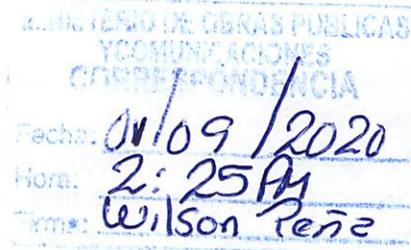


"Año de la Consolidación de la Seguridad Alimentaria"

PR-IN-2020-0522

1ero. de septiembre de 2020



Ingeniero
Deligne Ascención Burgos
Ministro
Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC)
Su despacho.

Licenciado
Carlos Pimentel
Director
Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP)
Su despacho.

Asunto: Observaciones de PRO-COMPETENCIA sobre precios predatorios y licitaciones públicas.

Distinguidos señores:

La Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, fue aprobada con el objeto de promover y defender la competencia efectiva para incrementar la eficiencia económica en los mercados de bienes y servicios, a fin de generar beneficio y valor en favor de los consumidores y usuarios de estos bienes y servicios en el territorio nacional.

Para la consecución del objeto antes citado, fue creada la **Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA)**, como organismo descentralizado del Estado, con el objetivo de promover y garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mercados de productos y servicios, mediante la ejecución y aplicación de las políticas y legislación de competencia y el ejercicio de sus facultades investigativas, de informe, reglamentarias, resolutivas y sancionadoras.



Dichas facultades legales se concretizan en la realización de dos tareas principales:

- a) La protección de la libre y leal competencia, mediante la prevención, control y sanción de prácticas concertadas, abusos de posición dominante y actos de competencia desleal; y
- b) La promoción de una cultura de competencia, tanto a nivel privado como público.

En particular, la función de promoción y abogacía de la competencia, contenida en los artículos 13 y siguientes de la Ley núm. 42-08, le permite a **PRO-COMPETENCIA**, entre otras actividades, evaluar "*las leyes, reglamentos, ordenanzas, normas, resoluciones y demás actos jurídicos emanados de los poderes públicos*"¹, así como promover la simplificación de trámites, para garantizar que, en el cumplimiento de las funciones propias de la Administración Pública "*no se establezcan trabas o interferencias indebidas a los particulares, que puedan obstaculizar su derecho a la libre empresa y competencia*"².

Como consecuencia de lo anterior **PRO-COMPETENCIA**, por órgano de su Consejo Directivo, emite el presente informe no vinculante sobre la práctica de precios predatorios considerada como restrictiva de la competencia y su valoración en los procesos de licitación pública que lleva a cabo dicho **Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC)**. Esta opinión no vinculante tiene su origen en una solicitud de revisión legal que hiciera un agente económico a **PRO-COMPETENCIA**, alegando haber sido excluido de una licitación pública por comparación de precios debido a que, conforme el **MOPC**, incurrió en una supuesta práctica de predación de precios.

En ese orden de ideas, en lo adelante en este informe abordaremos los siguientes aspectos: *i)* el objeto de la presente comunicación, *ii)* normativa vigente sobre precios predatorios, y *iii)* las conclusiones y recomendaciones.

I. OBJETO

PRO-COMPETENCIA recibió una solicitud de revisión legal por parte de un agente económico que había participado en un proceso de licitación pública por comparación de precios del **Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC)**. La licitación se llevó a cabo para la rehabilitación de diversas infraestructuras en varias provincias del país y el Distrito Nacional. El Informe Final de Evaluación de Ofertas Económicas realizado por los peritos del proceso del **MOPC**, descalificó a este agente económico, debido a que el precio ofertado para una de las partidas del pliego de condiciones había sido "*muy por*

¹ Artículo 14, Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08.

² Artículo 13, *ibídem*.

debajo del precio del mercado, definido como precio predatorio según establece el numeral 2.16 del pliego de condiciones". Por lo tanto, la obra fue adjudicada a otra empresa.

Consistentes con el compromiso de promover la competencia efectiva en los mercados de bienes y servicios de la República Dominicana, **PRO-COMPETENCIA** es receptiva de requerimientos de asistencia de agentes económicos en materia de competencia y, en caso de que la situación planteada tenga méritos suficientes, procede con la emisión de una opinión no vinculante en ejercicio de las facultades conferidas al Consejo Directivo por el artículo 31 literal n) de la Ley núm. 42-08. En virtud de estas atribuciones, este Consejo Directivo emite este informe.

