

LA COMPETENCIA Y LA REFORMA A LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

Mirna J. AMIAMA NIELSEN

Profesora de Derecho Comercial,
Derecho de la Competencia, Comercio Internacional
e Inversiones Extranjeras
Exdecana de la Escuela de Derecho
de la Universidad APEC (República Dominicana)
mirnaamiama@gmail.com

RESUMEN

La autora parte de la premisa de que la legislación de la República Dominicana sobre las contrataciones públicas amerita revisión en virtud de que las mejores prácticas en la materia han sufrido importantes evoluciones, además de que se produjo una reforma constitucional en el país en el año 2010 que representa importantes desafíos para la reforma del Estado. En este trabajo propone los aspectos más importantes a considerar para la reforma del régimen jurídico dominicano en materia de contrataciones con el Estado que enfrente los desafíos y se adecúe a las mejores prácticas internacionalmente reconocidas. El tema se justifica porque las contrataciones públicas poseen una importancia económica indiscutida; en consecuencia, existe riesgo permanente de que los agentes del mercado se coordinen e incurran en prácticas anticompetitivas, conocidas en Derecho dominicano como licitaciones colusorias.

La autora destaca que existe espacio suficiente para mejora, lo que amerita una reforma legal en la materia. Ha escogido dos grandes pilares para la reforma: por un lado, la mejora en la transparencia de los procesos de contrataciones públicas, integrando las tecnologías de la información; por el otro, la mejora de la competencia. La autora considera vital embeber en las contrataciones públicas las reglas de libre competencia. Por esa razón desarrolla en este trabajo cuáles son, a su criterio, las herramientas de políticas de competencia que, de ser integradas al marco legal de las contrataciones públicas, podrán mejorar de manera significativa el ambiente de competencia efectiva en los procesos de contrataciones públicas.

Palabras clave: República Dominicana, contratación pública, Derecho administrativo, derecho de la contratación, mejoras, prospectivas.

ABSTRACT

The writer starts claiming that Dominican Laws on public procurement deserve revision considering that best practice in the field has gone through major evolution, on top of going through a constitutional reform in the country in 2010, which

means major challenges toward a State reform. In this piece of work the writer points at the major points to be considered for a reform of the Dominican legal system regarding State procurement, which faces challenges and adapts to best internationally acknowledged practice. The subject warrants itself because public procurement is clearly economically powerful, so, there is permanent risk that market agents get coordinated and fall into anticompetitive activities, known within Dominican Legal System as collusive bidding.

The writer points out that there is margin for improvement, which deserves a legal reform in the field. She has chosen two great pillars toward reform, on the one hand, improvement in transparency in proceedings of public hiring, by information technology. On the other hand, competence improvement. She finds it vital to soak the rules of freedom of competence in public procurement. She thus develops in this piece of work, the competence policy tools which according to her -when legally framed as public procurement- will significantly improve the atmosphere of effective competence within the process of public procurement.

Keywords: Dominican Republic, Public Hiring, Administrative Law, Contracting Law, Improvement, Prospectives.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Autorin geht von der Prämisse aus, dass die Gesetzgebung der Dominikanischen Republik im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens eine Überprüfung verdient, weil sich die besten Praktiken in diesem Bereich erheblich geändert haben, zusätzlich zu der Tatsache, dass im Jahr 2010 eine Verfassungsreform im Land durchgeführt wurde, die erhebliche Herausforderungen für die Staatsreform darstellt. In diesem Papier schlägt sie die wichtigsten Aspekte vor, die bei der Reform des dominikanischen Rechtssystems im Bereich der Staatsverträge zu berücksichtigen sind und sich den Herausforderungen stellen sowie mit den besten international anerkannten Praktiken in Einklang stehen. Das Thema ist gerechtfertigt, weil die öffentliche Auftragsvergabe eine unbestrittene wirtschaftliche Bedeutung hat und folglich ein ständiges Risiko besteht, dass sich die Marktteilnehmer koordinieren und wettbewerbswidrige Praktiken anwenden, die im dominikanischen Recht als Absprachen bei Ausschreibungen bekannt sind.

Die Autorin betont, dass es genügend Spielraum für Verbesserungen gibt, welcher eine Rechtsreform in diesem Bereich erforderlich macht. Sie hat zwei Hauptpfeiler für die Reform ausgewählt: zum einen die Verbesserung der Transparenz der öffentlichen Auftragsvergabeverfahren unter Einbeziehung der Informationstechnologien und zum anderen die Verbesserung des Wettbewerbs. Die Autorin hält es für unerlässlich, das öffentliche Auftragswesen mit den Regeln des freien Wettbewerbs auszustatten. Aus diesem Grund entwickelt sie in dieser Arbeit die Instrumente, die ihrer Meinung nach eine Wettbewerbspolitik erfordert, welche, wenn sie in den rechtlichen Rahmen des öffentlichen Auftragswesens integriert werden, das Umfeld eines effektiven Wettbewerbs in öffentlichen Vergabeverfahren erheblich verbessern können.

