

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**Medidas a ser adoptadas durante el proceso de selección en las  
contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR**

**Francisco Gerardo Muñoz Oliva**

**ASESOR**

**Ricardo Vicente Silva Peralta**

<https://orcid.org/0000-0003-3252-5197>

**Chiclayo, 2024**

**Medidas a ser adoptadas durante el proceso de selección en las  
contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias**

PRESENTADA POR  
**Francisco Gerardo Muñoz Oliva**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR

Percy Orlando Mogollón Pacherre  
PRESIDENTE

Keiichi Oleshka Chirinos Fernández  
SECRETARIO

Ricardo Vicente Silva Peralta  
VOCAL

## **Dedicatoria**

Dedico la presente tesis a Dios, mis padres y hermanos, quienes constantemente me han brindado su apoyo, y han sido fuente de fortaleza, guía e inspiración en todo el transcurso del presente proceso para poder culminar de una manera satisfactoria la carrera de Derecho.

## **Agradecimientos**

A mí Dios, por brindarme fuerza, voluntad y sabiduría para poder lograr el objetivo.

A mis padres y hermanos, por su ayuda y apoyo absoluto durante mi formación académica.

Al Dr. Ricardo Vicente Silva Peralta, mi asesor, por su apoyo mutuo en todo el progreso de mi investigación.

# TESIS FINAL - FRANCISCO GERARDO MUÑOZ OLIVA.pdf

## INFORME DE ORIGINALIDAD

24%

INDICE DE SIMILITUD

23%

FUENTES DE INTERNET

11%

PUBLICACIONES

13%

TRABAJOS DEL  
ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1

[hdl.handle.net](http://hdl.handle.net)

Fuente de Internet

2%

2

[tesis.usat.edu.pe](http://tesis.usat.edu.pe)

Fuente de Internet

2%

3

[repositorio.ucv.edu.pe](http://repositorio.ucv.edu.pe)

Fuente de Internet

2%

4

[repositorio.ucp.edu.pe](http://repositorio.ucp.edu.pe)

Fuente de Internet

1%

5

[repositorio.unjfsc.edu.pe](http://repositorio.unjfsc.edu.pe)

Fuente de Internet

1%

6

Submitted to Universidad Cesar Vallejo

Trabajo del estudiante

1%

7

[ebin.pub](http://ebin.pub)

Fuente de Internet

1%

## Índice

<b>Resumen .....</b>	<b>6</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>7</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>8</b>
<b>I. Revisión de literatura.....</b>	<b>10</b>
<b>II. Materiales y métodos .....</b>	<b>19</b>
<b>III. Resultados y discusión .....</b>	<b>20</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>35</b>
<b>Recomendaciones .....</b>	<b>36</b>
<b>Referencias .....</b>	<b>37</b>
<b>Anexos .....</b>	<b>40</b>

## **Resumen**

Las prácticas colusorias vienen a ser conductas perjudiciales para la competencia, ya que involucran una coordinación, conspiración o acuerdo entre postores o proveedores, con el fin de no competir en el desarrollo de los procesos de selección. En ese sentido, la presente investigación tiene por objeto proponer medidas a ser adoptadas durante el proceso de selección en las contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias. Para ello fue necesario diseñar un marco institucional el cual favorezca la competencia al interior de los procesos de selección, para que así el Estado o la ley no se convierta en un instrumento que posibilite la colusión. Asimismo, se tomará como referencia la legislación y jurisprudencia nacional, así como también de los países de Brasil y España para analizar la prohibición de las prácticas colusorias como conductas anticompetitivas. Además, el estudio realizado viene a ser de tipo documental, ya que, se ha tenido cuenta el análisis como objeto de estudio, presentando como fundamento bases conceptuales y teóricas, asimismo, en esta investigación las bases teóricas y conceptuales se ahondan en cuanto la obtención de contenidos de fuentes bibliográficas.

**Palabras clave: Procesos de selección, Contrataciones públicas, Prácticas colusorias.**

## **Abstract**

Collusive practices are behaviors harmful to competition, since they involve a coordination, conspiracy or agreement between bidders or suppliers, in order not to compete in the development of selection processes. In this sense, the purpose of this research is to propose measures to be adopted during the selection process in public procurement to avoid collusive practices. For this purpose, it was necessary to design an institutional framework that favors competition within the selection processes, so that the State or the law does not become an instrument that makes collusion possible. Likewise, national legislation and jurisprudence, as well as those of Brazil and Spain, will be used as a reference to analyze the prohibition of collusive practices as anticompetitive conducts. In addition, the study carried out is of a documentary type, since the analysis has been taken into account as an object of study, presenting as a basis conceptual and theoretical bases, likewise, in this research the theoretical and conceptual bases are deepened in terms of obtaining contents from bibliographic sources.

**Keywords: Selection processes, Public procurement, Collusive practices.**

## **Introducción**

La presente investigación, tiene por objetivo combatir aquellas prácticas colusorias que ostentan un aspecto negativo y generan la no competencia en los procedimientos de selección en las contrataciones públicas. Así pues, en nuestra legislación peruana, la ley 30225- ley de contrataciones con el estado, regula a los procedimientos de selección de índole competitiva; a raíz de dicha regulación el Estado va a ser quien convoque y escoja con quien va a poder contratar.

Como se sabe, cuando una entidad pública necesita de un bien, servicio u obra, se requiere seleccionar a alguien, ya sea una persona jurídica o natural, que le pueda proveer de aquello que está necesitando; entonces, a través de los procedimientos establecidos en la ley 30225, el Estado va a elegir y contratar al mejor proveedor posible, en función a las mejores condiciones requeridas por la entidad pública convocante y su disposición presupuestaria.

Ahora bien, al interior del marco legal de los procedimientos de selección (el cual ha sido regulado para ser competitivo) es posible que no exista competencia. Es por ello que se puede llegar a conductas anticompetitivas. Por ejemplo, cuando los propios postores presentan culpabilidad; es decir, aquellas prácticas colusorias que implementan los aspirantes a contratantes con el estado, quienes se ponen de acuerdo para que puedan dejar de competir, con el fin de alcanzar rentas compartidas, y no conllevar a la aplicación correcta del procedimiento efectuado.

Asimismo, otro factor es cuando la propia entidad pública limite la competencia; es decir, cuando dicha entidad establece diversos requisitos en donde la participación va a ser escasa por parte del proveedor en cuanto al procedimiento de selección que se viene desarrollando, o cuando las reglas o condiciones del proceso direccionan a un resultado que va a favorecer a una sola empresa.

Entonces, en cuanto a la realidad peruana, se ha dado origen a las llamadas “prácticas colusorias” al interior de los procesos de selección en las contrataciones públicas. Es por ello, que a través del artículo 14<sup>o</sup> de la ley de contrataciones del estado- ley 30225, busca la prohibición de este tipo de conductas para proteger la naturaleza y la correcta aplicación de los procedimientos de selección puestos en desarrollo.



Ahora bien, la importancia de las contrataciones públicas, ha llevado a que diversas organizaciones de índice internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) dediquen esfuerzos con el fin de suscitar mejoras en los diversos procesos de contratación pública, ya sea, fomentando la competencia, como también, combatiendo la colusión.

Asimismo, los diversos lineamientos o recomendaciones buscan divisar conductas anticompetitivas, y suscitar competencia en los procesos de selección y contratación estatal, para fomentar una eficacia en lo que corresponde al gasto público. En otras palabras, establecer herramientas para la detección de posibles indicios de conductas negativas al interior de las diversas compras públicas, así como también, promover una mayor competencia dentro del marco legal vigente.

Entonces, ante dicha situación planteada y las posibles consecuencias que se pueden originar, en la presente investigación, surge el siguiente problema que busca comprender el contexto mostrado y descrito anteriormente: ¿Qué medidas se pueden proponer durante el proceso de selección en las contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias? Asimismo, como objetivo general se tiene: Proponer medidas a ser adoptadas durante el proceso de selección en las contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias. Como objetivos específicos se encuentran los siguientes: a) Diseñar un marco institucional para favorecer la competencia al interior de los procesos de selección, y así evitar que el Estado o la ley se convierta en un instrumento para posibilitar la colusión; y b) Analizar la prohibición y consecuencia de las prácticas colusorias en las contrataciones públicas, teniendo en cuenta la legislación y jurisprudencia nacional e internacional.

