

La competencia y la reforma a la Ley de contrataciones públicas de la República Dominicana¹

MIRNA J. AMIAMA NIELSEN²

INTRODUCCIÓN

Las instituciones y los sistemas del Estado deben actuar y operar en función de la consecución del interés del público en general, el interés del supremo de quien es delegatario y recibe todo el poder.

La Constitución Dominicana de 2015 dispone en su Artículo 7 que la República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho. El Artículo 8 declara cual es la función del Estado:

Artículo 8.- Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.

- 1 Fecha de recepción: 22 de febrero de 2019. Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019. Para citar el artículo: Amiama Nielsen, M. (2019). La competencia y la reforma de las contrataciones públicas de la República Dominicana, en *Revista Con-texto*, n.º 52, pp. 161-193. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n52.08>.
- 2 Abogada dominicana con ejercicio privado especializado en Competencia, Contrataciones Públicas y Energía, entre otras áreas de ejercicio de la abogacía. Participa como consultora independiente para la elaboración de los proyectos de ley de Competencia y Contrataciones Públicas, los cuales se convirtieron en ley tiempo después. Ha sido pionera reconocida en el estudio del Derecho de Competencia, Derecho de Contrataciones Públicas y Derecho Energía en la República Dominicana. Recientemente concluyó su contrato con el BID para realizar recomendaciones para un eventual proyecto de ley que reforme la actual Ley de Contrataciones Públicas de la República Dominicana. Fue decana de la Escuela de Derecho de la Universidad APEC por más de 10 años, y ha sido profesora universitaria de Derecho Comercial, Derecho de Competencia, Comercio Internacional, Inversión Extranjera, entre otras.

El Sistema de Contrataciones Públicas es una de las herramientas disponibles para el Estado alcanzar el interés general³.

Las contrataciones públicas representan un importante volumen del gasto público y de la economía de los países. En el año 2012 se estimó que los países de la OCDE gastan un promedio del 12% del PIB⁴.

En la República Dominicana, el Boletín 27 de Estadísticas de Compras y Contrataciones, publicado por la Dirección General de Contrataciones Públicas⁵, indicó que bajo el marco de Ley sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones Núm. 340-06 su modificación por la Ley Núm. 449-06, 06 (en adelante "Ley de Contrataciones Públicas"), y su Reglamento de aplicación en el Decreto Núm. 543-12, se efectuaron contrataciones públicas en el período comprendido entre los meses de abril y junio del 2018 por RD\$4.862.430.880,71, de los cuales aproximadamente RD\$3.700.000.000,00 corresponden a licitaciones públicas.

Aproximadamente RD\$3.400.000.000,00 fueron contratados a MYPIMES no certificadas, y unos RD \$970.000.000,00 fueron contratados a MYPIMES certificadas por el Ministerio de Industria y Comercio.

El Presupuesto General del Estado para el año 2018 se aprobó un gasto en contrataciones de bienes y servicios del orden de los RD\$87.198.056.306 de conformidad con el Anexo de Gastos del Presupuesto General del Estado, lo que constituye un 2.3% del presupuesto. En el mismo anexo se indica que fue aprobado un gasto de RD\$25.366.848.126 para construcciones en proceso, que representa un 0,7% del presupuesto nacional.

El mismo anexo, la clasificación objetal del gasto, indica que en contrataciones de servicios, materiales y suministros, bienes muebles e inmuebles e intangibles y obras 4,3% del PIB será gastado por el Estado durante el año 2018.

El 23,9% del gasto presupuestado para el año 2018, corresponde a contrataciones de servicios, materiales y suministros, bienes muebles e inmuebles e intangibles y obras.

En la siguiente tabla se observa la comparación del gasto según su objeto⁶.

3 La corrupción en la contratación estatal: ¿entre la etiqueta y la acción social? *Revista Derecho Público*. n. 86 (2017) • pp. 7-31 • DOI 10.5354/0718-5249.2017. XXXXX Recibido: 2/12/2016 • Aprobado: 10/6/2017. Carlos Fernando Amaya Rodríguez Institución Universitaria Colegios de Colombia, Colombia Laura Cristina Hernández Abogada, Colombia, Zuleyma Méndez Prada Abogada, Colombia

4 Recomendación del Consejo para Combatir la Colusión en la Contratación Pública aprobada el 17 de julio de 2012.

5 Boletín 27 de la Dirección General de Contrataciones Públicas de la República Dominicana <http://www.dgcp.gob.do/transparencia/index.php/estadisticas>

6 Para la preparación de este artículo nos resultó difícil encontrar información estadística procesada y analizada respecto del sector de las contrataciones públicas. El tratamiento que recibe el sector como un aspecto dentro de las cuentas nacionales, y no como un sector de la economía nacional, puede ser parte de la causa de dicha falta de análisis y procesamiento.



La innegable importancia económica de las contrataciones públicas provoca que siempre esté latente la preocupación por el uso correcto de los fondos públicos y los incentivos naturales, para que los agentes del mercado se coordinen e incurran en prácticas anti-competitivas, denominadas en nuestro Derecho licitaciones colusorias.

De hecho, la Fiscalía Nacional Económica de Chile ya en 2011 declaraba que

La colusión en licitaciones (conocida internacionalmente como *bid-rigging*), particularmente en el ámbito de las compras públicas, constituye una de las preocupaciones fundamentales del derecho de la competencia moderno. En efecto, diversos organismos internacionales recomiendan a las agencias de competencia enfocar en los gobiernos al menos una parte importante de sus esfuerzos destinados a alertar acerca de los peligros de los carteles. Asimismo, se recomienda colaborar de manera estrecha con las autoridades encargadas de las compras públicas con el fin de detectar, perseguir y sancionar la colusión en licitaciones de manera más efectiva⁷.

En la República Dominicana, han transcurrido 12 años de aplicación de una Ley de Contrataciones Públicas, la cual, si bien fue un avance importante en su momento, especialmente promoviendo la selección de suplidores del Estado siguiendo procesos competitivos, no es menos cierto, que en el 2006 la reforma no alcanzó a integrar todas las mejores prácticas de la época, por lo que dicha ley se quedó rezagada en algunos aspectos.

7 Compras Públicas y Libre Competencia. Fiscalía Nacional Económica de Chile. Abril 2011. Pp.2 <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf>

Evidentemente, en 12 años las mejores prácticas en contrataciones públicas han evolucionado, y con ellas debe evolucionar nuestra legislación, a fin de alcanzar una regulación de las contrataciones públicas en mayor sintonía con las necesidades de un buen gobierno, con el precepto constitucional que nos declara como un Estado Social y Democrático de Derecho⁸ y con el entorno internacional. Uno de los principales rasgos de la tendencia regulatoria en esta materia, es el entendimiento de rol positivo que juega el Derecho de la competencia en los sistemas de contrataciones públicas, y su consecuente influencia en dicha regulación, y en su aplicación.

Y aun cuando no lo declare de forma expresa, la Constitución Dominicana de 2015 recoge la intención de que la República Dominicana sea una "economía social de mercado"⁹.

Como evidencia de ello encontramos disposiciones en nuestra Constitución de 2015 Título II De los derechos, garantías y deberes fundamentales Capítulo I de los derechos fundamentales sección II de los derechos económicos y sociales, Arts.50 al 63, que reconoce por un lado la obligación del Estado de velar por los intereses privados al declarar la libertad de empresa, la regulación de la economía por el Estado, el derecho de propiedad y el derecho de propiedad intelectual, estableciendo por esta vía que la república es una economía de mercado; y por otro lado reconoce la función social del Estado y de la economía de garantizar una vida digna a todos sus ciudadanos, al declarar el interés social de la propiedad inmobiliaria, los derechos del consumidor, la seguridad alimentaria, los derechos de la familia, la protección de los más vulnerables tales como los menores de edad, los envejecientes, las personas con necesidades físicas o cognitivas especiales, derecho a la vivienda, seguridad social, salud, trabajo y educación.

El concepto de economía social de mercado ha sido desarrollado desde la perspectiva constitucional por la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-865-04, define la economía social de mercado: "según el cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación"¹⁰.

"Esta definición de una Economía Social de Mercado como modelo sociopolítico básico proviene de las ideas desarrolladas por Alfred Müller-Armack (1901-1978). En su obra Dirección económica y economía de mercado (*Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*), escrita en 1946, no solo acuñó el término Economía Social de Mercado sino que contribuyó, en colaboración con otros pensadores, a la fundamentación de su concepción teórica. Según la definición de Müller-Armack, el núcleo de la Economía Social de Mercado es la "combinación del principio de la libertad de mercado con el principio de la equidad

8 La Constitución Dominicana de 2015 lo dispone en su Artículo 7.

9 De hecho, el proyecto de reforma constitucional (que resultó en la Constitución de 2010), incluía una disposición expresa en ese sentido, que luego fue suprimida cuando se aprobó el texto constitucional.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-865-04, 7 de septiembre de 2004, magistrado ponente Rodrigo Escobar-Gil. (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm>). Referencia tomada de Galvis-Quintero, Deisy, La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 *Vniversitas*, 133-196 (2016) 16 (<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>) doi:10.11144/Javeriana.vj132.cprc.

social". El marco referencial es el concepto de la libertad del hombre complementada por la justicia social¹¹.

Este concepto justifica el interés de la intervención de los sistemas de contrataciones públicas por el derecho de la competencia económica. La libertad económica proclamada por un buen número de constituciones¹² en el mundo no es razón en sí misma, sino forma parte de un tejido constitucional que reconozca el rol del Estado como recaudador de impuestos, regulador y facilitador del desarrollo de cada persona, de manera tal "que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas"¹³.

Insertar el Derecho de competencia en la Ley de Contrataciones Públicas, es del interés de la totalidad de los ciudadanos del país. ¿Por qué? Porque el Estado no es del gobierno, ni de los funcionarios electos o designados, *el Estado somos todos los ciudadanos que componemos esta nación dominicana*. Las necesidades que las contrataciones públicas están llamadas a satisfacer, son las necesidades de todos. Y el dinero, los fondos públicos, empleados para satisfacer las mismas, es decir, para pagar las contrataciones públicas, es el dinero de todos los ciudadanos, que tarde o temprano pagamos en impuestos al fisco.

I. ASPECTOS DE LA REFORMA A LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Nos proponemos en este artículo esbozar algunos aspectos que consideramos medulares para modernizar el sistema de contrataciones públicas en la República Dominicana.

1. Mejorar la transparencia procesos integrando TIC

"*Transparencia puede ser definida como el acceso oportuno y fácilmente comprensible a la información*"¹⁴.

El discurso sobre gobernanza estatal ha incluido a la *transparencia* más que como un requisito del *buen gobierno*¹⁵, como un principio y un valor. Con ello se torna en un ingre-

11 Resico, Marcelo F. *¿Qué es economía social de mercado?*, p. 107. Fundación Konrad Adenauer. (https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=5b2734a1-79fe-bba5-e0d6-3dfd307374f8&groupId=252038)

12 Por ejemplo la Constitución Española de 1978 Art.38; la Constitución Política del Perú 1993 en su Art.58

13 Art. 8 Constitución Dominicana 2015.

14 Institute Government Procurement. Principles and Practices y Public Procurement: Transparency in Public Procurement, 2012, p. 1.

15 Gerry Stocker, autor del Reino Unido, en su artículo "El Buen gobierno como teoría: cinco propuestas", afirma: "Hay, con todo, un acuerdo básico acerca de que "buen gobierno" se refiere a la puesta en práctica de estilos de gobernar en los que han perdido nitidez los límites entre los sectores público y privado. La esencia del "buen gobierno" es la importancia primordial que atribuye a los mecanismos de gobierno que no se basan en el recurso a las autoridades ni en las sanciones decididas por estas. "El concepto de 'buen gobierno' apunta a la creación de una estructura o un orden que no se puede imponer desde el exterior, sino que es resultado de la interacción de una multiplicidad de agentes dotados de autoridad y que influyen unos en otros" (Kooiman y Van Vliet, 1993, p. 64). https://www.researchgate.net/publication/255631184_El_buen_gobierno_como_teoria_cinco_propuestas

diente imprescindible, prácticamente una presunción de todo diseño de buen gobierno del Estado.

La transparencia en la administración pública ha permitido mayores controles respecto del uso de los fondos públicos, del presupuesto de las naciones. Permite responsabilizar sobre el gasto a los responsables de la administración pública; del mismo modo permite responsabilizar con mayor legitimidad a la ciudadanía del pago de sus impuestos.

La transparencia debe ser parte del proceso de contratación pública porque permite crear un sistema de contrataciones públicas más eficiente, legítimo y justo (Kinsey, 2004, pp. 155-173)¹⁶.

La OCDE se ha pronunciado en su Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública del año 2015 sobre la conveniencia de la transparencia en las contrataciones públicas, como elemento asociado a garantizar la libre competencia, a saber:

II. Recomienda que los Adherentes aseguren un nivel adecuado de transparencia a lo largo de todas las fases del ciclo de la contratación pública.

A tal fin, los Adherentes deberán:

i) Fomentar un trato justo y equitativo a los potenciales proveedores aplicando el adecuado grado de transparencia en cada fase del ciclo de la contratación pública, al tiempo que dan la necesaria consideración a las legítimas necesidades de protección de los secretos comerciales, de la información exclusiva del propietario y demás cuestiones relativas a la privacidad, así como a la necesidad de *evitar información que puedan utilizar partes interesadas para distorsionar la competencia en el proceso de contratación*. Además, deberá exigirse a los proveedores que actúen con la debida transparencia en los procesos de subcontratación en que participen.

ii) Permitir el libre acceso, a través de un portal en Internet, a todas las partes interesadas, incluidos los potenciales proveedores nacionales y extranjeros, la sociedad civil y el público en general, a la información relativa a la contratación pública que tenga un especial vínculo con el sistema de contratación pública (...).

iii) Garantizar la transparencia del flujo de fondos públicos, desde el principio del procedimiento presupuestario y a lo largo de todo el ciclo de la contratación pública a fin de permitir

José Alberto Bonifacio afirma en su trabajo "La Función Pública en el Buen Gobierno" con motivo del XIII foro de la función pública del istmo centroamericano, Panamá y República Dominicana: "Globalización, buen gobierno y función pública": en cuanto al "buen gobierno", desde el sentido común estaríamos plenamente de acuerdo con que nuestras sociedades posean una gobernación con esa cualidad, al dar por supuesto que el mismo respondería a las expectativas de la ciudadanía, mejorando el bienestar general por medio de un desarrollo sustentable, el progreso en la reducción de la pobreza y la desigualdad, la inclusión social en la educación, la salud, la vivienda, y una democracia consolidada, participativa y con calidad institucional, entre otros bienes públicos. <http://unpan1.un.org/intrdoc/groups/public/documents/icap/unpan026097.htm>

16 Traducción propia.

- (i) que las partes interesadas conozcan las prioridades de las autoridades y el gasto que estas realizan, y
- (ii) que los responsables de la formulación de las políticas elaboren las necesarias estrategias para la contratación pública¹⁷.

En muchos aspectos la comunidad internacional de negocios se ha esforzado desde el principio del comercio, para reducir las barreras al comercio y abrir los mercados. Aumentando la transparencia se obtiene este objetivo¹⁸.

Mejorar la transparencia incide en una mayor competencia en el mercado de las contrataciones públicas, pues se procura que los agentes económicos puedan rivalizar en condiciones equivalentes y evita que impongan barreras artificiales a través de prácticas o acuerdos colusorios, o abuso de posición dominante.

La Ley de Contrataciones Públicas incluye disposiciones que se refieren a la transparencia de los procesos; de hecho, la declara como uno de sus principios en el Art. 3.

Otras disposiciones relativas a la transparencia, son las que establecen la obligación y plazos de anunciar los procesos licitatorios, en el Art. 18 de la Ley de Contrataciones Públicas.

Los desafíos de las contrataciones públicas en la actualidad, evidencian que hay un espacio para mejora de las disposiciones de la Ley de Contrataciones Pública. Por ejemplo, la obligación y plazo para publicar el anuncio de apertura de un proceso de contratación establecido por la Ley de Contrataciones Públicas, prevé la obligación y el plazo de publicación únicamente para las licitaciones públicas (30 días) y para las licitaciones restringidas (20 días), publicación que debe realizarse en 2 diarios de circulación nacional, y en el portal de la institución contratante y del Órgano Rector de las Contrataciones Públicas (Dirección General de Contrataciones Públicas). Esto implica que a los otros métodos previstos por la ley para contratar no se les requiere la obligación de publicación del anuncio de apertura de contratación.

Una mejora al sistema es eliminar el incentivo del Art. 18 antes citado para las maniobras de incumplimiento a la obligación legal de publicar el anuncio de apertura de contratación, pues las entidades públicas contratantes podrían manipular los importes de la contratación, con la finalidad de evitar el rigor impuesto a los procesos licitatorios, entre ellos la obligación y plazo de publicar el anuncio de contratación. Para ello se requerirá modificar la Ley de Contrataciones Públicas, a fin de que sea obligatoria en toda modalidad de selección de oferente, la publicación previa del anuncio de apertura de contratación; sea por medios físicos y electrónicos, de manera tal que se garantice que el proceso sea conocido por la mayor cantidad de posibles interesados en participar en el mismo.

Fundamentar la transparencia del sistema de contrataciones públicas, solamente en la publicidad y acceso de la información relacionada con el anuncio de apertura de los

17 <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

18 Ídem (Traducción propia).

procesos de contratación pública, responde a una consideración limitada del tema de la transparencia.

En nuestra opinión, esta perspectiva e interpretación de la transparencia resulta insuficiente, para mejorar los indicadores de eficiencia en el gasto público, de libre competencia en los procesos y de percepción de la corrupción.

El diseño de todo sistema de contrataciones públicas, particularmente el aspecto de la transparencia, requiere la inclusión de la perspectiva de que *las contrataciones públicas son un mercado*.

Hay varios aspectos que deben ser considerados, cuando analizamos la transparencia en las contrataciones públicas integradas de forma adecuada a las mejores prácticas internacionales, a saber¹⁹:

a) **Acceso a la información.** Debe proveerse acceso a información confiable sobre los procesos de contratación, para prevenir corrupción, mejorar la competencia y las relaciones entre las entidades públicas contratantes y los interesados.

En esta área existe espacio para mejora, procurando proveer de forma pública, fácil y oportuna, el acceso a información sobre los criterios de selección, proceso de evaluación, reglas que gobiernan la adjudicación en cada proceso, la decisión de adjudicación debidamente justificada, los términos y condiciones del contrato, las enmiendas a los contratos, la administración del contrato, el papel de intermediarios y agentes en cada adjudicación, cualquier tipo de disputa y sus procedimientos, información sobre los procesos de solución de disputas. La información debe ser equivalente para todo tipo de modalidad de selección de proveedor, y la confidencialidad debe limitarse únicamente a la información legalmente protegida, o aquella que sea sensible a causar prácticas colusorias.

b) **La integración de la tecnología para alcanzar la transparencia.** El consenso sobre las mejores prácticas es que debe integrarse las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) a fin de mejorar la transparencia, puesto que ello es lo que facilita el acceso público a la información generada por el gobierno. Tanto la legislación como la práctica del sistema de contrataciones públicas ha iniciado los pasos en esa dirección estableciendo el portal web en la que se publican las oportunidades de contratación, denominado www.ComprasDominicana.gov.do.

El uso de las TICS para alcanzar la transparencia es recomendado por la OCDE y ha sido integrado por buena parte de países de América Latina y otras regiones del planeta²⁰.

19 Institute Government Procurement. Principles and Practices y Public Procurement: Transparency in Public Procurement, 2012, p. 1.

20 Por ejemplo, España cuenta con la plataforma [ContrataciondelEstado](https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma) <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>. Chile cuenta con la plataforma [ChileCompra](https://www.chilecompra.cl/) <https://www.chilecompra.cl/>. Colombia tiene la plataforma [Colombia Compra Eficiente](https://www.colombiacompra.gov.co/) <https://www.colombiacompra.gov.co/>

En el Decreto Presidencial Número 350-17 se establece la obligación para la Administración Pública del uso del portal transaccional ComprasDominicana

En el portal ComprasDominicana²¹ se ha incluido información pertinente para los interesados en las contrataciones públicas, por ejemplo, la publicación de los procesos en curso, los finalizados, los de emergencia²², de una parte de las entidades gubernamentales.

Las mejores prácticas recomiendan que la información debe encontrarse en formato abierto para facilitar el acceso.

c) La transparencia B2G, y G2G: es decir, debe existir transparencia entre la comunidad de proveedores del Estado y la comunidad de entidades contratantes (B2G), específicamente con aquellos que se dedican directamente a las contrataciones públicas, para transmitirse todo lo relativo a regulaciones, que haya acceso sin privilegios a las oportunidades de contratación (no *insiders*), oportunidades formativas, acceso a la estandarización de documentos. Por su parte los profesionales de las contrataciones públicas (G2G) también deben integrar una comunidad en la cual compartan experiencias, información, ideas de mejoras en los procesos, compartir información sobre proveedores problemáticos, evitar los prejuicios infundados sobre determinado proveedor, creación de espacios de integridad. Del mismo modo, otro acercamiento a la transparencia G2G es entre las entidades contratantes y el Órgano Rector (Dirección General de Contrataciones Públicas), en las mismas áreas antes mencionadas para los profesionales de las contrataciones, así como la asunción de Códigos de Integridad comunes, evitar causales de impugnación, entre otras. La Dirección General de Contrataciones Públicas ha avanzado en el camino correcto, aunque aún hay espacio para continuar integrando mejoras en este renglón.

La publicidad de las iniciativas de contratación pública, tiene como propósito principal el convocar a la mayor cantidad posible de oferentes a participar en un determinado proceso. Procura entonces ampliar la oferta, a esta demanda creada por el Estado, y con ello garantizar la emulación de un ambiente con la mayor competencia posible.

Asegurar la transparencia en los procesos de contrataciones públicas es un determinante esencia de eficiencia, pues aumenta la competitividad en el proceso. Prácticas de contrata-

Panamá instituyó el portal PanamaCompra <https://www.panamacompra.gob.pa/Portal/AcercaPanamacompra.aspx>

Perú instituyó la plataforma PeruContrata <http://www.perucontrata.com.pe/>

Canadá estableció la plataforma <https://buyandsell.gc.ca/procurement-data/tenders>

21 <http://www.comprasdominicana.gov.do/> Es el portal web correspondiente al Sistema de Contrataciones Públicas de la República Dominicana.

22 El Decreto Presidencial Numero 15-17 estableció el régimen y procedimiento para vincular los planes de compras a las apropiaciones presupuestarias de las instituciones de la Administración Pública potencialmente contratantes, y el procedimiento para garantizar la disponibilidad de los fondos públicos necesarios para que dichas instituciones puedan pagar a sus proveedores.

ciones públicas opacas y discrecionales típicamente reducen los incentivos para entrar en el mercado (...) ²³.

Así, una práctica, que en principio aparenta garantizar solamente la transparencia del gasto público en materia de contrataciones, posee un objetivo más amplio vinculado al hecho de que las contrataciones públicas son un mercado, y como tal debe ser garantizado el ambiente de competencia efectiva en el mismo.

La racionalidad detrás de la transparencia es el ejercicio de un mayor y mejor control del gasto público, por las autoridades que legalmente están habilitadas para ello (Órgano Rector de las contrataciones públicas, Contraloría General, Cámara de Cuentas, Congreso Nacional, entre otras), y por la ciudadanía en general. Un propósito de la transparencia algunas veces obviado en el discurso es la garantía de acceso al mercado y participación competitiva en el mismo.

Un control efectivo sobre el gasto solo podrá ser ejercido, si todos los actos que involucra el proceso de contratación debe realizarse a público, incluyendo de manera especial, los términos de referencia de las contrataciones, los fundamentos de dichos términos de referencia, la metodología y procedimiento utilizado para evaluar las ofertas, entre otras actuaciones. Por ello, el mercado de compras y contrataciones del Estado debe ser adecuadamente publicado y accesible en todas sus fases a los interesados.

El acceso a la información relacionada con los procesos de contrataciones, debe ser en tiempo real, con auxilio de las TIC, para evitar que se perpetren las prácticas ilegales fuera del ojo de las autoridades competentes y del público, dificultando el control y la consecuente sanción en caso de inconducta.

La única limitante al acceso a la información de todo proceso de contratación pública en tiempo real, debe ser la confidencialidad establecida por ley, y la que evite generar prácticas colusorias entre oferentes, antes y durante el proceso de contratación tal y como recomienda la OCDE, según citamos más arriba.

Es así que el acceso a la información deberá ser libre, excepto en lo que concierne a garantizar el funcionamiento del mercado de contrataciones, de cada proceso de contratación, en un ambiente de competencia efectiva, es decir, que se debe reservar toda información que facilite el intercambio de información entre oferentes, que facilite conducta colusoria, como podría ser intercambios sobre costos, precios, fuentes de materia prima, entre otros.

En este orden, entendemos que el lenguaje en la Ley de Contrataciones Públicas debe ser modificado para indicar con precisión que no solo debe garantizarse la publicidad al inicio de los procesos, sino el acceso a toda la información relativa al desarrollo de todas las fases de cada uno de los procesos de contrataciones públicas, de manera especial los actos administrativos relacionados.

23 Effects of Transparency in Procurement Practices on Government Expenditure: A Case Study of Municipal Public Works. Hiroshi Ohashi. July 2006. Pp. 1 y 2. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.567.3348&rep=rep1&type=pdf>

Recomendamos también mejorar los procesos internos de las entidades, generando seguridad, trazabilidad, transaccionalidad, con espacios suficientes de control y prevención, con ayuda de las TIC.

Del mismo modo entendemos que agregaría valor, disponer en una reforma a la Ley de Contrataciones Públicas, la creación del expediente administrativo integral y único para cada proceso de contratación pública, que debe rápidamente migrar al formato digital en toda instancia, a fin garantizar la trazabilidad, la seguridad y la transparencia en el manejo del procedimiento por cada entidad contratante.

Se necesita, para que el portal sea verdaderamente transaccional, que gestione las operaciones de contrataciones, que absolutamente todas las entidades de la Administración Pública se incluyan, que todas las fases de cada proceso de contratación pública sean transparentadas en el portal. Se requiere transparencia relacionada con la ejecución de los respectivos contratos, pero especialmente aquellos que no son de ejecución inmediata.

Entendemos que es tiempo de revisar y modificar profunda y concienzudamente la Ley Núm.340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, modificada por la Ley 449-06 (en adelante denominada "Ley de Contrataciones Públicas"), bajo el prisma de la aplicación de las reglas de mercado en el sector de las contrataciones públicas.

II. MEJORAR COMPETENCIA

El mayor desafío que enfrenta el sistema de contrataciones públicas de los países es el control de la corrupción. El desarrollo e instauración de un régimen de integridad en las contrataciones públicas es el mayor desafío de los estados, y la República Dominicana es muy buen ejemplo de ello.

La mejor política anticorrupción es una buena política de competencia en las contrataciones públicas.

Merece ser citada en sustento de nuestra opinión, la Recomendación del Consejo de la OCDE Para Combatir La Colusión En Las Contrataciones Públicas del año 2012, en su exposición de motivos

(...) incluye la colusión entre las "violaciones de la integridad" en el ámbito de la contratación pública y reconoce que los esfuerzos por mejorar la buena gobernanza y la integridad en la contratación pública contribuyen a lograr una gestión eficaz y eficiente de los recursos públicos y, por lo tanto, del dinero de los contribuyentes [C(2008)105]²⁴.

La relación entre contrataciones públicas y competencia ha venido recibiendo una mayor atención, tanto en los círculos de la academia como en los de *policy-making*. Se ha expli-

24 Recomendación de la OCDE para Combatir la Colusión en las Contrataciones Públicas, aprobada por el Consejo el 17 de julio de 2012, [C(2012)115 - C(2012)115/CORR1 - C/M(2012)9]. Pp. 1. <http://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>

cado claramente que el punto de partida para alcanzar el mejor valor por el dinero en contrataciones públicas es un marco regulatorio basado en el principio de competencia y que somete el gasto público a la adhesión a métodos de contratación competitivos (Sánchez Graells, 2016, p. 2).

El profesor Sánchez Graell considera que estas dos dimensiones son, por un lado, la competencia dentro de un proceso de contratación específico, y por otro lado la competencia en el mercado del bien, servicio u obra que se pretende contratar.

En relación con la competencia relacionada con cada proceso de contratación específico, Sánchez Graell (2016) afirma que, típicamente,

la normativa de contrataciones públicas protege y promueve la competencia en este ámbito como un medio de alcanzar el mejor valor por el dinero y asegurar la legitimidad de las decisiones de compra. Desde esta perspectiva, la competencia es vista como medio para permitir al comprador público obtener el beneficio de la presión competitiva entre los oferentes participantes, así como un instrumento clave para disuadir el favoritismo y otras prácticas corruptas y desviaciones de poder (p. 3).

Continúa Sánchez Graell (2016) afirmando con relación a la competencia en el mercado de bienes, servicios u obras objeto de la contratación pública, que

(...) sin embargo, existe una dependencia más sutil y fuerte de las contrataciones públicas en la competencia del mercado, pero es implícita, y generalmente es pasada por alto por la mayoría de los estudios sobre contrataciones públicas. Para conseguir el valor por el dinero y para trabajar con las herramientas apropiadas para el sector público, las actividades de contrataciones públicas deben tener lugar en mercados competitivos. Las reglas de contrataciones públicas asumen que los mercados son generalmente competitivos -en el sentido amplio- o, más simplemente, dan por sentado que su estructura económica y dinámica competitiva. En efecto, la existencia de intensidad competitiva en el mercado es usualmente dada por hecho, o simplemente desestimada en los estudios sobre contrataciones públicas (p. 3).

La Ley de Contrataciones Públicas se ocupa de regular la competencia en cada proceso de contratación, mientras que la dimensión más amplia de regular la competencia en el mercado es una atribución de la Ley de Defensa de la Competencia Núm.42-08.

En el apartado anterior, expusimos la importancia de mejorar la transparencia en el sistema de contrataciones públicas, y sugerimos que uno de los propósitos de la transparencia se vincula a la mejora del ambiente competitivo en el mercado de las contrataciones públicas, aunque ello no siempre es recordado por los profesionales de las contrataciones públicas. Es tal la urgencia de evitar prácticas corruptas en las contrataciones públicas, dirigiendo los esfuerzos a los aspectos administrativos de la cuestión, que se tiende a olvidar que también se trata un mercado, el cual debe operar según las reglas del mercado.

En este artículo proponemos un cambio de paradigma para reformar la Ley de Contrataciones Públicas, asociado con las mejores prácticas promovidas internacionalmente.

Este cambio consiste en fortalecer las disposiciones legales tendentes a una *mayor y mejor promoción y protección de la competencia efectiva en el mercado de las contrataciones públicas*.

Este mercado de las contrataciones públicas es un mercado con características especiales, porque la demanda es creada por el Estado, a partir de unas necesidades colectivas que deben ser satisfechas en un período determinado, y la oferta es generada por unos proveedores que deben ser calificados porque su pago proviene del presupuesto nacional del Estado, que está sometido a control y vigilancia de acuerdo con la ley. Por lo tanto, es necesario que funcione como tal.

Para ello se precisa integrar *las reglas de libre competencia* como un principio esencial del sistema de contratación pública, donde se garantice la plena rivalidad entre proveedores del Estado.

