



SNCI

Sociedad Nacional de
Construcción e Infraestructura

LEGAL & REGULATORIO

Janice Castro

Jefe Comité Legal Regulatorio



LA CONCERTACIÓN EN LAS CONTRATACIONES ESTATALES: UN OBSTÁCULO PARA LA COMPETENCIA Y LA TRANSPARENCIA EN LA GESTIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS

Las contrataciones públicas contribuyen al desarrollo económico del país, por ende, es fundamental implementar mejoras en los procesos de contratación que permitan eliminar la corrupción y promover continuamente la competencia. Se observa la existencia de prácticas anticompetitivas que socavan los principios de transparencia y competencia establecidos en la Ley 30225[1].

El principio de competencia precitado implica que los funcionarios de las entidades públicas supervisen que los procesos de contratación contengan lineamientos que busquen asegurar que la competencia sea efectiva, ello con la intención de conseguir la mejor propuesta que satisfaga el interés público por el que se generó la necesidad y que las empresas participantes no incurran en prácticas que restrinjan o afecten el referido principio.

Las prácticas restrictivas de la competencia se encuentran plasmadas en el Decreto Legislativo 1034[2] y sus modificatorias que se aplican a todo tipo de contratación pública. En estos casos, son relevantes las prácticas colusorias horizontales, se le denomina así a los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas entre agentes económicos que compiten en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización, con el objetivo de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores.

Asimismo, esta norma establece un inciso específico sobre las conductas anticompetitivas desarrolladas en las contrataciones públicas. Siendo así, se prohíbe y sanciona la concertación o coordinación de ofertas o posturas entre los agentes que participen en las licitaciones o concursos públicos o privados.[3]

La concertación en contrataciones estatales o llamada "big rigging" en inglés, se incluye como prohibiciones absolutas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[4] puesto que, afectan directamente la competencia y a los consumidores, quienes, para estos efectos, serían las entidades públicas. Por tanto, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) sanciona estas conductas.

Siguiendo esta línea de ideas, si los funcionarios de las entidades públicas, del Tribunal de Contrataciones del Estado o del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (por sus siglas "OSCE"), constatan la posible comisión de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección, tienen

como deber informar a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, remitiendo toda la información para que realice el análisis correspondiente.

El INDECOPI ha interpuesto onerosas multas a empresas y personas naturales por la comisión de estas conductas. Tenemos así que, en el año 2019, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia confirmó una multa para una sola empresa por más de 9,500 UIT en un caso de concertación de precios[5].

Para eliminar estas conductas anticompetitivas es necesario implementar una serie de medidas legales, regulatorias y de supervisión. Algunas acciones que podrían ser implementadas incluyen:

- **Reforzamiento de la regulación:** es necesario fortalecer la legislación existente y así garantizar que se contemplen sanciones efectivas y disuasorias para aquellos que participen en prácticas de concertación. Asimismo, se deben establecer mecanismos eficaces de detección y denuncia de conductas anticompetitivas.
- **Mayor transparencia y control:** es fundamental mejorar los procedimientos de control y supervisión en los procesos de contratación pública. Esto implica fomentar que todas las etapas del proceso se desarrollen con transparencia, desde la planificación hasta la adjudicación.
- **Capacitación y concienciación:** es necesario brindar capacitación para difundir la relevancia de promover la competencia y los riesgos asociados a la concertación en las contrataciones pública. Se debe involucrar tanto a los funcionarios a cargo de las contrataciones estatales, a los potenciales proveedores y ciudadanos en general.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (por sus siglas "OCDE") ha planteado recomendaciones que buscan eliminar y prevenir estas conductas en las contrataciones estatales, tales como, planificar correctamente las compras públicas y maximizar el número de postores ya que esto hace más difícil que los licitadores arriben a un acuerdo anticompetitivo e incluso, muchas veces, ellos mismo fiscalizan los mercados, pudiendo denunciar posibles actos anticompetitivos[6].

La concertación en las contrataciones públicas distorsiona la competencia porque puede resultar en la asignación de contratos a empresas o individuos que no cumplen con los requisitos necesarios o que ofrecen productos o servicios de menor calidad. Esto afecta negativamente la transparencia, la eficiencia en la gestión de los recursos públicos, en consecuencia, se requiere implementar políticas públicas eficientes para eliminar estas conductas.

[1] Art 2, numerales c) y e) de la Ley de Contrataciones del Estado.

[2] Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

[3] Art 11.1, inciso j) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

[4] Art 11.2, inciso d) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

[5] Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI.

[6] Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (2009). Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas.