas en las prácticas concertadas, siempre y cuando constituyan una unidad económica y no tengan autonomía en la determinación de su línea de acción en el mercado, y siempre que se trate de acuerdos que sean un reparto interno de tareas, es decir no tiene por efecto limitar la competencia de terceros<sup>75</sup>.

En consecuencia, la pertenencia a un grupo de empresas no determina *per se* la ausencia de autonomía de las empresas (para ello es conveniente recurrir a criterios como la gestión conjunta de la administración, proporción de control de las empresas en las mismas personas, derechos de veto, vínculo a una página web común, etc).

En el caso de los contratos de agencia o comisión, al desarrollar el agente una actividad si asumir el riesgo financiero es sólo un ejecutor de la voluntad del principal. La Comisión Europea ha asumido en estos casos que el criterio para distinguir si se está ante unidad de voluntades o no, es el riesgo financiero y/o comercial del agente sin que sea relevante el hecho que el agente actúe en exclusividad o no.

Las decisiones colectivas tienen por objeto homogeneizar comportamientos de los competidores. En el acuerdo todas las partes prestan su consentimiento mientras que en las decisiones o recomendaciones colectivas puede estar adoptada en mayoría o por un

---

<sup>74</sup> Julio Costas Comesaña. Prohibición de acuerdos colusorios Capítulo II. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 80-83

<sup>75</sup> Julio Costas Comesaña. Prohibición de acuerdos colusorios Capítulo II. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 81-83

órgano interno pero su decisión es vinculante para todos porque existe un interés común<sup>76</sup>.

Esto puede aplicarse a toda clase de asociación, bajo cualquier forma jurídica, e incluye a las recomendaciones no vinculantes, explícitas o tácitas, que tengan por objeto limitar la competencia. El hecho que todos o una parte de los asociados no cumpla con la recomendación colectiva, no es una causal para eximir de responsabilidad, pues depende de su capacidad para restringir la competencia. La asociación debe ser una unidad económica o interés común compuesto por una pluralidad de personas, no es necesario que la asociación adopte alguna forma jurídica.

Las prácticas concertadas o conscientemente paralelas son aquellos comportamientos económicos que aun cuando no configuran un acuerdo colusorio, sólo tendrían explicación desde la racionalidad económica de la existencia de alguna coordinación o cooperación entre los agentes. Por ello, en mercados con alta transparencia de las condiciones de competencia, con productos más homogéneos y pocos operadores, será mayor la posibilidad de que existan estas conductas paralelas colusorias. Por el contrario, en mercados fragmentados y sin barreras de entrada será difícil que existan este tipo de prácticas<sup>77</sup>.

Por la dificultad de su probanza, las prácticas concertadas deberán ser acreditadas con indicios o presunciones, siendo el paralelismo de comportamientos un indicio probatorio.

Un requisito de las modalidades colusorias es que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado.

Es decir, debe existir entre la práctica colusoria y la restricción de competencia un nexo causal. Así, todo acuerdo que tenga por objeto limitar la competencia será ilícito y si no

---

<sup>76</sup> Julio Costas Comesaña. Prohibición de acuerdos colusorios Capítulo II. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 85-86

<sup>77</sup> Julio Costas Comesaña. Prohibición de acuerdos colusorios Capítulo II. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 87-89

tiene por objeto limitar la competencia pero tiene el efecto de restringirla será igualmente ilícito, y aun cuando no haya sido ejecutado o aplicado en los hechos<sup>78</sup>.

De otro lado, la normativa de la Comunidad Europea contempla la posibilidad de excepciones a la prohibición de acuerdos ilícitos, los cuales deberán reunir en forma concurrente los siguientes requisitos: (i) ventajas de la conducta concertada, (ii) beneficios para los usuarios (iii) indispensabilidad de la restricción de la competencia y (iv) mantenimiento de un cierto grado de competencia.

El primer requisito se refiere a la mejora de la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Las ventajas deben ser objetivas, ser sensibles e importantes, que exista un nexo causal entre la conducta restrictiva y las ventajas, es decir no puede tratarse de un efecto indirecto. Debe existir un grado de certeza de que las ventajas se concretarán.

El beneficio a los usuarios no se confunde con el beneficio al mercado o a las empresas que participan del acuerdo, sino que los usuarios puedan beneficiarse de esos acuerdos o mejoras. Comprende tanto a los usuarios inmediatos como mediatos. Será suficiente que los beneficios los adquieran los usuarios inmediatos aunque no lleguen de igual manera a los consumidores finales.

Sobre la condición de indispensable de la restricción de competencia, se refiere a que el acuerdo no pueda ser obtenido por otros medios menos restrictivos y que las restricciones a la competencia deben ser las mínimas indispensables para conseguir los objetivos con el acuerdo.

Finalmente, el acuerdo no debe generar la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos. Es decir, la medida restrictiva debe mantener un mínimo de competencia en el mercado. Para ello habrá que examinar el mercado relevante, desde las tres (3) dimensiones: objetivo, geográfico y temporal. En la dimensión

---

<sup>78</sup> Julio Costas Comesaña. Prohibición de acuerdos colusorios Capítulo II. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 90

temporal se tiene en cuenta que puede variar con el transcurso del tiempo el ámbito geográfico y objetivo de un mercado, tener en cuenta la competencia potencial<sup>79</sup>.

## 2.4 JURISPRUDENCIA DE COLUSIÓN

Para tener un mejor entendimiento de los las condiciones que deben presentarse para que estemos ante una colusión y los efectos nocivos de la competencia, citaremos algunos casos nacionales e internacionales en los que se han presentado estas prácticas.

En la Resolución N° 018-2012/ST-CLC-INDECOPI del 25 de setiembre de 2011 la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia indicó que en general, las licitaciones colusorias buscan restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante. Menciona que:

*“..Un primer supuesto puede ser la fijación concertada de precios, que consiste en cualquier acuerdo entre competidores para establecer un solo precio para determinado bien o servicio. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado por denuncia de Petróleos del Perú- Petroperú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A., se determinó que las denunciadas incurrieron en una concertación de sus ofertas (fijando el mismo precio y repartiéndose las cuotas de producción) y que esta conducta buscaba restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la denunciante. En efecto, Petróleos del Perú – Petroperú S.A. tuvo que pagar un precio superior al que había venido pagando cuando Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. competían por ganar la buenapro.*

*Un segundo supuesto puede ser el reparto de mercado, (...) ya sea mediante la designación de consumidores específicos o tipos de consumidores, de productos, de procesos de selección o de zonas geográficas. Así, por ejemplo en el procedimiento iniciado de oficio contra Aga S.A., Messer Gases del Perú S.A. y Praxair Perú S.R.L., se determinó que las investigadas incurrieron en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en el reparto del mercado de adquisición de oxígeno*

---

<sup>79</sup> Julio Costas Comesaña. Prohibición de acuerdos colusorios Capitulo II. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009, pag 91-92

*medicinal, en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – Essalud, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004. En efecto, las investigadas acordaron que Aga S.A. proveyera exclusivamente la zona norte del país, Messer Gases del Peru S.A. la zona centro y Praxair Perú S.R.L. las zonas sur y Lima.*

*Finalmente, cabe señalar que todos estos supuestos de licitación colusoria dependen del diseño de los procesos de selección correspondientes, por lo que resulta indispensable analizar las reglas aplicables en cada caso concreto.*” (el subrayado es nuestro)

En la Resolución N° 013-2011/ST-CLC-INDECOPI del 16 de agosto de 2011 la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual -INDECOPI indicó que en el caso de Estados Unidos contra Romer un grupo de agentes de bienes raíces acordaron limitar sus ofertas en las subastas públicas. Dichos agentes acordaron fijar un precio menor para la compra de propiedades mediante acuerdos de no realizar ofertas en las subastas públicas, mientras un agente seleccionado fue el único que ofertó y obtuvo la buena pro. La acusación señala que los agentes coludidos se dividieron los excedentes entre los participantes del acuerdo.

Dicha Resolución menciona un supuesto de concertación en una licitación pública:

*“Una posible variante podría consistir en una concertación en dos etapas. En una primera etapa, de las cinco empresas competidoras existentes en el mercado, las cinco se abstienen de presentar ofertas con la finalidad que la entidad convocante se vea obligada a incrementar el valor referencial...En una segunda etapa, de las cinco empresas competidoras que existen en el mercado, cuatro se abstienen de presentar ofertas con la finalidad que la quinta gane la buena pro al precio más alto posible y luego, reparta el mayor excedente obtenido de los recursos de la entidad convocante entre las cinco empresas”.*

En el caso de Bosley Inc. Y Aderans America Holding, la Federal Trade Commision<sup>80</sup> ha señalado que la competencia puede ser restringida de manera no razonable cuando un competidor directamente comunica, solicita o facilita el intercambio de información con sus rivales, en particular cuando dicha información es altamente detallada, desagregada. Agrega que es triple el riesgo que emana de dicha comunicación:

*“Primero, una discusión de precios competitivamente sensibles, acciones o estrategias puede mutar en una conspiración para restringir la competencia. Segundo, el intercambio de información puede facilitar la coordinación entre rivales dañando la competencia, aun en ausencia de un acuerdo explícito referido a conductas futuras. Tercero, el conocimiento de los planes de un competidor reduce la incertidumbre y permite a los rivales restringir sus propios esfuerzos competitivos, aun en ausencia de una coordinación real”.*

En dicho caso se alegó que se intercambiaba información entre competidores respecto a planes futuros de cerrar instalaciones existentes y estrategias de descuento de precios, lo que podría llevar a que un competidor decida no abrir un local en cierta ubicación o no dar mayores descuentos manteniéndose así los niveles de precios, afectando a los consumidores.

En México se presentó el caso de Generic Pharmaceuticals<sup>81</sup> en el que se demostró que entre el año 2003 al 2006, las compras públicas de productos farmacéuticos genéricos por parte de la agencia de seguridad social de México, se realizaba sobre la base de procedimientos de contratación fragmentados y totalmente domésticos o locales (es decir reservado sólo a firmas nacionales). Existían en promedio cerca de 100 subastas por productos por año y cada área usuaria (región u hospital) realizaba sus propias licitaciones en forma separada en algunos casos, lo hacían varias veces al año para el mismo producto. Muchos de estos actos incluían diversas reglas y valores referenciales relativamente altos.

---

<sup>80</sup> Federal Trade Commission, Estados Unidos. Federal Register Vol 78.Nº 71.Abril 2013- file Nº 1210184

<sup>81</sup> Citado por OECD- Competition and Procurement- Key Findings. 2011 Pag 11

Sin embargo, en el año 2007, la agencia de seguridad social de México revisó su estrategia de compra pública y empezó a abrir licitaciones a postores internacionales, consolidando compras sólo en uno o algunos contratos nacionales por categoría de producto, incluyendo precios bajos máximos más agresivos de acuerdo a estudios de mercado y eliminando estipulaciones múltiples. Como resultado, la evidencia de colusión entre postores disminuyó en gran medida y los precios adjudicados para los productos farmacéuticos genéricos disminuyeron dramáticamente: 18 de los 20 productos más importantes, que representaban el 42% de las compras, registraron un decremento de precio promedio del 20%.

En el caso de he United Kingdom's Construction Cartel<sup>82</sup> en el año 2009 la autoridad nacional de la competencia de Reino Unido, la Oficina de Leal Competencia (sus siglas en inglés OFT), emitió una decisión imponiendo multas a 103 empresas envueltas en un cartel de proceso de compra pública en la industria de la construcción en Inglaterra. El cartel incluía precios cubiertos -mediante los cuales los postores se coludieron con competidores durante el proceso de licitación para obtener precios que intencionalmente eran muy altos para ganar el contrato, por tanto inflando también el precio de licitación "ganador" – y también involucró pagos de compensación asociados- es decir los postores perdedores pagaron sumas de dinero acordadas a los postores perdedores. Las infracciones afectaron a los proyectos de construcción tanto del sector público y privado a lo largo de Inglaterra los que se valorizaron en un exceso de 200 millones de libras esterlinas, incluyendo proyectos de construcción para escuelas, universidades y hospitales<sup>83</sup>.

En el caso del cartel<sup>84</sup> Hungarian Motorway Construction, en el año 2003 la autoridad de competencia de Hungría lanzó una investigación en un proceso de licitación relacionado a una convocatoria para un proyecto de construcción de una carretera. La evidencia

---

<sup>82</sup>Citado por OECD- Competition and Procurement- Key Findings. 2011 Pag 26

<sup>83</sup> "In 2009, the national competition authority in the United Kingdom, the Office of Fair Trading (OFT), issued an infringement decision imposing fines on 103 companies for involvement in a bid rigging cartel in the construction industry in England. The cartel involved cover pricing – whereby bidders colluded with competitors during a tender process to obtain prices that were intended to be too high to win the contract, thereby also inflating the "winning" tender price – and associated compensation payments – whereby the successful bidders paid agreed sums of money to the unsuccessful bidders. The infringements affected both public and private sector building projects across England worth in excess of £200 million, including building projects for schools, universities and hospitals." Citado por OECD- Competition and Procurement- Key Findings. 2011 Pag 26

<sup>84</sup>Citado por OECD- Competition and Procurement- Key Findings. 2011 Pag 122

demostró que varias firmas grandes de construcción, incluso subsidiarias de empresas extranjeras, habían acordado entre ellos la identidad de los postores ganadores para los contratos de construcción. También acordaron que el postor ganador subcontrataría partes de los trabajos de construcción a los otros participantes del cartel. Las multas totales fueron de cerca de 28 millones de Euros, la multa más grande que haya sido impuesta en Hungría en un caso de carteles<sup>85</sup>.

En el cartel de Portugal de reactivos de controladores de glucosa en la sangre, la autoridad de la competencia de Portugal abrió investigación en un posible cartel en la licitación de bandas reactivas de control de glucosa en la sangre debido a una queja de un hospital en Coimbra. El hospital lanzó una invitación pública para adjudicar dichos productos. Cinco empresas presentaron sus propuestas pero el hospital decidió no otorgar la buena pro a ninguna porque las cinco empresas ofertaron un precio uniforme (20 Euros), lo que constituía un incremento sustancial en comparación a los precios cobrados por el mismo producto el año anterior (que era de 11.37 Euros hasta 14.96 Euros). Después de la investigación, la autoridad de la competencia determinó que la alineación de precios no podría haber ocurrido sin un acuerdo de cartel. La autoridad impuso una multa de cerca de 660,000 Euros a cada una de las cinco empresas (que fueron Abbot Laboratorios, Bayer Diagnósticos Europe, Johnson & Johnson, Menarini Diagnósticos, and Roche Farmacéutica Química), haciendo un total de 3.2 millones de Euros de multa<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> “In 2003, the Hungarian competition authority (“GVH”) launched an investigation into suspected bid rigging in connection with a tender for a motorway construction project, and later extended the investigation to another tender procedure. Evidence discovered by the GVH established that several major construction firms, including subsidiaries of foreign companies, had agreed among them about the identity of the winning bidders for the construction works contracts. They also agreed that the winning bidder would subcontract parts of the construction works to the other cartel participants. The total fines amounted to HUF 7,04 billion (approximately € 28 million), by far the largest fine ever imposed in the history of Hungarian anti-cartel enforcement. Citado por OECD- Competition and Procurement- Key Findings. 2011 Pag 122

<sup>86</sup> “The Portuguese Competition Authority opened an investigation into a suspected bid rigging cartel for blood glucose monitoring reagent strips, following a complaint from a hospital in Coimbra. The hospital had launched a public invitation to tender for Blood Glucose Monitoring Reagent packages. Bids were submitted by five companies, but the hospital decided not to award the contract when all five bidders submitted bids with a uniform price (€ 20), which constituted a sharp increase from the prices charged for the same product a year earlier (between € 11.37 and € 14.96). Following an investigation of the suspicious bids, the competition authority determined that the alignment of the prices could not have occurred without a cartel agreement. The authority imposed a fine of approximately € 660,000 on each of the five defendant companies (Abbot Laboratorios, Bayer Diagnósticos Europe, Johnson & Johnson, Menarini Diagnósticos, and Roche Farmacéutica Química) for a total fine of almost € 3.2 million.) Citado por OECD- Competition and Procurement- Key Findings. 2011 Pag 123

En el caso del Cartel sueco de asfalto, la autoridad de la competencia de Suecia investigó la industria del asfalto en la cual había sospechas de colusiones en licitaciones para diversos proyectos de construcción de caminos. El principal objetivo del cartel fue la Administración Nacional de Caminos Suecos, pero muchas municipalidades locales también fueron afectadas. Una subsidiaria de la Administración Nacional de Caminos Suecos también era sospechosa de haber participado en el cartel. El caso aún sigue en juicio. Los medios de comunicación resaltaron las pérdidas para los contribuyentes pero los beneficios de las acciones legales se han reflejado en una disminución del 20% del precio<sup>87</sup>.