Ante la cuestión planteada se formuló la siguiente hipótesis de trabajo: Si se pretende que exista un concurso con competencia en base a los procedimientos de selección previstos en el decreto supremo Nro. 162-2021-EF, reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, entonces corresponde desarrollar una propuesta normativa a ser adoptada durante el proceso de selección en las contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias.

Por lo tanto, resulta muy importante el presente trabajo de investigación, puesto que se propondrá medidas a ser adoptadas durante el proceso de selección en las contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias. Es decir, medidas como: Contar con la participación de los colegios profesionales para crear condiciones que favorezcan a los procedimientos de selección, la conformación de un equipo de apoyo a los procesos de contratación y constituir un comité especial en las secretarías técnicas de procedimientos administrativos disciplinarios. En consecuencia, estas medidas van a poder establecer la existencia de competencia y un buen funcionamiento al interior del marco normativo de los procedimientos de selección en las contrataciones con el Estado, y evitar la existencia de prácticas colusorias durante su desarrollo.

## **I. Revisión de literatura**

### **1.1. Antecedentes**

Según los antecedentes que se desarrollaran en el presente apartado tienen como objetivo detallar estudios a través de tesis de pregrado, tesis de maestría y tesis doctorales; los cuales se relacionan con el trabajo de investigación, cuya finalidad es lograr los objetivos propuestos.

- **Fomentar la competencia a través de recomendaciones por parte del Indecopi.**

**Gogny, J. (2021)**, en su tesis de pregrado en la Universidad de Piura, titulada: **“Estimación del efecto que tuvieron las recomendaciones del Indecopi, que se adaptaron a la ley de contrataciones del estado peruano, para fomentar la competencia entre postores”** sostuvo que las denominadas prácticas colusorias en los procedimientos de selección en las contrataciones públicas, vienen a ser prácticas que están prohibidas al margen de la Ley de Representación de Conductas Anticompetitivas, ya que manifiestan un objetivo negativo en la sociedad al reducir o eliminar la forma competitiva entre los postores o competidores en el proceso de selección que se viene efectuando.

En referencia a dicha apreciación, las prácticas anticompetitivas producen una afectación directa a los intereses que poseen las instituciones públicas. Estas se caracterizan en a la medida que provocan una pérdida en cuanto al bienestar de la población, por lo tanto, debe ser sancionadas en base a lo que estipula la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Es decir, sancionar con multas administrativas en cuanto se infrinja el derecho de competencia.

Así, lo que se relacionó con la presente investigación, es que si bien las recomendaciones planteadas por Indecopi promueven el valor competitivo entre los postores que vienen participando en un proceso de contratación. Por lo tanto, va a existir una reducción a los incentivos que direccionan la colusión en un procedimiento de selección.

- **La fusión de la transparencia frente a prácticas colusorias en las compras públicas.**

**Chávez, O. (2017)**, en su tesis de maestría en la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulada: **“La fusión de la transparencia frente a prácticas colusorias en las compras públicas: la restricción de la información como fenómeno de la libre competencia”** trata sobre si la transparencia que puede ser establecida en la eficaz información de un proceso por licitación pública, pueda perturbar la libre competencia de los participantes o postores, provocando prácticas colusorias entre ellos, y así perjudique la obtención óptima de bienes, servicios y obras para el Estado al contratar de forma perjudicial contraviniendo al interés público. Frente a ello, se puede decir que la restricción de la información genera efectos positivos para que se pueda evadir la corrupción, asimismo, forja confiabilidad al momento de permitir a la sociedad perpetrar un control firme de los diferentes gastos públicos que vienen siendo materia de desarrollo.

Por lo tanto, esta restricción de información de un proceso de selección proporciona una total garantía en el derecho de competencia, y así evita la aplicación de la transparencia excesiva como signo de existencia y permanencia de las llamadas prácticas colusorias.

- **Mejora del procedimiento de selección de contratación de bienes y servicios por licitaciones y concursos públicos.**

**Cornejo, L. (2018)**, en su tesis de maestría en la Universidad Continental, titulada: **“Propuesta de mejora del procedimiento de selección de contratación de bienes y servicios por licitaciones y concursos públicos, en dirección de gestión de recursos educativos del Ministerio de Educación del Perú, 2017-2019”** alude que la incorrecta administración de los recursos público en favor a los particulares por las denominadas prácticas colusorias, no solo puede afectar o perturbar la fiscalidad predispuesta por parte del Estado, sino que daña a la mayoría de la sociedad de una manera desproporcional en cuanto a sus contribuciones en bienes

y servicios a un mayor precio de lo establecido en el mercado. Esto quiere decir que, al efectuarse las prácticas anticompetitivas en los procedimientos de selección, no solo desnaturaliza las reglas que presentan estos procedimientos, sino también se manifiesta un perjuicio al contribuyente adherido a la administración pública.

Entonces, según lo establecido en cuanto a la investigación señalada, se debe estructurar de manera uniforme a los procedimientos de selección en cuanto a su naturaleza. Si bien, existe una regulación que limita las prácticas anticompetitivas dentro de las entidades públicas del Estado, esto en concordancia al Decreto Legislativo 1444 y el Decreto Supremo Nro. 162-2021-EF. Pero la falta de participación leal inmersa en los procedimientos de selección debe desaparecer para guiar un marco institucional, y favorecer el valor competitivo en su interior.

- **La colusión en la contratación pública en el Ecuador.**

Ávila, D. (2016), en su tesis de maestría en la Universidad Andina Simón Bolívar- Ecuador, titulada: “**La colusión en la contratación pública en el Ecuador**” concluye que la transparencia se ha transformado en un instrumento importante para lidiar con la colusión , ya que permite que la población presenten un acceso a lo correspondiente en la planificación anual de las diversas compras públicas por parte de las entidades estatales, y así se le permita a los ciudadanos ser proveedores como también fiscalizadores en los procesos de selección que vienen siendo efectuados.

Entonces, la transparencia sí es un aspecto positivo para combatir las prácticas colusorias, pero si se frecuenta a la transparencia excesiva, se conllevaría a algo contraproducente. Es decir, podría favorecer al aspecto negativo que tiene que ver con la colusión. Por tanto, se advierte que los gobiernos tienen que efectuar la transparencia en tres momentos: antes, durante y después de lo que concierne al procedimiento de selección. Asimismo, dicha transparencia se debe manejar correctamente para que no pueda facilitar el manejo negativo de los procedimientos de selección puestos en desarrollo.

- **Prácticas anticompetitivas en las contrataciones del sector público.**

Miño, A. (2018), en su tesis de doctorado en la Universidad de Coruña- España, titulada: “**Prácticas anticompetitivas en las contrataciones del sector público**” concluye que la

colusión en la contratación pública viene a ser una práctica de manera concertada por el cual las empresas llegan para participar o pretender tomar parte dentro de un procedimiento de selección en el sector público como candidatos, con el objetivo de poder predeterminar una adjudicación mediante un contrato puesto a su favor, por medio de la determinación del precio o reparto del mercado.

Como se puede apreciar en la investigación, al momento de predeterminar una adjudicación en base a un contrato que beneficie al postor, se está limitando y a la vez eliminando la competencia entre los mismos del grupo presentes en el procedimiento de selección que se viene efectuando, así como también se da paso a una eliminación para la procedencia de licitadores que no han sido cartelizados durante el procedimiento de selección.

Asimismo, se puede reflejar que la variedad de combinaciones y prácticas pueden dificultar al tratamiento metódico de la colusión presente en el campo de la contratación pública. Es por ello que un elemento característico y común viene a ser la motivación encarnada por los licitadores cuando estos negocian la manipulación de los procedimientos de selección que vienen siendo desarrollados, para así poder ocupar fraudulentamente el procedimiento de selección por la cual se han cartelizado, produciendo ineficacia al procedimiento guiado por la competencia durante la contratación pública.

- **Efectos de las decisiones sancionatorias sobre el proceso licitatorio en Colombia.**

**Ramírez, O. (2012)**, en su tesis de magister en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario- Colombia, titulada: **“Mecanismos para combatir la colusión en licitaciones: Efectos de las decisiones sancionatorias sobre el proceso licitatorio en Colombia”** trata sobre el cuestionamiento por parte de las conductas anticompetitivas para evitar que los concursantes predispuestos en un procedimiento de selección se pongan de acuerdo para que se puedan limitar la competencia.

Según la postura señalada, dicho impedimento tiene que ser eficaz para que garantice la efectividad de los determinados procesos de selección. Entonces lo que se pretende realizar en el País de Colombia mediante la investigación, es que se busque o se adhiera a una existencia

de pluralidad de ofertas para que se pueda promover la libertad y la calidad que se pretende enraizar en los procesos de contratación.

## **1.2. Bases teóricas**

### **1.2.1. Proceso de selección**

Los procesos de selección son definidos como procedimientos administrativos especiales conformados mediante un conjunto de hechos administrativos y actos de administración. Cuyo objeto viene a ser la elección de aquella persona jurídica o natural con la cual las entidades públicas celebrarán un contrato para la obtención de bienes, servicios u obras. Asimismo, Garrido (2018) precisa que “también son definidos como aquel sistema aplicado por la administración respecto de la selección de candidatos que pueden presentar ofertas” (p. 96).

Entonces, el proceso de selección debe ser tomado como aquella fase dentro de un proceso de contratación, cuyo fin se direcciona a que la entidad pública pueda seleccionar a la persona jurídica o natural que proponga la mejor propuesta en torno a la satisfacción de sus necesidades. Por lo que, se deberá seguir de manera correcta el procedimiento conforme a la normativa establecida sobre contratación pública.

Al respecto, el proceso de selección conlleva al desarrollo de un procedimiento administrativo, por lo que la entidad pública invita a los diversos proveedores presentes en el mercado a poder presentar sus propuestas para que, inmediatamente se efectúe la evaluación correspondiente, y la entidad elija con quien contratará.

El artículo 21 de la ley de Contrataciones con el Estado- ley 30225, establece los tipos de procesos de selección:

Una Entidad Pública contrata por medio de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, comparación de precios, selección de consultores individuales, contratación directa, y los demás procedimientos de selección previstos en el reglamento; los cuales deben respetar aquellos principios regidos en las contrataciones, y los diversos tratados internacionales que contengan disposiciones en referencia a la contratación pública. (p. 08)

Por lo tanto, para poder determinar el proceso de selección puesto en aplicación, se va a tener en cuenta la magnitud del objeto de la contratación, asimismo, el valor referencial establecido

por la propia entidad pública para la contratación que viene siendo desarrollada. Así pues, en las contrataciones públicas que puedan involucrar un conjunto de prestaciones, el objeto del procedimiento de selección va a ser fijado en función a la prestación cuya mayor incidencia porcentual en el costo represente.

### **1.2.1.1.Fases del proceso de selección**

Por otro lado, están las etapas o fases del proceso de selección, que son tres (03): Los actos preparatorios, la etapa de selección que presenta las siguientes etapas ( la convocatoria, el registro de participantes, las consultas, las observaciones e integraciones de bases, la presentación de propuesta, la evaluación y calificación de propuesta y el otorgamiento de la buena pro), y la fase que tiene que ver con la ejecución contractual, la cual es desarrollada mediante la inscripción del contrato hasta la debida aprobación de la prestación.

#### **A. Fase de Actos preparatorios**

Según Olivera (s.f) manifiesta que “la fase de los actos preparatorios está referida a todas aquellas actuaciones de planificación y programación, previas al desarrollo del proceso de selección, que se inicia con la decisión de adquirir o contratar” (p. 02).

Es decir, esta fase inicial debe ser considerada como la más importante en los procedimientos de selección en las contrataciones del Estado, ya que viene a ser el conjunto de las diversas actuaciones, las cuales se forman desde aquella decisión de poder adquirir una necesidad, y por lo tanto está predestinada a poder definir con suma claridad el objeto principal de contratación, asimismo, proponer un adecuado presupuesto y concretar con total claridad sus diversas características.

#### **B. Fase de selección**

La Fase de Selección contiene los pasos a seguir para determinar a la persona natural o jurídica con la cual la Entidad Pública entablará una relación jurídica contractual. Esta fase se desarrolla a través de siete etapas: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) consultas; iv) observaciones e integración de bases; v) presentación de propuestas;

vi) calificación y evaluación de propuestas; y, vii) otorgamiento de la buena pro y hasta antes de la suscripción del contrato. (Díaz, 2019, p.04)

En ese sentido, la presente fase va a estar compuesta en cuanto al desarrollo del procedimiento de selección, en donde los proveedores van a registrar su participación, asimismo, formularan sus consultas y las diversas observaciones que puedan tener; también, como ya mencionado anteriormente presentarán sus ofertas y tendrán el derecho de poder interponer un recurso de apelación si fuera el caso.

### **C. Fase de ejecución contractual**

Si bien es cierto, la presente fase, es desarrollada desde la suscripción correcta del contrato hasta dicha conformidad y correcto pago de la prestación.

La opinión N<sup>o</sup> 065-2019/DNT instituye que:

La presente fase se forma cuando se haya perfeccionado el contrato. Asimismo, se debe señalar que en el marco normativo de lo que corresponde a contrataciones del Estado, se debe definir al contrato como un acuerdo de voluntades a través del cual tanto la entidad como el proveedor buscan satisfacer su respectivo interés; en este aspecto no existe mayor diferencia entre éstos contratos y los contratos entre privados, salvo por el hecho que la entidad representa el interés público y, por tanto, goza de potestades especiales que le permiten, por ejemplo, ordenar la ejecución de prestaciones adicionales al contratista. (p.05)

Por lo tanto, durante esta etapa de ejecución contractual, la relación jurídica existente va a ser desarrollada entre los proveedores del Estado y la entidad pública. Entonces, estos proveedores ya no van a ser considerados como administrados, ya que va a existir entre la entidad pública contratante y ellos una relación contractual, que ya no podrá ser regida por normas establecidas en el Procedimiento Administrativo General, sino: Por todo lo dispuesto en el contrato, los términos y base de referencia, y las normas específicas de la ley de Contrataciones con el Estado- ley 30225.

En definitiva, se puede evidenciar la importancia que tiene cada procedimiento de selección, en donde se debe respetar lo establecido por la ley de Contrataciones con el Estado- ley 30225,



también aplicar correctamente las diversas etapas para así fomentar la competencia al interior del marco constitutivo de los procedimientos de selección en las contrataciones con el Estado.

### **1.2.2. Contrataciones públicas**

Hernández (2013) menciona que:

La contratación pública va a suponer un conjunto de procedimientos y reglas, para así busca principios como la transparencia y competitividad, y poder constituir el mecanismo por el cual el Estado se relaciona con terceros a efectos de obtener bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus metas, objetivos y funciones. (p. 73)

En otras palabras, dicha relación mencionada va a ser perfeccionada mediante un contrato, el cual es denominado como contrato de la administración.

Entonces, la contratación pública debe ser referenciada como aquel proceso por el cual una entidad pública es abastecida de bienes, servicios y obras de una manera oportuna, y sobre todo bajo diversas condiciones buenas de calidad y precio para la total satisfacción en la vida de los ciudadanos, y así obtener una finalidad pública que tenga que ver con la búsqueda de las mejores condiciones.

#### **1.2.2.1.Principios de la contratación pública**

##### **A. Principio de integridad**

Morón (2019) establece que:

En referencia al presente principio, los diversos actos de los sujetos que intervienen en cualquier etapa del proceso de la contratación estatal, van a estar guiados por el valor de la honradez y el principio de veracidad, así evitar cualquier práctica indebida. Pero, en caso de que esta conducta anticompetitiva se produjera, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera oportuna y directa. (p.77)

Entonces, este principio es muy importante, ya que se va a poder verificar el correcto cumplimiento de prohibiciones e impedimentos para el postor o un integrante del denominado comité especial. Asimismo, se contrastará las diversas reglas de información privilegiada y los conflictos de intereses, la exigibilidad en cuanto a la responsabilidad de una infracción, y la

exigencia de la prohibición de llamado enriquecimiento sin causa que se da cuando las entidades públicas van a solicitar una prestación en cuanto a las muestras del producto, y por lo tanto no las devuelven a los determinados postores una vez culminado el proceso de selección.

## **B. Principio de transparencia**

Miranzo (2018) menciona que:

A través el principio de transparencia, la contratación pública va a cumplir una serie de actividades positivas: En primer lugar, se va a poder perseguir la igualdad, la no discriminación y la libre concurrencia, asimismo, se buscará la integridad y la buena administración a través de información a la ciudadanía, y una eficiente rendición de cuentas, así como un elemento participativo para la sociedad civil. (p.19)

Por lo tanto, este principio va ser quien ordene que se pueda brindar un acceso a los distintos participantes del proceso a las bases de un proceso de selección, así como también a todo documento que va a ser vinculado a su desarrollo, como por ejemplo las actas que contienen la asignación de los puntajes y resultados.

## **C. Principio de equidad**

Según la Opinión N<sup>o</sup> 163-2019/DNT se establece que “a través del principio de equidad, las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general” (p. 03).

En atención al presente principio, la ley va a reconocer el interés público que subyace a las contrataciones públicas, así como también el interés privado que va a perseguir el contratista que va a prever que los derechos y obligaciones de ambas partes, tengan que ser coherentes en referencia a los términos de proporcionalidad y equivalencia, sin que ello pueda enervar la potestad que ejerce el Estado en cuanto a sus atribuciones legales; esto con el fin de poder cautelar el debido interés general en lo que corresponde las contrataciones públicas.

### **1.2.2.2.Importancia de la Contratación pública**

La OCDE (2017) manifiesta que:

La contratación pública viene siendo convertida como una herramienta estratégica en el Perú para lograr importantes objetivos políticos; asimismo, las diversas reformas legislativas revelan un fuerte compromiso por parte del gobierno para que exista una modernización en el sistema de adquisiciones públicas; de hecho, el sistema atraviesa actualmente un período de transición, pasando de formalidades excesivas y procesos de licitación complejos a la priorización de resultados y una mayor relación calidad-precio. (p. 03)

Entonces, frente a lo señalado, se puede decir que la contratación pública va a ofrecer un mercado muy potencial en referencia a los productos y servicios que van a ser adheridos por parte del Estado. También, su importancia radica en que, si la contratación pública es usada estratégicamente, esta podría ayudar a los diversos gobiernos a poder impulsar una innovación en procesos de selección a nivel nacional; así como también, a poder mejorar la inclusión y productividad.

### **1.2.3. Prácticas colusorias**

Hernández (2020) establece que:

Las prácticas colusorias vienen a ser acuerdos entre personas naturales y jurídicas, cuyas decisiones o recomendaciones colectivas y prácticas concertadas o conscientemente paralelas, cuyo objeto es producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional. (p.42)

Por tanto, las prácticas colusorias deben ser tomadas como acuerdos concertados que tienen por efecto u objeto poder falsear, impedir o restringir la libre competencia. Es por ello, estas prácticas colusorias se dan de una forma vertical y horizontal; en donde su diferencia sustancial va a consistir en cuanto la posición de los agentes económicos mediante la cadena de producción.

## **II. Materiales y métodos**

La investigación realizada se encuentra enmarcada en el tipo cualitativa documental, ya que se analizó el decreto supremo Nro. 162-2021-EF para buscar establecer medidas estatales, y así poder obtener mejoras al marco de boceto institucional de los procedimientos de selección; del mismo modo, favorecer la competencia en su interior, y evitar que el Estado o la ley se reduzca

a una herramienta que posibilite la colusión; para luego someter a prueba la hipótesis. Asimismo, para lograr el objeto del presente estudio se tuvo en cuenta el análisis documental, esto quiere decir, aquellas bases conceptuales y teóricas que se ahondan en todos esos contenidos hallados en fuentes virtuales bibliográficas, ya sean revistas académicas, científicas, libros, artículos jurídicos y cualquier otro tipo de materiales escritos como tesis y periódicos, estos orientados a la búsqueda de resultados para el problema de investigación planteado, por lo que, se aplicó una lectura analítica para determinar la correcta aplicación en cuanto a la naturaleza de los procedimientos de selección. Respecto al procedimiento que se utilizó en el presente trabajo, se involucró la descripción, investigación y redacción de esa situación problemática, la elaboración del problema, objetivos, el planteamiento de la hipótesis, revisión de la literatura, realización del marco teórico, como también de los materiales y métodos, recopilación y selección de documentos en relación a la investigación.

### **III. Resultados y discusión**

Los resultados del presente trabajo de investigación promueven un aporte teórico que proponen medidas a ser adoptadas durante el proceso de selección en las contrataciones públicas para evitar prácticas, identificando la falta de competencia como conducta anticompetitiva en el margen de aplicación de los procedimientos de selección en las contrataciones públicas en torno a la ley de Contrataciones con el Estado- ley 30225. Asimismo, la presente investigación cuenta con un análisis documental que ahonda bases conceptuales y teóricas en orientación al desarrollo del problema planteado e hipótesis; analizando la legislación y jurisprudencia nacional e internacional para la correcta aplicación de los procedimientos de selección, y así poder promover la competencia al interior del marco institucional de contrataciones con el Estado.

#### **3.1. Marco institucional para favorecer la competencia al interior de los procesos de selección.**

Para el desarrollo de presente objetivo, es necesario especificar de qué manera sería factible favorecer la competencia, cuando se vienen desarrollando los procedimientos de selección dentro del marco institucional que ostentan:

### **3.1.1. Naturaleza de los procedimientos de selección en las contrataciones públicas del Estado.**

Cuando hablamos de procesos de selección, nos referimos desde un enfoque doctrinal como aquellos procedimientos administrativos especiales, los cuales están conformados por el conjunto de diversos actos administrativos y hechos administrativos, los cuales poseen como objeto la selección de la persona jurídica o natural, para que las entidades públicas celebren un contrato de bienes, consultorías, servicios en general y la ejecución de una obra.

El artículo 21<sup>0</sup> de la ley de contrataciones con el Estado – ley N<sup>0</sup> 30225 menciona lo siguiente:

Una Entidad Pública contrata por medio de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, comparación de precios, selección de consultores individuales, contratación directa, y los demás procedimientos de selección previstos en el reglamento; los cuales deben respetar aquellos principios regidos en las contrataciones, y los diversos tratados internacionales que contengan disposiciones en referencia a la contratación pública. (p. 09)

Por lo tanto, según el artículo mencionado, se debe dar énfasis a que las contrataciones públicas van a constituir, uno de los pilares fundamentales de la Administración Pública; ya que, de su correcto y eficaz funcionamiento, depende en gran medida una buena gestión de los recursos públicos de una entidad. Asimismo, a las contrataciones públicas debemos ejemplificarlas como un método donde el Estado predispone una obligación por medio de un Decreto Supremo a las diversas instituciones públicas para obtener determinados bienes, obras y servicios. Por lo tanto, se puede decir que estas contrataciones públicas que vienen siendo efectuadas, son un factor importante para la economía correspondiente en un país. Entonces, es indispensable que el Estado pueda desarrollar acciones que no solo consigan lidiar la corrupción y las prácticas anticompetitivas en los procedimientos de selección que vienen siendo desarrollados, sino también, para que no se pueda restringir la competencia en el diseño propio de los procedimientos de selección.

Asimismo, la naturaleza de un procedimiento de selección se orienta a un conjunto de etapas, las cuales tienen como origen los actos preparatorios en cuanto al planeamiento de la compra de un bien, la contratación de un determinado servicio o la ejecución de una obra, y que se extiende con la culminación del vínculo contractual surgido entre el contratista y la respectiva entidad. Además, dicha naturaleza se consigna al momento que se relaciona con los diferentes

actos administrativos, actos de administración, hechos administrativos y documentos de naturaleza reglamentaria, esto en la medida que se regule con eficacia el procedimiento administrativo general como ley especial.

Entonces, su naturaleza también es orientada mediante un procedimiento administrativo, el cual viene a estar conformado por diversos actos administrativos, de administración y así como también compuesto al momento de desarrollar hechos administrativos para enraizar su objeto, que es la selección de una persona jurídica o natural. En consecuencia, van a ser las mismas entidades públicas del Estado quienes celebraran un contrato de bienes, obras o servicios en referencia al procedimiento de selección que viene siendo presentado y efectuado.

Existe un factor muy importante en cuanto a la naturaleza de un procedimiento de selección, que es la competencia. Es decir, la existencia en cuanto a la competencia dentro del ámbito regulado para la contratación pública, viene a ser una forma en donde la sociedad en su conjunto sea totalmente beneficiada, esto a través de la obtención en referencia a los mejores precios, y guiada hacia una calidad de los diversos bienes y servicios suministrados en referencia a los contratos públicos.

Cuando la administración tiene una necesidad de contratar, llevan a cabo un proceso sumamente legal, entonces para que la persona jurídica o natural se adhiera a dicho procedimiento de selección es necesario que se sometan a un procedimiento de competencia, pero cuando se efectúa esta competencia de manera ilegal, dicha competencia da énfasis al origen de las llamadas prácticas anticompetitivas como aspecto negativo en un procedimiento de selección. (Díaz, 2020, p. 32) Frente a ello, sustento que la ejecución correcta de la competencia en cuanto a la naturaleza del procedimiento de selección en las contrataciones públicas va a guiar a un correcto funcionamiento de los lineamientos legales en las contrataciones públicas.

