

PROYECTO DE LEY

La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona con fuerza de ley,

LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Artículo 1.- Objeto. La presente ley tiene por objeto hacer efectiva la defensa de la competencia en los procesos de selección del cocontratante conforme las leyes 2095 y sus modificatorias, y las leyes 5.916 y 6.246 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Las acciones previstas se enmarcan en el cumplimiento de lo establecido por el artículo 48 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y el artículo 42 de la Constitución de la Nación.

Artículo 2.- Autoridad de aplicación. La Autoridad de aplicación de la presente ley son los organismos contratantes previstos por la Ley 2.095 y sus modificatorias, y las leyes 5.916 y 6.246 o las que las reemplacen en un futuro, según corresponda al proceso de selección del cocontratante.

Las autoridades de aplicación que desarrollarán la investigación prevista en el artículo 6 y la recepción de denuncias prevista en el artículo 4 de la presente ley en los diferentes poderes serán designadas en la reglamentación de la presente ley.

Artículo 3.- Supuestos. La investigación administrativa procederá ante la detección de indicios de un abuso de posición dominante o la conducta anticompetitiva prevista en el inciso d) del artículo 2 de la Ley Nacional 27.442 o la que la reemplace en un futuro.

Asimismo, procederá ante la detección de la posible comisión de los supuestos previstos por el párrafo primero del artículo 300 o del Título XI del Libro Segundo del Código Penal de la Nación en relación a los procesos de selección.

Artículo 4.- Denuncia. La autoridad de aplicación de investigación recibirá las denuncias por parte de las organismos contratantes o de los funcionarios que intervinieron en el proceso de selección.

Artículo 5.- Plazos. Ante la detección de los indicios conforme el artículo 3 de la presente ley, la autoridad de aplicación de la contratación tendrá un plazo máximo de CINCO (5) días para la notificación de la situación a la autoridad de control, remitiendo el expediente y demás información necesaria para la investigación.

En el mismo acto deberá procederse conforme lo establecido en las respectivas normas respecto de la continuidad o no del proceso de selección o del contrato si se tomara conocimiento con posterioridad al perfeccionamiento del mismo.

Artículo 6.- Investigación. Ante los supuestos previstos en el artículo 3, de oficio o por denuncia de legitimados conforme el artículo 4 de la presente, la Autoridad de aplicación de investigación

debe iniciar una investigación administrativa con el objeto de definir si los indicios observados se adecúan a una conducta anticompetitiva, ya sea con o sin injerencia de funcionarios públicos.

Si el resultado de la investigación administrativa indicare la posible comisión de la conducta anticompetitiva, se deberá presentar formal denuncia ante la Autoridad Nacional de Competencia creada por la Ley Nacional 27.442, incluyendo todo medio probatorio disponible respecto de las empresas y personas humanas involucradas, y respecto de la proyección del beneficio ilícitamente obtenido por los involucrados.

Cuando el supuesto se encuentre alcanzado por los extremos previstos en el artículo 300 del Código Penal de la Nación y/o se detectare la participación de un funcionario público en los supuestos previstos del Título XI del Libro Segundo del Código Penal de la Nación, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe presentar formal denuncia penal ante juez competente. En la denuncia debe incluirse todo el material probatorio obtenido en la investigación administrativa.

Lo establecido en la presente no obsta las acciones administrativas, civiles u otras acciones penales pertinentes.

Artículo 7. Incorpórese el artículo 15 bis a la Ley 2.095 que quedará redactado del siguiente modo:

“Artículo 15 Bis.- FOMENTO DE LA COMPETENCIA. El órgano rector reglamentará una Declaración Jurada de Propuesta Competitiva que será exigible en los procesos licitatorios. La declaración establecerá que la oferta realizada no ha sido concertada con potenciales competidores.

Advertida la falsedad en la declaración, la Unidad contratante podrá rescindir el contrato con culpa del contratista e iniciar las acciones judiciales pertinentes por el daño ocasionado. Si la falsedad en la declaración fuese advertida con posterioridad al cumplimiento del contrato, procederán las sanciones previstas en los artículos 137 y 138 de la presente ley.

La Unidad contratante deberá rechazar la propuesta u oferta, en cualquier estado del proceso de selección, cuando observe indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que media simulación de competencia, concurrencia o hubiesen coordinado la propuesta a presentar. La Unidad contratante debe informar dicha situación al órgano rector.

Si mediara sanción impuesta por la Autoridad Nacional de la Competencia conforme la Ley Nacional N° 27.442 o la que en un futuro la reemplace por conducta anticompetitiva respecto del contrato, la Unidad contratante podrá rescindir el contrato con culpa del contratista.”