## **2.5 LOS EFECTOS DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO DE COMPRAS PÚBLICAS y CONDICIONES MÁS COMUNES PARA SU CONFIGURACIÓN.**

En el ámbito de las compras públicas, se necesita transparencia para anunciar al ganador y el precio, aun si esto facilita la colusión. Es cierto que la mayor transparencia ayuda a eliminar o disuadir los actos de corrupción al poder controlarse la objetividad del proceso de selección, pero también puede ser perjudicial para lograr una eficiente compra pública porque la transparencia en demasía y el acceso a la información de los postores y sus ofertas puede dar lugar a prácticas colusorias.

Las ofertas públicas permiten que los miembros del cartel se comuniquen durante el transcurso del proceso de selección y por tanto es más fácil para ellos arribar a un acuerdo colusorio en el acto de presentación de propuestas.

---

<sup>87</sup> The Swedish competition authority investigated the asphalt industry which was suspected of rigging bids for many road construction projects. The main target of the suspected cartel was the Swedish National Road Administration, but many local municipalities were also affected. A subsidiary of the National Road Administration is suspected of participating in the cartel as well, which, if proven, would make the National Road Administration at the same time a perpetrator and a target of unlawful cartel activity. The Competition authority is seeking a court judgment imposing fines of SEK 1.6 billion (approximately US \$225 million) on the cartel participants. While the case is still pending before a Swedish court, the competition authority's enforcement action already has had significant benefits: The case received extensive media coverage, with several reports highlighting the losses for taxpayers caused by the cartel. The beneficial effects of the enforcement action have been very apparent as procurement officials observed that prices dropped by approximately 20 percent. As a result of the greater awareness among procurement officials of the harm cartels can cause, the competition authority launched a new programme against bid rigging cartels in 2004, following an initiative of the association of local governments. The programme gives the competition authority the opportunity to inform procurement officials about how to detect signs of bid rigging, and encourage them to report suspicious activity.) Citadopor OECD- Competition and Procurement- Key Findings. 2011 Pag 123

Un sistema en el cual las ofertas se abren y se conocen en público con una identificación completa de cada precio de los postores y de sus especificaciones es la plataforma idónea para detectar la reducción del precio ofertado por cada postor<sup>88</sup>.

Se sostiene que si los postores conocen a los demás participantes, sus identidades y las condiciones de sus ofertas, pueden vigilar el cumplimiento del acuerdo colusorio y tomar represalias contra las desviaciones y cooperar de mejor manera en las contrataciones públicas<sup>89</sup>.

En el caso de las compras del sector privado, los grandes compradores industriales usualmente se basan en negociaciones secretas pues estas fomentan la reducción de precios por parte de los oferentes o postores en forma individual sin que éstos tengan temor de ser detectados por parte de los demás miembros del cartel. Un efecto similar podrá ser logrado si las compras públicas permiten una ronda final para negociaciones individuales después de que el proceso de compra ha reducido una lista de los proveedores más eficientes<sup>90</sup>.

Para efectos de combatir las prácticas colusorias en los mercados de compras públicas, se han identificado tres retos que deben ser enfrentados para que una colusión se genere: (1) los miembros del cartel tiene que acordar los términos de su cooperación, (2) las desviaciones del acuerdo deben ser detectados y (3) los desertores deben ser castigados, expulsándolos de futuros acuerdos cooperativos<sup>91</sup>.

Los estudios (Stigler. A Theory of Oligopoly, 1964) han establecido también una relación inversa entre el número de competidores y las posibilidades de colusión, de modo que a mayor número de competidores, será más difícil llegar a un acuerdo sobre precios, licitaciones, clientes o territorios<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup>OECD Policy Roundtables. 2007, pag 28

<sup>89</sup>OECD .Policy Roundtables. 2007. Pag 32

<sup>90</sup>OECD.Policy Roundtables. 2007. Pag 33

<sup>91</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance. En: The WTO Regime in Public Procurement: Challenge and Reform. World Trade Organization. Cambridge University Press, 2011, pag 693

<sup>92</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. IDEM. pag 693

La experiencia señala las siguientes circunstancias como potencialmente facilitadoras de la colusión:<sup>93</sup>

- La probabilidad de colusión aumenta donde se usan especificaciones restrictivas para el producto que es requerido en la licitación.
- A más estandarizado es el producto, más fácil es para las firmas competidoras llegar a un acuerdo sobre una estructura común de precios. Al contrario, es más difícil llegar a un acuerdo en donde otras formas de competencia, tales como el diseño, características, calidad o servicio, son importantes.
- La probabilidad de colusión puede ser mejorada con compras repetitivas, porque los vendedores pueden familiarizarse con otros postores y porque los contratos recurrentes brindan la oportunidad a los competidores de compartir el trabajo.
- La colusión es más probable si los competidores se conocen bien a través de conexiones sociales, asociaciones de comercio, contactos de negocios o cambios de trabajo de una compañía a otra.
- La colusión se facilita si los postores tienen oportunidades de reunirse con antelación a la entrega de propuestas, para consultas de último minuto.

La colusión también puede ser facilitada por aspectos del proceso de compras en sí mismo. El contenido local de los requerimientos o prohibiciones a postores extranjeros limita directamente el abanico de proveedores potenciales y disminuyen la capacidad de entrada para alterar la coordinación del cartel. La apertura de propuestas en público para todos los postores puede posibilitar que los miembros del cartel determinen si los co-conspiradores cumplieron las promesas de no ofertar o de remitir propuestas artificialmente altas. Esta preocupación brinda la racionalidad para limitar la disponibilidad de cierto tipo de información en el mercado, a pesar de la vigencia del principio de

---

<sup>93</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Idem. pag 693-694

transparencia que pudieran de otro modo favorecer su divulgación. El uso de herramientas electrónicas y contratos marco, y a la vez ofrecer ganancias significativas para proveedores y entidades de adquisición, también plantean retos complejos para el mantenimiento de la competencia.<sup>94</sup>

La Organización Mundial de Comercio – OMC así como la OECD han identificado las principales señales o indicadores de comportamiento colusorio en las compras públicas, son los siguientes:<sup>95</sup>

**SEÑALES SOSPECHOSAS: COMPORTAMIENTO QUE PUEDE SER SEÑAL DE LA PRESENCIA DE OFERTAS COLUSORIAS.**

- Los mismos proveedores remiten propuestas y cada empresa parece turnarse la adjudicación.
- Algunas propuestas son más altas que los precios de lista publicados, que licitaciones previas por las mismas empresas o que los costos internos estimados de la agencia.
- Una menor cantidad del número normal de competidores remite propuestas.
- Una empresa parece ofertar una cantidad mayor en una que en otras licitaciones, sin diferencias aparentes de costos que sustente tal disparidad.
- Los precios ofertados caen cada vez que un nuevo o infrecuente postor se presenta a una licitación.
- Un postor ganador constantemente subcontrata el trabajo a sus competidores que presentaron ofertas que no ganaron para el mismo proyecto.
- Una empresa rechaza la adjudicación obtenida y posteriormente es subcontratada por el nuevo contratista ganador.

<sup>94</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Idem. pag 694

<sup>95</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Idem. pag 708

- Propuestas de diferentes postores contienen características o irregularidades comunes (cálculos idénticos, errores de ortografía, escritura a mano o tipeo que sugieren que se han preparado conjuntamente).
- Una empresa solicita un paquete de licitación para sí y un competidor.
- Una empresa presenta una propuesta cuando es incapaz de ejecutar el contrato.
- Una empresa lleva múltiples propuestas y entrega su propuesta sólo después de que conoce quien más está presentándose.
- Un postor hace (i) alguna referencia a programación de precios de asociaciones, (ii) declaraciones del conocimiento avanzado del precio del competidor, (iii) declaraciones de que cierto proyecto o contrato pertenece a cierto vendedor o (iv) declaraciones de que una propuesta sólo fue remitida como cortesía.

Los acuerdos colusorios en las compras públicas adoptan una variedad de formas, la más común es la “rotación de propuestas” en la cual los postores organizan sus propuestas para definir qué firma ganará un contrato y los perdedores aceptan retirarse de la licitación o incrementar sus propuestas esperando ser ganadores cuando sea su turno. Otra forma es la “licitación complementaria” en la cual algunos competidores aceptan remitir sus propuestas que son muy altas para ser aceptadas o que contienen condiciones especiales que no serán aceptables para el comprador, otra variante es la “eliminación de propuesta” en la cual uno o más competidores aceptan abstenerse o retirarse de la licitación, el postor ganador recompensa a sus co-conspiradores otorgándoles pagos al margen o subcontratos. Resumimos las principales modalidades de ofertas colusorias que se han venido presentando en las compras públicas:<sup>96</sup>

### **TIPOS BASICOS DE OFERTAS COLUSORIAS**

**Supresión de propuestas**: uno o más competidores que se esperarían presentar

<sup>96</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Idem. pag 701-703

propuestas, acuerdan abstenerse de ello o retractarse de una propuesta formulada, de modo que el competidor designado sea aceptado.

**Ofertas complementarias:** “propuesta de cortesía” cuando un postor acepta presentar una propuesta o muy elevada para ser aceptada o cuyos términos no serán aceptados por el comprador a fin de crear una aparente competencia en la licitación.

**Rotación de ofertas:** Todos los conspiradores remiten propuestas pero se turnan la propuesta más baja. Las condiciones de la rotación pueden variar, por ejemplo según el tamaño del contrato, asignando iguales cantidades a cada conspirador o en función al volumen de cada empresa.

**Subcontratación como mecanismo de compensación:** los competidores que aceptan no presentar propuestas o presentar una oferta perdedora reciben subcontrataciones del ganador.

La OECD en los “Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas” (2009) ha identificado las condiciones y factores más comunes que propician exista un escenario para la colusión entre empresas y proveedores en general. Estos son los siguientes:

### **2.5.1 Características industriales, de producto y de servicios que fomentan la colusión:**

Para que las empresas implementen con éxito un acuerdo de colusión, éstas deben coincidir en un conjunto de medidas comunes, dar seguimiento al cumplimiento del acuerdo por parte de otras empresas, y establecer una manera de sancionar a las compañías que incumplan el acuerdo. Aunque la colusión en la presentación de ofertas en licitaciones puede ocurrir en cualquier sector económico, existen algunos en los que esto es más probable debido a las características específicas de la industria o del producto involucrado. Tales características tienden a fomentar los esfuerzos de las empresas para manipular ofertas. Los indicadores de manipulación de ofertas, que se

comentan más adelante, toman significancia cuando también se encuentran presentes algunos factores complementarios. En estos casos, los funcionarios encargados de las adquisiciones de gobierno deben prestar atención particular. Aunque se ha encontrado que existen diversas características industriales o de producto que contribuyen a la colusión, no es necesario que todas estén presentes para que las empresas logren manipular las licitaciones.

**2.5.1.1 Número reducido de compañías.** Es más probable que se dé la manipulación de ofertas cuando un número reducido de compañías proveen el bien o servicio en cuestión. Cuanto menor sea el número de vendedores, será más fácil llegar a un acuerdo en torno a la manipulación de licitaciones.

**2.5.1.2 Participación baja o nula.** Cuando pocas empresas han entrado recientemente o tienen bajas probabilidades de entrar a un mercado porque la entrada es costosa, difícil o lenta, las compañías en este mercado quedan protegidas de la presión competitiva que representa la posible inclusión de nuevos participantes. La barrera de protección contribuye a fomentar los esfuerzos de manipulación de licitaciones.

**2.5.1.3 Condiciones de mercado.** Los cambios significativos en las condiciones de la demanda o la oferta tienden a desestabilizar los acuerdos en vigor para manipular licitaciones. Un flujo constante y predecible de demanda por parte del sector público tiende a incrementar el riesgo de colusión. Al mismo tiempo, durante épocas de turbulencia económica o de incertidumbre, aumentan los incentivos a que los competidores manipulen las licitaciones, pues buscan reemplazar las utilidades perdidas con ganancias derivadas de la colusión.

**2.5.1.4 Asociaciones industriales.** Las asociaciones gremiales o industriales pueden servir como mecanismos pro competitivos que son legítimos a los miembros de un sector de negocios o de servicios para fomentar la aplicación de estándares, la innovación y la competencia. No obstante, cuando se utilizan para fines ilegales y anticompetitivos, los ejecutivos de las empresas usan estas asociaciones para reunirse y ocultar sus discusiones acerca de formas y medios para llegar a un acuerdo de manipulación de licitaciones e implementarlo.

**2.5.1.5 Ofertas repetitivas.** Las compras repetidas aumentan las probabilidades de colusión. La frecuencia de presentación de ofertas ayuda a los miembros de un acuerdo de manipulación de licitaciones a asignar contratos entre ellos. Asimismo, los participantes del cartel pueden castigar a los miembros que hagan trampa al focalizar las licitaciones que se le asignaron a estos originalmente. Así, los contratos para la adquisición de bienes o servicios que tienen una frecuencia regular o recurrente podrían requerir de herramientas y vigilancia especiales para desalentar la colusión en la presentación de ofertas.

**2.5.1.6 Productos o servicios idénticos o sencillos.** Cuando los productos o servicios que venden las personas o compañías son idénticos o muy similares, resulta más fácil que las empresas lleguen a un acuerdo en torno a una estructura de precios común.

**2.5.1.7 Pocos o nulos sustitutos.** Cuando hay pocos o ningún sustituto adecuado de los productos o servicios que se está buscando adquirir, las personas o empresas que buscan manipular las licitaciones tienen la seguridad de saber que el comprador tiene pocas o ninguna opción y, por ende, es más probable que sus esfuerzos por elevar los precios tengan éxito.

**2.5.1.8 Poco o ningún cambio tecnológico.** El déficit o la carencia franca de innovación en el producto o servicio en cuestión ayudan a que las empresas lleguen a un acuerdo y lo mantengan en el tiempo.

