

**Conferencia “El Combate de la Conducta Anticompetitiva en la Contratación Públicas”
26 de septiembre de 2022
Ponencia de María Elena Vásquez Taveras,
Presidenta del Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA**

“La importancia del rol de PROCOMPETENCIA frente a la colusión en la contratación pública”

ProCompetencia no solo juega un rol de órgano rector de la libre competencia en la República Dominicana. Tiene además frente al Estado dos (2) funciones claves en esta materia: es un órgano asesor de las agencias gubernamentales, pero también funge como órgano de contrapeso de la actividad del Estado en materia de competencia. Es de algún modo una especie de fiscalización sobre el propio poder público, respecto a las prácticas y políticas gubernamentales en materia de derecho de la competencia. Como bien es sabido, la libre competencia es aquel escenario donde las personas se empoderan en el proceso decisorio sobre qué productos y servicios pretenden comercializar en el mercado como método de producción económica, y cómo desean venderlos. Esa dinámica exigirá la libertad suficiente de los oferentes de bienes y servicios en el arduo camino para conquistar a los consumidores, camino que deberá estar exento de todo tipo de obstáculos o barreras injustificadas que limiten dicha capacidad. De aquí deviene que la Constitución afiance la dicha libertad como un derecho fundamental sujeto, exclusivamente, a las limitaciones que la propia Carta Magna y la Ley puedan imponer.¹

Para el caso de las prácticas colusorias, o bien conocidas en República Dominicana como prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos, nos situamos ante el escenario más escandaloso de la dinámica de competencia posible en un mercado. Es por esta razón que las jurisdicciones han considerado este tipo de prácticas como el “mal supremo de la libre competencia” y el “cáncer de la economía de libre mercado”.²

Hablamos de aquel contexto en el que la oferta, ya sea parcial o total de un mercado, decide coordinar su estrategia comercial para estrechar el margen de eficiencia que lleva consigo la decisión de competir, y anular las posibilidades de que los consumidores y usuarios accedan a productos o servicios de mejor calidad o precios competitivos.

Esto ocurre porque cuando dos o más empresas deciden ponerse de acuerdo sobre los precios o condiciones de venta, distribución de mercado, entre otras, nos encontramos que los oferentes buscan la manera de poner al consumidor en “jaque”, de manera que sus alternativas para

¹ República Dominicana. Constitución de la República Dominicana. Art. 50.

² VEDIA JEREZ, Horacio. Competition law enforcement and compliance across the world: systems, institutions and proceedings. 2014. PhD Thesis. Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Privado, pp. 133-134. Disponible en: http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19717/horacio_vedia_tesis.pdf

sustituir dicha oferta se reduzcan a “cero”, y el cliente o usuario se vea en la obligación de consumir dicho bien o servicio al precio o condición que el oferente imponga. **Lo cual, en una economía de libre mercado, no puede tener lugar.**

La importancia de contrarrestar tales conductas, también reside en la afectación económica que estas causan al Estado, y por consiguiente al bien común. En datos propios de la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), las contrataciones públicas representan casi un tercio de la actividad económica del Estado dominicano en términos del presupuesto anual³, lo que indica que el aparato gubernamental basa gran parte de sus esfuerzos económicos en lanzarse al mercado como un consumidor más de bienes y servicios y que, por consiguiente, deberá beneficiarse de las normas naturales de libre oferta y demanda para obtener estos a precios de mercado e incrementar la eficiencia en el gasto público.

De igual forma, el combate de estas conductas anticompetitivas y la garantía de un ambiente de libre y leal competencia en este mercado, es un incentivo de la actividad prestacional del Estado para las empresas y contribuye a dinamizar sectores de la economía como las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME's). Pues, permite que estas puedan diversificar la oferta de bienes y servicios a medida que el Estado les ofrezca un ambiente de libre y leal competencia para sus propuestas de servicios, garantizando igualdad de condiciones frente a agentes económicos establecidos en el mercado⁴.

Para las autoridades de competencia, la colusión es la conducta más difícil de detectar, tratándose de un intercambio de voluntades en el seno de dos o más agentes económicos que resguardarán en secreto su trama conspirativa contra las normas que el proceso de adjudicación indique, de manera que estos puedan manipular el proceso tanto (i) para que los precios imperantes en el contrato adjudicado sean contrarios a los niveles propios de un mercado en competencia, o (ii) para que uno de los participantes del acuerdo obtenga la adjudicación del mismo bajo condiciones que irrumpen con los niveles de competencia, tal como en el caso anterior. Sin embargo, que sea difícil de demostrar no significa sea imposible de detectar, combatir y erradicar. Debido a esto, desde Procompetencia, conjuntamente con la DGCP realizamos grandes esfuerzos tanto para prevenir como para mejorar la capacidad persecutoria en esta materia.