Por tanto, concluyo que para que exista competencia y un buen funcionamiento al interior del marco normativo de los procedimientos de selección en las contrataciones públicas, debe ir acorde a su naturaleza y de la mano con todos los principios que vienen siendo tratados por la propia Ley de Contrataciones del Estado. Es decir, guiados en torno a los principios de publicidad, transparencia, concurrencia y eficiencia.

### 3.1.2. La competencia en la legislación de los procesos de selección en las contrataciones públicas del Estado.

Resulta de una manera común que los diversos esfuerzos en promover la competencia en determinados mercados se encuentre ciertas dificultades de propensión institucional o normativa. A veces, son las mismas regulaciones estatales las cuales imposibilitan el desarrollo de un ambiente más competitivo, esto debido a que instauran condiciones sumamente favorables para adoptar prácticas o conductas anticompetitivas.

La competencia es referenciada como la piedra angular, la cual se basa el régimen de la contratación pública; es por ello, partiendo de lo mencionado, los procedimientos de selección van a ser caracterizados como competitivos, asimismo contener diversas reglas orientadas a ello. Entonces, la competencia a opinión propia debe ser tomada como uno de los principios rectores de la Ley de Contrataciones con el Estado, ya que se puede aplicar para todos los regímenes especiales de contratación.

Asimismo, la ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, incorpora a la publicidad y transparencia como dos de los principales principios rectores, que guían a los procedimientos de selección en las contrataciones públicas. Estos principios respaldan las múltiples obligaciones de difusión que son aplicables a las entidades públicas convocantes, entre ellas está la adjudicación de la buena pro, la formulación del Plan Anual de Contrataciones, etc. Por lo tanto, un exceso de publicidad sería nocivo para las propias entidades del Estado, cuando se posibilite una actuación estratégica de los diversos postores para la ejecución de conductas anticompetitivas.

Es ahí donde se manifiesta un aspecto negativo y perjudicial, que tiene que ver con la inserción del valor referencial en las Bases, es decir, aquel valor calculado por la entidad pública antes de poder convocar a un procedimiento de selección, el cual va a revelar el valor estimado aproximado del precio de tales bienes o servicios, del mismo modo, se revelará la disposición a pagar de la propia entidad pública.

**Tabla 1:**

*Publicidad del valor referencial*

<b>Valor estimado</b>	<b>Año</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
<b>Público</b>	2014	71
<b>No público</b>	2015	23

*Nota: Organismo Supervisor de Contrataciones con el estado [OSCE], 2018*

En referencia a la Tabla 1, se puede evidenciar que mediante la publicidad del valor referencial que ha sido público, se va a frecuentar una ventaja a los potenciales postores, ya que va a existir una información sobre el precio que va a pagar una entidad pública en cuanto a la contratación de bienes o servicios, esto reduciría las posibilidades de ahorro para la entidad pública y la no competencia. Asimismo, en concordancia al valor referencia no público, se puede evidenciar que cuando se mantiene el precio en reserva, los postores poseen un mayor incentivo en ofrecer precios más bajos, en donde generaría un mayor ahorro la entidad pública y produciría una mejor competencia.

Por lo tanto, doy énfasis a que la reserva del valor referencial (no público) incrementaría la competencia y el número de postores, ya que, si existe más postores, se direccionaría a que brinden un precio competitivo en referencia al valor estimado, el cual debe ser realizado en base a la buena pro. Por otro lado, el valor referencial cuando es público, incrementaría posibilidades a que los postores puedan obtener acuerdos colusorios.

Siguiendo la misma línea, en cuanto a la competencia en la legislación de los procesos de selección en las contrataciones públicas del Estado, existe otro factor que tiene que ver con el contacto entre competidores, el cual viene a ser un elemento que facilitaría un acuerdo anticompetitivo. Es por ello, que, dentro del marco institucional de los procedimientos de selección, se debería adoptar medidas para que pueda existir una minimización en el contacto entre postores, y así disminuir los diversos riesgos que pueda ocasionar un pacto colusorio.

“Una de las medidas mejor establecidas es poder calificar a los postores durante el desarrollo de un proceso de adquisición, con el fin de evitar las prácticas colusorias entre el grupo calificado con antelación y así aumentar el nivel de incertidumbre entre las empresas en cuanto al número y la identidad de los oferentes” (La Organización para la Cooperación y el desarrollo Económico [OCDE], 2009).

Entonces, para lograr combatir el presente riesgo, es necesario evitarlo mediante el uso de una presentación electrónica de ofertas; lo explico mediante un breve ejemplo, cuando se realiza la publicación de los resultados de una licitación, se debe considerar con atención el tipo de información que se va a publicar y evitar que se pueda revelar datos sensibles en términos de competencia, ya que esto facilitaría una formación de esquemas de manipulación o colusión de ofertas en un futuro.



En definitiva, la competencia en la legislación de los procesos de selección en las contrataciones públicas del Estado debe ser tomada como uno de los principios rectores de las Contrataciones con el Estado, ya que demandaría que todos los procesos de contratación puedan incluir disposiciones que admitan una competencia efectiva y así se pueda satisfacer el interés público, el cual subyace a la contratación. Así pues, se pueda combatir las conductas anticompetitivas como lo son la publicidad del valor referencial y el contacto entre postores tal como se ha desarrollado en el presente apartado.

A manera de conclusión, en cuanto al presente objetivo, se establece que para que exista competencia y un buen funcionamiento al interior del marco normativo de los procedimientos de selección en las contrataciones con el Estado, debe existir una implicancia concreta frente a su naturaleza, y una efímera aplicación de los principios de publicidad, transparencia, eficacia y concurrencia en los procesos de contratación que vienen siendo materia de desarrollo. Si bien es cierto, existen conductas anticompetitivas, como por ejemplo la publicidad del valor referencial y el contacto entre postores; frente a ello, para combatir estas conductas, se debe implementar medidas, como, por ejemplo, dar a conocer el valor referencial no público para incrementar la competencia, , establecer una presentación electrónica de ofertas y poder contar con representante específico para crear condiciones que favorezcan a los procedimientos de selección, para así eliminar las conductas anticompetitivas antes descritas.

### **3.2. Prohibición y consecuencias de las prácticas colusorias en las contrataciones públicas en base a la legislación y jurisprudencia nacional e internacional.**

En cuanto al desarrollo de presente objetivo, se realizará una comparación en la legislación y jurisprudencia nacional e internacional, de la prohibición y consecuencia que conllevan las prácticas colusorias en los procedimientos de selección de las contrataciones con el Estado.

#### **3.2.1. Modelo de procesos de selección en las contrataciones públicas en Perú**

En el Perú, en cuanto a las normativas vigente en materia de prohibición en conductas anticompetitivas, la representa en primer lugar, la ley de Contrataciones con el Estado-ley 30225, artículo 14<sup>o</sup>:

Cuando la entidad pública, el Tribunal de Contrataciones del Estado o el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), compruebe la existencia de conductas anticompetitivas dentro de un procedimiento de selección, se tendrá que remitir la información pertinente a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI para que ésta, según sea el caso, pueda iniciar el debido procedimiento administrativo sancionador en contra de los presuntos responsables. Por lo tanto, esta decisión debe ser mantenida en reserva y no debe ser notificada a los presuntos responsables, con el fin de asegurar la eficacia de la investigación.