Artículo 8. Incorpórese el artículo 25 bis al ANEXO de la Ley 5.916 que quedará redactado del siguiente modo:

“Artículo 25 Bis.- FOMENTO DE LA COMPETENCIA. Los pliegos de bases y condiciones generales, particulares y de especificaciones técnicas no deben incluir cláusulas que constituyan

una restricción irrazonable de la concurrencia, que favorezcan situaciones particulares, que posibiliten acuerdos de reparto de mercado o de concertación de posturas o abstención en las convocatorias.

Asimismo, el órgano previsto en el artículo 29 reglamentará una Declaración Jurada de Propuesta Competitiva que será exigible en los procesos licitatorios. La declaración establecerá que la oferta realizada no ha sido concertada con potenciales competidores.

Advertida la falsedad en la declaración, la Unidad contratante podrá rescindir el contrato con culpa del contratista e iniciar las acciones judiciales pertinentes por el daño ocasionado. Si la falsedad en la declaración fuese advertida con posterioridad al cumplimiento del contrato, procederá la suspensión de todo registro de contrataciones con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por hasta cinco (5) años.

La entidad contratante deberá rechazar la propuesta u oferta, en cualquier estado del proceso de selección, cuando observe indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que media simulación de competencia, concurrencia o hubiesen coordinado la propuesta a presentar. La entidad contratante deberá informar al órgano respecto de dicha situación.

Si mediara sanción impuesta por la Autoridad Nacional de la Competencia conforme la Ley Nacional N° 27.442 o la que en un futuro la reemplace por conducta anticompetitiva respecto del contrato, la unidad contratante podrá rescindir el contrato con culpa del contratista.”

Artículo 9.- De forma. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS

Señor Presidente,

En anteriores oportunidades presentamos los expedientes 2917-D-2018 y su representación el expediente 443-D-2020 para la creación de una Oficina dedicada al Fomento de la Competencia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. La mencionada iniciativa legislativa tiene por objeto fortalecer las condiciones de competencia en todos los ámbitos del comercio dentro de nuestra jurisdicción. El presente proyecto no resulta en un desprendimiento del mencionado sino en el esfuerzo que todas las jurisdicciones del país debemos tener para garantizar la transparencia en las contrataciones públicas.

En este orden de ideas, cabe preguntarse qué estamos protegiendo cuando protegemos la competencia. En definitiva, estamos cuidando tanto las condiciones en que entendemos debe regirse nuestro mercado asegurando una igualdad de trato y libertad del ejercicio de industria lícita. Las restricciones anticompetitivas suponen una vulneración del derecho de terceros que se ven frustrados en su participación en el mercado por un trato desigual producto del comportamiento de los demás operadores. La prohibición de la coordinación de ofertas y la cartelización empresarial es un desincentivo a las conductas oportunistas que obtienen mayores beneficios individuales, al mismo tiempo que acrecientan los costos sociales.

Decir todo esto es producto de una posición asumida respecto del rol del Estado. Aún en el mundo de la competencia, hay quienes entienden que el fomento y la defensa de la misma se concreta con la mera remoción de barreras burocráticas.

Sin embargo, el Estado tiene un rol de otras características que simplemente no disponer de medidas que fomenten la concentración económica. Las acciones de control y fiscalización del funcionamiento de los mercados y la sanción de las conductas, son herramientas que imponen un determinado orden económico. Pero, nuevamente ese orden responde a un interés colectivo tanto para los consumidores como para las demás empresas que quieren prosperar en el mercado.

Ante una falsa dicotomía entre la corrupción empresarial (como la cartelización y los abusos de posición dominante) y la corrupción estatal, se vuelve necesario afirmar que las leyes tienen que fiscalizar y controlar a ambos. No es cierto que el mero incentivo del lucro genera mercados competitivos, porque siempre existen conductas oportunistas tendientes a desvirtuar la competencia. Las leyes impactan sobre ambos, porque en ambos hay gran poder de daño.

Un paso más allá de esta explicación es entender la cooperación ilícita entre funcionarios y empresas cartelizadas. Este supuesto es el más gravoso de todos. No quepa duda que aflojar mucho la tensión en uno de los extremos alimentará a las empresas cartelizadas al corrompimiento de funcionarios, o la corrupción de los funcionarios desencadena el amiguismo empresarial que carteliza.

Un Estado que habilita, apoya y acompaña el desarrollo privado y la proliferación empresaria, es un Estado capaz de controlar y fiscalizar el desempeño leal y competitivo de los privados. De lo contrario entramos en un peligroso laberinto corporativo, donde los perjudicados son siempre las empresas, los ciudadanos y los funcionarios honestos.

Nuestro ordenamiento constitucional incluye la manda específica de *“la defensa de la competencia contra toda actividad destinada a distorsionarla y al control de los monopolios naturales y legales y de la calidad y eficiencia de los servicios públicos”* en el artículo 48 de nuestra Constitución. Esto en sintonía respecto del artículo 42 de la Constitución de la Nación que expresa *“la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos”*.