³ Dirección General de Contrataciones Públicas. Memoria Institucional, Año 2021. Disponible en: https://www.dgcp.gob.do/transparencia/documentos/plan_estragico/220117%20Memoria%20nstitucional%202021%20Firmada.pdf.

⁴ SAN MIGUEL GIRALT, Johannes. La colusión como práctica anticompetitiva en la contratación pública. Reciente tendencia a la participación accionaria horizontal en EE.UU. y América Latina. En: *Ius et Praxis* [en línea]. Guayaquil: Universidad de Guayaquil, 2018, 24(1). Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/197/19758807020/html/>.

En materia de colusión, el Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA ya cuenta con criterios asentados sobre las distorsiones que genera la concertación en las condiciones de venta de los agentes económicos, aprovechando la ocasión del dictamen de la Resolución 010-2021, contra el “Cartel GSK”, se pudo precisar que la concurrencia en las condiciones de venta de servicios o productos en el mercado solo genera distorsiones nocivas y contrarias a las ventajas naturales que trae consigo la competencia (párr. 404).

Visto lo anterior, y en ausencia de precedentes en materia de colusión en contrataciones públicas ante la jurisdicción de PRO-COMPETENCIA, la importancia que recae sobre los hombros de este organismo destaca sin dudas en la compatibilidad acertada que el régimen sancionador de la Ley 42-08 posee frente a las directrices que pauta la Ley 107-13 sobre la materia, norma que rige la relación entre las personas y la Administración Pública, y que promueve las reglas a seguir en el procedimiento administrativo sancionador en República Dominicana en la actualidad.

No debemos olvidar -como señale al principio-, que el rol de ProCompetencia no solo es “reactivo”, sino también “preventivo”, pues la autoridad pública puede consultar a este órgano antes de adoptar cualquier acto, norma o política pública que vaya a impactar en el tema del derecho de la competencia e incluso la propia ProCompetencia puede producir informes en caso de detectar cualquier política adversa a la competencia. En efecto, el artículo 14 de la Ley No. 42-08, destaca *“sin menoscabo de las facultades otorgadas a otras entidades públicas, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrá dirigir un informe público a la autoridad respectiva, sugiriendo la adopción de las medidas correctivas sobre los posibles efectos contrarios a la competencia, de las leyes, reglamentos, ordenanzas, normas, resoluciones y demás actos jurídicos emanados de los poderes públicos, cuyo objeto o efecto, inmediato o mediato, sea limitar o menoscabar arbitrariamente la libre empresa, obstaculizando la competencia.”*

Por el contrario, y a espera de una inminente entrada en vigencia de una nueva Ley de Contrataciones Públicas, la Ley 340-06 queda desprovista de garantías procesales suficientes que permitan garantizar la protección de conductas contrarias al libre mercado como las contenidas en la Ley 42-08, lo que conlleva a la necesidad de que ambas autoridades, tanto la de competencia como la de compras públicas, unan esfuerzos en la aplicación de este régimen bajo la colaboración mutua.

Sobre este aspecto, destacamos dos elementos en particular, el primero de estos deviene de las ventajas que presenta la colusión en contrataciones públicas y el manejo de datos por parte del Estado. Como bien sabemos, los procesos de contratación parte del llamado a convocatoria, ejecución concursal y adjudicación de contratos del Estado con agentes económicos, lo que implica que las operaciones a realizarse en el mercado surjan del trámite documental, de inicio a fin, de las distintas operaciones jurídicas que se pretenden a través del aparato estatal.

Este control de información es lo que permite al Estado poder romper con la asimetría de información de la que comúnmente adolecen los procesos sancionadores en materia de colusión pues, en otras palabras, mientras un cartel de mercado abierto exige información de consumidores o proveedores para que la autoridad de competencia las detecte con certeza, los procesos de compras públicas mantienen una dinámica documental y una trazabilidad oportuna de los procesos que permite medir los comportamientos de los oferentes y atinar con indicios de colusión.