Schlüsselwörter: Dominikanische Republik, Öffentliches Auftragswesen, Verwaltungsrecht, Vertragsrecht, Verbesserungen, Perspektiven

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS DE LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.—1. Mejorar la transparencia de los procesos integrando tecnologías de la información y comunicación.—2. Mejorar la competencia.—3. Cómo mejorar la competencia en la Ley de Contrataciones Públicas.—3.1. Mejorar la entrada al mercado de las contrataciones públicas.—3.2. Participación competitiva de oferentes.—3.3. Investigar el mercado.—3.4. Diseñar procesos de contratación considerando la cuestión de la competencia en los mismos.—3.5. 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.—III. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

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

La Constitución dominicana de 2015 dispone en su art. 7 que la República Dominicana es un Estado social y democrático de Derecho. El art. 8 declara cuál 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».

El Sistema de Contrataciones Públicas es una de las herramientas disponibles por el Estado para alcanzar el interés general¹.

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 gastaron un promedio del 12% del PIB².

En la República Dominicana, el *Boletín de Estadísticas de Compras y Contrataciones*, núm. 27, publicado por la Dirección General de Contrataciones Públicas³, indicó que bajo el marco de la Ley de Compras y Contra-

¹ C. F. AMAYA RODRÍGUEZ, L. C. HERNÁNDEZ y Z. MÉNDEZ PRADA, «La corrupción en la contratación estatal: ¿entre la etiqueta y la acción social?», *Revista Derecho Público*, núm. 86 (2017), pp. 7-31.

² OCDE, *Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública*, aprobada el 17 de julio de 2012.

³ *Boletín de la Dirección General de Contrataciones Públicas de la República Dominicana*, núm. 27, disponible en <http://www.dgcp.gob.do/transparencia/index.php/estadisticas>.

taciones 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 periodo comprendido entre los meses de abril y junio de 2018 por un valor de 4.862.430.880,71 pesos dominicanos, de los cuales aproximadamente 3.700 millones de pesos corresponden a licitaciones públicas.

Aproximadamente 3.400 millones de pesos fueron contratados a MYPIMES no certificadas y unos 970 millones de pesos fueron contratados a MYPIMES certificadas por el Ministerio de Industria y Comercio.

El Presupuesto General del Estado para el año 2018 aprobó un gasto en contrataciones de bienes y servicios del orden de los 87.198.056,30 pesos, 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 25.366.848.126 pesos para construcciones en proceso, que representa un 0,7% del presupuesto nacional.

En 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, el 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 tabla de la página siguiente se observa la comparación del gasto según su objeto⁴.

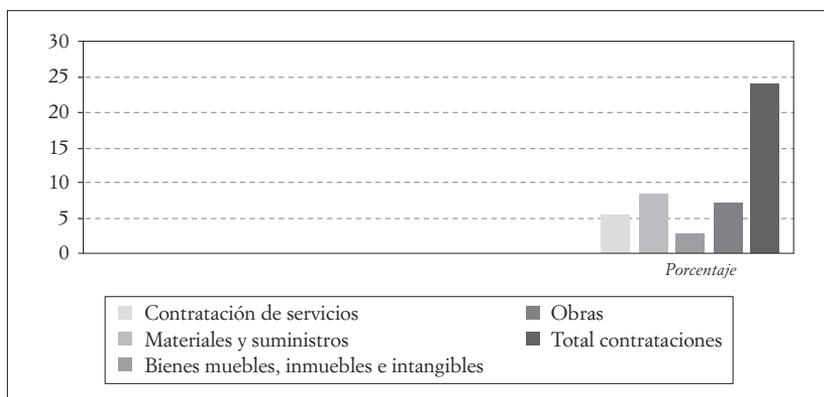
La innegable importancia económica de las contrataciones públicas provoca que siempre esté latente la preocupación por el uso correcto de los fondos públicos y se fomenten los incentivos naturales para que los agentes del mercado se coordinen y no incurran en prácticas anticompetitivas, denominadas en 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

⁴ 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 competencia moderno. En efecto, diversos organismos internacionales recomiendan a las agencias de competencia enfocarse en los Gobiernos al menos una parte importante de sus esfuerzos destinados a alertar acerca de los peligros de los cárteles. 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 efectiva»⁵.

