

Repensar el derecho de la contratación estatal desde la competencia

Sánchez Graells, Albert (2015). *Public Procurement and the EU Competition Rules, Competition Law*, 2.ª ed. Oxford y Portland: Hart Publishing.

SEBASTIÁN BARRETO¹

RESUMEN

El libro *La contratación estatal y el derecho de la competencia de la Unión Europea*² aborda las relaciones existentes entre estas dos ramas del derecho. Plantea herramientas metodológicas nuevas, propias del derecho de la competencia, para aproximarse a la contratación estatal y analiza la normativa vigente en la Unión Europea con base en estas. A partir de ese análisis el autor recomienda replantear el derecho de la contratación estatal para hacerlo más pro competitivo. Entre sus múltiples aciertos se puede resaltar la utilización del Análisis Económico del Derecho como herramienta para emprender su estudio y elaborar sus recomendaciones.

Palabras clave: contratación estatal, derecho de la competencia, Análisis Económico del Derecho, normatividad de la Unión Europea, corrupción.

- 1 Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Candidato a magíster de la Universidad de Nottingham, Nottingham, Reino Unido. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: carlos.barreto@uexternado.edu.co Fecha de recepción: 2 de febrero de 2016. Fecha de modificación: 15 de marzo de 2016. Fecha de aceptación: 15 de mayo de 2016. Para citar el artículo: Barreto, S. (2016). Repensar el derecho de la contratación estatal desde la competencia. *Revista digital de Derecho Administrativo* n.º 15, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, pp. 297-304. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n15.14>
- 2 La traducción del título de la obra, de la cual no se dispone de una versión en español, se realiza únicamente con fines académicos.

Rethinking Public Procurement Law from Competition Rules

ABSTRACT

The book *Public Procurement and the EU Competition Law* examines the relationship between these two branches of law. It presents new methodological tools, typical of competition law, in order to understand public procurement and analyzes current legislation in the European Union based on these tools. From this approach, the author studies the EU rules on public procurement and drafts some recommendations on how to make public procurement law more pro-competitive. The book uses economic analysis as its methodology to study and develop proposals.

Keywords: Public Procurement, Competition Law, Economic Analysis of Law, EU Law, Corruption.

INTRODUCCIÓN

Como el título lo sugiere, *La contratación estatal y el derecho de la competencia de la Unión Europea*, de Albert Sánchez Graells, busca analizar las relaciones existentes entre el derecho de la contratación estatal³ y el derecho de la competencia en las normas de la Unión Europea. El principal objetivo perseguido es identificar las diferentes ventajas que podría aportar el derecho de la competencia al campo de la contratación estatal y, de esta manera, presentar recomendaciones tendientes a hacer de las normas de contratación pública una herramienta eficaz de protección de la libre competencia económica. Esto, a pesar de la complejidad de la práctica de la contratación estatal y la ausencia de un marco analítico desde la perspectiva de las reglas de competencia que permita aproximarse al comportamiento que en el mercado tienen los agentes públicos. Para lograr su objetivo principal, y superar las dificultades mencionadas, el autor divide el libro en cinco partes con las cuales confía convencer al lector de que el enfoque propuesto es válido y necesario, y además de ello, de que la aplicación del marco analítico es correcta; en otras palabras, el libro contiene una aproximación novedosa y la puesta en práctica de la misma, lo que lo convierte en un doble reto argumentativo para su autor.

El marco analítico, que hace parte de la tesis contenida en el libro, es que la competencia importa en materia de contratación estatal, siendo la aplicación práctica de este marco analítico la segunda gran tesis de la obra. Es posible ver

3 Se adopta el vocablo "contratación estatal" como traducción de "public procurement".

esta aplicación en diferentes escenarios; por ejemplo, en el análisis concreto de las consecuencias que algunas normas del derecho de la contratación estatal tienen en los mercados, o bien en el análisis de los fundamentos económicos existentes al momento de proferir tales normas. En este último caso, resulta oportuno el cuestionamiento del postulado, no siempre acertado, según el cual la contratación estatal es un monopsonio, fundamento sobre el cual se erigen, en gran medida, las normas de la contratación pública.