(...) en la contratación pública, la competencia promueve la eficiencia, ayudando a garantizar que los bienes y servicios ofrecidos a las entidades públicas se ajusten al máximo a sus preferencias, generando ventajas como precios más bajos, mejor calidad, un incremento en la innovación, mayor productividad y, en líneas generales, "buena relación calidad/precio" para el beneficio de los consumidores finales, los usuarios de servicios públicos y los contribuyentes²⁵.

Hasta que los Estados no asuman las compras y contrataciones públicas como una cuestión de mercado y una herramienta de desarrollo económico, las reglas y reformas en la materia quedarán incompletas, y los sistemas de contrataciones públicas continuarán siendo ineficientes, en detrimento finalmente de la calidad y precio de los servicios que recibe la población en general.

En el mismo orden de ideas,

para que la contratación pública se haga en las mejores condiciones de calidad y precio, es preciso, para empezar, que se rija por un marco regulador basado en los principios de la competencia, con arreglo al cual el gasto de fondos públicos esté sujeto a licitación pública. Esto, que hoy en día parece obvio, es el resultado de un proceso de rigurosa modernización y reforma de los regímenes de contratación pública, que desde hace varias décadas tiene lugar tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo²⁶.

Este es un planteamiento acorde con las políticas observadas en países de la región Latinoamericana, donde observamos que se están iniciando los pasos en la dirección adecuada dictando las guías correspondientes sobre competencia en las contrataciones

25 Recomendación de la OCDE para Combatir la Colusión en las Contrataciones Públicas, aprobada por el Consejo el 17 de julio de 2012, [C(2012)115 - C(2012)115/CORR1 - C/M(2012)9]. Pp. 2. <http://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>

26 Nota de la Secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, sobre la Política de Competencia y las Adquisiciones del Sector Público. Ginebra, Suiza. 27 de abril del 2012. Pp.4. https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpd14_sp.pdf

públicas; por ejemplo, tenemos los casos de México, Colombia, Perú y Brasil. Aunque preciso sea reconocer que la cuestión ya es regla en mercados con más tiempo en la regulación de la materia, como los E.U.A., Canadá, las principales economías de la Unión Europea, y viene recomendando en la OCDE hace décadas.

En nuestro país, Procompetencia²⁷ recientemente dictó una Guía de Contrataciones Públicas, considerando la importancia de ponderar indicadores de competencia en los procesos de contrataciones públicas. Al margen de comentar la misma, que no es el objetivo de este trabajo, valoramos su existencia como una señal de adecuada en el mercado.

La preocupación por la competencia en las contrataciones públicas, incluso en la dimensión señalada por Sánchez Graells, dentro de un proceso de contratación específico, regulada por las autoridades de contrataciones públicas, no deja de presentar desafíos adicionales. De hecho, mientras existe bastante conciencia en las autoridades de contrataciones respecto de los efectos negativos de la colusión y manipulación de las licitaciones y otras modalidades de contratación, para alcanzar el cumplimiento de los objetivos de satisfacer las necesidades de la colectividad, y el dispendio del dinero público. Es necesario también tener conciencia que muchas de las reglas propias de las contrataciones públicas, pueden en sí misma entrañar consecuencias adversas a la competencia, por ejemplo, el sistema de contrataciones bajo acuerdo marco, o contrataciones estratégicas centralizadas²⁸.

El Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública, en sesión del 17 de julio de 2012 aprobó la recomendación siguiente:

I. Recomienda que los miembros evalúen las distintas características de sus legislaciones y prácticas sobre contratación pública y el impacto que tienen sobre la probabilidad de colusión entre licitantes. Los miembros deberán esforzarse para que las licitaciones públicas, en todos los niveles de gobierno, *se diseñen para fomentar una competencia más efectiva* y también para reducir los riesgos de la colusión en la contratación pública, a la vez que garantizan una mejor relación calidad-precio²⁹.

En este mismo orden, interesa que, para estructurar la reforma en la Unión Europea, la Comisión Europea tomó muy en cuenta tanto la recomendación precitada, como los Lineamientos³⁰ que la OCDE aprobó en el 2012 también, sobre el mismo asunto, a la hora de redactar la correspondiente Directiva 2014/24/EU³¹, que en su exposición de motivos incluye la declaración que a continuación se cita.

27 Nombre abreviado de la Comisión de Defensa de la Competencia en la R.D., según la Ley Núm. 42-08.

28 Sánchez Graells (2016, p. 4).

29 Recomendación del Consejo de la OECD para combatir la colusión en la contratación pública. Aprobada por el Consejo el 17 de julio de 2012. <http://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>

30 OECD (2009).

31 Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC [2014] OJ L 94/65

(I) La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia (...)

Del mismo modo en los epígrafes 31, 32, 49, 50, en la precitada directiva, ordenan a los "poderes adjudicadores" que no adopten modelos de contratación que causen que la "competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada".

La promoción de la competencia efectiva en el ámbito de las contrataciones públicas ha sido un objetivo constante a través de las cuatro generaciones de las Directivas de la Comisión Europea relativas a contrataciones públicas. Se estableció expresamente como un objetivo en el preámbulo a la previa generación de Directivas; y tal objetivo expreso está contenido en el preámbulo de las Directivas actuales – ver el párrafo (9) en el preámbulo de la Directiva 2004/17/EC y párrafos 2 y 36 en el preámbulo de la Directiva 2004/18/EC. Más aún, las Directivas actuales tienen numerosas referencias a la preservación y promoción de la competencia no distorsionada como uno de los objetivos básicos y principios de ese cuerpo regulatorio (Sánchez Graells, 2009).

Una adecuada regulación de las contrataciones públicas tiene que considerar que típicamente las reglas promovidas hasta ahora, tienden en sí mismas a generar riesgo de prácticas anticompetitivas, por ejemplo, en aras de la transparencia revelando información a riesgo de facilitar colusión, o creando documentos estándares para las modalidades de contratación, a riesgo de hacerlas predecibles.

El reto es importante, si tomamos en cuenta que al mismo tiempo se está tratando de incorporar en la regulación de las contrataciones públicas medidas que restrinjan la corrupción. Es muy complejo el procurar asegurar que haya competencia en el mercado de las contrataciones públicas, y al mismo tiempo, reducir el riesgo de corrupción.

Tanto la Directiva 2014/24/EU, como la Recomendación de la OCDE del 2012, ambas citadas más arriba, insisten en considerar la idea de que una mayor protección a la competencia en el mercado de las contrataciones públicas debe primar a la hora de regular en esta materia.

Evidentemente que la combinación de una regulación que garantice competencia y transparencia necesita el respaldo de las mejores herramientas tecnológicas, al servicio del sistema de contrataciones públicas.

En nuestra opinión se debe trabajar en la reforma a la Ley de Contrataciones públicas para obtener una mejoría sustancial en las condiciones para una competencia efectiva en el mercado de las contrataciones públicas.

Las Recomendaciones y Lineamientos de la OCDE recomiendan varias medidas a tomar en cuenta por las autoridades a fin de evitar prácticas anticompetitivas en las contrataciones públicas, que el Dr. Sánchez Graells resume como sigue:

1. Definiendo sus requerimientos claramente y evitando predictibilidad en la contratación;
2. Diseñando el proceso de contratación de manera tal que se reduzca la comunicación entre oferentes;
3. Cuidadosamente escogiendo criterios de evaluación y adjudicación de ofertas;
4. Elevando la conciencia del personal de la entidad contratante sobre los riesgos de colusión en las licitaciones, de las contrataciones públicas (Sánchez Graells, 2016, p. 13).

En España, a causa de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/23/UE, que reformularon completamente un régimen europeo de contrataciones del Estado de los años 70, se sometió un Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, la cual fue enviada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España para que emitiera su opinión y recomendaciones.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público³² opinó que en la contratación pública confluyen circunstancias que la convierten, inherentemente, en un área relativamente más proclive a la existencia de prácticas irregulares desde el punto de vista de la competencia que perjudican, si no se corrigen, a la Administración Pública, a los potenciales competidores y en último término, a los ciudadanos y contribuyentes.

Algunas de estas circunstancias son:

- i. Elevadas barreras de entrada (especialmente en el acceso a las concesiones);
- ii. multiplicidad de órganos de contratación;
- iii. heterogeneidad de procedimientos y complejas curvas de aprendizaje;
- iv. información asimétrica;
- v. escasez de operadores en ciertos sectores;
- vi. ausencia de evaluación *ex post* y carencias de control;
- vii. escasez de motivación del empleado público;
- viii. problemas de gobernanza.

Es destacable que el citado informe de la CNMC de España apunta las Directivas 2004/18/CE y la 2014/23/UE tienden a procurar la uniformización de los aspectos principales de una ley de contrataciones con el Estado, para todos los países miembros de la Unión Europea, distinto a las directivas anteriores que dejaban a cada país la regulación de esta materia según su Derecho interno.

32 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos Sector Público. 16 julio 2015. p. 8. https://www.cnmc.es/sites/default/files/709299_6.pdf

Esto adquiere especial importancia como referencia de Derecho comparado respecto de las tendencias regulatorias en la materia, pues como es bien sabido las directivas de la Unión Europea son legalmente vinculantes, más allá de lo que podrían serlo las recomendaciones de la OCDE, por ejemplo.

Así pues, la categoría que tales directivas otorgan a la competencia como parte de la regulación de las contrataciones con el Estado es cada vez más relevante, y su consideración es imprescindible a tomar en cuenta en la reforma a la Ley de Contrataciones Públicas.

III. CÓMO MEJORAR LA COMPETENCIA EN LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Nuestra propuesta, alineada con las tendencias internacionales citadas, consiste en embeber los principios y conceptos del Derecho de la competencia en la regulación del Sistema de las contrataciones públicas.

Partimos del fundamento contenido en el Art. 50 de la Constitución Dominicana, sobre la Libertad de Empresa, bajo el título de los Derechos Económicos y Sociales, reconoce que es un compromiso del Estado garantizarla, tal y como declara el Art.6 de la misma, "Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado" y el Art.8 "Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona".

El Art. 50 establece lo siguiente en su numeral 1:

1) No se permitirán monopolios, salvo en provecho del Estado. La creación y organización de esos monopolios se hará por ley. El Estado favorece y vela por la competencia libre y leal y adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante, estableciendo por ley excepciones para los casos de la seguridad nacional.

El principio de garantía a la libre competencia, tutelado por la Constitución Dominicana, obliga a todos los organismos del Estado, a garantizar que los procesos de las contrataciones públicas favorezcan la libre competencia y eviten las prácticas anticompetitivas. Por tanto, el análisis sobre las eficiencias y niveles de competencia en los procesos de contrataciones públicas debe quedar incorporado en una reforma a la Ley de Contrataciones Públicas.