Asimismo, el citado artículo menciona que cuando el OSCE, tome conocimiento que una regla o requisito en los documentos del procedimiento de selección, estén afectando a la competencia, en la medida que contravengan a los principios de competencia y libertad de concurrencia, ordena a la entidad pública que los elimine. Del mismo modo, cuando el OSCE tome conocimiento de la existencia de indicios de delito, debe remitir la información correspondiente al Ministerio Público. (p. 08)

Asimismo, se encuentra la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la cual ha sido promulgada en el año 2008 mediante el Decreto Supremo Nro. 1034, y modificada en el mes de septiembre del año 2015 por el decreto legislativo Nro. 1205. Entonces en cuanto a la prohibición de conductas anticompetitivas, se localiza en los artículos 8<sup>o</sup> y 9<sup>o</sup> respectivamente:

El artículo 8<sup>o</sup> sobre la prohibición absoluta, menciona lo siguiente: “En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta” (p.04)

En consecuencia, el artículo 9<sup>o</sup> sobre la prohibición relativa, estipula que:

En los diversos casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de una infracción de carácter administrativa, la autoridad de competencia tendrá que probar la existencia de la conducta anticompetitiva y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia. (p.04)

También, está presente el Decreto legislativo 1017, el cual tiene como objeto el poder establecer normas que sean orientadas en la maximización del valor del dinero que posee el contribuyente en las diversas contrataciones que puedan realizar las entidades del sector público, donde éstas puedan ser efectuadas de forma oportuna y sobre todo con condiciones de

mejor calidad y precio. Por lo tanto, en cuanto a la regulación de la prohibición de prácticas colusorias, se encuentra en el artículo 11<sup>0</sup>:

“Los postores en un proceso de selección están prohibidos de concertar entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado”. (p. 05)

Por otro lado, el Código Penal Peruano en su artículo 384<sup>0</sup>, sobre colusión simple y agravada manifiesta que:

El servidor o funcionario público que, interviniendo de manera directa o indirecta, por razón de su cargo, ya sea en cualquier etapa de las diversas modalidades que tienen que ver sobre adquisición o contratación pública de bienes, servicios u obras, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, los cuales conciertan con los interesados para que exista fraude al Estado u organismo del Estado o entidad pública, según ley, este será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Asimismo, aquel servidor o funcionario público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las diversas adquisiciones y contrataciones públicas de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, los cuales conciertan con los interesados, para que exista fraude patrimonial al Estado u organismo del estado o entidad pública, según ley, este será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (p.296)

Entonces, según lo señalado, se puede evidencia la existencia en nuestra legislación de una prohibición normativa en cuanto a la aplicación de conductas anticompetitivas en los procedimientos de selección en las Contrataciones con el Estado. Si bien es cierto, las prácticas colusorias generan un impacto sumamente especial cuando estas son desarrolladas en la sede de un procedimiento de contratación pública, ya que estas van a atentar contra la libre competencia en la medida de la satisfacción del correcto interés público, y, por lo tanto, se puede decir que la oferta de la innovación, mejor calidad de obras, bienes o servicios los cuales son afectados de manera negativa por la falta de tensión competencial, no solo afectará al crecimiento económico de sector y la productividad, sino al interés general. Por lo que, es

necesario la aplicación correcta de la normativa señalada para poder combatir a las prácticas colusorias en los procesos de selección que viene siendo materia de aplicación.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, se ha evidenciado diversos casos que han trasgredido a la correcta aplicación de los procedimientos de selección en la Contratación Pública, debido a las practicas colusorias:

**Tabla 2:**

*Casos de transgresión a los procesos de selección debido a prácticas colusorias*

<b>Caso</b>	<b>Año</b>	<b>Explicación</b>
<b>Construcción del canal de riego de Mesa Rumi-Catiama-Tzactza-Santa Cruz- Huaylas</b>	2018	El expresidente regional del departamento de Ancash Cesar Álvarez Aguilar para la construcción de un canal de riego en el caserío de Mesa Rumi- Huaylas, favoreció a la empresa GRECOSEM, con la finalidad de poder defraudar al Estado.
<b>Coimas en contrataciones en la Municipalidad del distrito de Echarti, Cusco.</b>	2019	J.E.A.E contactó al señor Boris Chávez, alcalde del distrito Echarti con el fin de pedir apoyo en cuanto la entrega de diversas cotizaciones y otorgamiento de la buena pro en adquisiciones de bienes y servicios, como compensación por haberle ayudado en la campaña política.
<b>Presunta contratación irregular de Richard Cisneros en el Ministerio de Cultura.</b>	2018	Richard Cisneros Carballido tuvo contactos previos con los diversos funcionarios públicos, con el fin de poder llegar a acuerdos subrepticios, y así ser favorecido en las diversas contrataciones públicas que tuviera en el Ministerio de Cultura.

*Nota: Chanjan, 2020*

A manera de conclusión, a través de la jurisprudencia señalada, se puede evidenciar que las prácticas colusorias siguen teniendo un carácter nocivo para la competencia, asimismo, participan de manera negativa en el desarrollo de los procedimientos de selección en las Contrataciones con el Estado. Es por ello, se debe aplicar de manera correcta y transparente la normativa en cuanto a la prohibición de estas conductas anticompetitivas, es decir, sancionar y prohibir la coordinación o concertación de propuestas, posturas y ofertas, así como también se

pueda abstener de estas conductas en cualquier forma de contratación o adquisición pública, las cuales son previstas en la legislación pertinente.

### **3.2.2. Modelo de procesos de selección en las contrataciones públicas en Brasil**

Sánchez (2021) manifiesta que “en el caso de Brasil, al ser el pionero a nivel de Sudamérica en criminalizar los carteles, teniendo como primeras actividades las farmacias. En su Código Penal, se regulan: a) La formación de carteles; y b) Carteles en licitaciones” (p.90).

Asimismo, en cuanto a la prohibición de conductas anticompetitivas, la legislación brasileña posee a la ley 8137 del año 1990, específicamente en el artículo 4<sup>o</sup> incisos I Y II, en donde mencionan los siguiente:

“El artículo 4<sup>o</sup> inciso I manifiesta que son conductas anticompetitivas y delictivas, los acuerdos entre competidores diseñados para fijar precios o cantidades, dividir mercados o controlar canales de oferta o distribución.

El artículo 4<sup>o</sup> inciso II expresa que son conductas anticompetitivas y delictivas el abuso del poder económico, el dominio de mercados o la eliminación de la competencia por medio de convenios entre empresas (incluyendo las fusiones, adquisiciones, la suspensión de actividades económicas y la obstaculización de competidores)”. (parr. 2)

Entonces, según la normativa brasileña, se puede apreciar que sí posee legislación para la prohibición de prácticas colusorias. Así pues, haciendo una comparación con la legislación de Perú, se puede apreciar que ambas legislaciones establecen que los acuerdos entre competidores diseñados para fijar precios o cantidades y la eliminación de la competencia, son tomados como conductas anticompetitivas, los cuales desnaturalizan el correcto funcionamiento de los procedimientos de selección en temas de Contrataciones Públicas.

### **3.2.3. Modelo de procesos de selección en las contrataciones públicas en España**

En España, la contratación pública presenta una importancia fundamental, ya que representa entre el 10% y 20% del PBI nacional, además el 14% del PBI de la Unión Europea. Entonces, frente a ese marco, se podría decir que la salvaguarda de la competencia en las contrataciones públicas se vincula con principios fundamentales: transparencia e integridad en los

procedimientos, y la libertad al acceso en licitaciones. Así pues, es necesario adoptar medidas contra las prácticas colusorias las cuales pueden acoger formas muy diversas.

Según La Autoridad Vasca de la Competencia (2018):

Los precios de los bienes, servicios u obras contratados por licitaciones públicas, donde ha existido colusión, pueden, dar surgimiento a un incremento de un 20%, ya que, como ha indicado el Consejo Económico y Social de la Unión Europea, que dicho porcentaje hace referencia a licitadores que han actuado de manera desleal, reduciendo los costes de sus ofertas por debajo de un precio sumamente justo, y utilizando ha subcontratistas poco fiables. (p.45)

Para ello, España cuenta con la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, en donde las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, del año 2014, trasponen al Ordenamiento Jurídico Español.

La presente ley aplica la prohibición de prácticas colusorias en su artículo 332<sup>o</sup> inciso 8<sup>o</sup> numeral C, estableciendo lo siguiente:

La oficina Independiente de Supervisión y Regulación de la Contratación Pública, elaborará un informe, en donde especifique una supervisión, la cual se remitirá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, para que se integre en el informe nacional a remitir a la Comisión Europea cada tres años. Asimismo, Dicho informe tendrá que comprender respecto de la ejecución de los contratos de obras, licitación pública, concesión de obras, concesión de servicios, suministros, y servicios que estén sujetos a regulación armonizada, entre otras, si procede, las siguientes cuestiones:

C). Información sobre la detección, prevención, y notificación adecuada de los diversos casos que tengan que ver con corrupción, fraude, conflicto de intereses y otras irregularidades consideradas como graves en la contratación pública. (p.211)

Por lo tanto, existe normativamente una prohibición en cuanto a la aplicación de prácticas colusorias, en la medida que dicha oficina de regulación y supervisión de contrataciones, tiene la obligación de enviar un informe a la Junta Consultiva, y esta remitir dicho informe a la Comisión Europea, en cuanto a la supervisión de información sobre la prevención, detección y notificación de irregularidades; es decir, problemas de colusión en las contrataciones, los cuales han sido detectados.