Inicialmente, la obra pone de presente varias circunstancias que son fundamentales para poder comprender el fruto de su investigación. En este sentido, se expone el estado de la doctrina, en la cual la investigación echa de menos tanto la descripción como el análisis de la interrelación entre las dos "ramas del derecho". De ahí que se concluya que se trata de un campo considerablemente sub explorado. Una vez constatado este vacío, se plantea la que podría ser una aproximación general a las relaciones entre estas dos disciplinas jurídicas, donde se resalta el hecho de que la competencia importa para la contratación estatal —o debería hacerlo—, al tiempo que se presenta la justificación del estudio y la estructura y metodología que se utiliza para ello. Es de esta forma que el autor logra delimitar conceptualmente el objeto de análisis. Llama la atención justamente la delimitación negativa que hace el autor del objeto de la investigación. De este modo, se excluyen los referentes internacionales, como las normas de la UNCITRAL y las relaciones, obvias, que pueden surgir entre la corrupción y sus efectos anticompetitivos en los mercados. Además, se restringe el estudio de aspectos interesantes, como los incentivos económicos que puede haber en algunos contratos o el análisis económico respecto de las ventajas de llevar a cabo las actividades al interior de los entes gubernamentales —*versus* la contratación de particulares para el mismo fin—.

La investigación se centra por tanto en los principios y cimientos de las dos "ramas del derecho" que constituyen el eje de la obra, antes de emprender un ejercicio de determinación de los problemas generales que aparecen cuando se trata de articular las reglas de la libre competencia con aquellas que regulan los contratos estatales y las situaciones específicas en las cuales podría desempeñar un rol el derecho de la competencia. Una vez demostrada la necesidad de aplicar la competencia a la contratación pública, el autor presenta, a manera de consideraciones finales, recomendaciones para crear un sistema más garante de la libre competencia económica en los procesos de contratación pública.

A esta presentación del cuerpo del trabajo se suman algunas precisiones metodológicas. En primer lugar, el análisis de Sánchez Graells no se reduce exclusivamente a buscar procedimientos administrativos de selección más competitivos, con el fin de obtener mejores ofertas para la Administración Pública. De hecho, es posible afirmar que se trata de un análisis más comprensivo y en alguna medida menos concreto, toda vez que el cuerpo de normas de la contratación estatal es puesto en contacto con el bloque del derecho de la competencia como un todo, sin concentrarse exclusivamente en adelantar

procedimientos más competitivos, en tanto más competidos, sino más pro competitivos, en tanto más ajustados a los principios y fundamentos del derecho de la competencia como herramienta de supervisión de los mercados. Los aspectos que se resaltan de la competencia y su papel en la contratación estatal incluyen, por consiguiente, los efectos que los compradores públicos tienen en los mercados, el análisis de los diferentes mercados geográficos y de productos en que los agentes públicos desarrollan sus actos económicos y, de manera más general, los múltiples efectos anticompetitivos que pueden generar los agentes económicos públicos, especialmente en razón de las normas diferenciadas de la contratación estatal; es decir, el derecho de la contratación estatal como un potencial elemento de distorsión de la competencia en los mercados.

La metodología empleada en el libro no se reconduce en todas las ocasiones a un análisis jurídico tradicional, sino que por el contrario las referencias a la economía son recurrentes y enriquecen enormemente la investigación. Si se tiene en consideración que los mercados y las compras públicas no son un fenómeno exclusivamente jurídico sino que, en tanto compraventa de bienes y servicios, se trata también de una actividad mercantil, se entiende la relevancia del análisis económico y las herramientas de esa disciplina.

De las recomendaciones con las que finaliza el autor se destaca la necesidad de incorporar consideraciones económicas, derivadas del derecho de la competencia, al ámbito del derecho público y, concretamente, a la contratación. Pese a que no se compartan sus conclusiones, ellas recogen interesantes discusiones en torno a la eficiencia de las normas de la contratación pública, como por ejemplo, la posibilidad de dividir contratos (artificialmente) para asegurar un nivel mínimo de diversidad entre los proveedores, con lo cual se promovería la competencia para futuros contratos (Sánchez Graells, 2015, p. 462), o la inclusión del *market economy buyer test* para examinar si las decisiones al interior de la contratación estatal pueden ser consideradas ayudas estatales (Sánchez Graells, 2015, p. 466), o incluso la existencia de un principio de interpretación *in dubio pro concurrentia* (Sánchez Graells, 2015, p. 487), interpretación en nuestra opinión ya intentada en Colombia por el Consejo de Estado (Consejo de Estado exp. 0036, 2012).