Resulta apropiado para el análisis que proponemos conocer la ponderación de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia de España, en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público:

(...) Es decir, toda medida restrictiva de la competencia deberá justificarse sobre la base de los principios de necesidad y de proporcionalidad. Una medida es innecesaria cuando la precisión del objetivo perseguido resulta deficiente o cuando no existe nexo causal entre la restricción y aquel. La ausencia de proporcionalidad significa que la restricción a la competencia, que siempre conlleva un perjuicio en términos de bienestar económico, supone un coste excesivo en relación con el supuesto beneficio derivado de la introducción de la restricción, al existir

alternativas plausibles menos gravosas para la competencia, incluida, en su caso, la no regulación o no adopción de la medida (...)»³³.

¿Cómo aborda la Ley 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones de la República Dominicana, modificada por Ley 449-06 (Ley de Contrataciones Públicas) el tema de la competencia?

La Ley de Contrataciones Públicas contiene en la actualidad las disposiciones típicas, es decir, en primer lugar, reconoce que debe primar el principio de libre competencia y no discriminación en los procesos de contrataciones públicas, y así lo dispone en su Art. 3, numeral 2), que transcribimos a continuación:

Art. 3.- Las compras y contrataciones se regirán por los siguientes principios:

2) Principio de igualdad y libre competencia. En los procedimientos de contratación administrativa se respetará la igualdad de participación de todos los posibles oferentes. Los reglamentos de esta ley y disposiciones que rijan los procedimientos específicos de las contrataciones, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes.

Más adelante dispone cuáles son los procedimientos típicos de contratación pública que emularan el ambiente de competencia para cada proceso de contratación, en su Art.16, que reza:

Art. 16. Los procedimientos de selección a los que se sujetarán las contrataciones son:

- 1) Licitación Pública: *nacional o internacional* (...)
- 2) Licitación *Restringida* (...)
- 3) Concursos (...)
- 4) Subastas (...)

El criterio para determinar cuál de estos procedimientos o modalidades de selección, tal y como se encuentran establecidos por la Ley de Contrataciones Públicas, será utilizado en cada proceso de contratación se encuentra directamente relacionado al valor de la contratación, de acuerdo con el Art.17 de la Ley de Contrataciones Públicas. Se establecieron los umbrales tope hasta los cuales será aplicable cada una de las modalidades dispuestas por la ley.

Se sabe que las exigencias de competencia en cada una de las modalidades de procedimientos establecidos por la ley son distintas, siendo el procedimiento de mayor competencia la Licitación Pública internacional, luego la nacional, después la Licitación Restringida, y así en el mismo orden en que los enumera la ley.

33 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos Sector Público. 16 julio 2015. Pp.27. https://www.cnmc.es/sites/default/files/709299_6.pdf

A mayor valor contratado, se exige el empleo de una modalidad de contratación en donde se exija mayor competencia entre los participantes del proceso.

Justo es señalar que en adición a ello establece excepciones a la aplicación de modalidades que requieren un ejercicio de rivalidad entre competidores, permitiendo la contratación directa en ciertas condiciones señaladas por la Ley de Contrataciones Públicas, en caso de emergencia nacional, por ejemplo.

Los procedimientos donde la competencia es más rigurosa son precisamente aquellos que exigen un mayor plazo entre el anuncio de apertura de un proceso de contratación y su inicio, con pliegos de condiciones más exigentes para la Administración contratante, y con una metodología de selección mucho más competitiva. Por ello son procedimientos que requieren de una mayor preparación por parte de la Administración contratante, inversión tiempo y esfuerzo, que solo se justifica, según la ley, para procedimientos de mayor cuantía.

Esta justificación posee una debilidad, y es que incentiva el fraccionamiento y la subvaluación de contratos por parte de la Administración, en detrimento de una competencia más exigente para los oferentes, y por ende de la eficiencia del gasto en la contratación, reduciendo las posibilidades de ofertar al público el mejor bien o servicio al mejor precio posible.

En otras jurisdicciones se ha apostado por reducir la variedad de modalidades de procedimiento de contratación, e introducir herramientas jurídico-tecnológicas como el Acuerdo Marco, para mitigar el incentivo negativo de fraccionar o subvaluar contratos.

Adicionalmente a ello, se está trabajando en introducir metodologías más exigentes de selección, sin importar la modalidad de contrato, que no resida solamente en elegir el menor precio, por ejemplo, encontramos la "metodología del mejor valor", que genera incentivos positivos a una selección de menor discrecionalidad de la Administración.

Sin pretender ser exhaustivos, a continuación, exponemos sugerencias inspiradas en las mejores prácticas internacionalmente reconocidas, para que sean consideradas en caso de una reforma a la Ley de Contrataciones Públicas.

A. Mejorar la entrada al mercado de las contrataciones públicas

La entrada a este mercado de las contrataciones públicas es regulada, a fin de garantizar la idoneidad y eficiencia en el proceso de selección de las ofertas, en virtud del carácter público de los dineros circulantes en el mismo, así como el interés general envuelto.

De ahí que se haya instaurado por la Ley de Contrataciones Públicas la necesidad de que todo aquel que desee participar en el mercado de contrataciones públicas debe inscribirse en el Registro de Proveedores del Estado (Ley 340-06 modificada por Ley 449-06 Art. 7).

El sistema de registro vigente en la actualidad, es susceptible de mejoras que perfeccionen la garantía de no discriminación, y de accesibilidad por medio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

La entrada al mercado de contrataciones públicas debe ser en principio libre; el requisito de registro de los proveedores, necesario en el sistema de contrataciones pública, constituye una barrera a la entrada al mercado; por lo tanto, su regulación debe ser clara y rigurosa. Una reforma a la Ley de Contrataciones Públicas podría disponer que dicho registro se limitará a garantizar a la entidad estatal contratante sobre la existencia jurídica del oferente, sea este persona física o jurídica, y su comportamiento acorde a la ley (estar al día en los impuestos, que no ha sido impedido de participar en contrataciones públicas, que es solvente, que su actividad de negocios le permite proveer los bienes y servicios a ser contratados³⁴, entre otros). Por tanto, una reforma a la Ley de Contrataciones Públicas estipulará que el ingreso al Registro de Proveedores del Estado debe operar como una precalificación de credenciales, y no como una herramienta discriminatoria.

Una reforma a la Ley de Contrataciones Públicas debe asimismo contemplar que la libre entrada solo debe estar solamente restringida por:

– **Causa de conflicto de intereses de todo funcionario del Estado**³⁵, no solo los de mayor jerarquía, para prevenir las prácticas corruptas; por lo tanto, la ley debe prohibir expresamente la participación como oferentes en los procesos de contrataciones públicas:

De los funcionarios, sean estos electos o designados, así como sus familiares de sangre y legales;

De las compañías donde los funcionarios participen en una proporción importante, sin que sea necesario que dicha participación en la compañía sea una participación controlante;

Del mismo modo deben ser excluidas aquellas en las cuales sean directores.

– **Causa de violación a leyes** que estratégicamente se consideren como incompatibles con la condición de proveedor del Estado, por ejemplo, evasión de impuestos, lavado de activos, financiamiento al terrorismo, el narcotráfico, violación a la ley monetaria y financiera, violación a la *ley de libre competencia*³⁶, tráfico ilícito de personas o bienes, falsedad, fraude, entre otras violaciones graves al Código Penal;

34 La Ley de Contrataciones Públicas establece en su Art.8 estos requisitos. Consideramos que el lenguaje del mismo debe estipular de manera clara que los requisitos de cualificación no podrán tener efecto discriminatorio respecto de potenciales interesados en participar en el mercado de las contrataciones públicas. La Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública. Aprobada por el Consejo el 17 de julio de 2012 enfatiza sobre la importancia de evitar la discriminación (PP.2) <http://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>

35 La Ley de Contrataciones Públicas establece en su Art.14 al respecto. Este texto también admite mejoras, que permitirán mejor delimitar un ambiente de integridad y transparencia en las contrataciones públicas.

36 Esta exclusión viene inspirada por las Directivas de la Comisión Europea, así como del Parlamento Europeo citadas en este trabajo. La recomendación de la CNMC de España es favorable a la exclusión de los incursos en violaciones a la legislación de competencia, debidamente sancionados por decisión definitiva de la jurisdicción competente. No obstante, observa que la CNMC debe ser consultada respecto de la exclusión. Es oportuno considerar que lo mismo debe ocurrir en caso de reforma a la Ley de Contrataciones Públicas.

– **Causa de su situación de insolvencia**, pues se pondría en riesgo innecesario el interés general, toda vez que no habría garantía de que el proveedor insolvente podrá cumplir con sus obligaciones frente al Estado.

Otra manera de mejorar la participación de mayor cantidad y variedad de oferentes es utilizar el procedimiento de las licitaciones públicas internacionales³⁷ con mayor frecuencia. Especialmente considerando que las políticas comerciales dominicanas han abierto el mercado nacional vía acuerdos de comercio internacional, con la idea de generar mayor competencia en beneficio de los consumidores. Si ello es apropiado para los consumidores en general, pensamos que con mayor razón debe emplearse el mismo razonamiento de propiciar mayor competencia internacional en el mercado local, en beneficio del Estado.

Evidentemente que, en contrataciones menos voluminosas, quizás no resulte atractivo para empresas extranjeras participar en una determinada contratación pública. Pero definitivamente, que la apertura internacional decidida de un mayor volumen de contrataciones públicas mejoraría significativamente los indicadores de entrada al mercado nacional de contrataciones públicas y consecuentemente redundará en mejoras a la eficiencia en el gasto³⁸.

Otra herramienta regulatoria que mejoraría la entrada al mercado es la creación de un régimen especial, en una reforma a la Ley de Contrataciones Públicas, para garantizar la inclusión y participación de los sectores constitucionalmente protegidos, tales como las mujeres, los discapacitados, las personas con necesidades especiales, las MIPYMES, sin que ello constituya un privilegio que distorsione la competencia entre oferentes.

El caso de las PYMES y MIPYMES, y de inclusión de género, también precisa de regulación especial en un escenario de reforma a la Ley de Contrataciones Públicas. Lo primero es reconocer que desde la Dirección General de Contrataciones Públicas se ha trabajado intensamente en aumentar de forma importante la participación de PYMES, MIPYMES y las mujeres en los procesos de contrataciones públicas.

Ello es consecuente con el mandato constitucional, que establece que estos grupos deben contar con la protección y las garantías de inclusión por parte del Estado. Falta que se consideren a las personas con desafíos en sus capacidades, motoras, psicosociales, cognitivas o de otra índole, así como a las personas de la Tercera Edad, o envejecientes.