De otro lado, la OECD ha identificado los patrones de comportamiento más comunes de las empresas y proveedores que podría significar que existe entre ellos una colusión, estos son los siguientes:

“(…)

- *El mismo proveedor a menudo es el que presenta la oferta más baja.*
- *Las ofertas ganadoras tienen una ubicación geográfica. Algunas empresas presentan ofertas que ganan sólo en ciertas zonas geográficas.*
- *Los proveedores usuales no presentan ofertas en un concurso de adquisición en el que normalmente se esperaría que participaran, pero han seguido presentando ofertas en otros concursos.*

- *Algunos proveedores se retiran inesperadamente de la licitación.*
- *Algunas compañías siempre presentan ofertas pero nunca ganan.*
- *Parece que las compañías se turnan para ser el licitador ganador.*
- *Dos o más empresas presentan una oferta conjunta aún cuando al menos una de ella podría haber licitado independientemente.*
- *El licitador ganador repetidamente subcontrata trabajo con licitadores que no ganaron.*
- *El licitador ganador no acepta la adjudicación y se determina más tarde que está trabajando como subcontratista.*
- *Los competidores socializan con regularidad o programan reuniones antes de la fecha límite de presentación de ofertas.”*

Además del comportamiento sospechoso de los postores, la OECD ha identificado evidencias más comunes en los documentos que presentan los postores en una licitación pública, dirigidas a demostrar que la propuesta fue elaborada por una misma persona o que las propuestas fueron preparadas en conjunto. Estas evidencias más comunes en los documentos que componen las propuestas son:

“(…)

- *La detección de errores idénticos en los documentos de presentación de oferta o las cartas presentadas por compañías diferentes, como las faltas de ortografía.*
- *Ofertas de compañías diferentes que presentan caligrafía o tipos de letra similares o que utilizan formatos o papelería idéntica.*
- *Documentos presentados por una compañía que hacen referencia directa a ofertas de competidores o que utilizan papel membretado o el número de fax de otro licitador.*
- *Ofertas de diferentes compañías que contienen errores de cálculo idénticos.*
- *Ofertas de diferentes compañías que contienen un número significativo de estimaciones idénticas del costo de ciertos artículos.*
- *Los paquetes de diferentes compañías presentan sellos postales o marcas postales similares.*

- *Los documentos de licitación de compañías diferentes presentan numerosos ajustes de último minuto, como el uso de corrector blanco u otras alteraciones físicas.*
- *Documentos de licitación presentados por compañías diferentes que contienen menos detalles de los necesarios o esperados, o que presenten otros indicios de no ser genuinos.*
- *Los competidores presentan ofertas idénticas o los precios presentados por los licitadores aumentan en incrementos regulares.”*

En cuanto a los precios que se presentan por parte de los oferentes, esto también puede ser un indicador de la existencia de colusión. Los precios presentados en una licitación se pueden utilizar como herramienta para descubrir casos de colusión, como en el caso de aumentos de precios que no tienen una correlación en aumentos de costos. Cuando las ofertas perdedoras son mucho más altas que la ganadora, los conspiradores podrían estar utilizando un esquema de licitación de respaldo. Una práctica común en estos esquemas consiste en que el proveedor del precio de respaldo incrementa 10 por ciento o más a la oferta más baja. Los precios que superan la estimación de costos o las ofertas previas para concursos similares también podrían ser indicio de colusión<sup>97</sup>.

La OECD ha identificado las siguientes señales vinculadas a la oferta económica o de precios de los postores para evidenciar una posible colusión entre ellos<sup>98</sup>:

“(…)

- *Aumentos repentinos e idénticos en intervalos de precios por parte de licitadores que no pueden explicarse mediante incrementos en costos.*
- *Expectativas de descuentos o reembolsos que desaparecen inesperadamente.*
- *Los precios idénticos pueden plantear inquietudes, en especial cuando se cumple una de las siguientes condiciones:*
  - *Los precios de los proveedores fueron los mismos durante largo tiempo.*
  - *Los precios de los proveedores eran distintos unos de otros,*

<sup>97</sup> OECD. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas” 2009. Pag 15-16

<sup>98</sup> OECD. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas” 2009. Pag 16

- *Los proveedores aumentaron el precio sin que sea justificable por aumentos de costos, o*
- *Los proveedores eliminaron descuentos, especialmente en un mercado donde usualmente se ofrecían.*
  
- *Se observa una gran diferencia entre el precio de una oferta ganadora y otras ofertas.*
- *La oferta de cierto proveedor es mucho más alta para un contrato específico que la del mismo proveedor para un contrato similar.*
- *Se observan reducciones significativas con respecto a los niveles anteriores de precios después de que un proveedor nuevo o que participa con poca frecuencia presenta una oferta, es decir, el nuevo proveedor podría haber entorpecido el funcionamiento de un cartel existente de manipulación de licitaciones.*
- *Los proveedores locales están ofreciendo precios más altos para las entregas locales que para las entregas a destinos más alejados.*
- *Las compañías locales y las no locales especifican costos de transporte similares.*
- *Sólo un licitador establece contacto con los mayoristas para obtener información sobre precios antes de presentar un concurso.*
- *Características inesperadas en licitaciones públicas en una subasta, por medios electrónicos o de otro tipo —como ofertas que contienen cifras poco usuales en renglones en los que se esperarían cifras redondeadas a centenas o miles— podrían ser indicio de que los licitadores están utilizando los concursos como vehículo de colusión al comunicarse información o destacar preferencias.”*

En el marco de lo expuesto, debe tenerse presente que la transparencia es un principio que rige la contrataciones del Estado, en tanto este es un procedimiento rígido y sujeto a regulaciones, a diferencia de las compras o contratos que celebra el sector privado. En ese sentido, se ha afirmado que la transparencia en un mercado puede o bien promover la competencia o facilitar la colusión entre competidores.

Así, se ha afirmado que *“una excesiva transparencia, de otro lado, es uno de los factores necesarios para lograr un acuerdo colusorio y asegurarse que es sostenible a lo largo del tiempo. La transparencia generalmente contribuye a facilitar se llegue a un “acuerdo” y reduce los incentivos para traicionar el mismo al reducir el tiempo para que sea detectada*

la traición. A fin de contar con formas de coordinación, de controlar el cumplimiento de dichos términos y castigar en forma efectiva las desviaciones, las compañías necesitan adquirir un conocimiento detallado del precio de sus competidores y/o de sus estrategias comerciales o deposicionamiento. La eliminación artificial de la incertidumbre respecto de las acciones del competidor, lo cual fundamenta el proceso competitivo, puede por sí misma eliminar la normal rivalidad competitiva. Particularmente, este es el caso de mercados altamente concentrados en donde una transparencia muy elevada permite a las compañías predecir o anticiparse de mejor manera la conducta de sus competidores y, de este modo, alinearse a dicha conducta<sup>99</sup>.

## 2.6 PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO:

Finalmente, debemos señalar que el artículo 11° de la Ley establece la prohibición de prácticas que afecten la mayor concurrencia y competencia en los procesos de contratación:

*“Se encuentra prohibida la concertación de precios, condiciones o ventajas, entre proveedores o entre proveedores y terceros, que pueda afectar la mayor concurrencia y/o competencia en los procesos de contratación. Esta afectación a la libre competencia también puede materializarse mediante acuerdos para no participar o no presentar propuestas en los procesos de contratación. El funcionario o servidor público que intervenga o favorezca estas prácticas será sancionado administrativa o penalmente de acuerdo a la normativa correspondiente.”*

---

<sup>99</sup>“(…) Increased transparency, on the other hand, is one of the factors required to reach a collusive understanding and make sure that it is sustainable over time. Transparency generally contributes to the ease of reaching an “agreement,” and decreases incentives to cheat by reducing the time before cheating is detected. In order to reach terms of coordination, to monitor compliance with such terms and to effectively punish deviations, companies need to acquire detailed knowledge of competitors’ pricing and/or output strategies. The artificial removal of the uncertainty about competitors’ actions, which is at the basis of the competitive process, can in itself eliminate the normal competitive rivalry. This is particularly the case in highly concentrated markets where increased transparency enables companies to better predict or anticipate the conduct of their competitors and thus align themselves to it.” Capobianco, Antonio. En: Collusion and unilateral price announcements. <https://www.competitionpolicyinternational.com/collusion-and-unilateral-price-announcements>

De otro lado, el artículo 26° de la Ley establece entre las condiciones mínimas de las Bases que estas contemplen los mecanismos que fomenten la mayor concurrencia y participación de postores en función al objeto del proceso y la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable, los plazos y mecanismos de publicidad que garanticen la efectiva participación de los postores, el método de evaluación y calificación de las propuestas y los mecanismos que aseguren la confidencialidad de las propuestas, entre otros.

De lo expuesto en la presente Sección, se puede advertir cuáles son las condiciones o factores necesarios para que exista un ambiente propicio para la generación de prácticas restrictivas de la competencia, es decir de colusión entre competidores-postores. Se ha visto cuáles son las conductas que pueden generar indicios acerca de la probable existencia de dichas prácticas y se ha hecho referencia al hecho que la revelación de cierta información en el desarrollo del proceso de contratación pública puede incentivar a que los competidores-postores conozcan quien incumplió un acuerdo restrictivo de competencia. Ello facilita que éstos puedan castigar o sancionar a los competidores involucrados, así como la posibilidad de que los integrantes del cartel acuerden las condiciones de reparto de mercado o formas de participación en la compras con el Estado, como el turnarse para ofertar en determinados casos, en otros acordar no participar o simplemente hacer propuestas que perderán la buena pro, generando de este modo un perjuicio a las contrataciones con el Estado al asignarse los recursos públicos a compras ineficientes, de menor calidad o a precios superiores a los de mercado ya que no se hará en base a una real y libre competencia.

Al no cumplir el Estado con sus objetivos, considerando que un instrumento fundamental para ello es el sistema de compras públicas, pues apartir de este se adquieren los bienes, servicios y obras necesarias para el desarrollode un país, se verá afectado el interés público que defiende el Estado, lo que repercutirá en el progreso económico y social de una nación.

Un uso eficiente de recursos públicos se refleja en el bienestar de una sociedad, en el uso correcto del pago de impuestos de los ciudadanos y en el PBI nacional. Por ello, es relevante analizar si la excesiva transparencia en un proceso de compras públicas afecta la competencia mediante la facilitación de prácticas colusorias.

Sobre esto nos enfocaremos en el siguiente Capítulo haciendo un enlace entre el acceso a la información o la transparencia en un proceso de compra pública y la forma en que ello puede fomentar la colusión entre postores, afectando de este modo la libre competencia y concurrencia que debe primar en dichas contrataciones, socavando así el sistema de compras estatales, generando pérdidas financieras al Estado y en última instancia a todos los ciudadanos quienes verán mal empleados los tributos que pagan al Fisco.



## SECCIÓN 3

### TRANSPARENCIA Y ACCESO A INFORMACIÓN

Como hemos visto, el proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad así como innovación cuando las empresas compiten de verdad, es decir, cuando establecen sus condiciones en forma independiente. La manipulación de licitaciones genera mayores daños si afecta las adquisiciones públicas. Al respecto, se ha demostrado que *“este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo”*.<sup>100</sup>

En esta sección determinaremos que el divulgar o acceder a demasiada información, esto es el exceso de transparencia en el mercado de contratación pública puede ser perjudicial para este al generarse factores que propiciarán que las empresas puedan coludirse y por lo tanto, perjudican la competencia lo que a su vez generará una compra ineficiente y por tanto una mala asignación de los recursos del Estado.

#### **3.1 EL EXCESO DE TRANSPARENCIA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS**

Como lo ha señalado la Organización Mundial de Comercio (OMC), para asegurar el funcionamiento efectivo de los mercados de compras públicas se requiere de dos retos interrelacionados: (i) asegurar la integridad del proceso de compra pública y (ii) promover una competencia real entre proveedores, evitando la colusión entre postores potenciales. Son dos retos distintos, evitar la corrupción es un problema principal relacionado al funcionario y el promover la competencia implica evitar prácticas colusorias y retirar barreras que impiden innecesariamente la competencia saludable.

Las medidas de transparencia promueven la competencia informando a los proveedores de oportunidades para competir y dándoles la confianza de que las licitaciones serán evaluadas objetivamente según méritos. Las medidas de transparencia, sin embargo, podrían no ser consistentes con la promoción de la competencia en todos los aspectos.

---

<sup>100</sup> OECD. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”. 2009. Pag 1

En particular, la experiencia en la aplicación de la ley de competencia en mercados de compras públicas resalta las circunstancias en las cuales la transparencia (por ejemplo, la apertura pública de propuestas) puede facilitar la colusión entre proveedores. Esto resalta la importancia de la necesidad de un balance entre la competencia y las preocupaciones anti-corrupción<sup>101</sup>.

En general, si bien la transparencia mejora la competencia y proporciona un campo para competir, la diseminación demasiado liberal de información puede también resultar en oportunidades incrementadas de colusión entre proveedores. Por ejemplo, la información sobre la planificación de la compra puede ser utilizada por los proveedores para preparar una rotación de propuestas, y otras prácticas anti-competitivas similares. Por ello, es necesario un balance entre los estándares de transparencia necesarios para desalentar la corrupción y las exigencias de competencia.

Como se indicó en la primera Sección, mejorar la transparencia reduce la discrecionalidad de los funcionarios a permitir el control de proceso de manera más sencilla, por lo tanto reduce la posibilidad de corrupción. Sin embargo, demasiada transparencia o tener un amplio acceso a la información relacionada a los procesos de compras públicas puede fomentar o brindar las condiciones propicias para que se realicen prácticas anti-competitivas o colusorias entre agentes privados que se presentan como postores.

Agrega la OECD que el efecto de la transparencia sobre el proceso de compra pública es ambivalente, lo describe de la siguiente manera:

*“Un sistema de compra pública opaco y complejo proporciona las condiciones idóneas para que surja la corrupción. Por tanto, la Transparencia es uno de los más eficaces disuasorios de la corrupción. El contar con procedimientos transparentes permite que una gran variedad de agentes interesados fiscalicen las decisiones y ejecución de los funcionarios públicos y de los contratistas. Este escrutinio ayuda a que los funcionarios y contratistas sean responsables y rindan cuentas”.*

*No obstante lo anterior, la transparencia no garantiza un proceso de compra pública eficiente. Debe tenerse cuidado de asegurar que el incentivar la transparencia del*

---

<sup>101</sup>WORLD TRADE ORGANIZATION. The WTO regime on Government Procurement: Challenge and Reform. 2011

*proceso de compra con la finalidad de combatir la corrupción no incrementa la posibilidad de prácticas anti-competitivas. Un sistema de compra pública basado en excesiva transparencia puede aumentar la colusión entre los postores, si a éstos se les brinda la oportunidad de conocer la estrategia de oferta o de propuesta de los postores competidores y de alinearse a esta estrategia en perjuicio de la libre competencia*<sup>102</sup>.

Se afirma que la transparencia es uno de los factores que incentivan una colusión sostenible. En tal sentido, a fin de cumplir los términos de los acuerdos, monitorear el cumplimiento de dichos acuerdos y castigar o sancionar de manera efectiva cualquier desviación de los acuerdos, las empresas necesitan de un conocimiento detallado de los precios del competidor o de las estrategias de acción del competidor.<sup>103</sup>

En consecuencia, los efectos de que un proceso de compra pública cuente con demasiada transparencia es el siguiente:

*“La eliminación artificial de la incertidumbre respecto de las acciones del competidor, lo cual es la esencia de la competencia, puede por sí mismo eliminar la rivalidad competitiva normal. Este es en particular el caso de mercados altamente concentrados (que es el caso de la mayoría de los mercados de compras públicas) en donde el aumento de la transparencia permite a las compañías predecir o anticiparse de mejor manera a las conductas de sus competidores y por lo tanto alinearse a estas, expresa o tácitamente”*<sup>104</sup>

En el contexto de actos de presentación de propuestas en las compras públicas a los cuales normalmente asisten un número limitado de proveedores, los efectos de los intercambios de información debido a un proceso de compra transparente generan una importante preocupación respecto a la competencia. La información del resultado de la compra que es revelada por el agente que realiza la licitación o proceso de selección

---

<sup>102</sup>OECD. “Collusion and Corruption in Public Procurement”. Policy Roundtables. 2010. Pag 25

<sup>103</sup>OECD. “Collusion and Corruption in Public Procurement” - Policy Roundtables 2010. Pag 26

<sup>104</sup> “The artificial removal of the uncertainty about competitors’ actions which is the essence of competition, can itself eliminate normal competitive rivalry. This is particularly the case in high concentrated markets (which is the case with most public procurement markets), where increased transparency enables companies to better predict or anticipate the conduct of their competitor and thus to align to it, expressly or tacitly”. OECD. “Collusion and Corruption in Public Procurement” - Policy Roundtables 2010. Pag 26

puede facilitar la colusión. Por ejemplo, si el agente encargado de la compra revela la identidad de los postores y los precios ofertados, ello permitirá que el cartel actúe de manera más eficiente en tanto que la información incrementa la habilidad de los carteles de detectar posibles desviaciones del acuerdo de práctica restrictiva en el proceso de compra pública. En otras palabras, la transparencia hace que se pueda perseguir el cumplimiento del acuerdo de manera más fácil. En general, a menor información se proporciona con relación al resultado de lo que se ofertan los postores, será más difícil que se manipulen los procesos de compra pública<sup>105</sup>.