Varios cuestionamientos surgen a partir de la lectura del libro. El más inquietante se refiere quizás a la afirmación según la cual "la competencia va primero" (Sánchez Graells, 2015, p. 13). En efecto, la premisa fundamental sobre la que se erige la obra es que la libre competencia económica debe ser tenida en cuenta en el diseño de las normas de contratación y que, de alguna forma, sus objetivos son superiores. La competencia aparece como un fin al que las normas y procedimientos de la contratación obligatoriamente deben aspirar. Si bien esta afirmación se muestra menos inquietante en escenarios como el europeo, en el que la libre competencia es uno de los principios generales de base de la Unión (Jones & Suffin, 2014), no por eso la discusión queda

zanjada, en particular si se observan los objetivos de la contratación estatal que pueden divergir de los meramente económicos, que son casi de exclusiva consideración en el derecho de la competencia.

Una segunda duda que permanece en el aire, quizá como consecuencia de la anterior, está relacionada con las finalidades que persigue cada una de las dos disciplinas jurídicas. A pesar de contener un estudio serio y convincente de las finalidades que aúnan a estas dos ramas del derecho, se soslayan en alguna medida las finalidades y objetivos que podrían llevarlas por senderos distintos, como la sugerencia de abandono de las denominadas políticas horizontales o secundarias (Sánchez Graells, 2015, p. 104). Es decir, se resaltan los puntos de "unión" pero se minimizan los de "desunión" generando con ello un sesgo a favor de la tesis sostenida. A pesar de la conciencia del autor de la posibilidad de que estos puntos de "desunión" existan: como cuando, en determinadas circunstancias, la eficiencia y la transparencia de la contratación pueden generar distorsiones competitivas que causan pérdidas de eficiencia en términos de la relación calidad-precio y el efecto negativo que puede tener para el resto de los agentes en el mercado el actuar del comprador público (Sánchez Graells, 2015, p. 115).

Adicionalmente, existen algunas afirmaciones y argumentos que son difíciles de compartir. Es el caso de la afirmación según la cual el derecho de la contratación estatal no es, en algún sentido, ni más ni menos que la particularización del derecho de la competencia en la limitada arena de las compras por parte de agentes públicos (Sánchez Graells, 2015, p. 86), o la de que el objetivo último de las dos disciplinas jurídicas es alcanzar la eficiencia económica (Sánchez Graells, 2015, p. 86). Serias dudas surgen en torno de dichas aproximaciones puramente económicas a la contratación estatal que, incluso en el escenario europeo, puede tener fines diferentes a los meramente económicos (Arrowsmith, 2010) (Schooner, 2002). Nada de lo anterior le resta valor ni a los análisis realizados por el autor, ni validez al método por él empleado (Sánchez Graells, 2013), a pesar de las sustentadas críticas que se han hecho, como cuando se indica que en sus trabajos se eleva a un valor supremo la competencia y con ella a los mercados, generando mercados aislados de las preocupaciones sociales, y no sociedades orientadas hacia estos (Losada Fraga, 2012).

Por otra parte, si se observan en detalle sus conclusiones, es posible adoptarlas sin necesidad de compartir algunas de las premisas sobre las cuales se basan, aun si esto suena paradójico. Los efectos que puede tener la contratación estatal en los mercados, como el efecto *waterbed* (Inderst & Valletti, 2011), deben ser, cuando menos, un punto de referencia al momento del diseño de las futuras reglamentaciones de contratación estatal, sin que sean el elemento único o último de decisión.

Más allá de esto, el libro deja una preocupación general sobre el derecho de la contratación estatal: ¿acaso el derecho de la contratación estatal no está rezagado en los fundamentos económicos que lo sustentan, particularmente si

se le compara con otras áreas del derecho, como el derecho de la competencia? (Jones & Suffin, 2014). ¿No merece el derecho de la contratación estatal tanto una revisión de sus fundamentos económicos (De Bettignies & Ross, 2004) como una reformulación de las normas, sustentadas en teorías económicas que no tiene cabida en la actualidad?

Este tipo de aproximación económica al análisis de las normas de la contratación estatal para el caso latinoamericano y colombiano es casi inexistente, con notables excepciones (Gorbaneff, 2003) (Cárdenas Martínez & Mora Ramírez, 2006). La ausencia de literatura al respecto es motivo suficiente para embarcarse en la lectura del libro de Sánchez Graells, pues es una pieza casi única en su especie y plantea tanto dudas como respuestas cruciales para cualquier diseño de normas de contratación estatal y su análisis. A partir de esta obra las preocupaciones de la competencia y, más concretamente, las propuestas de su autor, son un referente obligado, al menos para considerarlas, así estas no se acojan, en cualquier estudio y reformulación de normas jurídicas sobre contratación.