Los grupos protegidos de forma especial por nuestra Constitución deben ser garantizados en su participación en los procesos de contratación pública. Sin embargo, esto debe ser también rigurosamente regulado, pues se presta a interposición o suplantación de personas para calificar dentro de estos grupos, como una estrategia de beneficiarse

37 Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública. Aprobada por el Consejo el 17 de julio de 2012. (Pp.3) <http://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>

38 Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública. Aprobada por el Consejo el 17 de julio de 2012. (Pp.8) <http://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>

de las concesiones especiales a estos grupos para que participen de manera eficaz en los procesos de contrataciones públicas.

La calificación de los oferentes, bajo estos grupos de protección especial debe ser exigente, rigurosa, a la vez que inclusiva y garantista. No es tarea fácil, pero con una regulación clara y precisa, y un seguimiento celoso del cumplimiento de la misma, se pueden mejorar de manera sustancial los indicadores de inserción socio-económica de estos grupos protegidos.

No somos partidarias de asignar cuotas a estos grupos protegidos en los planes de contrataciones públicas, pues es bien conocido el efecto perverso que tienen las cuotas, y como se encuentran susceptibles de pactos colusorios de repartición de mercado, fijación de precio, entre otros, en detrimento de una competencia eficaz.

Preferimos que los beneficios sean concedidos uno a uno, en el proceso de evaluación, otorgando puntajes que otorguen ventajas competitivas a aquellos grupos protegidos que participen, y que les coloquen en condiciones de competir con oferentes sin protección, de forma libre y equitativa. Evidentemente que los controles para calificar se iniciarán con el Registro de Proveedor, y continuará en la acreditación para participar en cada proceso. Las ventajas no se asociarán exclusivamente a la propiedad del negocio oferente, sino al empleo inclusivo de estos grupos protegidos.

Opinamos que esta fórmula de inclusión a los grupos especiales protegidos, amplía la base de oferentes, cumple con la Constitución, y evita prácticas restrictivas a la competencia en los procesos de contratación pública.

Esta puede ser, además, una poderosa herramienta para el desarrollo de estos sectores, y una forma de dar cumplimiento al compromiso asumido por el Estado en la Constitución del 2010 con estos grupos. En la actualidad se está trabajando con MIPYMES y mujeres, pero entendemos que esta obligación debe ser asegurada por ley, y ampliada a los otros grupos que hemos mencionado. Es una alternativa digna a la política puramente asistencial de los grupos constitucionalmente protegidos³⁹.

Es importante incluir en la reforma a la Ley de Contrataciones Públicas, que en el diseño de los pliegos de condiciones de los procesos de contratación, deben evitarse inversiones y costos relacionados con la participación, que puedan constituir barreras importantes a la entrada.

B. Participación competitiva de oferentes

La reforma a la Ley de Contrataciones Públicas deberá procurar que el diseño regulatorio de los procedimientos de selección de proveedores, incluyendo su ámbito de aplicación, sean los que garanticen una competencia efectiva entre los oferentes.

39 Ídem.

Como ya hemos expuesto, el mercado de las contrataciones públicas, consta de una demanda creada por el Estado a través de sus planes de contratación cuyos pagos se realizan con fondos públicos y tienen como objetivo satisfacer necesidades de la colectividad.

Esto provoca que este mercado sea particular y distinto del típico mercado comercial entre agentes privados del mercado, de manera que se requiere estricta regulación para garantizar que las ofertas surjan de procesos de competencia efectiva, para evitar distorsiones al mercado que perjudican el erario público, y a toda la colectividad. Evitar a toda costa las contrataciones directas, por naturaleza restrictivas de la competencia, debe ser considerado a la hora de regular las contrataciones públicas.

La complejidad de reformar la Ley de Contrataciones Públicas, radica en establecer el justo balance entre las finalidades de la contratación pública:

– *La del interés general*, tendente a satisfacer necesidades de la colectividad en forma oportuna y eficaz; por ejemplo, una comunidad agrícola incomunicada para poder ofrecer sus productos requiere de una vía de comunicación, cuya construcción debe ser contratada vía una licitación pública;

– *La de buena administración*, mediante la cual se procurará:

La asignación de los recursos públicos de la manera más eficiente en un ambiente de competencia efectiva; por ejemplo, que los términos de los pliegos de condiciones garanticen la entrada y rivalidad de múltiples oferentes, evitando discriminación de tecnología, o por credenciales de experiencia previa, de manera tal que la adjudicación de una vía de comunicación corresponda a la oferta con la mejor relación calidad-precio;

La gestión de los recursos del Estado de manera transparente, con criterios profesionales; por ejemplo procurando que todas las fases del proceso sean accesibles al público con ayuda de las TIC, y que la metodología utilizada para evaluar las ofertas sea conocida y contrastable; dejando rastro de todas las decisiones en cada proceso de contratación y sus justificaciones;

– *La socio-jurídica*: que busca reducir los riesgos de prácticas corruptas en los procesos de contrataciones públicas, lo cual se relaciona con la asignación ineficiente de los recursos públicos.

Todo método de selección de proveedores del Estado, debe garantizar competencia en precio y calidad, de manera efectiva y sin distorsiones. La regulación debe corresponder con este fin, pues existen numerosos incentivos para que, en ausencia de regulación, se incurra en prácticas anticompetitivas que generalmente derivan en prácticas corruptas.

La determinación de dicho método o modalidad, aplicable a cada proceso de contratación, no debe ser únicamente con base en el valor de contratación envuelto, como dispone la Ley de Contrataciones (Art. 17 Ley Contrataciones Públicas). Opinamos que debe resultar de la combinación de varios criterios: valor envuelto, naturaleza de contrato y complejidad del objeto de contrato.

Es importante que la determinación de los criterios sea objetiva, y atar su cumplimiento a la imposición de sanciones lo suficientemente disuasivas, que lo incentiven a la Administración.

En cuanto al criterio del valor envuelto, razonamos que debe mantenerse el mismo esquema tabulado, con índices de cálculos asociados al Presupuesto Nacional, lo que permite que dichos valores sean auto indexados, sin necesidad de intervención legislativa⁴⁰. Debe mantenerse por igual la publicación anual por parte del Órgano Rector de las Contrataciones Públicas de los valores asociados a cada modalidad de contratación.

Respecto de la naturaleza de contrato, allí se requerirá determinar si se trata de una compra de bienes de uso común, o bienes estandarizados, si se trata de la contratación de una obra de infraestructura, si se trata de contratar bienes, o servicios, si es una concesión o una asociación público privada.

Tal vez el desafío más importante será establecer por ley los lineamientos que permitan objetivamente diferenciar un contrato complejo de uno que no lo es. En tal sentido, proponemos unos elementos que permiten determinar la complejidad o ausencia de ella en un contrato, a saber:

1. Tiempo de entrega de varios meses.
2. Necesidad de ordenar la fabricación de todo o parte del objeto contratado con tiempo de anticipación, en el país o fuera de este, y tiempos de entrega.
3. Si involucra el requisito legal de presentación de planes de manejo o mitigación medioambiental, para la realización del objeto del contrato.
4. Si se trata de una obra de infraestructura que involucra transformación importante del entorno para su realización.
5. Si el valor de la contratación constituye una porción representativa del presupuesto total de contrataciones de la Administración contratante, en comparación con el resto de las contrataciones de la misma institución.
6. Si la parte financiera de la contratación involucra figuras como "Project finance" o "asociación público privada" o "fideicomiso".

La reforma debe contemplar el establecimiento por ley, que las características antes enunciadas para tipificar la complejidad, con carácter de presunciones legales, de manera que, si se demuestra la existencia de al menos una de ellas, sea obligatorio para la Administración cumplir con la modalidad de contratación aplicable, y de no hacerlo sea fácilmente sancionable.

40 Es importante recordar que, durante los trabajos preparatorios de la Ley de Contrataciones Públicas en el Congreso Nacional, de lo cual formamos parte como consultora externa de la USAID, se examinaron distintas posibilidades de determinación auto indexada de los umbrales para cada modalidad de procedimiento de contratación. Se consultó tanto el sector público, como entidades del sector privado, participantes habituales del mercado de las contrataciones públicas. Los índices que establece la Ley de Contrataciones Públicas en su Art.17 fueron en su momento debidamente consensuados por el Congreso Nacional como la fórmula más objetiva y conveniente para auto indexar los umbrales. En nuestra opinión deben ser mantenidos como tales en una propuesta de reforma, *mutatis mutandi*, a las modalidades que finalmente se establezcan en una propuesta de reforma a la Ley de Contrataciones Públicas.

En una reforma a la Ley de Contrataciones Públicas sugerimos que los procedimientos de contratación sean:

- Licitación Pública,
- Licitación Pública para Acuerdo Marco,
- Subasta Inversa,
- Procedimientos Especiales para Contratación de Consultorías,
- Contratación por Caja Chica y
- Contratación Directa.

Recomendamos que la *Licitación Pública* sea aplicación obligatoria aplicando los criterios del valor, de la naturaleza y de la complejidad, de manera tal que aun cuando el valor envuelto en la contratación sea menor que el umbral establecido para la Licitación Pública por ley, si califica por naturaleza de contrato y/o por complejidad, el proceso tendrá que realizarse por Licitación Pública.

La regulación que recomendamos tiene a reducir de forma importante los incentivos para subvaluación y fraccionamiento de contratos.

La reforma a la Ley de Contrataciones Públicas suprimiría la Licitación Restringida, pues existen evidencias a nivel internacional que revelan su especial vulnerabilidad para prácticas anticompetitivas, especialmente la exclusión injustificada de oferentes, a tal nivel que es preferible regular para eliminarla como posibilidad, con lo que estamos de acuerdo.

Otra diferenciación es si la *Licitación Pública es nacional o internacional*. En nuestra opinión, una reforma a la Ley de Contrataciones Públicas deberá retener la posibilidad de que la Administración convoque nacional o internacionalmente las Licitaciones Públicas, sin embargo, tal posibilidad no podrá constituir un elemento de restricción de la oferta, discriminación a oferentes no nacionales, ni cualquier otro rasgo que pueda conducir a una restricción de la competencia en los procesos de contratación.

Opinamos que ya es tiempo para que la República Dominicana asimile la figura jurídica de la *contratación pública bajo Acuerdo Marco* en una reforma a la Ley de Contrataciones Públicas. Esta figura, considerada por la OCDE, el BID y el BM como una de las mejores prácticas implantadas para contratación pública, vigente en Chile, Panamá, entre otros países. Este procedimiento integra varios elementos, como son la contratación por volumen de bienes, servicios u obras, vía licitación pública, vía electrónica, de forma centralizada, ineludible para la Administración por ley.