Siguiendo esta premisa, en Colombia se ha constatado que existe una compensación o equilibrio entre la transparencia y el comportamiento colusorio tanto en proceso de compra del sector privado como del sector público. Se ha llegado a la conclusión que, a pesar que las medidas de transparencia mejoran el asumir responsabilidad de las decisiones tomadas por los funcionarios públicos y que exponen su actuación tanto a las agentes responsables como al público en general, también facilitan la coordinación entre postores rivales, dado que hace más fácil para que estos competidores se reúnan, tomen acuerdos y supervisen el cumplimiento del acuerdo colusorio, considerando que se tiene a disposición mayor información, la que es necesaria para implementar estrategias colusorias<sup>106</sup>.

En el mismo sentido se han pronunciado las autoridades de la Organización Mundial de Comercio (WTO), el Gobierno Suizo, la OECD, y el World Trade Institute (WTI) de la Universidad de Berna, Suiza, al señalar que en ciertos casos, las reglas respecto a mantenerla transparencia pueden resultar en el intercambio de información comercialmente sensible, lo que podría posibilitar que las empresas coordinen sus estrategias de participación en las compras públicas y, de manera indirecta, se estaría promoviendo la colusión. Es decir, la transparencia podría hacer que un proceso de comprapública sea predecible, lo que a su vez puede contribuir a la colusión.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup>OECD. "Collusion and Corruption in Public Procurement"-Policy Roundtables 2010. Pag 26

<sup>106</sup>OECD. "Collusion and Corruption in Public Procurement"-Policy Roundtables 2010. Pag 106

<sup>107</sup>"...At the same time, the speakers outlined that in certain cases fixed rules around maintaining transparency could result in the exchange of commercially sensitive information, which could enable companies to align their bidding strategies and thereby unintentionally support bid-rigging. In the words of panelist Frédéric Jenny, Chair, OECD Competition Committee, "transparency may also make a procurement procedure predictable, which can further assist collusion". En: <http://www.wti.org/news-archive/a-call-for-transparency-in-fighting-bid-rigging-and-collusion/>

De otro lado, SÁNCHEZ Graells en su investigación sobre el balance entre la transparencia y la competencia en las compras públicas en Europa<sup>108</sup>, ha afirmado que está fuera de duda que la reducción de los costos del intercambio de información y la simplificación del control de la conducta de oferta de un competidor, apoya a las estrategias exitosas de colusión en las compras públicas y que como regla general, a mayor información (la autoridad que requiere la compra) traslada sobre la identidad de los ofertantes, las propuestas presentadas, y resultados del proceso de compra, será más fácil la efectividad de una colusión y la eliminación de la rivalidad entre sus miembros.

Así, en la Unión Europea a fin de mitigar los probables efectos nocivos del exceso de transparencia de información, la Directiva 2004/18<sup>109</sup> en su artículo 41 ha señalado que las autoridades encargadas de las compras pueden decidir retener determinada información si la revelación de dicha información pueda menoscabar la aplicación de la ley, sea contraria al interés público o pueda dañar los intereses de negocio legítimos de empresas públicas o privadas o que pueda distorsionar la leal competencia entre dichas empresas.

La incidencia de la transparencia en la colusión en compras públicas es un problema que no ha sido abordado a profundidad, sin embargo, tal como resalta Sánchez Grells *“hasta ahora, las Cortes de la Unión Europea ha enfocado el tema de la transparencia exclusivamente bajo la perspectiva de evitar prácticas discriminatorias y favoritismos (en sentido amplio, corrupción) y dotar a los ofertantes en forma efectiva para oponer cuestionamientos exitosos contra las decisiones de compra en donde estén garantizadas;*

---

108“(…) it seems unquestionable that reducing the costs of exchanging information and simplifying the monitoring of competitors’ tendering behaviour does support successful bid rigging strategies. As has been very clearly stated, ‘[a]s a general rule, the more information the [contracting authority] conveys about bidder identities, the bids submitted, and auction outcomes, the easier it is for a ring to be effective in its work of suppressing rivalry among members. A. Sanchez Graells. The difficult balance between transparency and competition in public procurement: Some recent trends in the case law of the European Courts and a look at the new Directives. University of Leicester school of Law research Paper N° 13-11. 2013 <https://lra.le.ac.uk/bitstream/2381/29334/2/SSRN-id2353005.pdf>

<sup>109</sup>Directive on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

Article 41

3. However, contracting authorities may decide to withhold certain information referred to in paragraph 1, regarding the contract award, the conclusion of framework agreements or admittance to a dynamic purchasing system where the release of such information would impede law enforcement, would otherwise be contrary to the public interest, would prejudice the legitimate commercial interests of economic operators, whether public or private, or might prejudice fair competition between them.

*pero las Cortes han obviado la necesidad de balancear tales consideración con la prevención de la colusión en los procedimientos de compras públicas”.*<sup>110</sup>

Asimismo, dicho autor ha referido que las Cortes de la Unión Europea han considerado que esta obligación se cumple de manera suficiente cuando la autoridad de compra pública proporciona información muy detallada del procedimiento de evaluación de propuestas, en especial cuando da información que permite a la parte que no obtuvo la adjudicación de la buena pro efectuar una comparación de su oferta frente a la propuesta del ganador.

Lo expuesto evidencia que el exceso de transparencia, es decir de revelación excesiva de información, afecta la correcta competencia y, por lo tanto, la calidad y efectividad de las compras públicas, y que es práctica común en otros países el privilegiar el acceso a la información en forma amplia a los competidores en un proceso de compra pública, dando prioridad a evitar la corrupción, cuando en realidad se está perjudicando en mayor medida el sistema de compra pública al abrir la posibilidad de distorsionar la competencia al brindar información sensible tales como el nombre del ganador de un proceso de compra pública o la razón de la no admisión o descalificación de los demás ofertantes.

Como sostiene Sánchez, esta es un área en la cual el refuerzo de los derechos de información y la obligación de revelar información de aspectos muy detallados de las propuestas ganadoras (incluso el nombre del adjudicado) deben ser sopesados con un ejercicio discrecional cuidadoso de la Administración a fin de evitar un grado excesivo de transparencia de la información<sup>111</sup>.

En la misma línea se ha pronunciado Stefan Weishaar señalando que, *“algunas regulaciones que establecen un grado muy fuerte de transparencia, que conduce a evitar prácticas de corrupción, tienen el efecto no deseado de fomentar las conspiraciones*

---

<sup>110</sup> “So far, the EU Courts have addressed the issue of transparency exclusively under the light of the need to prevent discriminatory practices and favouritism (or corruption, in a broad sense) and to effectively equip tenderers to raise successful challenges against procurement decisions where warranted; but the Courts have overlooked the need to balance such considerations with the prevention of collusion in public procurement procedures”. Op cit. A. Sanchez Graells

<sup>111</sup>“(…) this is an area where the strengthening of the rights of information (generally) and the mandatory disclosure of very detailed aspects of the winning tenders (including the name of the awardee of the public contract) needs to be counterbalanced by a careful exercise of administrative discretion by contracting authorities in order to avoid an excessive degree of transparency”. Op cit. A. Sanchez Graells.

*colusorias al ser más fácil que los miembros de un cartel detecten una transgresión al acuerdo*<sup>112</sup>.

Continúa dicho autor indicando que *“la detección (del cartel) es propiciada por la transparencia del procedimiento de compra. La crítica no se extiende a la identificación del nombre del ganador- que es la característica general de los sistemas de compra pública- sino a la apertura de propuestas en presencia de los demás ofertantes. Peor aún, el nombre de los competidores, los precios ofrecidos y el contenido principal de los documentos de las propuestas se dé a conocer en dichas ocasiones. Dichas prácticas no sólo presentan a los participantes entre sí sino que también les permite tener un completo conocimiento de los precios y el contenido de lo que está ofertando el competidor. Esto facilita el cierre de futuros acuerdos de cartel y la estabilidad del cartel al proporcionarles la posibilidad de monitoreo del acuerdo.”*<sup>113</sup>

El autor Weishaar señala además que así como el exceso de transparencia puede ser nociva para la competencia, una forma de evitar los carteles es asignar criterios arbitrarios de selección de ganador, como por ejemplo su cumplimiento en temas medio ambientales o laborales. Estos criterios arbitrarios de adjudicación pueden favorecer la competencia al generar que el miembro de cartel transgreda su acuerdo colusorio, pero de otro lado, van en contra de los principios de derecho administrativo y contra las políticas de lucha a la corrupción.

### **3.2 TRANSPARENCIA Y ACCESO A DOCUMENTOS E INFORMACIÓN PÚBLICA**

Ahora bien, el Principio de Transparencia se manifiesta en el Derecho de acceso a la información pública documental. Sin embargo, pueden existir reservas al acceso a esta documentación pública. Como señala en forma unánime la doctrina<sup>114</sup> *“La reserva de la*

---

<sup>112</sup>Stefan Weishaar. Cartels, Competition and Public Procurement: Law and economic approaches to bid-rigging. Edward Elgar Publishing. Estados Unidos, 2013. Pag. 134  
[https://books.google.com.pe/books?id=3hxe34jQ7scC&pg=PA135&lpg=PA135&dq=transparency+in+bid+riggering&source=bl&ots=TBode724BQ&sig=cCHykFhbMEW3cy8IYSJuna0UD4&hl=es&sa=X&ei=\\_vVsVeipKKflsASAyYBQ&ved=0CD0Q6AEwBTgU#v=onepage&q=transparency%20in%20bid%20rigging&f=false](https://books.google.com.pe/books?id=3hxe34jQ7scC&pg=PA135&lpg=PA135&dq=transparency+in+bid+riggering&source=bl&ots=TBode724BQ&sig=cCHykFhbMEW3cy8IYSJuna0UD4&hl=es&sa=X&ei=_vVsVeipKKflsASAyYBQ&ved=0CD0Q6AEwBTgU#v=onepage&q=transparency%20in%20bid%20rigging&f=false)

<sup>113</sup>Stefan Weishaar. Op cit.

<sup>114</sup> Martín Luque Razuri. Acceso a la información pública documental y regulación de la información secreta. Ara editores, 2002 Perú. pag 165

*información pública es una excepción. En consecuencia, no puede utilizarse para destruir el espíritu de un derecho de acceso a la información”.*

Otro fundamento para la reserva de la información o documentos públicos radica en la importancia del eficaz funcionamiento de las entidades que los custodian, porque en caso que la información o documentación tenga el carácter de reservado ello puede ser esencial para el objetivo que se busca y si ese objetivo es socialmente más valioso que la transparencia, por lo menos en ese momento, es necesario restringir el acceso a dicha información<sup>115</sup>.

Es por ello que si bien es necesaria la transparencia en el actuar de la Administración Pública también se requerirá mantener cierto grado de reserva de determinada información, dependiendo del caso concreto y de los intereses comprometidos a efectos de garantizar un funcionamiento adecuado de la Administración y de los fines por ella perseguidos en beneficio de la colectividad: **“(…) de un lado a administración debe ser transparente y facilitar la información que se le pida...pero de otro, la Administración está obligada a mantener el secreto de ciertas materias... para poder actuar eficazmente”**<sup>116</sup>.(el resaltado es nuestro)

La doctrina ha sostenido que la publicidad de la actuación administrativa hace posible que los ciudadanos efectúen un control a los actos de la Administración, legitimando la democracia, configurándose como garantía de la objetividad de la actuación administrativa<sup>117</sup>.

Por ello se afirma que *“desde el punto de vista de los administrados, la transparencia administrativa se presenta como una contrapartida frente a las prerrogativas de la Administración...”*<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Martin LuqueRazuri. Idem. pag 157

<sup>116</sup> Martin LuqueRazuri. Idem. pag 159

<sup>117</sup> Severiano Fernández Ramos. “El derecho de acceso a los documentos administrativos”. Editorial Marcial Pons, Madrid 1997. Pag 318

<sup>118</sup> Severiano Fernández Ramos. Idem. Pag 319

Una de las tesis del derecho de acceso es aquella que lo considera como derecho constitucional de configuración legal, es decir que el derecho de acceso a los documentos administrativos, aun cuando tiene consagración constitucional, no es un derecho fundamental<sup>119</sup>.

El derecho de acceso se relaciona con el control democrático de la Administración, vinculado a la transparencia de sus actuaciones y la posibilidad de que los ciudadanos estén presentes en las tareas de desempeño<sup>120</sup>. Es decir, según esta postura doctrinal mayoritaria, *“aun cuando se admite una mayor conexión o contacto del derecho de acceso a los documentos administrativos con determinados derechos fundamentales – en particular con los derechos a la información y a la participación – entiende que esta relación no autoriza a considerar aquel derecho como un derecho fundamental, tratándose por el contrario de un derecho de configuración legal...”*<sup>121</sup>

Asimismo, se puede afirmar que el derecho de acceso a los documentos administrativos es estrictamente instrumental al ejercicio de ciertos derechos fundamentales – en el derecho a la intimidad, derecho al ejercicio en condiciones de igualdad de los cargos y funciones públicas, y derecho a la defensa y tutela judicial. En el resto de casos, podría en principio sostenerse la tesis de carácter no fundamental de este derecho<sup>122</sup>.

El autor FERNÁNDEZ Ramos ha indicado que el derecho de acceso a los documentos administrativos es una manifestación concreta del derecho a recibir información, y manifiesta que la información contenida en los archivos y registros administrativos *“(...) debe ser considerada como información pública y puede ser objeto inmediato de la libertad de informarse (...) salvo justamente aquella información que afecte los bienes constitucionalmente protegidos”*<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup> Severiano Fernández Ramos. Ídem. Pag 330

<sup>120</sup> Severiano Fernández Ramos. Ídem. Pag 321

<sup>121</sup> Severiano Fernández Ramos. Ídem. Pag 334-335

<sup>122</sup> Severiano Fernández Ramos. Ídem. Pag 339

<sup>123</sup> Severiano Fernández Ramos. Ídem. Pag 447

Además debe tenerse presente que este derecho de acceso, como manifestación del Principio de Transparencia de la actuación del Estado, implica que existan también límites a su ejercicio. Sin embargo, como ya se indicó, esta reserva o secreto de la información es la excepción a la regla y aceptable siempre y cuando constituya una solución necesaria para la protección de intereses constitucionalmente relevantes<sup>124</sup>.

En ese sentido, el Principio de Proporcionalidad, supone que la restricción al acceso sea lo indispensable tanto material como temporalmente. Entre las razones de interés público que justifican esta restricción a la información, se encuentra la defensa y seguridad nacional, los actos políticos, la política monetaria, los actos de investigación. También se admite la posibilidad de la cláusula de intereses públicos prevalentes. Sin embargo, esta posibilidad de ampliación de los supuestos de excepción al acceso a los documentos o información pública debe realizarse en forma delimitada y concreta, es decir “la posibilidad de ampliación de los supuestos de exclusión mediante Ley no plantea en sí misma ninguna objeción, siempre y cuando tales limitaciones tengan por objeto (...) la protección de bienes jurídicos tutelados por la Constitución. En definitiva, la posibilidad en sí misma de limitación legal es lícita, pues todo dependerá de los propios términos de la limitación legal”<sup>125</sup>. (el subrayado es nuestro)

El problema se plantea como es evidente con las referencias genéricas a *“intereses de terceros más dignos de protección y sobre todo a “razones de interés público” (...) la publicidad de la actuación administrativa constituye en sí misma un interés público que debe ser objeto de tutela por la propia Administración y sobre todo un derecho fundamental (...)”<sup>126</sup>*.

---

<sup>124</sup> Severiano Fernández Ramos. Idem. Pag 447

<sup>125</sup> Severiano Fernández Ramos. Idem. Pag 485

<sup>126</sup> Severiano Fernández Ramos. Idem. Pag 487

### 3.3 PONDERACIÓN

Llegados a este punto, es importante referirnos a la ponderación de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, lo que implica realizar una tarea de valoración entre la limitación de un derecho específico frente a otro que se entiende es de mayor prevalencia.

De acuerdo al principio de proporcionalidad, los derechos de los ciudadanos pueden ser limitados si es imprescindible para la protección de los intereses públicos. No se aplica para relaciones de conflicto entre ciudadanos. Se debe observar un mandato de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto<sup>127</sup>.

El criterio fundamental para ponderar es el siguiente: a mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios en conflicto, mayor debe ser la importancia del cumplimiento de su contrario<sup>128</sup>.

Se sostiene que la ponderación debe ser concebida como un procedimiento y como resultado. Como procedimiento, es la forma o método de argumentar o fundamentar decisiones: (i) identificar valores en conflicto, (ii) atribuir peso o importancia y (iii) decidir la prevalencia de uno u otro. Como resultado, en la decisión se tomará en cuenta quea mayor el grado de perjuicio del principio, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del principio que prevalece<sup>129</sup>.

Coincidimos con la postura del autor RODRÍGUEZ de Santiago quien sostiene que una solución óptima para la ponderación es que el legislador debe establecer prevalencias entre principios contrapuestos, de modo que se deje menor libertad a la argumentación de los aplicadores del derecho. En ese sentido, la prevalencia que establece *prima facie* el legislador hace que uno de los principios entre en ventaja sobre el otro, sin cerrar el camino a la ponderación, pues no es una prevalencia absoluta<sup>130</sup>. Así, este autor afirma que:

---

<sup>127</sup> José Ma. Rodríguez de Santiago. La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000. pag 25.

<sup>128</sup> José Ma. Rodríguez de Santiago. Idem. pag 29.

<sup>129</sup> José Ma. Rodríguez de Santiago. ledm. pag 48-49.

<sup>130</sup> José Ma. Rodríguez de Santiago. Idem. pag 164-165.

*“...una vía clara para salir al paso a algunos de los riesgos destacados relativos al trastocamiento que la ponderación puede producir en el sistema de distribución del poder: de poner el acento en la reserva a la ponderación en el caso concreto debe pasarse a una ponderación abstracta mejor formulada por el legislador en sus normas”<sup>131</sup>.*

Para la hipótesis que ha sido planteada en este trabajo, creemos que debe aplicarse la ponderación a los bienes jurídicos protegidos por las normas constitucionales que recogen el derecho de libre competencia y el derecho a la libertad de información. En el derecho a la libre competencia el bien jurídico protegido es el correcto y transparente funcionamiento del mercado, y en consecuencia la calidad de vida de los consumidores al poder optar por bienes o servicios de diversa calidad y a diferentes precios y en el caso específico del mercado de compra pública, se protegerá a través de la libre competencia a un bien superior, al interés público cuya protección se encuentra encomendada al Estado.

De otro lado, el bien jurídico protegido por el derecho a la información consiste en la formación de una opinión pública libre y la posibilidad de fiscalizar la actuación de las autoridades públicas y, por lo tanto, el fortalecimiento de la democracia de un país.

Para efectos de las prácticas restrictivas de la competencia que se pueden presentar en un proceso de compra pública, resulta necesario atribuir un mayor peso al bien jurídico protegido por el derecho de libre competencia, toda vez que ello permitirá diseñar mecanismos de protección a dicha competencia y barreras o desincentivos a la permanencia de prácticas colusorias en dicho mercado, lo que en definitiva redundará en el bienestar de la sociedad en general y en un uso eficiente de los recursos públicos, al contar con una competencia libre al presentar los postores propuestas que no estén condicionadas a los pactos colusorios que pudieran existir entre competidores.

Si se protege y se otorga preferencia al derecho de libre competencia en las compras públicas, se contará con mayor cantidad de postores en los procesos de selección que convoca el Estado, existirán menos procesos de selección desiertos, los valores referenciales que se generen mediante la elaboración de los estudios de mercado serán más cercanos a los precios comerciales que se otorgan entre privados, no existirán

---

<sup>131</sup> José Ma. Rodríguez de Santiago. Idem. pag 164.

propuestas aparentes, rotación de la adjudicación de la buena pro, subcontratos, o consorcios innecesarios, es decir al no existir las condiciones para el fomento de la colusión entre postores-competidores, dado que será difícil o imposible controlar el acuerdo colusorio y posibles represalias al no otorgarse un acceso irrestricto de la información de las propuestas o identidad de postores, el sistema de compra pública cumplirá su finalidad, que es gestionar de manera eficiente los recursos del Estado generando una real y libre competencia.

De modo concordante con lo anterior, para alcanzar dicha protección especial o privilegiada al derecho de libre competencia, resulta necesario restringir el derecho a libre información, y por lo tanto, la transparencia de los procesos de compra pública, mediante la reserva de la identidad de los postores, reserva de alcances y detalles de las propuestas y reserva del precio máximo o valor referencial de cada proceso de selección. De ese modo, se obtendrá una mayor y libre competencia y se disuadirá la permanencia o posibilidad de celebrar acuerdos o prácticas colusorias, como forma de falseamiento de la competencia.

Ello requiere atribuir un menor peso o relevancia al derecho de la información en el campo de las compras públicas porque el perjuicio que tendría que soportar la ciudadanía en cuanto a no acceder a toda la información de las propuestas o identidad de los postores de un proceso de selección no será grave ni siquiera intermedio, en tanto que existirán otros mecanismos de fiscalización posterior a dicha documentación, a la que se podrá acceder después de transcurrido un tiempo determinado, como se plantea.

Así, el derecho a una formación de opinión pública y el mantenimiento de la democracia no se verán afectadas por la restricción de la información de la compra pública en aquellos mercados que sean más propensos a la existencia de prácticas colusorias. Es decir, el que la ciudadanía no cuente en un plazo determinado con acceso a la información respecto de la identidad de los postores o de los detalles de la propuesta de los demás competidores no incidirá en modo alguno en la formación de una opinión libre ni en la posibilidad de fiscalizar si los bienes, servicios u obras que adquiere o contrata el Estado son de óptima calidad o se otorgan bajo condiciones comerciales óptimas que benefician a la población porque ello podrá ser verificado por la ciudadanía al recibir la provisión de los bienes, servicios u obras. Entonces, los resultados de la eficiente gestión de las compras públicas podrán ser apreciados por los mismos usuarios o destinatarios

de dichos bienes, servicios u obras, sin necesidad de que accedan a la información antes señalada.

Por el contrario, la afectación que producirá la revelación de demasiada información relacionada a los procesos de selección, en particular lo que se oferta, las identidades de los postores y el valor referencial, conllevará a un mayor perjuicio de la ciudadanía, al afectar la libre competencia a través del fomento de las prácticas colusorias entre los postores y su permanencia, por lo que el resultado será obtener bienes, servicios u obras a un mayor precio y menor calidad y una menor posibilidad de ofertantes, lo que finalmente generará que el Estado no cumpla con su finalidad que es defender el interés público de la población, a través de la provisión de bienes de necesidad, infraestructura, servicios públicos oportunos, o la seguridad nacional, al contar con bienes deficientes o postores que brindan servicios en condiciones menos favorables a las que se presentan en un mercado de libre competencia.

En consecuencia, consideramos que debe otorgarse una mayor prevalencia al derecho de libre competencia frente al libre acceso a la información en el caso de procesos de contratación con el Estado, porque la posibilidad de contar con la información antes señalada fomenta la existencia o fortalecimiento de prácticas colusorias. De lo contrario, se pondrá en riesgo el interés público que no es otro que lograr el bienestar económico y social de un país, el cual se materializa a través de una asignación eficiente de los recursos públicos, cuya herramienta es un proceso de contratación desarrollado en condiciones de libre y real competencia.

### **3.4 LA AFECTACIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA A TRAVÉS DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LA EXCESIVA TRANSPARENCIA EN EL PROCESO DE COMPRAS PÚBLICAS.**

Como hemos podido ver en la sección anterior, de un lado la colusión no permite la libre competencia y por lo tanto la obtención de precios eficientes, generando pérdidas económicas al pagar precios excesivos, sobre todo en la colusión entre proveedores. De

otro lado, la colusión daña la percepción de la transparencia, en el caso de una colusión entre un proveedor y un comprador del sector público<sup>132</sup>.

La colusión se puede producir entonces tanto a nivel de proveedores como a nivel de proveedor y comprador, aunque en este último escenario se le denomina corrupción en vez de colusión, sin embargo lo que cambia son los agentes involucrados y las pérdidas en este último caso son menores, pero al mismo tiempo se genera daño político al existir una falta de transparencia en el sistema, lo que lleva a los proveedores a disminuir su participación, limitando en consecuencia la competencia y generando precios ineficientes<sup>133</sup>. Sin embargo, para efectos de este trabajo nos enfocaremos en la colusión entre proveedores frente al Estado como comprador.

La integridad de las compras públicas ha recibido acogida a nivel internacional, los instrumentos más importantes son: (i) la convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) contra el soborno y la corrupción, (ii) la Convención de la OECD contra el soborno a funcionarios públicos en transacciones internacionales, (iii) la recomendación revisada de la OECD contra el soborno en transacciones internacionales y el (iv) Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC, sus siglas en inglés WTO) en Compras Públicas (Government Procurement Agreement-GPA) adoptado provisionalmente en el 2006.

En el marco de lo expuesto, es pertinente resaltar que la promoción de la competencia de mercados de compras públicas no ha recibido un nivel de atención en igual grado que el que ha tenido el combate a la corrupción de funcionarios, a pesar que la libre competencia es esencial al objetivo de los sistemas de compras nacionales.

Para lograr una mejora en la promoción de la competencia en el mercado de compras públicas se requiere el cumplimiento de leyes de competencia nacionales referidas a ofertas colusorias y de esfuerzos de defensa de la competencia por parte de las agencias nacionales encargadas.

---

<sup>132</sup> Juan Francisco Martínez S., David Escobar y Claudio Loyola. "Sobre los determinantes de la colusión en las compras públicas: el caso de Chile". En: Derecho PUCP N° 66. Año 2011, Lima, Perú. Pag 386

<sup>133</sup> Juan Francisco Martínez S., David Escobar y Claudio Loyola. Idem. Lima, Perú. Pag 387

Podemos afirmar entonces que las medidas de transparencia promueven la competencia informando a los proveedores de oportunidades para competir y dándoles la seguridad de que las licitaciones serán evaluadas objetivamente. Las medidas de transparencia, sin embargo, no siempre podrían ser compatibles con la promoción de la competencia.

La experiencia en la aplicación de la ley de competencia en mercados de compras públicas demuestra que existen circunstancias (por ejemplo, la apertura pública de propuestas) en las cuales la transparencia puede facilitar la colusión entre proveedores. Esto resalta la importancia de la necesidad de un balance entre el fomentar la competencia y la necesidad de disuadir la corrupción<sup>134</sup>.

Llegamos a la conclusión que una buena gestión de las compras públicas y por tanto, la maximización del dinero de los contribuyentes, requiere enfrentar dos distintos retos: asegurar la integridad de los funcionarios que administran el proceso de compras públicas y promover la competencia y evitar la colusión entre proveedores. El enfoque del presente trabajo se refiere a este último aspecto.

No obstante, debe mencionarse que se ha indicado que cuando existe dificultad en ejercer control sobre la actuación de los órganos encargados de las compras públicas, es más difícil la detección o fiscalización la posibilidad de corrupción, al poder elegir la entidad contratante al postor que determine en función a sus intereses particulares:

*“la dificultad de los grupos de interés en ejercer algún control sobre el diseño y otorgamiento de contratos públicos, y por ello de la posibilidad de corrupción, será mayor en casos en donde el servicio o producto que es objeto del contrato es complejo y/o ha sido diseñado para cumplir con las necesidades específicas del demandante. Asimismo, hay una posibilidad para que los funcionarios de compras públicas o los miembros de la comisión de compras se comporten de modo estratégico, -es decir diseñar el contrato, seleccionar los oferentes y otorgar el contrato- de forma tal que el postor ganador no será necesariamente uno que maximice los beneficios sociales sino el oferente que maximice su propia riqueza*

---

<sup>134</sup>WORLD TRADE ORGANIZATION. The WTO regime on Government Procurement: Challenge and Reform. 2011. Pag 683

*(ofreciendo el soborno mayor) sin que este comportamiento estratégico sea fácilmente detectado*<sup>135</sup>.

Los ejemplos que ilustran las ganancias derivadas de la promoción de la competencia no han sido muy documentados, pero sugieren que las ganancias pueden ser sustanciales mediante la implementación de procedimientos más transparentes y competitivos. Un estudio de la Comisión Europea encontró que el resultado de implementar Directivas de Compras Públicas en Europa entre 1993 a 2002 generó ahorros de entre 5 a 25 billones de Euros<sup>136</sup>.

Existen beneficios adicionales para los países al abrir sus mercados de compras al exterior, comparado con sus competidores domésticos. La liberalización internacional se concibe principalmente como una herramienta a través de la cual los países ganan acceso a mercados extranjeros para sus proveedores nacionales. La liberalización externa también crea la posibilidad de especialización e intercambio basado en los principios de ventaja comparativa. La liberalización internacional de mercados de compras públicas también puede brindar acceso a la tecnología que no está disponible en el mercado nacional, lo que es de particular importancia para países en vías de desarrollo.

De acuerdo a lo expuesto, se evidencia entonces que existen circunstancias, mercados o condiciones que son más propensas a favorecer los acuerdos colusorios y, por lo tanto, a limitar la libre competencia entre postores, aspectos a los que se debe prestar especial atención y debería dar lugar a una modificación en la forma en que se desarrolla un proceso de selección de compra pública en el que se privilegie la competencia y se sacrifique el acceso a la información y la transparencia a que por regla general tiene derecho el administrado toda vez que dichas situaciones ameritan un tratamiento especial al estar en juego una compra pública eficiente y por ende el mejor destino de los recursos públicos. Por medio de un análisis de ponderación de bienes jurídicos protegidos podremos llegar a la conclusión que es posible restringir la aplicación del principio de transparencia de la información.

---

<sup>135</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance. En: The WTO Regime in Public Procurement: Challenge and Reform. World Trade Organization. Cambridge University Press, 2011. Pag 685-686

<sup>136</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Idem. Pag 692

La pregunta es entonces ¿cómo se puede evitar la colusión entre proveedores (conocidos como cartel- o *bid-riggings*)?

Los estudios demuestran que las colusiones presentan características comunes. Por ejemplo, en el caso de Perú una señal de colusión son los errores ortográficos comunes en las propuestas de los diferentes postores.

Antes de referirnos a la restricción al acceso a la información y por ende a la transparencia que debe existir en una compra pública para evitar la colusión, debemos resaltar que es importante el rol de las leyes de competencia para coadyuvar al objetivo de disuasión de propuestas colusorias.

Para ello es importante que: (i) las sanciones a los responsables en el caso de compras públicas sean más severas y se incrementen, considerando la naturaleza del proceso porque una compra eficiente repercutirá en el desarrollo y crecimiento de la sociedad en base a una asignación eficiente de sus recursos, y (ii) se proporcione incentivos a los participantes del cartel para que informen a las agencias acerca de las malas conductas, (programas de indulgencia- conocido como *leniency programmes*), a cambio de ello, estos reciben amnistía por su propia conducta. Es una medida que viene siendo aplicada en muchos países<sup>137</sup>.

Al respecto, se afirma que son tres (3) las características decisivas para el éxito de los programas de indulgencia: (i) debe existir sanciones severas para firmas e individuos que no obtienen amnistía, sino el incentivo para cooperar no sería real, (ii) debe existir un miedo efectivo del descubrimiento y (iii) debe existir predictibilidad y transparencia del programa de amnistía, de que se obtendrá la recompensa<sup>138</sup>.

Adicionalmente, es de resaltar la importancia de que el personal de compras esté alerta a diversas “señales sospechosas” indicadoras de colusión. Son los funcionarios encargados de las compras quienes están en una mejor posición para observar el comportamiento que pueda indicar la presencia de colusión. Por ello, los programas de capacitación para

---

<sup>137</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Idem. Pag 704-705

<sup>138</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Idem. Pag 7065

mejorar la “conciencia ante la colusión” de los funcionarios son importantes para el reforzamiento de la ley de competencia<sup>139</sup>.

En lo que respecta a la divulgación y libre acceso a la información del proceso de compra pública, se ha demostrado que la apertura en público de propuestas que sean observadas por los demás postores puede posibilitar que los miembros del cartel determinen si un co-conspirador cumplió sus promesas. Se sostiene que el uso de herramientas de contratación electrónica y contratos marco ofrecen una adecuada solución pero también proponen retos para el mantenimiento de la competencia. Los esfuerzos para dirigir estas preocupaciones son un complemento importante para el cumplimiento de la ley en esta área<sup>140</sup>.

