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

14-Sep-2012

Spanish - Or. English

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE

DAF/COMP/LACF(2012)14
Unclassified

LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

Sesión III – Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción

Contribución de Perú

18-19 de septiembre de 2012, Santo Domingo, República Dominicana

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Perú PARA SU DEBATE en la Sesión III del Foro Latinoamericano de Competencia que se llevará a cabo los días 18 y 19 de septiembre de 2012 en Santo Domingo, República Dominicana.

Contacto: Hilary JENNINGS, Jefe de Relaciones Globales, División de Competencia
Tel.: +33 (0) 1 45 24 13 60; Fax: +33 (0) 1 45 24 96 95
Correo electrónico: hilary.jennings@oecd.org

JT03326295

Complete document available on OLIS in its original format
This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

-- 18 y 19 de septiembre de 2012, Santo Domingo (República Dominicana) --

Sesión III – Mejorando la eficacia de las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción

-- CONTRIBUCIÓN DE PERÚ [1]--

1. Tamaño y objetivos políticos

1. La contratación pública ascendió a 43 298,04 millones PEN (unos 15 716,17 millones USD) en el 2011, lo que supone el 8,9% del PIB peruano de ese año.[2]

2. La contratación pública se regula en la Ley de Contrataciones del Estado (aprobada por Decreto Legislativo 1017)[3] y su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF)[4]. El artículo 4 de aquella establece que los criterios de los objetivos políticos de la contratación pública son: (i) la promoción del desarrollo humano; (ii) la moralidad; (iii) la libre competencia; (iv) imparcialidad; (v) razonabilidad; (vi) eficiencia; (vii) publicidad; (viii) transparencia; (ix) economía; (x) vigencia tecnológica; (xi) trato justo e igualitario; (xii) equidad y (xiii) sostenibilidad ambiental.

2. Corrupción

2.1 Coste de la corrupción

3. Según un estudio del Ministerio de Justicia los casos de corrupción relacionados con contrataciones públicas representan más del 30% del total de las sumas gastadas en contrataciones

[1] Esta es una versión resumida y actualizada del documento "Colusión y Corrupción en las licitaciones públicas – Contribución de Perú", que se preparó como una contribución para el Foro Global de Competencia de 2010.

[2] Fuente: http://www.seace.gob.pe/.

[3] Modificado por la Ley 29873, promulgada el 31 de mayo de 2012.

[4] Modificado por Decreto Supremo 138-2012-EF, promulgado el 6 de agosto de 2012.

públicas[5]; es decir unos 12 989,41 millones PEN en el 2011 (unos 4 714,85 millones USD). Además, Kaufmann et. al. (2010) informa que Perú figura en el puesto 106 de una muestra de 210 países en lo que respecta al control de corrupción.[6]

2.2 Factores que facilitan la corrupción

4. El Ministerio de Justicia[7] ha identificado tres tipos de factores que facilitan la aparición de la corrupción en Perú: formal, cultural y material. Entre los *factores formales*, se mencionan los siguientes: la falta de una clara delimitación entre las esferas pública y privada, la existencia de un sistema legal que no se adecúa a la realidad nacional y la ineficacia práctica de las instituciones públicas. Algunos de los *factores culturales* más importantes identificados en el documento son: la extendida tolerancia social al disfrute de los privilegios debido a la prevalencia de la ganancia privada sobre la moralidad, la existencia de una cultura de la ilegalidad generalizada como forma de funcionamiento y la falta de cambios en los sistemas organizativos y normativos a pesar de la evolución de los Estados. Y entre los *factores materiales* se identifican los siguientes: la brecha entre los recursos de las administraciones públicas y las dinámicas sociales, la brecha de la impunidad entre la responsabilidad actual y formal de los funcionarios públicos y la brecha entre el actual poder social y el acceso formal a la influencia política.

5. Otros factores adicionales que pueden contribuir a la corrupción y que se mencionan en el mismo estudio son: la escasa probabilidad de que se detecten actos corruptos, las leves penas que se aplican a las actividades corruptas y la ausencia de sanción social para los individuos corruptos, la falta de independencia de los jueces encargados de vigilar la corrupción política y la falta de respeto a las decisiones judiciales, la escasa credibilidad del orden institucional, la falta de una carrera pública que fomente unas instituciones sanas y el cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios, y la informalidad que caracteriza la economía peruana, que está íntimamente relacionada con el alto coste de cumplir con la ley.