De aquí, parte la esencial labor de PRO-COMPETENCIA en la formación y capacitación de los funcionarios y servidores públicos de distintos organismos del sector en lo relativo a los procesos de compras, y cómo pueden estos detectar indicios que levanten sospechas sobre la existencia de manipulaciones en un proceso en particular. De hecho, la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se ha pronunciado sobre la importancia en la formación de las unidades de contratación al indicar que “(l)a capacitación profesional es importante para fortalecer la conciencia de los funcionarios encargados de la contratación sobre los problemas de competencia en la contratación pública”.⁵

Hasta el momento, PRO-COMPETENCIA ha podido capacitar a más de doscientos veinte (220) funcionarios y servidores públicos de los distintos organismos que componen el Estado en materia de colusión en la contratación pública,⁶ haciendo uso de las distintas herramientas de promoción que constantemente nuestra institución provee, especialmente difundiendo el contenido de nuestra Guía para la Prevención y Detección de Colusión en la Contratación Pública, herramienta con la que estos cuentan a la hora de evaluar la correcta instrumentación de los procesos de compras, de manera que sean propicios a un esquema competitivo, y el análisis ex-post del desarrollo de los procesos y el comportamiento indiciario que puedan proyectar los oferentes.

Por otro lado, aspecto a tomar en cuenta se trata de la especialidad que comporta PROCOMPETENCIA como organismo encargado de ejercer y hacer cumplir las normas de competencia frente al análisis de datos que se extrae de los procesos de contratación. Sobre esto, retomamos los términos de la OCDE al indicar que el respaldo más efectivo para el combate de la colusión en las compras públicas se centrará en la recopilación de información histórica sobre el comportamiento de los procesos de licitación, el monitoreo constante y el análisis de los datos

⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development. Guidelines for fighting bid rigging in public procurement. Helping governments to obtain best value for money, p. 10. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>.

⁶ Para el año dos mil veintiuno (2021), se registraron ciento cincuenta y nueve (159) participantes en las distintas capacitaciones sobre competencia en la contratación pública. Al mes de agosto del año dos mil veintidós (2022) se registran sesentay siete (67) participantes.

que pondrán en evidencia patrones de conducta en distintos procesos de compras.⁷ De esta manera, la autoridad de competencia, conjuntamente con la de contratación pública, podrá dar al traste con los distintos oferentes que pretenden manipular los procesos mediante mecanismos de rotación de ganadores, retiros inesperados de ofertas, o planteamientos de propuestas desajustados con la naturaleza del mercado.

Por eso, destacamos los esfuerzos que PRO-COMPETENCIA ha realizado en conjunto a la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) en los avances de la Mesa de Trabajo Interinstitucional, pudiendo instaurar mecanismos que permitan la interconectividad de la base de datos de las compras del Estado a la disposición de analistas especializados en competencia que puedan detectar indicios y patrones de conducta sospechosos en materia de colusión. Destacando la primera reunión realizada el 2 de febrero de 2022 en adelante, PRO-COMPETENCIA ha recibido el respaldo de la autoridad rectora del Sistema Nacional de Contratación Pública con miras a alcanzar las mejores prácticas en la detección, persecución y sanción de conductas prohibidas por las normas de competencia en materia de contratación pública.

Aunado a este apoyo, nos encontramos en el oportuno escenario del respaldo de distintos organismos internacionales que han venido acompañando la labor de PRO-COMPETENCIA sobre estos asuntos, y que han extendido su mano amiga para alcanzar dichas mejores prácticas en el cumplimiento o “enforcement” de las reglas de competencia, como lo son la Agencia de los Estados Unidos de América para el Desarrollo Internacional (USAID), la Commercial Law Development Program (CLDP), el Departamento de Justicia de los EE.UU. y expertos internacionales del calibre de los profesores William Kovacic y Robert Anderson, quienes han sostenido actividades como el pasado taller titulado “Nuevas Tendencias en Competencia a Nivel Mundial”, en el que realizamos nuestro primer panel el pasado 30 de noviembre de 2021, enfocado precisamente en temas de colusión en las contrataciones del Estado.

También es preciso destacar otros esfuerzos en los que PRO-COMPETENCIA, conjuntamente con actores del sector público han procurado dar un giro a la visión de la integridad y ética en los procesos de contratación, como lo es la iniciativa puesta en vigor por el Decreto 36-21 del Poder Ejecutivo, que crea el Programa de Cumplimiento Regulatorio en las Contrataciones Públicas en la República Dominicana, en el que la participación de otros actores como la Unidad Antifraude de la Contraloría General de la República, la Dirección General de Ética e Integridad Gubernamental (DIGEIG), la Unidad de Análisis Financiero (UAF), el Ministerio de Administración Pública (MAP), el Instituto Dominicano para la Calidad (INDOCAL), entre otros, contribuyen al fortalecimiento de cometidos como el que procura PRO-COMPETENCIA a la hora de perseguir las conductas colusorias en la contratación pública.

⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development. Guidelines for fighting bid rigging in public procurement. Helping governments to obtain best value for money, p. 10. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>.

Cabe resaltar, la integración en las funciones legales de PRO-COMPETENCIA sobre la mejoría del funcionamiento de nuestro Sistema Nacional de Contratación Pública, con la supervisión y opinión no vinculante a los distintos instrumentos regulatorios que la DGCP provee en materia de contrataciones públicas. En esta ocasión, PRO-COMPETENCIA ha tenido la oportunidad de emitir sus observaciones sobre los proyectos de resoluciones que buscaban regular el funcionamiento de los Comités de Compras y Contrataciones de las instituciones sujetas al ámbito de aplicación de la Ley núm. 340-06 y sus modificaciones, sobre los requisitos de inscripción en el Registro de Proveedores del Estado (RPE),⁸ como parte del ejercicio de las atribuciones de abogacía que confiere la Ley 42-08 al Consejo Directivo en sus artículos 13, 14, 15 y 31, literal “n”.

De igual forma, el constante seguimiento de PRO-COMPETENCIA al trámite administrativo y constitucional que ha llevado consigo el Proyecto de Ley General de Contrataciones Públicas que cursa actualmente en nuestro Congreso Nacional, y del que tuvimos oportunidad de dar seguimiento a nuestras observaciones, en última instancia, el pasado 17 de mayo del 2022.⁹ Los esfuerzos sobre esta reforma se han enfocado, principalmente, en destacar y trazar los lineamientos en los que las funciones de PRO-COMPETENCIA sean respetados conforme el principio de especialidad que comporta la materia de competencia frente a su organismo rector, así como la tendencia internacional en el deber de aviso que deberá suponerse de los distintos organismos contratantes frente a PRO-COMPETENCIA, lucha indetenible en la que procuramos los funcionarios y servidores públicos presten conciencia sobre la importancia que comporta notificar a la autoridad de competencia, en todo momento, sobre la existencia de irregularidades en los procesos de compras a partir de indicios de conductas de colusión.

Con estos elementos, el rol de PRO-COMPETENCIA frente al fenómeno de la colusión en las contrataciones públicas es relevante pues con su rol de abogacía y supervigilancia de las políticas a implementar en materia de competencia puede detectar con antelación esos huecos que pudieren permitir prácticas colusorias. Por tanto, la política de cooperación interinstitucional que venimos implementando desde ProCompetencia, la mejora normativa en los procesos de reforma que cursan actualmente, y el apoyo internacional rumbo a las mejores prácticas y los consejos más sabios y expertos en la materia, hacen un llamado a PRO-COMPETENCIA y el equipo de colaboradores que lo componen a no descansar en el fortalecimiento de las herramientas de prevención, persecución y sanción de las conductas anticompetitivas en los procesos de compras

⁸ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA). Comunicación núm. PR-IN-2022-0306, de fecha 1ro de junio de 2022, contentiva de “Respuesta solicitud de opinión sobre resoluciones DGCP puestas en consulta pública”. Disponible en: <https://procompetencia.gob.do/wpfd/file/respuesta-solicitud-de-opinion-sobre-resoluciones-dgcp-puestas-en-consulta-publica/>.

⁹ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA). Comunicación núm. PR-IN-2022-0231, de fecha 17 de mayo de 2022, contentiva de “Seguimiento a observaciones de PRO-COMPETENCIA al Proyecto de Ley General de Contrataciones Públicas (01390-2022-PLO-SE)”.

del Estado. A fin de cuentas, tal como se tratase de la eficientización del gasto público como meta idílica en el marco del buen funcionamiento de la Administración Pública, la constante lucha contra la colusión en las contrataciones públicas deberá sumarse a ese pedestal de metas primordiales, orientadas a consolidar una cultura de libre y sana competencia en los mercados. De esta manera, el bienestar social será una tarea fácil de alcanzar, y los beneficios de un mercado competitivo será para las dominicanas y los dominicanos una hermosa y palpable realidad más que un idílico sueño.

¡Muchas gracias!