II. **NORMATIVA VIGENTE SOBRE PRECIOS PREDATORIOS**

La conducta de precios predatorios no está expresamente tipificada en la Ley núm. 42-08. Sin embargo, para el caso particular del agente económico que solicitó la revisión legal de la decisión del **MOPC** expuesta anteriormente, a diferencia de la legislación de competencia en el país, el pliego de condiciones del **MOPC** analizado por esta Comisión, establece que:

Los precios predatorios ofertados en cualquier procedimiento de selección o en una contratación bajo las excepciones de la ley 340/06 y su reglamento de aplicación, siendo los precios predatorios, aquellos establecidos de una manera excesivamente baja, más allá de los costos razonables del oferente y que sin lugar a dudas tienen por finalidad expulsar a los competidores fuera del mercado, o crear barreras de entrada para los potenciales nuevos competidores.

No obstante, debido a que los precios predatorios constituyen una conducta característica del abuso de posición de dominio, la cual conlleva un análisis económico muy complejo, nos llama la atención que el **MOPC** utilice este término en sus pliegos de condiciones para la valoración de las ofertas presentadas en el marco de sus licitaciones públicas. Es por este motivo, que en lo adelante detallaremos nuestras observaciones en cuanto al concepto de precio predatorio, el mercado y las licitaciones públicas.

Para calificar una conducta de precios predatorios en un mercado determinado, se precisa que una empresa disminuya los precios por debajo de su costo marginal, excluyendo así a los agentes económicos competidores en ese mercado, con el fin posterior de realizar *"un alza en los precios a un nivel monopolístico con el propósito de recuperar sus pérdidas"*³. La práctica de precios predatorios deriva necesariamente del abuso de posición dominante, puesto que, solamente aquel que ostenta dicha posición en un mercado, *"tiene la capacidad de reducir los precios por debajo de costos en el corto plazo, de modo que sus competidores no puedan replicar esa estrategia y luego sean expulsados del mercado. El dominante, una*

³ Alison Jones y Brenda Sufrin, EU Competition Law (London: Oxford Press, 2014), 401, 402.

vez que haya logrado su propósito, está en la capacidad de elevar sus precios para recuperar la inversión en predación⁴.

Visto lo anterior, la empresa que incurriere en esta estrategia deberá contar con dos elementos claves para realizar la conducta:

- 1) Una posición dominante en el mercado con una base económica que le permita sostener la producción y venta a esos precios predatorios; y
- 2) Una vez excluidos los agentes económicos competidores, la posibilidad de aumentar de manera exponencial los precios por el monto y tiempo necesarios, (fase de recuperación) para recobrar las pérdidas inicialmente sufridas, al establecer precios por debajo de sus costos de producción⁵.

En este sentido, para considerar un precio como predatorio es fundamental el análisis del mercado en cuestión. Más allá de que un precio se encuentre por debajo del costo medio total⁶, es preciso evaluar el poder de mercado o la capacidad financiera con la cual descansa la empresa que busca afectar. Es decir, entre otras, para demostrar que un agente económico está incurriendo en la práctica de predación de precios, deben realizarse las siguientes evaluaciones:

- Una evaluación de mercado relevante cuyos resultados arrojen la existencia de un número limitado de oferentes del bien y/o servicio, la posición dominante del agente económico bajo investigación, y que demuestre que una conducta predatoria afectaría el mercado haciendo desaparecer los pocos proveedores alternativos que existan;
- Debe explicarse la elasticidad precio del mercado, con la cual se busca reconocer la magnitud en que gana cuota de mercado en la medida en que reduce el precio;
- Un análisis de la capacidad financiera, capacidad productiva o la posición preferencial en el mercado del alegado predator, para soportar las pérdidas del precio propuesto.

⁴ José Juan Haro. Mesa Redonda: Límites a la Aplicación de las Políticas de Libre Competencia. Derecho y Sociedad 28. Pág. 196. Disponible en: <file:///C:/Users/jaltagracia/Downloads/17218-Texto%20del%20art%C3%ADculo-68348-1-10-20170427.pdf> (Consultado el 27 de agosto de 2020).

⁵ Christopher Leslie, "Predatory Pricing and Recoupment", Legal Studies Research Paper Series, vol.113, No. 7 (2014): 1697-8.