Es preciso señalar que existen algunos riesgos de concertación restrictiva de la competencia entre oferentes, cuando se organizan estas contrataciones, por lo que el diseño regulatorio ha de ser especialmente cuidadoso.

El procedimiento bajo Acuerdo Marco requerirá que el portal ComprasDominicana sea totalmente transaccional, es decir, una herramienta completa de comercio electrónico, en la cual aparezcan las ofertas ganadoras de los procesos licitatorios llevados a cabo por el Órgano Rector, y que las entidades contratantes puedan realizar sus contrataciones en el mismo espacio virtual. Para garantizar su eficacia, el Acuerdo Marco debe ser de uso obligatorio, de manera tal que aquellos bienes y servicios que se encuentren incluidos en dicha modalidad, no puedan ser contratados por ninguna otra vía.

Debe ocurrir la coordinación correspondiente con Tesorería, para que los pagos puedan ser efectuados igualmente por vía electrónica, utilizando los recursos TIC de las entidades del sistema financiero nacional.

Esto que proponemos es lo que se conoce como *eProcurement* o eContratación, y pone al servicio de la Administración las TIC a fin de mejorar sustancialmente los procedimientos de contratación, agregando valor en lo que respecta a la transparencia, seguridad en la transacción, y obviamente garantizan una mayor competencia efectiva.

El procedimiento de *Subasta Electrónica* es otro que califica como *eProcurement*. Se realizaría vía el portal transaccional, que deberá estar en pleno funcionamiento, tal y como describimos arriba.

La Contratación Directa puede permanecer, en un escenario de reforma, bajo una regulación restrictiva, para los casos de estado de excepción y emergencia o de defensa y conmoción interior. La regulación de estos supuestos deberá ser rigurosa y exigente, y empleará figuras jurídicas que garanticen que no se desvirtúen la figura de excepción y de emergencia para eludir la participación competitiva en un proceso de contratación. Entonces, no se trata de que no se aplique la ley en estos supuestos, sino de regular de manera especial los mismos, para que se garanticen las premisas de una ley de este tipo.

De igual forma, deben ser rigurosamente reguladas las contrataciones de arte, innovación y exclusividad, excluyendo toda posibilidad de discrecionalidad arbitraria, y más bien integrar este tipo de contrataciones a planes del Estado relacionados con el patrocinio del arte y la cultura, de manera racionalizada, planificada, así como el respaldo a la innovación asociada a contemplar la inversión decidida de recursos por parte del Estado en innovación e investigación que inician en el desarrollo del país.

La Ley de Contrataciones Públicas dispone en su Art. 6 cuáles son las causas de "exclusión" a la aplicación de la Ley, las cuales, en muchos casos, como, por ejemplo, las operaciones de crédito público, los contratos entre entidades del sector público. El párrafo del mismo artículo incluye *excepciones* a la aplicación de la ley, tales como cuando el país se encuentre en situación de emergencia nacional o se afecte la seguridad, entre otros.

Los casos de exclusión y excepción suponen la no aplicación de ningún método competitivo para la selección de los oferentes, de los contratos en cuestión. Se aplica la contratación directa, conocida comúnmente en el país como "grado a grado".

Nuestro criterio es que el Art. 6 debe ser profundamente revisado, puesto que supone la contratación pública al margen de las reglas de competencia entre oferentes, lo que evidentemente resta eficiencia al gasto público, en detrimento del interés general, tal y como hemos afirmado más arriba en este artículo.

Entendemos que solo se justifica la exclusión de la aplicación de las participaciones en procesos competitivos, en los supuestos siguientes:

a) donde el elemento internacional conlleve la existencia de reglas especiales para la contratación, por ejemplo, en caso de que se trate de acuerdos con otras entidades de Derecho internacional público, en caso de que existan convenios de colaboración con otros países, los contratos de crédito público *stricto sensu*;

b) el caso de la contratación *in tuitu personae*, es decir, aquella contratación que conlleva una estricta y estrecha relación de confianza, así como obligación de guardar secreto profesional, entre el contratista, y la entidad contratante. Esto aplica en especies de servicios, tales como los servicios médicos o legales.

c) el caso de los contratos de empleo público.

En este contexto, no podemos dejar de aludir a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, TC 0411/18^[41], en la cual se describe una acción directa en inconstitucionalidad, que consideramos importante, pues viene al caso con relación a las exclusiones y excepciones establecidas por la Ley de Contrataciones Públicas. La parte accionante alegó básicamente que la disposición del Art. 6 numeral 4 de la citada ley es inconstitucional, y entre las disposiciones constitucionales que alega citamos los que consideramos pertinentes a este artículo, a saber, Art. 39 (Derecho a la Igualdad), Art. 50 (Libertad de Empresa), 218 y 219 (Fomento del Estado a la Iniciativa Privada), Art. 221 (Igualdad de tratamiento entre empresa pública y empresa privada).

El escenario para que el TC elaborara y profundizara sobre aspectos de la importancia de preservar la libre y efectiva competencia en el mercado de las contrataciones públicas, fue lamentablemente desperdiciados, cuando el TC optó por una tesis más administrativista, pero simple, que no contribuye en nada al desarrollo de un Derecho constitucional económico, especialmente en los inicios de la plena vigencia de nuestra Ley 42-08 de Defensa de la Competencia.

En efecto, los párrafos 12.5 y 12.6 únicamente se refieren a que las empresas públicas no entran en el ámbito de aplicación del Art. 6 numeral 4, tomando como referencia la Ley n.º 247-12, sobre Administración Pública.

Oportunidad perdida de al menos delinear que la competencia efectiva y libre es un principio protegido por la Constitución dominicana, como en efecto lo es, y que, como tal, las leyes no pueden contravenir dicho precepto. El tribunal no entró siquiera a esbozar conceptos de competencia en las contrataciones públicas y su importancia, que, como hemos expuesto en este artículo, son discurso común de buena práctica en este mercado, que resiste cualquier examen de Derecho comparado, pues como hemos visto, incluso las directivas europeas del 2014 lo establecen expresamente.

Esta decisión justifica aún más la imperiosa necesidad de someter a una total reforma el Art. 6 de la Ley de Contrataciones Públicas, tal y como hemos explicado más arriba.

Nuestra idea es que la regla sea el sometimiento a la ley de las contrataciones públicas, aun los casos de excepción, por ejemplo, la situación de emergencia, creando un procedimiento especial, que permita con un control más amplio del uso de los fondos públicos contratar en estado de emergencia o de excepción, que vienen definidos por la Constitución.

41 <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc041118/>

C. Investigar el mercado

Ello incluye investigar los mercados de bienes y servicios, desarrollar inteligencia de mercado, realizar un intercambio de información entre áreas de contratación pública de las distintas entidades de la Administración.

Considerando el mercado especial analizado en este artículo, que corresponde a las contrataciones públicas, nos preguntamos ¿qué elemento probatorio puede aprobar determinado oferente de colusión en licitación de que su acuerdo o práctica tiene efectos procompetitivos? Sin embargo, este es el estado del Derecho en República Dominicana, y no contamos todavía⁴² con jurisprudencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Procompetencia), ni de los tribunales de la República, que opinen en sentido contrario.

Procompetencia o el agente del mercado denunciante tendrá que probar que el supuesto agente incurso en colusión tiene capacidad individual o colectiva para crear barreras en el mercado relevante. Ello apunta a la necesidad de determinar cuál es el mercado relevante a efectos de la Ley de Defensa de la Competencia, y el poder real de mercado del agente o los agentes supuestamente incursos en colusión en una licitación pública.

Existe doctrina que identifica que, como el mercado relevante en un proceso de contratación pública, es el mercado de dicho proceso. Sin embargo, hemos mencionado que también la doctrina que opina que para determinar las posibilidades de competencia, es preciso considerar tanto el mercado de cada proceso en particular, como es el mercado del producto y geográfico de los bienes o servicios a ser contratados.

Un ejemplo simplificado: supongamos que un ministerio dominicano lanza una licitación para la compra de computadoras portátiles para los estudiantes de las escuelas del Estado. Típicamente el mercado relevante es el que corresponde a los oferentes con vocación a presentarse y que efectivamente se presentan en dicha licitación. Ahora bien, la autoridad contratante debería preguntarse ¿qué tanta competencia podrá haber en tal mercado relevante?; supongamos que efectúa el examen al mercado de computadoras portátiles en la República Dominicana, y se determina que el mercado relevante de dichos equipos es muy concentrado porque existen pocos proveedores, y que los mismos tienen capacidad para imponer barreras significativas a la entrada en dicho mercado; en aras de construir el ejemplo supongamos que la comercialización de dichos equipos computarizados en la República Dominicana solamente es posible a través de distribuidores autorizados.

En los supuestos anteriores, evidentemente que la autoridad contratante deberá considerar no solo el mercado de su licitación, sino el mercado de los equipos que pretende adquirir, pues ello le permitirá realizar un diseño que optimice la competencia entre

42 La Ley de Defensa de la Competencia Núm. 42-08, a pesar de haberse promulgado y publicado en el año 2008 en la *Gaceta Oficial* n.º 10458.

proveedores; una de las opciones que en el supuesto del ejemplo podría tener disponible la autoridad contratante es abrir una licitación internacional y procurar con ello mejorar las eficiencias de su compra.

La Guía de Prevención y Detección de Colusión en las Compras Públicas de Procompetencia de la República Dominicana, indica expresamente que los mercados concentrados constituyen un incentivo para la colusión en las licitaciones⁴³.

La investigación del mercado por parte de la autoridad contratante es necesaria; sin embargo, no debemos olvidar que la misma no está exenta de riesgos para el propio fin que persigue. En ese sentido consideramos que la autoridad contratante deberá efectuarla cuidando de no transmitir tanta información a los posibles oferentes, que dé pistas de los términos de referencia en la contratación.

Coincidimos por tanto con la opinión de la Comisión Federal de Competencia Económica de México cuando afirma que

Dentro del proceso de planeación, la investigación de mercado juega un papel crucial (...) es importante tener en cuenta que ciertas empresas pueden manipular las cotizaciones presentadas en la etapa de investigación de mercado para lograr posteriores adjudicaciones a precios mayores a los que prevalecerían en competencia. Para esto, las empresas pueden coludirse para fijar, elevar, concertar o manipular los precios que ofrecen desde la investigación de mercado para lograr el establecimiento de un precio máximo de referencia (PMR) artificialmente alto (...)⁴⁴.

Otra manera de abordar la investigación e inteligencia de mercado es que la misma se haga desde el Órgano Rector de las contrataciones públicas, asociado a Procompetencia, y se estructuren las mismas como parte de la labor general de investigación de mercados que realiza Procompetencia normalmente, en el ámbito del Observatorio.