Comparativa del gasto en contrataciones públicas



En la República Dominicana han transcurrido doce años de la aplicación de una Ley de Contrataciones Públicas, la cual, si bien fue un avance importante en su momento, especialmente promoviendo la selección de proveedores del Estado siguiendo procesos competitivos, no es menos cierto que en 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.

Evidentemente, en doce 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 Derecho⁶ y con el entorno internacional. Uno de los principales ras-

⁵ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA DE CHILE, *Compras públicas y libre competencia*, abril de 2011, p. 2, disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf>.

⁶ La Constitución Dominicana de 2015 lo dispone en su art. 7.

gos 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»⁷.

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 reconocen, 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, reconocen 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 ancianos, las personas con necesidades físicas o cognitivas especiales), el derecho a la vivienda, la seguridad social, la salud, el trabajo y la 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, que define la economía social de mercado: «Según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación»⁸. 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

⁷ 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 final.

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-865-04, de 7 de septiembre de 2004, magistrado ponente Rodrigo Escobar-Gil, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm> [referencia tomada de D. GALVIS-QUINTERO, «La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas», *Vniversitas*, vol. 132 (2016), pp. 133-196, disponible en <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>].

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 social. El marco referencial es el concepto de la libertad del hombre complementada por la justicia social»⁹.

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 Constituciones¹⁰ en el mundo no es razón en sí misma, sino que forma parte de un tejido constitucional que reconoce 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»¹¹.

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.

II. ASPECTOS DE LA REFORMA DE 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.

⁹ M. F. RESICO, *¿Qué es economía social de mercado?*, Bonn, Fundación Konrad Adenauer, p. 107, disponible en https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=5b2734a1-79fe-bba5-e0d6-3dfd307374f8&groupId=252038.

¹⁰ Por ejemplo, la Constitución Española de 1978 en su art. 38 y la Constitución Política de Perú de 1993 en su art. 58.

¹¹ Art. 8 de la Constitución dominicana de 2015.

1. Mejorar la transparencia de los procesos integrando tecnologías de la información y comunicación

«La transparencia puede ser definida como el acceso oportuno y fácilmente comprensible a la información»¹². El discurso sobre gobernanza estatal ha incluido la transparencia más que como un requisito del buen gobierno¹³ como un principio y un valor. Con ello se torna en un ingrediente 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 que 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 más eficiente, legítimo y justo¹⁴.

La OCDE se ha pronunciado en su Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública del año 2015 sobre la conveniencia de la transparen-

¹² Institute Government Procurement, *Principles and Practices y Public Procurement: Transparency in Public Procurement*, 2012, p. 1.

¹³ Gerry STOCKER, autor del 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)», disponible en https://www.researchgate.net/publication/255631184_El_buen_Gobierno_como_teor%C3%ADa_cinco_propuestas.

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», disponible en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan026097.htm>.

¹⁴ M. A. KINSEY: «Transparency in Government Procurement: an International Consensus?», *Public Contract Law Journal*, vol. 34, núm. 1 (2004), pp. 155-173 (traducción de la autora).

cia 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 *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 pública»¹⁵.*

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 objetivo¹⁶.

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.

¹⁵ <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.

¹⁶ *Ibid.* (traducción de la autora).

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 que encontramos 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 Públicas. 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 (treinta días) y para las licitaciones restringidas (veinte días), publicación que debe realizarse en dos 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 obligatorio en toda modalidad de selección de oferente la publicación previa del anuncio de apertura de contratación, sea por medios físicos o 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 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 integrada de forma adecuada a las mejores prácticas internacionales, a saber¹⁷:

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, e 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 deben integrarse en las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, TICs) 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 el 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 planeta¹⁸. En el Decreto Presidencial núm. 350-17 se establece la obligación para la Administración Pública del uso del portal

¹⁷ Institute Government Procurement, *Principles and Practices y Public Procurement: Transparency in Public Procurement*, 2012, p. 1.

¹⁸ Por ejemplo, España cuenta con la plataforma *ContrataciondelEstado* (<https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>). Chile cuenta con la plataforma *ChileCompra* (<https://www.chilecompra.cl/>). Colombia tiene la plataforma *ColombiaCompraEficiente* (<https://www.colombiacompra.gov.co/>). 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 *Buyandsell.gc.ca* (<https://buyandsell.gc.ca/procurement-data/tenders>).

transaccional *ComprasDominicana*¹⁹. En este portal 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 emergencia)²⁰ 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. 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 y 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, información sobre proveedores problemáticos, evitar los prejuicios infundados sobre determinado proveedor y 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 y evitar causas 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 campo.

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 esencial de eficiencia, pues aumenta la competitividad en el

¹⁹ <http://www.comprasdominicana.gov.do/> es el portal web correspondiente al Sistema de Contrataciones Públicas de la República Dominicana.

²⁰ El Decreto Presidencial núm. 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.

proceso. Prácticas de contrataciones públicas opacas y discrecionales típicamente reducen los incentivos para entrar en el mercado»²¹.

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 (Dirección General de Contrataciones Públicas, Contraloría General, Cámara de Cuentas y 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 involucran el proceso de contratación se realizaran de forma pública, incluyendo, de manera especial, los términos de referencia de las contrataciones, los fundamentos de dichos términos de referencia y 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 TICs, 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 mala conducta.

El único límite 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.

Tal es así que el acceso a la información deberá ser libre —excepto en lo que concierne a garantizar el funcionamiento del mercado de contrataciones— en cada proceso de contratación en un ambiente de competencia efectiva, es decir, que se debe reservar toda comunicación que facili-

²¹ H. OHASHI, *Effects of Transparency in Procurement Practices on Government Expenditure: A Case Study of Municipal Public Works*, julio de 2006, pp. 1 y 2, disponible en <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.567.3348&rep=rep1&type=pdf>.

te el intercambio de información entre oferentes que implique 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.

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

Del mismo modo, entendemos que agregaría valor disponer en una reforma de 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 que el portal sea verdaderamente transaccional, que gestione las operaciones de contrataciones, que absolutamente todas las entidades de la Administración Pública se incluyan y que todas las fases de cada proceso de contratación pública sean transparentes. 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.

2. Mejorar la 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.

En sustento de nuestra opinión, merece ser citada 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 tanto, del dinero de los contribuyentes [C(2008)105]»²². Así, 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 explicado 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»²³.

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, 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 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»²⁴.

Continúa Sánchez Graell 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 con-

²² *Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública*, aprobada por el Consejo el 17 de julio de 2012 [C(2012)115-C(2012)115/CORR1-C/M(2012)9], p. 1, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>.

²³ A. SÁNCHEZ GRAELLS, «Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law», en C. BOVIS (ed.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Bristol, University of Bristol, 2016, p. 2, disponible en https://research-information.bristol.ac.uk/files/47837444/Public_Procurement_and_Competition_revised_AUG_2015_.pdf.

²⁴ *Ibid.*, p. 3.

trataciones 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 tienen una 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»²⁵.

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 mismas. 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 de 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 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 periodo 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 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

²⁵ *Ibid.*, p. 3.

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 contribuyentes»²⁶.

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 desarrollo»²⁷.

Este es un planteamiento acorde con las políticas fijadas 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 públicas (por ejemplo, tenemos los casos de México, Colombia, Perú y Brasil). Aunque es preciso reconocer que la cuestión ya es regla en mercados con más tiempo en la regulación de la materia, como Estados Unidos, Canadá y las principales economías de la Unión Europea, y lo viene recomendando la OCDE hace décadas.

En nuestro país, Procompetencia²⁸ recientemente dictó una *Guía de Contrataciones Públicas*, considerando la importancia de ponderar indicadores de competencia en los procesos de contrataciones públicas. Al mar-

²⁶ *Recomendación del Consejo de la OCDE...*, op. cit., p. 2, <http://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>.

²⁷ *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, 27 de abril del 2012, p. 4, disponible en https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpd14_sp.pdf.

²⁸ Nombre abreviado de la Comisión de Defensa de la Competencia en la República Dominicana, según la Ley núm. 42-08.

gen de comentar la misma, que no es el objetivo de este trabajo, valoramos su existencia como una señal 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, 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 ser conscientes de que muchas de las reglas propias de las contrataciones públicas pueden en sí mismas entrañar consecuencias adversas a la competencia (por ejemplo, el sistema de contrataciones bajo acuerdo marco o contrataciones estratégicas centralizadas)²⁹.

Para combatir la colusión en la contratación pública, el Consejo de la OCDE, 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-precio»³⁰.

En este mismo orden destacamos que para estructurar la reforma en la Unión Europea, la Comisión Europea tomó muy en cuenta tanto la recomendación precitada como los lineamientos³¹ que la OCDE aprobó en el 2012, también sobre el mismo asunto, a la hora de redactar la correspondiente Directiva 2014/24/EU³², que en su Exposición de Motivos incluye la declaración siguiente:

²⁹ A. SÁNCHEZ GRAELLS, «Public Procurement and Competition...», *op. cit.*, p. 4.