6. Por ultimo, la falta de transparencia en la gestión de los recursos financieros en los gobiernos regionales y locales (que se debe posiblemente al hecho de que los gobiernos regionales y locales no están obligados por ley a publicar sus cuentas financieras) es un factor más que facilita la corrupción en las licitaciones públicas. Esta situación se ve agravada por el hecho de que la gente que trabaja en los gobiernos regionales y locales no está debidamente formada y algunos no están familiarizados con la Ley de Contrataciones del Estado, especialmente en los gobiernos locales.[8]

2.3 Lucha contra la corrupción

7. En Perú se han intentado numerosas reformas para intentar mejorar la transparencia en los contratos públicos. Una de las iniciativas más importantes al respecto fue la aplicación del Plan Nacional

---

5 MINISTERIO DE JUSTICIA DEL PERÚ (2007). *Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción y Ética Ciudadana*. Grupo de Trabajo (D.S. Nº 004-2006-JUS).

6 KAUFMANN, D., A. KRAAY y M. MASTRUZZI (2010). The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues. Draft Policy Research Working Paper. Instituto del Banco Mundial. Disponible en: http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/WGI.pdf (Última visita: 2 de agosto de 2012)

7 Ministerio de Justicia del Perú (2007). Op. Cit.

8 Según Juan Carlos Rivera, oficial de la Presidencia del Consejo de Ministros y miembro del Grupo de Trabajo Multisectorial que supervisa el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción, entrevistado el 14 de diciembre de 2009.

de Lucha contra la Corrupción[9], que incluye varias disposiciones para aumentar la transparencia en las funciones del gobierno. El plan incluye siete objetivos:[10]

- Promover el fortalecimiento del Sistema de lucha contra la Corrupción.
- Institucionalizar las prácticas de buen gobierno, la ética, la transparencia y la lucha contra la corrupción en los servicios públicos.
- Articular una estrategia legal completa y eficaz contra la corrupción.
- Promover prácticas en el sector de los negocios para luchar contra la corrupción.
- Promover la participación activa de los medios de comunicación en la lucha contra la corrupción
- Obtener el compromiso de toda la sociedad de participar y controlar activamente la lucha contra la corrupción
- Desarrollar esfuerzos internacionales concertados para luchar contra la corrupción nacional.

8. Como consecuencia de la aplicación del Plan Nacional, se han promulgado varias leyes en estos últimos años.[11] Algunas de las medidas preventivas más importantes se establecen en la Ley 26850 (Ley de Contrataciones del Estado) y en la Ley 27806 (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública). Y entre las medidas sancionadoras más importantes está la creación de la Dirección de Policía contra la Corrupción, la promulgación de la Ley 27378 (Ley de indulgencia) y el establecimiento de Procuradurías Públicas Descentralizadas Anticorrupción.

9. Además, en enero de 2012 se creó la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción[12] con el objetivo de que actúe como coordinador entre los principales poderes del Estado, los organismos constitucionalmente autónomos, los representantes de los gobiernos locales y regionales, las asociaciones empresariales, los responsables políticos y de la sociedad civil. Se encarga de supervisar la puesta en práctica del Plan Nacional

2.4 Procedimientos de contratación

10. A las empresas no se les pide que certifiquen que no han sobornado a un funcionario durante el proceso de contratación. Sin embargo, deben presentar una declaración jurada en la que declaran bajo juramento que:

- No están inhabilitados a participar en el procedimiento de contratación según lo establecido en el Artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Conocen, aceptan y se someten a los términos, condiciones y procedimientos del proceso de selección.

---

9 Establecido por Decreto Supremo Nº 004-2006-JUS, promulgado el 25 de enero de 2006.

10 PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS (2008). *Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción. Un compromiso de todos.* Disponible en: http://can.pcm.gob.pe/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=bF9QW5sQ7L

11 Ministerio de Justicia del Perú (2007). Op. Cit.

12 Véase: http://can.pcm.gob.pe/

- Son responsables de la veracidad de los documentos y la información que presentan al proceso de selección.