La manda respecto de toda mejora de las condiciones de competencia no debe ser limitada a la interpretación de una acción de regulación económica, sino también a una acción respecto de los procesos de selección públicos. Así es como las leyes de procedimientos de selección de compras y contrataciones, obra pública, concesión de obra pública y/o de proyectos público-privados, hacen referencia respecto de la importancia de garantizar la competencia. Tanto la Ley 2.095 como las leyes 5.916 y 6.246 incluyen entre sus principios la competencia, principio que debe entenderse en el concepto más abarcativo de la competencia en sintonía con nuestro orden constitucional.

El procedimiento de contrataciones público-privadas establece en su artículo 13 que *“deberán garantizarse la transparencia, publicidad, difusión, igualdad, concurrencia y competencia en los procedimientos de selección y actos dictados en consecuencia”*. Por su parte, la Ley de Obra Pública recientemente sancionada por esta Legislatura incluyó en su artículo 18 una serie de recaudos a ser tomados para asegurar la competencia y fomentarla. A saber, dice:

“Los pliegos de bases y condiciones generales, particulares y de especificaciones técnicas no deben incluir cláusulas que constituyan una restricción irrazonable de la concurrencia, que favorezcan situaciones particulares, que posibiliten acuerdos de reparto de mercado o de concertación de posturas o abstención en las convocatorias.

Asimismo, el órgano rector reglamentará una Declaración Jurada de Propuesta Competitiva que será exigible en los procesos licitatorios. La declaración establecerá que la oferta realizada no ha sido concertada con potenciales competidores. Advertida la falsedad en la declaración, el comitente podrá rescindir el contrato con culpa del contratista.

El organismo licitante deberá rechazar la propuesta u oferta, en cualquier estado del proceso de selección, cuando observe indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que media simulación de competencia, concurrencia o hubiesen coordinado la propuesta a presentar. Asimismo, el organismo comunicará tal circunstancia al órgano rector a efectos de la eventual aplicación de las sanciones. Si mediara sanción impuesta por la Autoridad Nacional de la Competencia conforme la Ley Nacional N° 27.442 o la que en un futuro la reemplace por conducta

anticompetitiva respecto del contrato de obra pública, el comitente podrá rescindir el contrato con culpa del contratista.”

Estas expresiones normativas explícitas no hacen más que reforzar la implementación de la Ley Nacional 27.442, proceso que es conocido bajo la denominación inglesa de “*enforcement*”. Apuntalar este proceso implica poner en funcionamiento todas las disposiciones previstas en las leyes para asegurar su anclaje en la comunidad, con modificaciones en aspectos sociales, económicos y culturales. Las normas que no encuentran dicho anclaje, simplemente no logran cumplir con toda la fuerza normativa que el legislador le quiso dar.

Cuando estamos protegiendo la competencia en los procesos de selección públicos, estamos cuidando el presupuesto público frente a la distorsión competitiva. Este tipo de conductas nunca son en beneficio del pagador sino un claro perjuicio. Tan es así que la nueva Ley Nacional 27.442 introdujo la cartelización y la concertación de ofertas en procesos de selección públicos (inciso d del artículo 2) como una “*conducta absolutamente anticompetitiva*”.

Cuando las conductas son consideradas absolutamente anticompetitivas, ello implica una presunción a la afectación del interés general económico. En términos prácticos, se invierte la carga de la prueba respecto que dicha conducta es o no anticompetitiva. La afectación al interés general económico significa el principal elemento del tipo anticompetitivo. Entonces, el legislador optó por ser taxativo con lo perjudicial de este tipo de conductas.

El presente proyecto de ley que se pone bajo análisis apunta a dotar al Gobierno de esta Ciudad Autónoma de obligaciones en la lucha contra la cartelización y con especial énfasis en el “*bid rigging*” o también conocido como la licitación de licitaciones o lo que es equivalente a decir la distribución pactada entre las partes de las contrataciones realizadas por el Estado. Este concepto es aplicable tanto con o sin la participación de los funcionarios públicos en la defraudación al presupuesto público.

Ante la contundencia de tales hechos, y en resguardo de los ciudadanos de la Ciudad a los que representamos, este proyecto propone la supervisión de los procesos de contrataciones públicas de todo el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con un claro fin: detectar la cartelización. Y en el mismo hecho, impulsar la imposición de multas por parte de la Autoridad Nacional de la Competencia creada por la Ley 27.442 y efectuar las denuncias penales del caso, previéndose la inminente criminalización del bid rigging.

Finalmente, y con el objetivo de la uniformidad en el fomento de la competencia en todos los procesos de selección de la Ciudad, optamos por incorporar artículos de fomento de la competencia y que contemplen las consecuencias de las conductas anticompetitivas tanto en la Ley 2.095 como en la 5.916.

Por todos estos motivos es que le solicitamos a esta Legislatura la consideración y sanción de la presente ley.