En conclusión, de acuerdo al presente apartado, se puede decir que nuestra legislación y jurisprudencia adoptan de manera normativa la prohibición de las prácticas colusorias tomadas como conductas anticompetitivas. Asimismo, las legislaciones de Brasil y España establecen matrices normativas que combaten estas conductas que buscan desnaturalizar el correcto funcionamiento de los procedimientos de selección en temas de Contrataciones Públicas.

### **3.3. Medidas a ser adoptadas durante el proceso de selección en las contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias.**

#### **3.3.1. Conformación de equipo de apoyo a los procesos de contratación.**

El artículo 4 inc. c. del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones con el Estado- Ley N° 30225 expresa lo siguiente:

El Comité Especial es, como lo indica la normatividad vigente, el responsable de llevar adelante el proceso de selección respectivo y tiene a su cargo la organización, conducción y ejecución de la integridad del proceso hasta el consentimiento de la buena pro o hasta antes que se produzca la cancelación del mismo. (pg. 02)

En esa línea, Pando (2017) exterioriza que estas funciones implican una serie de actividades:

- “Elaborar el proyecto de bases para su aprobación por el titular del pliego o del funcionario en quien se haya delegado dicha facultad.
- Disponer la realización de la convocatoria del proceso.
- Solicitar el apoyo de las áreas o dependencias pertinentes de la entidad, que requiera para el desarrollo del proceso. Las dependencias respectivas tienen la obligación de prestar dicho apoyo bajo responsabilidad.
- Observar el valor referencial que les es puesto en conocimiento por la administración de la entidad.
- Observar las especificaciones técnicas mínimas que lo proponga, cuando considere que no se ajustan a la normatividad.
- Absolver las consultas a las bases.
- Evaluar las observaciones a las bases.

- Recibir las ofertas (propuestas) de los postores interesados en el proceso de selección.
- Abrir, calificar (determinar si es propuesta válida) y evaluar las propuestas de los postores, de acuerdo al cronograma correspondiente del proceso.
- Hacer de conocimiento de los interesados los resultados de la evaluación y buena pro, según el mecanismo legal previsto: publicación y/o notificación.
- Ser el único autorizado a interpretar las bases luego que han sido integradas y sólo para efectos de su aplicación.
- Postergar, en su caso, los actos públicos, por causas debidamente sustentadas, comunicando a todos los adquirentes de bases.
- Realizar todo acto necesario o conveniente en el proceso hasta que la buena Pro quede consentida o administrativamente firme”. (p. 01)

Como se puede apreciar según lo señalado, el Comité Especial asume la responsabilidad de la conducción del proceso de selección, de modo que todos los miembros conformantes de este son responsables por cada decisión que puedan adoptar, así como también en el caso que el procedimiento de selección se desarrolle al margen de la ley. Asimismo, estos integrantes que conforman el comité van a responder administrativamente y/o judicialmente en caso de irregularidades que se presenten en el proceso de selección.

Ahora bien, frente a esta responsabilidad del Comité Especial, es importante plantear la conformación de un equipo de apoyo en las contrataciones públicas, que esté conformado por especialistas en materia de contrataciones que puedan brindar apoyo técnico adicional y dar seguimiento al proceso de selección y así prestar el asesoramiento necesario al Comité Especial usualmente integrado por servidores que paralelamente desarrollan tareas administrativas propia de los cargos administrativos que ocupan en la administración, de este modo es posible asegurar eficiencia. Competencia y transparencia dentro del marco institucional de los procedimientos de selección en las contrataciones públicas.



### **3.3.2. Contar con la participación de los colegios profesionales para crear condiciones que favorezcan a los procedimientos de selección.**

Esta propuesta se dirige al momento del desarrollo de un proceso de selección, que empieza desde los actos preparatorios hasta el perfeccionamiento del contrato. Entonces, es totalmente necesario crear la presente condición para favorecer la competencia al interior de los procedimientos de selección.

Teniendo en cuenta que las entidades públicas necesitan adoptar medidas para el correcto funcionamiento de sus actividades, especialmente en campo de las contrataciones públicas. Es por ello que, contar con la participación de los colegios profesionales en calidad de veedores especializados en aras de la transparencia y vigilancia ciudadana respecto a los procedimientos de selección que vienen siendo efectuados, viene a ser una medida sumamente importante. Lo señalo con un breve ejemplo, la entidad pública OSIPTEL lanza la convocatoria Nro. 036-2023, para la contratación de personal de orientación – Lambayeque, entonces se brinda el cronograma y etapas del proceso de selección donde requieren de un egresado de la carrera profesional de Derecho; por lo tanto, es ahí donde intervienen los colegios profesionales desarrollando contraloría social, en este caso el Colegio de Abogados a través de uno de sus miembros en calidad de representante de este, verificando que todas las etapas del procedimiento de selección se desarrollen en el marco de la legalidad, haciendo ejercicio de transparencia y control en el concurso público realizado.

Esta participación por parte de los representantes de los colegios profesionales durante el desarrollo del procedimiento de selección que se viene dando, debe ser ad honorem; es decir, realizar esta actividad sin recibir o percibir ninguna retribución económica, teniendo en cuenta que la administración pública actúa bajo el principio de legalidad presupuestaria conforme al cual la administración no puede efectuar gastos más allá de lo presupuestado a efectos de la contratación proyectada, por lo que podría decirse que difícilmente la administración podría contratar con el presupuesto para retribuir tal colaboración técnica.

### **3.3.3. Constituir un comité especial en las secretarías técnicas de procedimientos administrativos disciplinarios.**

Las entidades públicas poseen una Secretaría Técnica de Procedimientos Administrativos Disciplinarios, la cual se encarga de tramitar los procedimientos administrativos disciplinarios contra aquellos funcionarios o servidores públicos que haya (presumiblemente) cometido faltas de carácter administrativo. Entonces, es así que la secretaría técnica en cuanto a su función, presta apoyo al correcto desarrollo del procedimiento disciplinario.

Ahora bien, en la administración pública, muchas acciones de diferente tipo pueden constituir faltas administrativas, siendo las faltas más graves, aquellas referidas a las acciones u omisiones irregulares en los procesos de contratación con el Estado, los cuales acarrearán responsabilidad penal. Sin embargo, a la comisión de este tipo de faltas y sus respectivos procedimientos administrativos disciplinarios no se les da un tratamiento por separado y prioritario, esto es debido, entre otros factores a la excesiva carga procesal que tienen las secretarías técnicas y escaso personal especializado que, además, suelen atender los diferentes casos de manera cronológica y por orden de ingreso, y no asumiéndose con prioridad estos casos en atención a su relevante importancia; siendo una práctica frecuente que se le brinde prioridad a aquellos casos con plazos a punto de prescribir, a fin de evitar asumir responsabilidades por la prescripción de los casos en investigación.

En consecuencia, la realidad no debe ser así, ya que, los casos que más agravan y perjudican al Estado, son consecuencia de prácticas irregulares en los procesos de contratación. Por lo que, dentro de las secretarías técnicas de procedimientos administrativos disciplinarios de las entidades públicas, se podría constituir un equipo jurídico técnico especial que asuma el seguimiento prioritario de estos procedimientos, referidos exclusivamente a contrataciones con el Estado; así, se aseguraría que los casos de colusión no queden impunes o puedan estar en riesgo de prescribir y que, finalmente, no se pueda sancionar a nadie propiciando la impunidad. Por lo tanto, lo mencionado sería parte del diseño del marco institucional para asegurar la no existencia de prácticas colusorias.

## Conclusiones

El marco institucional de los procesos de selección debe tener en cuenta la competencia para un buen funcionamiento en su interior, y así poder establecer una importante implicancia acorde a su naturaleza y la correcta aplicación de los principios de publicidad, transparencia, eficacia y concurrencia en los procesos de contratación pública.

Las prácticas colusorias, teniendo en cuenta la jurisprudencia y legislación nacional e internacional, poseen carácter nocivo para la competencia, asimismo, tienen un efecto negativo en el desarrollo de los procedimientos de selección en las Contrataciones con el Estado, que afecta la probidad, eficacia, calidad y transparencia de los mismos, con repercusión en los ámbitos administrativo, civil y penal.

La garantía de la competencia en los procesos de selección públicos pasa por la implementación de mecanismos de control, que contribuyan a descartar de manera eficiente los intentos de colusión en estos procesos, como son los propuestos: 1. Contar con la participación de los colegios profesionales para crear condiciones que favorezcan la probidad, transparencia y control en los procedimientos de contratación pública; 2. Conformación de un equipo técnico-especializado de apoyo a los procesos de contratación en las entidades públicas; y, 3. Constituir un equipo técnico especializado en las secretarías técnicas de procedimientos administrativos disciplinarios que hagan posible gestionar estos procedimientos de manera preferente y con eficacia a fin de evitar la impunidad que incentive la perpetración de actos de corrupción.