- Prometen mantener su oferta durante el proceso de selección y firmar el contrato si se les adjudica el proceso.

- Conocen las sanciones de la Ley de Contratación del Estado, su Reglamento y Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

11. En cuanto a las sanciones que se pueden imponer a los **individuos** involucrados en casos de corrupción o soborno (ya sea como autores o como partícipes del delito), el artículo 28 del Código penal establece las siguientes sanciones: pena privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativas de derechos y multa. Conviene mencionar que la duración del encarcelamiento depende de la ofensa caracterizada en cada caso particular. Por ejemplo, en caso de colusión, la pena de cárcel no será ni menos de tres años ni más de 15[13]; mientras en caso de negociaciones incompatibles o de uso impropio de oficina, la pena de cárcel no será ni menos de cuatro años ni más de seis.[14] Además, según lo dispuesto en el artículo 92 del Código penal, junto con la pena, la parte afectada tiene derecho a iniciar un procedimiento civil contra el infractor para reclamar para daños y perjuicios civiles.

12. Respecto a las sanciones que se pueden aplicar a las **personas jurídicas** involucradas en casos de corrupción o soborno, el articulo 105 del Código Penal establece que el juez podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes: (i) Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo[15]; (ii) disolución y liquidación de la sociedad (iii) suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años, y (iv) prohibición a la sociedad de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

13. Por ultimo, cabe mencionar que existen Tribunales penales especiales encargados de enjuiciar los delitos contra la administración pública y el soborno de funcionarios. Estos tribunales también se encargan de juzgar los delitos cometidos por funcionarios públicos implicados en un procedimiento de licitación pública. [16] La Autoridad de Competencia peruana (CA) [17] no tiene ningún poder para procesar casos de corrupción

---

13 Según el Artículo 384 del Código Penal, el funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años

14 Según el artículo 399 del Código Penal, el funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

15 La clausura temporal no excederá de cinco años.

16 Resolución Administrativa 024-2001-CT-PJ, del 31 de enero de 2001.

17 Comisión de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI.

3. Colusión

14. Además de los factores identificados por la teoría económica, como la concentración, la existencia de barreras de entrada, la propiedad cruzada u otros vínculos entre competidores, la regularidad y la frecuencia de los pedidos, el bajo poder adquisitivo, la existencia de una demanda estable, la homogeneidad del producto, la simetría entre las empresas, etc, [18] hay otros factores que pueden facilitar la colusión en los procesos de contratación en Perú:

- *La dificultad para supervisar a los licitadores y sus acciones*. Aunque, en principio, debe figurar una información detallada sobre el proceso de contratación (como el nombre del licitador, el número de licitadores, las ofertas, etc) en el expediente del proceso de contratación, esta información no siempre está disponible para la AC y/o terceras partes. Por otra parte, si la AC necesita este tipo de información, debe hacer un requerimiento formal a la Agencia de Contratación Pública y no queda claro si la información será fácil de procesar para la Agencia de Contratación Pública;

- *Concentración de la oferta*. El número medio de licitadores en los procesos de contratación pública es reducido, lo que según la teoría económica facilita la colusión. Además, como los procesos de contratación son frecuentes, la interacción entre los licitadores se repite constantemente. Por ejemplo, se ha detectado que muchos licitadores repiten en varios procesos con nombres y objetos diferentes; [19]

- *Corrupción*. Como es ampliamente reconocido, la corrupción también puede facilitar la colusión en la contratación pública, lo que es especialmente preocupante teniendo en cuenta el alto porcentaje de corrupción en el PIB peruano;