Se ha llegado a la conclusión además que desde la perspectiva de la competencia, hay situaciones en donde no es necesario adoptar las formas de un proceso de compra público competitivo para alcanzar el resultado más eficiente para la compra pública. En estos casos, las negociaciones individuales con un número limitado de proveedores pueden aportar un mejor valor por el dinero (*best value for money*). Esto puede ocurrir, por ejemplo, en las siguientes circunstancias:

- *Si los costos de organizar y mantener un acto de presentación de propuestas es alto y excede los beneficios esperados.*
- *Si los probables postores y el postor con el costo más bajo puede ya ser conocido por el comprador público. En este caso, sería más eficiente que el comprador negocie el precio directamente con aquel postor de precio más bajo.*
- *Si no es contractualmente posible especificar por adelantado todos los elementos de los servicios, como el caso de proyectos complejos en donde debe haber amplitud para adaptaciones en la medida que avanza el proyecto.*
- *Si existen otras razones de política las cuales no requieren que el comprador seleccione al proveedor de menor costo, por ejemplo si la diversidad del suministro es esencial para asegurar la continuidad del servicio.*
- *Si por cuestiones de confidencialidad se prohíbe la solicitud pública de licitaciones, cuando intereses de seguridad están en riesgo.*

---

<sup>139</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Idem. Pag 707

<sup>140</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Idem. Pag 709

- *Si el número de postores potenciales es muy pequeño y un solo postor podría tener muy poco poder de mercado, en este caso una licitación no proporcionará el mejor resultado y podría ser adecuado adoptar sistemas de contratación más sofisticados para la compra.*<sup>141</sup>

Entonces, podemos afirmar que si bien la transparencia es necesaria para que un procedimiento de adquisiciones se desarrolle en forma imparcial, también se ha demostrado que el grado de información que se revele, y por tanto el nivel de transparencia, deberá ser equilibrado para no facilitar la colusión al difundir información más allá de la estrictamente necesaria. Por ello, la OECD ha establecido determinados requisitos para evitar la posibilidad de colusión, entre ellos<sup>142</sup>:

1. *Definir los requisitos y las especificaciones tan claro como sea posible y no dejar margen para que los proveedores definan términos clave después de adjudicada la oferta.*
2. *Utilizar especificaciones de desempeño y establecer lo que se requiere, más que ofrecer la descripción del producto.*
3. *Definir las especificaciones dejando lugar para productos sustitutos o en términos de desempeño y requisitos funcionales cuando sea posible. Las fuentes alternativas o innovadoras de suministro dificultan las prácticas de colusión.*
4. *Debe evitarse la facilidad de predicción en los requisitos del contrato, por lo que sería conveniente agregar o desagregar contratos de manera que se varíe el tamaño y la calendarización de las ofertas.*
5. *Evitar la presentación de contratos con valores idénticos que se puedan compartir con facilidad entre competidores.*

Ahora bien, a pesar de estas recomendaciones elaboradas por la OECD, ello no resultará suficiente si no se toman medidas para disuadir las prácticas colusorias entre postores-competidores y la medida indispensable es restringir el acceso a la información y por lo tanto, la transparencia del proceso de compra pública. Veamos cómo afecta el acceder a demasiada información sensible y, por lo tanto, la transparencia, a la existencia de condiciones de libre competencia en un proceso de compra pública, los riesgos de la

<sup>141</sup>OECD. "Collusion and Corruption in Public Procurement"-Policy Roundtables 2010. Pag 27-28

<sup>142</sup> OECD. "Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en Licitaciones Públicas". Febrero 2009. Pag 7-8

restricción de su información y las alternativas de solución a dicho conflicto de bienes jurídicos.

Problemas que genera la transparencia en el mercado de compras públicas:

- A) Al permitir que se conozcan las personas o empresas que remitieron sus cotizaciones para elaborar el estudio de mercado de la entidad, se genera predictibilidad en cuanto a lo que estarían dispuestas a ofertar los competidores, en precio y condiciones comerciales, lo que favorece la colusión.

Las entidades están obligadas a efectuar un estudio de mercado que determinará, entre otros aspectos, el valor referencial de la compra pública, es decir el precio que la entidad podrá pagar por un bien, servicio u obra. Para tal efecto, las entidades suelen solicitar cotizaciones a empresas en el respectivo mercado. Si se tiene acceso a la información de la cotización, precio y condiciones comerciales, los demás competidores podrán diseñar estrategias de colusión con las empresas que remitieron la cotización para establecer ciertos precios, márgenes o condiciones, de modo tal que la buena pro favorezca a alguno de ellos, se repartan el mercado, se turnen las licitaciones o incluso generen que se declare desierto un proceso de compra pública, hasta que consigan de la entidad el precio o condiciones deseadas, obteniendo de esta manera el control del mercado de las compras públicas del sector comercial o industrial en el que se desenvuelven.

Por ello, para proteger la libre competencia y evitar estos posibles acuerdos colusorios, será beneficioso el mantener en reserva la información de las fuentes del estudio de mercado, lo que solo será accesible a la propia entidad y podrá ser fiscalizado por un ente u órgano autónomo o en forma posterior por la ciudadanía.

El riesgo que presenta esta reserva es la posibilidad de corrupción de funcionarios toda vez que podría no tenerse certeza de que estén destinando correctamente los recursos públicos, pero este riesgo potencial se elimina mediante la fiscalización posterior de la asignación de los recursos públicos y la auditoría a dichos estudios de mercado luego de transcurrido en un lapso de tiempo en el cual dicha información podrá ser accesible a la ciudadanía, una vez que el riesgo de colusión se haya diluido.

- B) El permitir la publicidad del valor referencial, que es el precio máximo que una Entidad tiene disponibilidad para pagar de acuerdo a estudios de mercado elaborados previamente, genera actos de colusión en cuanto a establecer un precio mínimo o rangos de precio, que será sobrevaluado, lo que generará una falsa competencia de los postores-competidores.

Las Entidades están obligadas por la normativa de contratación a publicar el valor referencial de los bienes servicios u obras a contratar, sin embargo, esto genera que los competidores puedan conocer con anticipación dicho valor, lo que posibilita que los futuros postores acuerden ofertar un precio determinado que muchas veces no será el precio de mercado, lo que finalmente encarecerá la compra y no dejará opción alguna a la Entidad a elegir una oferta con un menor precio, lo que irá en detrimento de los recursos públicos, al efectuarse gastos excesivos por los costos de la operación.

El riesgo de mantener oculto el valor referencial es la posibilidad de controlar la cantidad de recursos públicos que se estarían destinando a determinada compra. Sin embargo, dicho riesgo se verá compensado e incluso anulado mediante el establecimiento de fiscalizaciones posteriores a la gestión de las compras de las entidades, toda vez que en un lapso de tiempo dicha información podrá ser accesible para la ciudadanía, una vez que el riesgo de colusión se haya diluido.

- C) Contar con información acerca de la identidad de los postores que efectúan las consultas u observaciones a las bases de un proceso de selección público, las que son las reglas que rigen el mismo, facilita la colusión porque los demás posibles competidores conocerán quienes están interesados en participar en determinada compra pública.

El conocimiento de la identidad de los participantes interesados en determinado proceso de compra pública es una condición más que favorece a los actos de colusión entre postores-competidores porque eleva las posibilidades de que éstos busquen contactarse a efectos de llegar a acuerdos tales como ofertar determinadas características o condiciones comerciales, que solo algunos presenten propuestas, o presentando propuestas aparentes para que solo un competidor gane la buena pro, turnándose así la

buen pro para futuras compras, compromiso de subcontratar a los postores que perdieron la buena pro en vista del acuerdo colusorio adoptado, entre otras estrategias.

Si bien el riesgo es que los competidores-postores no conozcan quién está participando y, por tanto, o sepan qué estrategia comercial podrán ofrecer o como cuestionar lo alegado por los demás competidores en sus consultas u observaciones, de modo que les genere incentivos para competir por obtener la buena pro en forma transparente, ello se verá compensado en gran medida con el resultado que se obtendrá, al bloquearse la posibilidad más de que existan pactos colusorios entre los potenciales postores, de modo tal que participen dichos postores en un marco de libre competencia, al no ser indispensable que se conozca la identidad de los postores que efectúan las consultas u observaciones para cuestionarlas o mejorar lo propuesto por los demás

D) Revelar la identidad de los postores que participaron del proceso y perdieron también puede facilitar el control del acuerdo colusorio.

Si se revela la identidad de los postores que participaron del proceso de selección, ello permitirá que los demás competidores-postores conozcan el detalle de su propuesta, las condiciones comerciales, lo que se ofertó así como el precio ofertado, lo que podrá evidenciar que incumplieron el acuerdo colusorio y los hará destinatarios de represalias por parte del cartel. Si se mantiene en secreto dicha identidad, se fomentará la libre competencia al destruir las bases para que se mantenga el cumplimiento del acuerdo colusorio porque al no conocer los demás competidores, si alguien se desvió de los pactos comerciales, no habrá manera de que se castigue al que no siguió las indicaciones del cartel. Para tal efecto, se podría identificar a los postores con letras o números, o mediante el envío de propuestas en forma electrónica a la Entidad, siendo esta la única que acceda a dicha información.

El riesgo de no identificar con el nombre propio a cada postor es la posibilidad de que se generen actos de corrupción entre los funcionarios y dichos competidores. Sin embargo, los beneficios son mayores que el posible riesgo toda vez que con dicha medida se fomentará la libre competencia entre los postores quienes al no poder valerse del acuerdo colusorio ni tener información que les permitiera monitorear un acuerdo

colusorio, se enfrentarán en forma limpia y transparente, ofertando sus mejores condiciones a fin de obtener a buenapro, sin distorsión alguna.

Además, el riesgo de no identificar a los postores podrá mitigarse cuando una vez transcurrido un plazo determinado se permita a la ciudadanía acceder a los nombres de los postores, pero una vez que el riesgo de colusión se haya diluido.

- E) Brindar información acerca de los detalles y alcance de la propuesta de cada postor facilita que los demás postores- competidores hagan seguimiento del cumplimiento del acuerdo colusorio y sancionen al miembro de cartel en sus relaciones comerciales.

Finalmente, brindar demasiada información, y por lo tanto, transparencia, en cuanto a los detalles de la propuesta de cada postor ocasionará que lo demás competidores-postores que celebraron un acuerdo colusorio o cartel puedan controlar con exactitud lo ofertado por cada miembro del acuerdo colusorio, de modo que será fácil detectar si incumplieron o no el acuerdo y, por consiguiente, aplicar las sanciones que estimen convenientes al interior de su industria o mercado. De esta manera, el mantener en reserva los detalles de las propuestas técnica y económica de los postores permitirá desestabilizar el sistema de colusión que pueden generarse en ciertos mercados de bienes, servicios u obras, en donde, como se explicó en párrafos anteriores, existan mayores probabilidades de carteles debido a las características del mercado o cantidad de competidores, entre otros.

El beneficio es que esta medida propiciará una libre competencia entre los postores quienes se verán obligados a competir en términos reales, y por lo tanto, favorecerá la eficiente gestión de los recursos públicos en beneficio de la sociedad en su conjunto al recibir bienes, servicios u obras de mayor calidad o en términos competitivos en el precio y condiciones.

El riesgo que presenta es la posibilidad de corrupción de funcionarios con los postores adjudicados. Sin embargo, este riesgo se verá eliminado al existir mecanismos de control posterior respecto de si las propuestas ganadoras se alinearon a lo requerido en las bases del proceso de selección y al estar a disposición de la ciudadanía esta

información después de transcurrido un plazo determinado, cuando se haya diluido el riesgo de colusión o afectación a la libre competencia.

Asimismo, la OECD ha identificado que el diseño o la forma en que se estructura el proceso de licitación o compra pública es importante para efectos de reducir las posibilidades de comunicación y por ende de colusión entre competidores-postores, siendo los más importantes los siguientes<sup>143</sup>:

- *Limitar tanto como sea posible la comunicación entre licitadores durante el proceso de presentación de ofertas. Las ofertas abiertas posibilitan la comunicación y el intercambio de señales entre licitadores. Esto se puede evitar mediante el uso de la presentación electrónica de ofertas, por ejemplo.*
- *Al publicar los resultados de una licitación, considerar el tipo de información que se publica y evitar revelar datos sensibles en términos de competencia, ya que esto puede facilitar la formación de esquemas de colusión o manipulación de ofertas en el futuro.*
- *Considerar si se puede obtener un resultado más eficiente aplicando métodos de adquisición como ofertas negociadas y los acuerdos marco.*
- *El precio máximo de reserva no debe publicarse, sino mantenerse en confidencialidad en el expediente o en otra autoridad pública.*
- *Cuando sea posible, solicite la presentación anónima de ofertas (identificando a los licitadores mediante números o símbolos) y permita la presentación de ofertas por teléfono o correo postal.*
- *Requiera que los postores revelen con anticipación si tienen previsto realizar subcontrataciones, lo que podría ser una manera de repartir las utilidades entre las partes coludidas.*

En cuanto al primer supuesto, la comunicación de postores en el acto de presentación de propuestas, siempre que se trate de un acto público, puede generar colusión en la medida que dichas partes intercambien información acerca de los alcances de su propuesta, con lo cual podrían variar y ajustar sus condiciones comerciales de modo tal que convengan en que sea uno de ellos el que gane o también oferten precios tan altos que la Entidad se

---

<sup>143</sup> OECD. "Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en Licitaciones Públicas". Febrero 2009. Pag 8,9,10.

vea obligada a declarar desierto el proceso de selección y convocarse nuevamente otro con un valor referencial mayor, falseando de este modo la competencia.

En cuanto a limitar la publicación de resultados de un proceso de selección, se debe evitar datos comerciales como las condiciones de la oferta, el precio del ganador, pues esto podría facilitar que los competidores coordinen entre sí a efectos de ofertar lo mismo, ya sea el precio o las condiciones comerciales, o rotarse en la adjudicación de contratos, lo que se conseguirá si los demás competidores tienen forma de conocer los alcances de la propuesta de su competidor, y por lo tanto, pueden controlar si los demás competidores- postores cumplieron como el pacto colusorio de no ofertar determinada condición o de ofertar conforme a lo pactado, de modo que se haga previsible quién obtendrá la buena pro.

En cuanto a la negociación de ofertas, esto se refiere a la flexibilidad de la cual podría estar dotada una Entidad una vez que adjudicada la buena pro a un postor, de modo tal que la oferta que este haga no sea definitiva sino que se puedan acordar aspectos como condiciones comerciales o incluso reducir el precio inicialmente ofertado. Esto solo se puede llevar a cabo mediante el diálogo entre las partes, tal y como se hace en el sector privado, lo cual significará dotar de menor rigidez al proceso de compra pública. Esto sería recomendable sólo en aquellos casos en que el mercado sea concentrado, es decir existan pocos competidores para el bien, servicio u obra a contratar, o en aquellos mercados que favorezcan las prácticas colusorias, como se explicó en el capítulo anterior. De este modo, la colusión entre competidores será más difícil al no poder estos negociar los términos definitivos de la propuesta como sí lo podrá hacer el ganador.

En cuanto a no publicar el precio máximo de un proceso de selección, conocido en nuestro sistema como el valor referencial, esto sería conveniente para evitar la colusión porque así los postores no conocerán cuanto es lo máximo que la Entidad está dispuesta a pagar por un bien, servicio u obra, lo que generará una libre competencia al poder ofertar cada postor el precio que considere de acuerdo a sus costos y condiciones comerciales, lo que hará muy difícil la concertación de precios u otros acuerdos colusorios entre los postores.

Otra medida importante es la confidencialidad o anonimato de la identidad de los postores, lo cual es recomendable en un acto público de presentación de propuestas y en mercados en donde existe menor competencia, es decir en aquellos en que por las

características del bien o servicio existen pocos competidores, en oligopolios o cuando existen barreras de entrada al mercado, productos homogéneos, o productos con pocos sustitutos, entre otras condiciones que facilitan la colusión. Al no conocer la identidad del postor, los demás competidores no tendrán forma de monitorear si determinada empresa o persona infringió el acuerdo colusorio, ya sea de ofertar un precio muy alto, condiciones que no serán aceptadas por la Entidad encargada de la compra, desistimiento de su propuesta, entre otros acuerdos, y de este modo, los postores tendrán libertad de ofertar las condiciones que consideren convenientes, sin estar sujetos a una posible sanción o represalia de los demás competidores quienes no sabrán cuánto ofertó, bajo qué condiciones ni quién es el ganador.