Sintomático en relación con la importancia de traer las consideraciones económicas "vigentes" al campo de la contratación resulta el hecho de que la Ley 80 de 1993 esté basada en la teoría económica clásica cuando las asunciones básicas de la misma han sido refutadas una y otra vez (Gorbaneff, 2003). Al menos para los lectores colombianos, el libro deja algunas preguntas a las cuales, más que por la simple lectura, se llega a partir de la reflexión: ¿el análisis de la contratación estatal en Colombia ha estado demasiado concentrado en la corrupción? ¿El enfoque meramente anti corrupción no impone barreras cada vez más grandes a las entidades y se vuelve una distorsión del mercado que dificulta la competencia y facilita aún más la corrupción? ¿Los factores y requisitos innumerables impuestos por la ley no facilitan la descalificación de competidores hábiles y confiables para favorecer competidores oportunistas?

Del mismo modo, se presentan dudas de cara al anuncio del gobierno nacional de estandarizar los pliegos de condiciones para todo el país (Presidencia de la República, 2015), obviando perspectivas constitucional, administrativa y con relación a la autonomía, los efectos económicos y para la libre competencia que esta medida podría tener también pueden ser inadecuados. Pese a los efectos positivos que podría tener la medida para algunos actores económicos, el efecto general en el territorio nacional sería el de una distorsión abrumadora de los mercados. En otras palabras, el problema no se solucionaría evitando favorecer a algunos contratistas, sino que, por el contrario, se centralizaría favoreciendo aún más a unos pocos, con el agravante de que se podrían distorsionar no solo algunos mercados corruptos, como en la actualidad, sino el sistema entero.

La Contratación estatal y el derecho de la competencia de la Unión Europea es un libro cuya lectura se torna casi obligatoria en el estado actual del conocimiento, en el que las ciencias jurídicas no son más un eje aislado que gravita por sí solo en las inmediaciones de las ciencias humanas, y en el que las ramas del derecho,

como la contratación estatal, no son ramas distanciadas de las demás y unidas al tronco común del derecho, sino subsistemas que se tocan, transforman y modifican entre sí (Schmidt-Assmann, 2003), como acertadamente expone y propone el autor. En ese orden de ideas, tanto los abogados como los economistas y académicos que tienen contacto con la contratación estatal y han emprendido o emprenderán análisis o interpretaciones sobre la normativa vigente, o que pretendan proponer modificaciones a estas, deberían acometer la lectura de la obra acá reseñada. Lo anterior, puesto que Sánchez Graells ha creado todo un nuevo arsenal de herramientas que difícilmente pueden seguir siendo soslayadas por cuanto, cuando menos, su consideración resulta crucial, así sea para rechazar su enfoque.

BIBLIOGRAFÍA

ARROWSMITH, S. (2010). Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy. *Journal of Public Procurement*, 10 (2), 149.

CÁRDENAS MARTÍNEZ, E. E. y MORA RAMÍREZ, J. M. (2006). La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo. *Reflexión Política*, 8 (15), pp. 148-162.

Consejo de Estado. Exp. 0036, 11001-03-26-000-2010-0036-01. 14 de febrero de 2012.

DE BETTIGNIES, J.-E. y ROSS, T. W. (2004). The economics of public-private partnerships. *Canadian Public Policy/Analyse de Politiques*, pp. 135-154.

GORBANEFF, Y. (2003). *Contratación pública en Colombia y la teoría económica*. Bogotá: DNP.

INDERST, R. y VALLETTI, T. (2011). Buyer Power and the Waterbed Effect. *The Journal of Industrial Economics*, 59 (1), 1-20.

JONES, A. y SUFFIN, B. (2014). *EU Competition Law*. Oxford, UK: Oxford University Press.

LOSADA FRAGA, F. (2012). The Green Paper on the modernization of public procurement policy of the EU: Towards a socially-concerned market or towards a market-oriented society? *Oñati Socio-Legal Series*, 3 (4).

Presidencia de la República. (19 de mayo de 2015). *Presidencia de la República de Colombia*. Recuperado el 1 de febrero de 2016, del sitio web de la Presidencia de la República de Colombia: http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Mayo/Paginas/20150519_12-Palabras-Presidente-Juan-Manuel-Santos-lanzamiento-Pol%C3%ADtica-Transparencia-Sector-Transporte.aspx

SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2013). Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público. Disponible en SSRN 2319952.

- SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2015). *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Oxford-Portland: Hart Publishing.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistémica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- SCHOONER, S. L. (2002). Desiderata: Objectives for a system of government contract law. *Public Procurement Law Review*, 11, 103.