- *Límites Legales (topes) en el precio ofertado por los licitadores de acuerdo con la Ley de Contratación del Estado.* En el caso de las obras de construcción, la Ley de Contrataciones del Estado establece que las ofertas no podrán ser inferiores a 90% del precio de referencia ni superiores al 10%. De acuerdo con la AC, esta disposición legal reduce en definitiva la competencia y podría incluso facilitar la colusión, porque todos los licitadores saben que nadie va a poder hacer una subasta por encima o por debajo de los límites establecidos por la ley. De hecho, se puede avanzar que un licitador que desee ganar el proceso de contratación respetará las limitaciones establecidas en la ley. Sin embargo, si los licitadores quieren coludir, o bien pueden ponerse de acuerdo para ofertar el valor más bajo permitido por la ley (que no es una conducta sancionable por la AC ya que las ofertas respetan las especificaciones legales) o bien algunos de ellos pueden ponerse de acuerdo para ofertar deliberadamente por debajo o por encima de los límites y por lo tanto estar descalificados de la licitación, lo que permite a los licitadores restantes ganar el proceso. [20]

15. En Perú no se utilizan certificados de determinación independiente de la oferta en los procesos de contratación pública

---

18 MOTTA, M. (2004). *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press. Pp. 142-166.

19 Según Santiago Antúnez de Mayolo, Ex-Presidente Ejecutivo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, entrevistado el 15 de diciembre 2009.

20 Se puede encontrar más informacion sobre este factor en los siguientes informes del Secretariado técnico de Defensa de la Libre Competencia de INDECOPI: 002-2004-INDECOPI/ST-CLC, 036-2004-INDECOPI/ST-CLC, 037-2004-INDECOPI/ST-CLC and 012-2005-INDECOPI/ST-CLC.

16. La AC puede sancionar a las empresas si han participado en la colusión. Las sanciones impuestas por la AC pueden incluir multas, así como medidas correctivas para restaurar el proceso de competencia y dependiendo si la conducta es calificada como leve, grave o muy grave.

17. Además, según el artículo 237 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el Tribunal de Contrataciones del Estado podrá imponer sanciones adicionales a los proveedores, participantes, licitadores y/o contratistas si estos participan en prácticas restrictivas de la libre competencia, que pueden ser la inhabilitación temporal o permanente de participar en procesos de contratación del Estado.[21] Por otra parte, el artículo 105 del Código Penal establece que si un Juez Penal comprueba que se ha utilizado la actividad de una persona jurídica o su organización para cometer o encubrir un delito, impondrá una sanción a la entidad que pueden llegar a la prohibición de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Por lo tanto, en el supuesto de que se determine la responsabilidad de una empresa en un proceso relacionado con la comisión de un delito (no necesariamente la corrupción de funcionarios) por temas directamente relacionados con la contratación pública o un proceso de contratación, el Juez podrá prohibir a esa empresa participar en dichas actividades durante un período de tiempo (no superior a cinco años) o de forma permanente.

18. Desde la creación del INDECOPI en 1993, sólo se han detectado y sancionado cuatro casos de colusión de licitaciones en la contratación pública. Ninguno de estos casos implicaba corrupción.

- <u>Fraude en la licitación de barriles de petróleo</u>

  La AC sancionó a dos productores locales (Rheem Peruana SA y Envases Metálicos SA) por colusión en licitaciones en un proceso de contratación celebrado por una refinería Estatal (Petroperú) para barriles de 55 galones. Entre 1995 y 1996, Rheem Peruana SA y Envases Metálicos SA ofrecieron los mismos precios y cantidades similares de barriles a Petroperú en tres procesos de contratación diferentes. La AC consideró que la coincidencia exacta de precios y cantidades era un elemento importante para suponer la existencia de un acuerdo, y más teniendo en cuenta que en los años anteriores, las empresas ofrecieron diferentes precios y la cantidad total de barriles solicitados por Petroperú. A cada empresa se le impuso una multa de 20 unidades tributarias (unos 18 018 USD). [22]

- <u>Fraude en la oferta de contratación pública para obras y la construcción de una red de distribución de electricidad</u>

  La AC sancionó a cinco empresas de construcción (Villa Rica SA Contratistas Generales, E y R SA Contratistas Generales, J & J Ingenieros Asociados SA; JERRSA Contratistas Generales SA y Contratistas Antares) por colusión en la licitación pública celebrada por un municipio para la renovación de una carretera local. En este caso, la autoridad competente considera cuatro acontecimientos como pruebas de convenio colusorio: (i) todas las empresas presentaron un presupuesto para las obras con cantidades similares de beneficios y gastos directos, (ii) similitud en los detalles en la redacción de los documentos de las propuestas, como los tipos de letra y la puntuación, (iii) la evidencia de que los documentos de licitación fueron obtenidos por los licitadores en orden consecutivo y el mismo día, y (iv) algunos de los licitadores alquilaban su equipamiento y maquinaria a otros licitadores, lo cual podría considerarse como un

[21] Cabe mencionar que el Tribunal impondrá también esta sanción cuando una persona ha recibido dos o más sanciones que en conjunto suman 36 meses o más de prohibición temporal en un plazo de cuatro años.