D. Diseñar procesos de contratación considerando la cuestión de la competencia en los mismos

El diseño apropiado de los procesos de contratación pública, con una definición clara de los requisitos, y especial cuidado en los criterios de evaluación y adjudicación promoverán una participación más competitiva entre posibles oferentes, redundando en mayores eficiencias en los resultados de las contrataciones públicas.

43 Guía de Prevención y Detección de Colusión en las Compras Públicas de Procompetencia, República Dominicana. Pp.9 (<http://procompetencia.gob.do/Docs/Publicaciones/Guia%20Prevencion%20y%20Deteccion%20de%20Colusion%20Compras%20Publicas-version%20final%202....pdf>)

44 Agenda de Competencia para un Ejercicio Integro de las Contrataciones Públicas. Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE). Pp.17 y 18. Julio 2018. (<https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/07/CPC-ContratacionesPublicas.pdf>)

La COFECE de México aconseja considerar para el diseño de las contrataciones públicas la utilización de "criterios objetivos para calificar la solvencia técnica y económica de las propuestas y para asignar los contratos"⁴⁵.

Los pliegos de condiciones deben ser preparados de forma tal que se evite la predictibilidad, especialmente en lo que respecta al método de evaluación y selección que se utilizará, de manera particular en las contrataciones de complejidad en el objeto.

Los mismos deben ser preparados de manera tal, aconseja la COFECE de México, que se disminuyan

los espacios de discrecionalidad e incertidumbre durante todo el procedimiento, con el objetivo de que los agentes económicos puedan elaborar sus propuestas con base en las características de los productos/servicios que ofrecen y no estratégicamente tratando de anticipar el posible comportamiento del funcionario a cargo de la licitación.

La inclusión de requerimientos técnicos innecesarios en una contratación es muchas veces un método para restringir la competencia, cuando hay colusión entre el funcionario a cargo y alguno de los agentes del mercado posible oferente en dicho proceso. La facilidad de detección puede variar. Por ejemplo, supongamos un caso que cita la COFECE, donde se exigía para la compra de ciertos equipos el requerimiento que contara con el sistema Android 5.0., indicar que para participar en la licitación de la construcción de un corredor vial deberían estar domiciliados en la Ciudad de México⁴⁶.

Recomendamos que el Órgano Rector regule estrictamente por el diseño de las contrataciones públicas, desde su planeación, pasando por el diseño, redacción de pliegos de condiciones, determinación de fórmulas para evaluación y adjudicación, de manera que se reduzcan los incentivos a la discrecionalidad injustificada que genere espacios para prácticas anticompetitivas.

E. Conclusión: Sistematizar y analizar las ofertas conjuntas, *joint ventures* y subcontrataciones, quiénes son los actores, y el comportamiento de dichos actores en los diferentes procesos de contratación

El riesgo de colusión en las contrataciones públicas no se limita al momento de su lanzamiento; la experiencia apunta a que puede verificarse en distintas etapas, por ejemplo, durante el proceso de contratación, y durante la ejecución del contrato.

El caso, por ejemplo, es de un oferente que se beneficia de un pacto con sus competidores, a cambio de que estos resulten ser beneficiarios finales de porciones del contrato,

45 Agenda de Competencia para un Ejercicio Íntegro de las Contrataciones Públicas. Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE). Pp.19. Julio 2018. (<https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/07/CPC-ContratacionesPublicas.pdf>)

46 Agenda de Competencia para un Ejercicio Íntegro de las Contrataciones Públicas. Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE). Pp.20. Julio 2018. (<https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/07/CPC-ContratacionesPublicas.pdf>)

según se acuerdo, sea a través de realizar oferta conjunta, presentarse asociado temporalmente por *joint-ventures* o resultar ser subcontratado para la ejecución del contrato, en cualquiera de sus fases.

Se aconseja para reducir el riesgo de considerar la inclusión en los pliegos de condiciones y en los contratos de obligaciones esenciales relativas a las reglas generales sobre conductas anticompetitivas, o si existiera una guía o manual de competencia en contrataciones públicas, pues remitirlo a este. De manera tal que un acuerdo o práctica anticompetitiva, en un determinado proceso de contratación pública, pueda ser sancionado, no solo por la ley, sino contractualmente (López Mino, 2012, p. 9).

Esta técnica contractual se utiliza ya en la República Dominicana en materia medioambiental, laboral, o regulatorio, entre otras. Lo novedoso en el país sería incluir lenguaje que implique responsabilidad contractual de los adjudicatarios de una contratación pública, en caso de que incurra en alguna práctica anticompetitiva.

Es una herramienta importante de abogacía y promoción de la competencia entre los oferentes de las contrataciones públicas, quienes difícilmente podrán alegar desconocimiento, o inaplicabilidad, si se les obliga vía pliego de condiciones a analizar las mismas de manera directa, como parte de las obligaciones que contraerían de resultar adjudicatarios y firmantes del contrato que se licita.

Las ofertas conjuntas y los *joint-ventures* podrían ser un mecanismo legal de realizar un acuerdo de colusión anticompetitivo, tal y como lo decidió el Tribunal de Defensa de la Competencia Español en el año 2003, en su resolución (Expte. r 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias):

5. Considera el Tribunal que, de los argumentos del recurrente, merece atención el que se refiere a la restricción de la competencia que supone la concertación entre competidores para acudir a licitaciones públicas (...).

Precisamente porque "la exclusión de competidores durante el plazo de adjudicación es inherente al sistema concursal", como afirma el Servicio en el Acuerdo de archivo, la única competencia posible en los mercados que funcionan en tal sistema se establece en la fase del concurso, durante la cual cualquier pacto entre competidores puede tener un efecto restrictivo de larga duración. Este efecto será tanto mayor cuanto más reducido sea el número de posibles oferentes y cuanto mayor poder de mercado tengan los partícipes en el acuerdo.

Tales efectos restrictivos del acuerdo entre competidores pueden producirse con independencia de la forma que revista el pacto y del objeto que se persiga. En el caso presente las empresas pueden haber adoptado la forma de Unión Temporal con el legítimo objeto de acogerse al régimen tributario que la Ley 18/82 establece, pero ello no impide que esta Unión Temporal pueda tener efectos anticompetitivos si las empresas que se unen temporalmente tienen suficiente poder de mercado y si el número de competidores potenciales es reducido, sin que parezca que pueda atribuirse el efecto positivo señalado por el Servicio de que "gracias a dicha Unión el INSALUD puede ofrecer los servicios incorporados al concurso de forma generali-

zada a todas la áreas a unos precios muy ventajosos", si todos los concursantes ofrecieron la máxima reducción de precios compatible con las bases del concurso⁴⁷.

Puede ocurrir un pacto colusorio anticompetitivo, incluso por ejemplo en ofertas conjuntas entre la oferente que se ha decidido que sea la adjudicataria, y la empresa que provee la solvencia financiera o cualitativa. Se pueden incluso organizar los miembros del cártel para participar en distintos procesos de contratación e intercambiar los roles.

Estos pactos antes citados se producen al momento de presentar la oferta; no obstante, también pueden producirse pactos colusorios al momento de la ejecución, y los más comunes son los de subcontratación.

Es muy posible que los objetivos desde la perspectiva de la competencia, a la hora de evaluar estos pactos, no coincidan con los de contrataciones públicas, pues bien pudieran justificarse fines bien disímiles a los de contrataciones. Un ejemplo clásico podría ser posibilitar acceso de pequeñas y medianas empresas a las contrataciones públicas, que típicamente quedan fuera por razones de solvencia, imposibilidad de ofertar precios bajos por razones de economías de escala, entre otros.

Recomendamos, en consonancia con las mejores prácticas en la materia, cautela extrema de la entidad contratante, así como, tanto del Órgano Rector de las Contrataciones Públicas, como de Procompetencia, en la República Dominicana, ante este tipo de acuerdos, especialmente porque los visos de legalidad de los mismos pueden resultar engañosos respecto de sus efectos anticompetitivos.

El caso de Derecho español Terapias Respiratorias Domiciliarias, citado antes, nos permite hacer el análisis comparado, a fin de aconsejar como política y práctica regulatoria, tener en cuenta que el hecho de que un pacto sea *legal*, porque sea permitido por la legislación societaria, o porque permita obtener beneficios fiscales, o incluso porque en apariencia confiera solvencia financiera, no impide que el acuerdo sea ilícito desde el Derecho de la competencia, y como tal sea sancionado.

La observancia por los reguladores, debe ser enfatizada cuando el análisis de mercado del cual forman parte los oferentes revele que hay alta concentración, y mayor aún si los que participan en el acuerdo aumentan dicha concentración, reduciendo así las posibilidades de rivalidad entre empresas del mercado relevante que se trate.

REFERENCIAS

Agenda de Competencia para un Ejercicio Íntegro de las Contrataciones Públicas. Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) (2018).

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España (2015). Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos Sector Público. 16 julio 2015, p. 27.

Corte Constitucional, Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar-Gil.

47 Tribunal de Defensa de la Competencia España. Resolución (Expte. r 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias), p. 8. (https://www.cnmec.es/sites/default/files/74065_6.pdf).

- Effects of Transparency in Procurement Practices on Government Expenditure: A Case Study of Municipal Public Works. Hiroshi Ohashi. July 2006, pp. 1 y 2.
- Guía de Prevención y Detección de Colusión en las Compras Públicas de Procompetencia, República Dominicana, p. 9.
- Institute Government Procurement (2012). Principles and Practices y Public Procurement: Transparency in Public Procurement, p. 1.
- Kinsey, Megan A. (2004). "Transparency in Government Procurement: An International Consensus?" *Public Contract Law Journal*, vol. 34, n°. 1, pp. 155-173. JSTOR.
- La corrupción en la contratación estatal: ¿entre la etiqueta y la acción social? *Revista Derecho Público*. La Ley de Defensa de la Competencia Núm. 42-08, a pesar de haberse promulgado y publicado en el año 2008 en la *Gaceta Oficial* n°. 10458.
- López Mino, Antonio y Valcárcel Fernández, Patricia (2012). Insuficiencia del Derecho español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública. Diciembre 19, 2012, p. 9.
- OECD (2009). *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement* [DAF/COMP(2009)1/FINAL, 2009]
- Sánchez Graells, Albert (2009). *The Principle of Competition Embedded in EC Public Procurement Directives*. Working Paper, Univ. of Nottingham.
- Sánchez Graells, Albert (2016). *Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law*. University of Bristol.
- Tribunal de Defensa de la Competencia España. Resolución (Expte. r 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias), p. 8.