## **Recomendaciones**

Los funcionarios o servidores públicos responsables en todos los niveles de gobierno evalúen la legislación y prácticas sobre procesos de selección en las contrataciones públicas, así como también el impacto en cuanto a la probabilidad de colusión entre los aspirantes a contratantes con el Estado. Asimismo, exigir un esfuerzo para que los procedimientos de selección sean diseñados para poder fomentar la competencia efectiva, y así reducir los diversos riesgos de las practicas colusorias en la contratación pública.

## Referencias

- Ávila, D. (2018) La colusión en la contratación pública en el Ecuador (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar- Ecuador). Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5561>
- Autoridad Vasca de la Competencia (2018) Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Pg. 45. Recuperado de: [https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias\\_gidak/es\\_guias/adjuntos/GUIA\\_CONTRATACION\\_COMPETENCIA\\_es.pdf](https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf)
- Artículo 11<sup>o</sup> del Decreto legislativo 1017
- Artículo 8<sup>o</sup> del Decreto Supremo 1034
- Artículo 9<sup>o</sup> del Decreto Supremo 1034
- Artículo 4<sup>o</sup> de la Ley de Contrataciones con el Estado-ley 30225
- Artículo 14 de la Ley de Contrataciones con el Estado- ley 30225
- Artículo 21<sup>o</sup> de la Ley de Contrataciones con el Estado-ley 30225
- Artículo 384 del Código Penal Peruano
- Chanjan, R. (2020) Las clínicas jurídicas anticorrupción: Estudio de casos de corrupción en cuatro regiones del país. Recuperado de: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/12/08013123/Clinicas-Jur%C3%ADdicas.pdf>
- Cornejo, L. (2018) Propuesta de mejora del procedimiento de selección de contratación de bienes y servicios por licitaciones y concursos públicos, en dirección de gestión de recursos educativos del Ministerio de Educación del Perú, 2017-2019 (Tesis de maestría, Universidad Continental). Recuperado de: [file:///C:/Users/CASA/Downloads/INV\\_PG\\_MGP\\_TI\\_Cornejo\\_Huancas\\_2017.pdf](file:///C:/Users/CASA/Downloads/INV_PG_MGP_TI_Cornejo_Huancas_2017.pdf)
- Chávez, O. (2018) La fusión de la transparencia frente a prácticas colusorias en las compras públicas: la restricción de la información como fenómeno de la libre competencia. (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú) Recuperado de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/143916>
- Diaz, A. (2020) Concursos Públicos ¿que son y cómo funcionan? Recuperado de: <https://www.sdelsol.com/blog/tendencias/concursos-publicos/>

Díaz, C. (2019) Fases del proceso de selección. Pg. 04. Lima-Perú: Edit. Vlex.

Garrido, F (2018) Tratado de derecho administrativo. 11.ª ed., vol. II, Madrid: Tecnos.

Gogny, J. (2021) Estimación del efecto que tuvieron las recomendaciones del Indecopi, que se adaptaron a la ley de contrataciones del estado peruano, para fomentar la competencia entre postores. (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Recuperado de: [https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/RPUC\\_133c29aa32efba30fe50199594611fd6/Description#tabnav](https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/RPUC_133c29aa32efba30fe50199594611fd6/Description#tabnav)

Hernández, V. (2020) Practicas colusorias y concierto de precios: Nociones básicas. Recuperado de: <https://administrativando.es/practicass-colusorias/>

Hernández, S. (2013) Estructura de las redes de corrupción en los procesos de selección de obras públicas en el sector Transportes y Comunicaciones entre los años 2005 y 2010. ( Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú ) Recuperado de: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/657A0F017445AEFD052580D6006BB389/\\$FILE/HERNANDEZ\\_DIEZ\\_SANDRO.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/657A0F017445AEFD052580D6006BB389/$FILE/HERNANDEZ_DIEZ_SANDRO.pdf)

Ley 8137 – Legislación Brasileña

Miño, A. (2018) Prácticas anticompetitivas en las contrataciones del sector público (Tesis de doctorado, Universidad de Coruña- España). Recuperado de: <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/21762>

Miranzo, J. (2018) El principio de transparencia en el derecho global de la contratación pública. Pg. 19. Lima- Perú: Edit. Juristas.

Morón, J. (2019) Aspectos jurídicos de la Contratación Estatal. Vol. 9. Lima-Perú: Fondo Editorial.

Olivera, E. (s.f) Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado. Recuperado de: <file:///C:/Users/CASA/Downloads/14018-Texto%20del%20art%C3%ADculo-55816-1-10-20151012.pdf>

Organismo Supervisor de contrataciones con el Estado- OSCE.

Organización para la Cooperación y el desarrollo Económico -OCDE.

Opinión N<sup>0</sup> 163-2019/DNT

Opinión N<sup>0</sup> 065-2019/DNT

OECD (2017), *La Contratación Pública en el Perú: Reforzando Capacidad y Coordinación*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264281356-es>.

Pando, J. (2017) El comité especial: Funciones, conformación y responsabilidades. Recuperado de:

[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/DDF120F0B639BC06052572FA006DA10A/\\$FILE/Art\\_Comite\\_especial.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/DDF120F0B639BC06052572FA006DA10A/$FILE/Art_Comite_especial.pdf)

Ramírez, O. (2012) Mecanismos para combatir la colusión en licitaciones: Efectos de las decisiones sancionatorias sobre el proceso licitatorio en Colombia (Tesis de magister, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario- Colombia). Recuperado de : <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3591/53166440-2012.pdf?sequence=1>

Sánchez, V. (2021) Tipificación de las prácticas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú. Recuperado de: [https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/4471/Victor\\_Tesis\\_bachiller\\_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/4471/Victor_Tesis_bachiller_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

## Anexos

### 1.A.

<b>Línea de investigación:</b> Democracia, gobernabilidad y gestión pública			
<b>Tema:</b>			
Medidas a ser adoptadas durante el proceso de selección en las contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias.			
<b>Problema:</b>			
¿De qué manera se propondrá medidas a ser adoptadas durante el proceso de selección en las contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias?			
TESISTA: Francisco Gerardo Muñoz Oliva ASESOR: Ricardo Vicente Silva Peralta			
VARIABLES (CATEGORÍAS CONCEPTUALES)	<b>Objetivos:</b>		
1. Proceso de selección. 2. Contrataciones públicas. 3. Prácticas colusorias.	<b>General:</b>		
	Proponer medidas a ser adoptadas durante el proceso de selección en las contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias. .		
	<b>Específicos:</b>		
	<table border="1" style="width: 100%;"> <tr> <td style="width: 50%; vertical-align: top;"><b>DISEÑAR</b> un marco institucional para favorecer la competencia al interior de los procesos de selección, y así evitar que el Estado o la ley se convierta en un instrumento para posibilitar la colusión.</td> <td style="width: 50%; vertical-align: top;"><b>ANALIZAR</b> la prohibición y consecuencia de las prácticas colusorias en las contrataciones públicas, teniendo en cuenta la legislación y jurisprudencia nacional e internacional.</td> </tr> </table>	<b>DISEÑAR</b> un marco institucional para favorecer la competencia al interior de los procesos de selección, y así evitar que el Estado o la ley se convierta en un instrumento para posibilitar la colusión.	<b>ANALIZAR</b> la prohibición y consecuencia de las prácticas colusorias en las contrataciones públicas, teniendo en cuenta la legislación y jurisprudencia nacional e internacional.
<b>DISEÑAR</b> un marco institucional para favorecer la competencia al interior de los procesos de selección, y así evitar que el Estado o la ley se convierta en un instrumento para posibilitar la colusión.	<b>ANALIZAR</b> la prohibición y consecuencia de las prácticas colusorias en las contrataciones públicas, teniendo en cuenta la legislación y jurisprudencia nacional e internacional.		
<b>Hipótesis</b>	Si se pretende que exista un concurso con competencia en base a los procedimientos de selección previstos en el decreto supremo Nro. 162-2021-EF, reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, entonces corresponde desarrollar una propuesta normativa a ser adoptada durante el proceso de selección en las contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias.		
<b>Aporte</b>	Propuesta de medidas a ser adoptadas durante el proceso de selección en las contrataciones públicas para evitar prácticas colusorias.		