[22] Resolución 004-97-INDECOPI/CLC, 21 de febrero de 1997.

comportamiento inusual entre supuestos competidores . Se impuso a cada empresa una multa de 0,5 unidades tributarias (unos 414 USD)[23]

La AC observó acontecimientos similares en el análisis de un proceso de contratación licitado por Electro Sur Este (empresa estatal de distribución de energía eléctrica) para la construcción de la red de distribución del centro de la ciudad de Puerto Maldonado. En este caso, tres empresas (Inti, Percy Enríquez Esquivel - Ingeniero Contratista y Quiroga Contratistas) fueron sancionados por colusión en el proceso descrito más arriba. Cada empresa tuvo una multa de 2 unidades tributarias (aproximadamente 1 662 USD)[24]

- Fraude en la oferta de contratación pública de oxígeno medicinal

La AC sancionó a tres empresas (Praxair Perú SRL, Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A.), que suministran oxígeno medicinal a la empresa EsSalud, Compañía de Seguridad social de Perú. Las empresas dividieron geográficamente sus licitaciones en los procesos de contratación para este suministro entre los años 1999 y 2004. El análisis de la AC analizó una serie de acontecimientos coincidentes en el tiempo, que se produjeron después de una gran competencia por el nivel de precios. Los hechos no parecen responder a una situación de competencia efectiva y sólo pueden explicarse como el resultado de un acuerdo previo entre las empresas demandadas. Las multas impuestas a las empresas ascendieron respectivamente a 3 826,82; 1 333,90 y 578,98 unidades tributarias (unos 4 887 669, 737 554 y 669 236 USD).[25]

4. Fighting collusion and corruption

19. No se ha enjuiciado ningún caso que implicara tanto corrupción como colusión en las licitaciones públicas en Perú.

20. De acuerdo con la legislación peruana, los programas de clemencia pueden beneficiar a personas o empresas que hayan cometido delitos con recursos públicos o con la intervención de funcionarios o personal público. En este sentido, las personas o funcionarios públicos que hayan cometido soborno o corrupción podrán obtener beneficios tales como la exención de la pena o la suspensión de la aplicación de la pena, entre otros.[26]

5. Defensa

21. En el marco de la aplicación del Acuerdo de Promoción Comercial firmado con Estados Unidos, se publicó en noviembre del 2008 la nueva Ley de Contratación del Estado. El objetivo de esta ley es establecer 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. Entre los cambios más importantes que introduce la nueva ley, se encuentran los siguientes: (i) cuando sea posible, se preferirá la compra corporativa y la subasta inversa, (ii) se determinan directrices para la preparación y actualización de las necesidades del valor de referencia , (iii) se mantendrán los regímenes especiales de micro y pequeñas empresas , (iv) se establecen sanciones para las infracciones de los proveedores, postores y/o contratistas que las merezcan, y (v) se añaden las

23 Resolución 003-99-INDECOPI/CLC, 19 de mayo de 1999.

24 Resolución 017-2000-INDECOPI/CLC, 18 de diciembre de 2000. Disponible en : http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RELCLC2000/Res017-2000.pdf

25 Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI. 13 de agosto de 2010. Disponible en : http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RES_051_2010_CLC/Res051-2010.pdf

26 Véase la subsección 1 del Artículo 1 de la Ley N º 27378, publicada el 21 de diciembre del 2000..

funciones adicionales del OSCE (como la promoción de la subasta inversa y la obligación de informar al Sistema Nacional de Control sobre los casos en los que no se respeten las reglas de las normas de contratación pública, siempre y cuando existan causas razonables para pensar que los recursos del Estado han sido mal gestionados o se ha cometido un delito.