⁶ La afirmación de que un precio se encuentra por debajo del costo medio no es suficiente para concluir que el mismo precio sea predatorio, existen otras razones que pueden justificar un precio por debajo del costo medio como es la aplicación de precios promocionales por debajo del costo de producción durante un periodo corto de tiempo, dirigido a captar el interés de los consumidores. Ghiani A. (2016). "La fijación de precios predatorios como practica anticompetitiva". Págs. 27-28. Universidad Internacional de la Rioja, España.

En lo relacionado a las licitaciones públicas, cabe destacar que, en principio, estas tienen un fin en sí mismas. Por ejemplo, en el caso traído a **PRO-COMPETENCIA** por el agente económico descalificado de la licitación por una alegada práctica de predación de precios, el fin era rehabilitar una infraestructura inmobiliaria. En un caso como este, es aún más complicado identificar la posibilidad de aumentar los precios para recuperar las pérdidas que podría sufrir el agente en esta licitación por haber ofrecido precios predatorios. Pues, el alegado predador habría entonces o bien incurrido en un comportamiento irracional al momento de ofrecer precios predatorios, o pudo haber existido una errónea calificación de la oferta o del precio, pudiendo entonces tratarse de un incumplimiento de lo ofertado, figura que sería distinta al concepto de precio predatorio.

Asimismo, para que el **MOPC** pudiese probar la práctica predatoria de precios, tendría que haber realizado un análisis integral de los precios del mercado relevante, que debe ser previamente definido. Es decir, que como en una licitación de esta naturaleza difícilmente participa la totalidad de los agentes económicos competidores del mercado a nivel nacional, no basta con solamente comparar las ofertas habilitadas de un proceso de compras, pues esto puede conducir a una perspectiva limitada y, en algunos casos, errónea del precio de un producto en el mercado nacional.

Por otro lado, a pesar de que cada partida de una licitación pública puede ser analizada de manera separada, hablar de precios predatorios solo en una parte de la licitación puede conducir a errores, debido a que la empresa que disminuye los márgenes de beneficios en ciertos productos, podría estar generando beneficios en otros. Por lo que, habría que analizar no solo como partida; sino como monto global cada licitación, y estudiar las razones de competencia de esta conducta.

Finalmente, **PRO-COMPETENCIA** es de la opinión de que el **MOPC** debe ponderar el alcance de la figura de "precios predatorios" al momento de considerar incluirla como criterio de valoración de las ofertas en los pliegos de condiciones de las licitaciones que publica. Esto garantizará que no haya confusiones ni errores de interpretación de los pliegos por parte de agentes económicos que participen en las mismas.

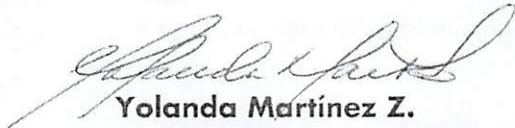
III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En tal sentido, y tomando en cuenta todo lo referido en el presente informe, tenemos a bien recomendar, en primer lugar, ponderar la eliminación de la figura de precios predatorios de los pliegos de condiciones utilizados en los procesos de compras y contrataciones públicas de dicha entidad.

En segundo lugar, aplicar las mejores prácticas de la **Guía para la Prevención y Detección de la Colusión en la Contratación Pública** emitida por **PRO-COMPETENCIA** y anexa al presente informe. En este sentido, esta Comisión se encuentra

en la mejor disposición de colaborar con ese **Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC)**, conforme la facultad consultora que le otorga el artículo 20 de la Ley núm. 42-08, así como para la realización de talleres y capacitaciones sobre la Ley núm. 42-08 y sobre el diseño de procesos de compras y contrataciones públicas consonantes con los principios de libre y leal competencia.

Atentamente,


Yolanda Martínez Z.
Presidenta del Consejo Directivo



Anexo: citado.



DIRECCION GENERAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS

No. de Comprobante: EX-DGCP44-2020-01576

Fecha de recepción: 01-Sep-2020 14:08:26

Recibido por: Vasquez, Javier

Area: Archivo y Correspondencia

Responsable: Vasquez, Javier

Anexos: 0

<http://www.dgcp.gob.do> TEL.: +1 809-682-7407-EXT.2013