Además se puede requerir a los postores que informen si efectuarán subcontrataciones, de modo tal que la Entidad pueda hacer un seguimiento y detectar si las empresas a las que se otorga la subcontratación son las mismas que presentaron propuestas y que, sin embargo, no fueron adjudicadas. Ello permitirá evidenciar indicios de colusión y desincentivar dicha práctica toda vez que los postores sabrán que están bajo vigilancia ante subcontrataciones sospechosas.

Dado que la presentación de propuestas suele ser pública, una posible reforma sería el restringir el conocimiento de las demás propuestas por parte de los postores y en su lugar permitir la inspección privada por un funcionario dentro de la agencia de compras, como control posterior, lo que no restará integridad al proceso de adjudicación<sup>144</sup>.

Se puede concluir que, en términos generales, la transparencia mejora la competencia y proporciona un campo para competir. Sin embargo, la divulgación demasiado amplia de información también puede dar como resultado mayores oportunidades de colusión entre proveedores. Por ello, es necesario un balance entre los estándares de transparencia necesarios para desalentar la corrupción y las exigencias de la competencia<sup>145</sup>.

En el marco de las conclusiones arribadas, es importante mencionar que la OECD<sup>146</sup> ha establecido algunas pautas para disuadir la formación de prácticas colusorias entre

---

<sup>144</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Op Cit. Pag 712-713

<sup>145</sup> Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Op cit. Pag 713

<sup>146</sup> OECD. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. Febrero 2009. Pag 8-11

postores en las contrataciones públicas. Entre ellas están: diseñar el proceso de licitación para reducir eficazmente la comunicación entre oferentes y elegir con cuidado los criterios para evaluar y adjudicar la oferta.

La OECD ha sugerido una serie de métodos para desincentivar la colusión a través de una política que restrinja el acceso a la información dependiendo del momento y a quién va dirigida dicha información. Entre las medidas que sugiere la OECD, supone reducir el acceso a la información a fin de evitar la colusión pero al mismo tiempo protege el riesgo de corrupción. Los métodos sugeridos son los siguientes:<sup>147</sup>

1. Sólo se debe revelar la información de la propuesta ganadora, mientras que la información de los postores perdedores podrá ser puesta a disposición sólo a los agentes que elaboran procesos de selección y a los auditores pero no a los competidores en general.
2. Debido al efecto potencialmente desestabilizador de los postores no identificables en la colusión en procesos de selección, el funcionario de compra pública puede mantener en secreto la identidad de los postores, por ejemplo haciendo referencia a un número de postor y a la cantidad de postores que quedan en el proceso de compra pública.
3. El funcionario de compras podría permitir que las propuestas se lleven a cabo telefónicamente o por correo electrónico en lugar que los postores presenten sus propuestas en forma personal en un lugar y hora determinados, en donde todos los demás competidores pueden observar.
4. El funcionario de compras puede permitir que un postor remita más de una propuesta bajo diferentes números de identificación o diferentes identidades.
5. El tiempo para revelar información que es sensible (tales como la identidad de los postores perdedores y sus propuestas) podría ser retrasada para suavizar los efectos de dicha revelación en la colusión.

Así también en Colombia se propone como una medida para mantener la transparencia pero al mismo tiempo dificultar que se produzcan acuerdos colusorios, es mediante audiencias públicas reemplazada por audiencias en privado, en donde observadores imparciales-como miembros de una ONG y centros de investigación- garanticen la

---

<sup>147</sup>OECD. "Collusion and Corruption in Public Procurement"-Policy Roundtables 2010. Pag26

probidad e integridad de la elección del postor. Otra posibilidad es que las audiencias públicas o actos públicos de presentación de propuestas y otorgamiento de buena pro se modifiquen de modo tal que todas las propuestas sean evaluadas pero únicamente se dé a conocer al público al ganador del proceso de selección y no las identidades de los postores participantes y podría darse a conocer a los postores que participaron pero después de transcurrido determinado tiempo<sup>148</sup>.

En el marco de lo expuesto, consideramos importante hacer referencia a los estudios que afirman que también hay una relación entre el tipo de proceso de selección y el fomento de la colusión. En ese sentido, se ha demostrado que un proceso de selección dinámico o abierto en donde los postores se reúnen en el mismo tiempo y lugar facilita la colusión puesto que los postores pueden conocer el comportamiento del competidor en un proceso de selección y además monitorear si cumplieron con el acuerdo colusorio. Un sistema de licitaciones en donde las ofertas se divulgan en forma pública con la identificación completa de cada precio del postor y las especificaciones es la vía para detectar a los postores que reducen el precio y por tanto brinda la oportunidad a los postores coludidos de castigar a las empresas que se desvían del acuerdo colusorio.

Por ello, se sostiene que si el riesgo de una conducta anti-competitiva es mayor, entonces el funcionario encargado de las compras debería preferir un sistema de compra pública de ofertas selladas el cual minimiza la posibilidad de que los demás postores se coludan. En un proceso de oferta cerrado cada postor presenta su mejor, única y final oferta, la cual no puede ser modificada, la cual se mantiene en secreto y no es conocida por otros postores.

Sin embargo, desde una perspectiva anti-corrupción los sistemas de compras públicas que incentivan la competencia, al eliminar las posibilidades de colusión, como las ofertas en secreto y sin divulgación de identidades de los postores o de lo que ofertan, puede ser considerada como propicias para la concertación entre el funcionario público y el postor.

Estas preocupaciones pueden ser eliminadas mediante la supervisión o auditoría de agentes externos que evalúen la integridad del proceso, como se indicó anteriormente. Además en caso de incumplimiento, los postores pueden denunciar posibles irregularidades de ser el caso. Así también, los sistemas de contratación electrónicos

---

<sup>148</sup>OECD. "Collusion and Corruption in Public Procurement"-Policy Roundtables 2010. Pag 106

reducen la posibilidad de corrupción asegurando a la vez una mayor competencia y por tanto una menor colusión.

Como señalamos en la primera Sección, la actividad informadora del Estado hacia los ciudadanos se da a través de diversos tipos de comunicación, una de ellas es la comunicación administrativa. En tal sentido, sostenemos que si la transparencia debe velar por salvaguardar el interés público, el Estado estará obligado a revelar aquella información que esté relacionada con este tipo de comunicación para el caso de las compras públicas. Es decir, para decidir si se debe revelar determinada información de un proceso de compra pública, se deberá recurrir al criterio del interés público. De esta manera, sólo si estamos ante aspectos o información que pueda afectar el interés público, el Estado estará en obligación de permitir la participación ciudadana y el acceso irrestricto a la información que pueda ser necesaria para decidir sobre un tema de esta naturaleza.

Por lo tanto, consideramos que el acceder a la información de los postores, sus ofertas así como a la identidad de éstos y las decisiones de los órganos encargados de las compras públicas no es un asunto que afecte el interés público y por tanto no requiere de una participación activa de la ciudadanía. En tal sentido, la información deberá ser custodiada únicamente por las entidades encargadas de la compra pública.

Sin perjuicio de ello, estos actos de la Administración como todo acto administrativo, no estarán exentos de auditorías o fiscalizaciones por entes independientes, lo cual solucionará la preocupación de posibilidad de corrupción o de falta de objetividad o legalidad en la selección de la oferta más conveniente al interés público.

En el marco de lo expuesto, vimos como la transparencia puede afectar el desarrollo de una libre y real competencia en los mercados de compras públicas en los que el procedimiento es reglado, se rige por parámetros que no permiten flexibilidad en la modificación de las condiciones contractuales.

Se ha podido comprender que el contar con exceso de información puede favorecer que los postores se coludan al conocer si los demás postores que acordaron incurrir en prácticas restrictivas de la competencia incumplieron el acuerdo colusorio o cartel. En ese sentido, debe realizarse un análisis de ponderación a los bienes jurídicos protegidos por los derechos en conflicto identificados en el presente trabajo que son el derecho a la libre

e ilimitada información<sup>149</sup> por parte de los administrados que participación en un proceso de compra con el Estado, que se basa en el derecho a la libre información y de otro lado, el derecho a la libre competencia como fundamento de una economía de mercado, tal como lo establece la Constitución Política del Estado<sup>150</sup>.

Por ello, consideramos que la restricción en el acceso a la información de las ocurrencias del proceso de selección como son: el conocer la identidad de los agentes que remiten cotizaciones, el valor referencial, la identidad de los participantes que presentan consultas u observaciones a las bases, la identificación de los postores, el alcance de lo que ofertan en su propuesta técnica y económica, es necesaria para garantizar el correcto funcionamiento del mercado de compras públicas y por ende la libre competencia al retirar aquellas condiciones que favorecen la formación de carteles o prácticas restrictivas de la competencia (colusión) entre postores-competidores. Esta restricción deberá hacerse en aquellos mercados en los que exista una estructura o factores que faciliten la colusión, como por ejemplo en el caso de mercados con pocos competidores, homogeneidad del producto, o en otros sectores en los que los estudios o estadísticas indiquen que exista más probabilidad de prácticas restrictivas.

Asimismo, consideramos importante y coincidimos con los planteamientos de la OECD en cuanto a que sería importante para efectos de evitar la colusión entre postores el diseñar esquemas de contratación que revelen menor información en cuanto a los requerimientos técnicos como por ejemplo utilizar especificaciones de desempeño, estableciendo lo que se requiere en términos de funcionalidad y no una descripción detallada del producto,

---

<sup>149</sup> Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

<sup>150</sup> Constitución Política del Perú de 1993

**Artículo 61°.** El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.  
(...)

dejando al criterio del órgano encargado de la compra la elección de la oferta que mejor se adecúe a la función que se necesita satisfacer o también posibilitando se oferten productos sustitutos, para el caso de bienes.

También es importante evitar la facilidad de predicción en los requisitos del contrato, de modo que se desincentive el reparto de las contrataciones entre postores o la subcontratación. Ello se lograría, por ejemplo, variando el tamaño del contrato y la programación de las fechas en que se ejecutarán las ofertas.

De igual manera, hemos visto cuáles son las señales o comportamientos más comunes de los postores que constituyen indicios de la existencia de posibles prácticas colusorias en el mercado de compras públicas, lo cual servirá de pauta para efectos de determinar que la información no deba ser revelada si se han suscitado dichos patrones.

Como se indicó anteriormente, en la ponderación debe primar un principio cuyo cumplimiento es de mayor importancia o trascendencia. En este caso, el derecho a la libre competencia en el mercado de compras públicas, a través de la disuasión de escenarios que faciliten las prácticas restrictivas, debe prevalecer pues el bien jurídico protegido es la economía de mercado que regula las actuaciones de los agentes económicos y del cual depende la obtención de las mejores calidades de compra de bienes, servicios u obras por parte del Estado lo que le permitirá satisfacer el interés público que tutela y por tanto el bienestar de la sociedad<sup>151</sup>, pues finalmente la adquisición pública no persigue otra finalidad que esta, **el interés público**.

El interés público puede definirse como las pretensiones relacionadas con necesidades colectivas de los miembros de una comunidad que están protegidas por la intervención del Estado. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que *“El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés*

---

<sup>151</sup> Constitución Política del Perú de 1993

**Artículo 44°.** Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; **y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.**

Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior. (subrayado agregado)

*general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa”.*<sup>152</sup>

Como ha sido indicado por el Tribunal Constitucional, citando a Sainz Moreno, “*en el interés público se encuentra el núcleo de la discrecionalidad administrativa (...) y la esencia, pues, de toda actividad discrecional la constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación*”<sup>153</sup>

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha indicado que “*El interés público, es típicamente un concepto indeterminado. Es decir, se trata de un concepto que hace referencia a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado, pero que sin embargo podrá ser concretizado en cada caso en atención a las circunstancias.*”<sup>154</sup>

De este modo, el interés público es entendido como el bien común de la sociedad y que es la finalidad de todo Estado, es aquello que representa lo mejor para la sociedad, es decir el bienestar general que se concreta a través de una calidad de vida óptima de los ciudadanos.

Esta calidad de vida solo será posible si se consiguen bienes, servicios u obras al mejor costo posible y de la mayor calidad, pues ello tendrá un impacto en la vida diaria de los ciudadanos. De este modo, para lograr una mejor calidad de vida, y por lo tanto, para que el Estado cumpla con su misión de velar por el interés público, se requerirá contar con compras públicas efectuadas en el marco de una libre y real competencia, para lo cual será necesario desincentivar y eliminar cualquier condición que pueda facilitar las prácticas colusorias entre competidores.

Concluimos entonces que el interés público deberá ser analizado en cada caso concreto para evaluar si su afectación se produce en atención a las particularidades de cada escenario. En la hipótesis planteada en el presente trabajo, hemos visto que el interés público se verá afectado si se permite el acceso a demasiada y a determinada información y, por ende, si existe exceso de transparencia en los procesos de compra pública, toda vez que ello fomentará y fortalecerá las prácticas colusorias, las cuales socavan la libre competencia, en particular en el mercado de compras públicas y en

---

<sup>152</sup> STC 0090-2004-AA/TC

<sup>153</sup> STC 0090-2004-AA/TC

<sup>154</sup> STC 02488-2004-A/TC

aquellas industrias que se caracterizan por tener pocos competidores en donde la colusión será más fácil de ser llevada a cabo y en donde se podrá monitorear el acuerdo colusorio.

Entonces, al ser uno de los deberes primordiales del Estado el de **“promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”**, consideramos que el cumplimiento de este deber se logra materializar a través del fomento de la libre competencia en las compras públicas y por tanto eliminando los elementos que puedan facilitar la realización de prácticas restrictivas de la libre competencia. En consecuencia, debe restringirse el acceso o disponibilidad de la información de un proceso de selección para fomentar la libre competencia y conseguir la satisfacción del interés público mediante la adquisición de bienes, servicios u obras de calidad con la maximización del uso de los recursos públicos (*best value for money*) y por tanto reduciendo las pérdidas del Tesoro Público beneficiando de este modo el incremento del Producto Bruto Interno Nacional (PBI) puesto que no se pagará precios sobrevaluados o precios por aquellas prestaciones que no tengan la calidad requerida.

No debe perderse de vista además que el objetivo de la normativa de contrataciones del Estado es el maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios recogidos en dicha norma, entre ellos el de Libre Competencia y Concurrencia.

Por ello, frente al interés público que subyace en toda compra pública, el derecho a la libre e indiscriminada información del expediente de contratación público o de las identidades de los postores y de aquellos que ofertan deba ser restringido a efectos de salvaguardar el interés público. Las preocupaciones de objetividad o de una no adecuación de lo ofertado a lo exigido en las Bases deberá ser materia de fiscalización posterior o de auditoría por parte de un ente independiente o el acceso a lo ofertado podrá ser accesible en un lapso de tiempo posterior a efectuada la compra pública.

A fin de mitigar el riesgo que podría existir de que el agente fiscalizador sea capturado o corrupto por los demás postores-competidores del cartel, dicho agente podría ser alguien imparcial como el órgano de auditoría interna de cada entidad, que depende de la Contraloría General de la República, o un representante de la entidad con un

representante de la sociedad civil y un representante de la autoridad nacional de defensa de la competencia, en este caso el INDECOPI.

De esta manera, se protegerá la eficiencia de la compra pública al obtenerse adquisiciones en un marco de real y libre competencia, asignando los recursos públicos a compras de calidad y a los mejores costos.

Como consecuencia de todo lo expuesto, consideramos que debe promoverse una modificación legislativa para lo cual deberá establecerse por ley la prevalencia de la libre competencia frente al acceso a la información en los procesos de compra pública en aquellos mercados que faciliten las prácticas restrictivas, en cuyo caso deberá optarse por procesos de selección cerrados, guardando confidencialidad de las propuestas y renunciar a esquemas de procesos de selección abiertos o públicos en aquellos mercados que por sus condiciones facilitan la colusión.

Para tal efecto, se deberá modificar el artículo 7 de la Ley que señala que las Entidades llevaran un expediente de contratación que contendrá todas las actuaciones del proceso de contratación. A dicho artículo se deberá agregar un último párrafo, quedando redactado de la siguiente manera:

*“La Entidad llevará un Expediente de Contratación que contendrá todas las actuaciones del proceso de contratación, desde el requerimiento del área usuaria hasta la culminación del contrato, debiendo incluir las propuestas no ganadoras.*

*El referido expediente quedará en custodia del órgano encargode las contrataciones, conforme se establezca en el Reglamento.*

*El acceso a dicho Expediente de Contratación será denegado cuando se trate de mercados que puedan favorecer las prácticas colusorias, en los cuales se deberá guardar confidencialidad de la identidad de las fuentes de la cotización, del valor referencial, de la identidad de los participantes que presentan consultas u observaciones a las Bases, de la identidad de los postores y del detalle de las propuestas técnicas y económicas de los postores, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley.”*

Asimismo, se deberá modificar el artículo 11 de la Ley referido a la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia, agregando que a fin de evitar y disuadir prácticas

colusorias, la entidades mantendrán en reserva determinada información relativa a las condiciones de las propuestas, el valor referencial, así como la identidad de los postores, para efectos de generar una libre competencia en los mercados de compras públicas. De otro lado, agregar que la afectación a la libre competencia se genera no solo con acuerdos para no participar o no presentar propuestas, sino también con la presentación de propuestas ficticias, a efectos de que uno de los postores-competidores sea el ganador de la buena pro, o mediante la subcontratación a los postores perdedores o con el desistimiento del ganador de la buena pro.

De esta manera, el artículo 11 de la Ley quedaría redactado con los siguientes términos, agregándose un último párrafo:

*“Se encuentra prohibida la concertación de precios, condiciones o ventajas, entre proveedores, o entre proveedores y terceros, que pueda afectar la mayor concurrencia y/o competencia en los procesos de contratación. Esta afectación a la libre competencia también puede materializarse mediante acuerdos para no participar o no presentar propuestas en los procesos de contratación, con la presentación de propuestas ficticias, a efectos de que uno de los postores-competidores sea el ganador de la buena pro, mediante la subcontratación a los postores perdedores o con el desistimiento del ganador de la buena pro. El funcionario o servidor público que favorezca estas prácticas será sancionado administrativamente o penalmente de acuerdo a la normativa correspondiente.*

*Para efectos de disuadir y eliminar las prácticas colusorias en las compras que efectúa el Estado, las Entidades mantendrán en reserva la información relativa a la identidad de las personas que remiten cotizaciones para el estudio de mercado, reserva del valor referencial, de la identidad de los participantes que presentan consultas u observaciones, identidad de los postores y de los detalles y alcances de las propuestas técnicas y económicas, a fin de generar una libre competencia en los mercados de compras públicas y maximizar la asignación de los recursos públicos en contrataciones eficientes y de calidad.”*

Otro artículo que deberá ser modificado para que se cumpla con la tesis expuesta en este trabajo, sería el artículo 27 de la Ley que regula el valor referencial de un proceso de selección, cuyo quinto párrafo quedaría redactado de la siguiente manera:

*“El Valor Referencial tiene carácter público. Sin embargo, será reservado en aquellas contrataciones que se refieran a bienes, servicios u obras que se encuentren en un mercado concentrado o cuyas condiciones favorezcan la prácticas colusorias, tales como bienes o servicios con pocos sustitutos, mercados con barreras de entrada, productos de baja complejidad, productos con poco cambio tecnológico, mercados con métodos de venta similares, mercados con sólidas asociaciones industriales, entre otros que puedan favorecer las prácticas colusorias.”*

De igual manera deberán eliminarse el primer y segundo párrafo del artículo 17 del Reglamento, referido al valor referencial, y sustituido por el anterior párrafo propuesto.

Finalmente, tendría que modificarse el tercer párrafo del artículo 72 del Reglamento, que señala *“Una vez otorgada la Buena Pro, el Comité Especial está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito”*, el que quedaría redactado en los siguientes términos:

*“Una vez otorgada la Buena Pro, el Comité Especial está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito. Sin embargo, dicho acceso será denegado en los casos que se trate de compras de bienes, servicios u obras que se encuentren en un mercado concentrado o cuyas condiciones favorezcan el establecimiento de prácticas restrictivas de la competencia, en los que se deberá guardar confidencialidad de la información referida al valor referencial, identificación de participantes, de postores, y los alcances de lo ofertado en las propuestas, conforme a lo expresado en el artículo 11 de la Ley”*

De esta manera, solo podrá accederse a dicha información cuando el interés público lo amerite, previa evaluación de la autoridad competente, esto es de la entidad que efectuó la compra pública y que posee la información. Al calificarse como confidencial la referida información, la regulación legal será armónica, es decir no existirá contradicción, al ser acorde a los derechos de información y de libre competencia contemplados en la Constitución Política del Perú, toda vez que existirá un balance entre ambos bienes jurídicos, dando mayor relevancia a la libre competencia y por lo tanto, restringiendo la

información accesible a los administrados en salvaguarda del interés público que debe primar en una sociedad.



## CONCLUSIONES

1. Para poder contratar con el Estado es necesario que previamente se lleve a cabo un proceso de selección en el que se elegirá al contratista bajo una serie de reglas y procedimientos previamente determinados. Estas reglas se ven plasmadas en la normativa de contrataciones del Estado y en las Bases del proceso de selección.
2. Esta rigurosidad en el desarrollo del proceso de contratación con el Estado se fundamenta en el principio de Legalidad y en el interés público que debe salvaguardar toda actividad del Estado.
3. En el desarrollo del proceso de selección se puede acceder al expediente de contratación que contiene las actuaciones y documentos de las entidades en relación a dicho proceso, así como las propuestas presentadas por los postores. El acceso a dicho expediente se basa en el principio de Transparencia, recogido en la norma de contrataciones, que señala que los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones. La convocatoria, el otorgamiento de la buena pro y los resultados deben ser de público conocimiento.

Asimismo, este acceso a la información se sustenta en el principio de Publicidad que establece que las convocatorias de los procesos de selección y actos que se dicten como consecuencia deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores.

4. En la comunicación pública se afirma que tiene tal condición aquellas en las que existe un interés público, en virtud del cual debe brindarse acceso a la información al ciudadano.
5. La competencia es el esfuerzo de las empresas por obtener una ventaja en el mercado mediante la mejora de la oferta dirigida a la clientela. La característica

principal del mercado competitivo es que los vendedores y compradores actúan de manera independiente.

Uno de los principios de la norma de contrataciones es el promover la libre competencia y la igualdad de los participantes.

6. La teoría económica sostiene que la competencia constituye la manera más eficiente de asignar los recursos disponibles en el mercado.

Por tanto, el derecho de la competencia prohíbe a las empresas que lleguen a un acuerdo sobre las condiciones de lo ofertado a sus clientes, es decir evitar que pacten respecto de aspectos tales como el precio, la cuantía de producción, el grado de innovación, el número de competidores o las zonas en que están presentes, porque ello debe ser resultado de la ley de la oferta y la demanda.

7. Las prácticas colusorias constituyen una forma de afectar la libre competencia en un mercado y se caracterizan por tener por objeto, producir o la posibilidad de producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado.
8. Es cierto que la mayor transparencia ayuda a eliminar o disuadir los actos de corrupción al poder controlarse la objetividad del proceso de selección, pero también puede ser perjudicial para lograr una eficiente compra pública porque la ilimitada transparencia y el acceso a la información de los postores y sus ofertas puede dar lugar a prácticas colusorias.
9. Las ofertas públicas permiten que los miembros del cartel se comuniquen durante el transcurso del proceso de selección y por tanto es más fácil para ellos arribar a un acuerdo colusorio en el acto de presentación de propuestas.
10. Si los postores conocen a los demás postores, sus identidades y las condiciones de sus ofertas, pueden vigilar el cumplimiento del acuerdo colusorio y tomar represalias contra las desviaciones y cooperar de mejor manera en las contrataciones públicas.

11. La OECD ha detectado circunstancias o señales potencialmente facilitadoras de la colusión, entre ellas, la apertura de propuestas en público pues ello puede posibilitar que los miembros del cartel determinen si los demás miembros cumplieron las prácticas colusorias acordadas.
12. Un sistema de compra pública basado en excesiva transparencia puede aumentar la colusión entre los postores, si éstos pueden conocer la estrategia de oferta de los postores competidores y de alinearse a esta estrategia en perjuicio de la libre competencia.
13. En general, a menor información se proporciona con relación al resultado de lo que se ofertan los postores, será más difícil que se manipulen los procesos de compra pública.
14. Se sostiene que el derecho de acceso de documentos públicos es un derecho constitucional de configuración legal, es decir que el derecho de acceso a los documentos administrativos, aun cuando tiene consagración constitucional, no es un derecho fundamental.
15. Se puede acceder a la información pública que obra en poder de la Administración, con excepción de la información que afecte los bienes constitucionalmente protegidos.
16. Si el riesgo de una conducta anti-competitiva es mayor, entonces el funcionario encargado de las compras debería preferir un sistema de compra pública de ofertas selladas, el cual minimiza la posibilidad de que los demás postores se coludan.
17. La objetividad del proceso de compra pública y la vigilancia a la corrupción puede asegurarse mediante la supervisión o auditoría de agentes externos que evalúen la integridad del proceso, para evitar que exista colusión entre un funcionarios públicos y los postores.

18. Por lo tanto, consideramos que el acceder a la información de los postores, sus ofertas así como a la identidad de éstos y las decisiones de los órganos encargados de las compras públicas no es un asunto que afecte el interés público y por tanto, no requiere de una participación activa de la ciudadanía. En tal sentido, la información deberá ser custodiada únicamente por las entidades encargadas de la compra pública.

En consecuencia, el Estado sólo estará obligado a revelar aquella información que esté relacionada con el interés público en el caso de las compras públicas, por lo antes expuesto.

19. La transparencia es un principio de las compras públicas, sin embargo a efectos de lograr la libre y real competencia y fomentar el desarrollo del mercado de compra pública eficiente y maximizar el uso de los recursos públicos, debe restringirse la información que se brinda a los administrados, de modo que se desarticulen las condiciones que facilitan la formación y preservación de carteles o prácticas restrictivas entre postores-competidores. Para ello, debe instaurarse a nivel legislativo una ponderación privilegiando a la libre competencia frente a la transparencia o publicidad, en el caso de las compras públicas, considerando al interés público como bien jurídico a tutelar y que debe prevalecer en estos casos.

20. La restricción de la información no significa una ausencia absoluta de control, fiscalización o control de las actividades de la Administración. Para ello, debe existir un agente independiente que efectúe el control posterior a la compra pública realizada. Asimismo, la información podrá estar a disposición de los administrados después de un plazo determinado de tiempo.

21. Deben diseñarse esquemas de contratación que se adecúen al tipo de mercado que se trate. Si estamos ante mercados en los que es más fácil que exista colusión, deberá optarse por esquemas de contratación cerrados, no públicos, es decir que implique la remisión de oferta en forma confidencial al órgano de compra pública.

22. Debe promoverse la modificación legal de la norma de contrataciones del Estado a efectos de restringir el acceso al expediente de contratación hasta un determinado plazo, la identidad de los postores, el conocimiento de las demás ofertas y la publicidad del proceso de selección.



## BIBLIOGRAFÍA

1. Anderson, Robert, Kovacic, William y Müller Anna Caroline. Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance. En: The WTO Regime in Public Procurement: Challenge and Reform. World Trade Organization. Cambridge University Press, 2011.
2. Alexander Mejía, Henry. “Régimen jurídico de los contratos administrativos en el salvador”. En: Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Volumen II. Adrus Editores, Arequipa, Perú 2013.
3. Correa, Jose Luis. “Los contratos administrativos o de la Administración en Argentina”. En: “Contratos públicos en España, Portugal y América Latina”. José Antonio Moreno Molina y Andry Mantilla Correa (coordinador) Editorial Difusión jurídica. Madrid. 2008.
4. Costas Comesaña, Julio. Prohibición de acuerdos colusorios Capitulo II. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009
5. Dromi, Roberto. Licitación Pública. Editorial Ciudad Argentina. 2da edición. Buenos Aires. 1995
6. Fernández Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo -Contratos. Editorial Porrúa. México, 2000.
7. García de Enterría Eduardo. Curso de Derecho Administrativo I. Editorial Thomson Civitas, Madrid. Duodécima edición, 2004.
8. Eduardo García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo Tomo II. Civitas ediciones, 8va edición, Madrid, 2002.

9. Eduardo García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo Tomo I. Civitas Ediciones, 12va edición, Madrid, 2004.
10. Gellhorn, Ernest. Antitrust Law and Economics in a Nutschell. Segunda edición. Editorial West Publishing Co. Estados Unidos, 1981.
11. Fernando García Cachafero. “Fundamentos el derecho de la libre competencia. En: Derecho de la Libre Competencia Comunitario y español. Editorial Arazandi, España- 2009.
12. Hovenkamp, Hebert. Antitrust. Segunda edición. Editorial West Publishing Co. Estados Unidos, 1993.
13. Federal Trade Commission, Estados Unidos. Federal Register Vol 78. N° 71. Abril 2013- file N° 1210184
14. Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. “El derecho de información en el Perú: luces, sombras y algunos retos por afrontar”. En “El derecho de acceso a la información pública en Iberoamérica”. Editorial Adrus, Arequipa Perú. Primera edición, 2009.
15. Martín Mateo, Ramón. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Aranzadi, Navarra, España. 24va edición, 2005.
16. Parada, Ramón. Derecho Administrativo I-Parte General. Editorial Marcial Pons. Decimoquinta edición, Madrid, 2004.
17. Rotondo, Felipe. “Formación de la voluntad administrativa y perfeccionamiento contractual”. En: Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Volumen II. Adrus Editores, Arequipa, Perú 2013.

18. Manuel María Díez. Derecho Administrativo, Tomo III. 2da edición. Editorial plus ultra. Buenos Aires, 1979.
19. Mata Ismael. “Formación de la voluntad administrativa y perfeccionamiento contractual”. En: Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Volumen I. ADRUS editores. Arequipa, Perú 2013.
20. Martín Luque Razuri. Acceso a la información pública documental y regulación de la información secreta. Ara editores, 2002 Perú.
21. José Ma. Rodríguez de Santiago. La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.
22. Juan Francisco Martínez S., David Escobar y Claudio Loyola. “Sobre los determinantes de la colusión en las compras públicas: el caso de Chile”. En: Derecho PUCP N° 66. Año 2011, Lima, Perú.
23. Sheffer Tuñón, Javier Ernesto. “La contratación pública como instrumento contra la corrupción administrativa”. En: Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Volumen II. ADRUS Editores, Arequipa, Perú 2013.
24. Tornos Mas, Joaquín y GalanGalan, Alfredo. “Comunicación Pública. La información administrativa al ciudadano”. Editorial Marcial Pons., Madrid 2000.
25. Navarro, Karlos. “Los contratos administrativos o en Nicaragua”. En: “Contratos públicos en España, Portugal y América Latina”. José Antonio Moreno Molina y Andry Mantilla Correa (coordinador) Editorial Difusión jurídica. Madrid. 2008.
26. OECD –“Council Recommendation on Enhancing integrity in Public Procurement”. Octubre de 2008, Anexo 1.

27. OECD COUNCIL RECOMMENDATION ON ENHANCING INTEGRITY IN PUBLIC PROCUREMENT. 2008
28. OECD. "Collusion and Corruption in Public Procurement". Policy Roundtables. 2010.
29. OECD- Competition and Procurement- Key Findings. 2011
30. OECD- Policy Roundtables. 2007
31. OECD. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas" 2009.
32. OECD. "Collusion and Corruption in Public Procurement". Policy Roundtables. 2010.
33. Severiano Fernández Ramos. "El derecho de acceso a los documentos administrativos". Editorial Marcial Pons, Madrid 1997.
34. WORLD TRADE ORGANIZATION. The WTO regime on Government Procurement: Challenge and Reform. 2011