³⁰ *Recomendación del Consejo de la OCDE...*, *op. cit.*

³¹ OCDE, *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement* [DAF/COMP(2009)1/FINAL, 2009], disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/cartel-sandanticompetitiveagreements/42851044.pdf>.

³² 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 y 50 de la precitada Directiva se ordena 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 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—. Mas 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»³³.

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 tenemos en cuenta que al mismo tiempo se están tratando de incorporar en la regulación de las contrataciones públi-

³³ A. SÁNCHEZ GRAELLS, «The Principle of Competition Embedded in EC Public Procurement Directives», Working Paper, Universidad de Nottingham, 2009, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1928724>.

cas medidas que restrinjan la corrupción. Es muy complejo 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 de 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, 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 de 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 tener en cuenta por las autoridades a fin de evitar prácticas anti-competitivas en las contrataciones públicas, que 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) Escogiendo cuidadosamente 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 públicas³⁴.

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, 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 setenta, se sometió un Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, el cual fue enviado a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España (en adelante, CNMC) para que emitiera su opinión y recomendaciones.

³⁴ A. SÁNCHEZ GRAELLS, «Public Procurement and Competition...», *op. cit.*, p. 13.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público³⁵ emitió la siguiente opinión:

«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 que las Directivas 2004/18/CE y 2014/23/UE tienden a procurar la uniformidad 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.

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, por ejemplo, las recomendaciones de la OCDE.

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 tenerla en cuenta en la reforma de la Ley de Contrataciones Públicas.

³⁵ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA DE ESPAÑA, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos Sector Público*, 16 de julio de 2015, p. 8, disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/709299_6.pdf.

3. Cómo mejorar la competencia en la 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, que bajo el título de «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 de la Ley de Contrataciones Públicas.

Resulta apropiado para el análisis que proponemos conocer la ponderación de la Comisión Nacional de los Mercados y la 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 compe-

tencia, 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»³⁶.

¿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 emularán 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

³⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA DE ESPAÑA, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos Sector Público*, op. cit., p. 27.

Contrataciones Públicas, será utilizado en cada proceso de contratación se encuentra directamente relacionado con el valor de la contratación, de acuerdo con el art. 17 de la Ley de Contrataciones Públicas, donde se establecieron los umbrales topes hasta los cuales serán aplicables 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. 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 (por ejemplo, en caso de emergencia nacional).

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 de 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 de la Ley de Contrataciones Públicas.

3.1. *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 involucrado.

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 deba 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 TICs.

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 públicas, constituye una barrera a la entrada al mercado; por tanto, su regulación debe ser clara y rigurosa. Una reforma de la Ley de Contrataciones Públicas podría disponer que dicho registro se limitara 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 contratados³⁷, entre otros). Por tanto, una reforma de la Ley de Contrataciones Públicas estipulará que el ingreso en el Registro de Proveedores del Estado debe operar como una precalificación de credenciales y no como una herramienta discriminatoria.

³⁷ La Ley de Contrataciones Públicas establece en su art. 8 lo siguiente: «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 (p. 2), disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>.

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

— *Causas de conflicto de intereses de todo funcionario del Estado*³⁸, no solo los de mayor jerarquía, para prevenir las prácticas corruptas; por 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 de 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 misma sea una participación controlante;
- del mismo modo deben ser excluidas aquellas en las cuales sean directores.

— *Causas 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, financiación al terrorismo o al narcotráfico, violación a la ley monetaria y financiera, violación a la *ley de libre competencia*³⁹, tráfico ilícito de personas o bienes, falsedad o fraude, entre otras violaciones graves al Código Penal).

— *Causas 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 pudiera 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 internacionales⁴⁰ 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 con-

³⁸ 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».

³⁹ 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 de la Ley de Contrataciones Públicas.

⁴⁰ *Recomendación del Consejo de la OCDE... op. cit.*, p. 3.

sumidores 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, en contrataciones menos voluminosas quizá no resulte atractivo para empresas extranjeras participar en una determinada contratación pública, pero, en definitiva, la apertura internacional decidida de un mayor volumen de contrataciones públicas mejoraría significativamente los indicadores de entrada al mercado nacional de las mismas y, en consecuencia, redundaría en mejoras a la eficiencia en el gasto⁴¹.

Otra herramienta regulatoria que mejoraría la entrada al mercado es la creación en una reforma de la Ley de Contrataciones Públicas de un régimen especial para garantizar la inclusión y participación de los sectores constitucionalmente protegidos, tales como las mujeres, los discapacitados, las personas con necesidades especiales o 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 de 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 de 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 también se tengan en consideración las personas con desafíos en sus capacidades motoras, psicosociales, cognitivas o de otra índole, así como a las personas de la tercera edad.

Los grupos protegidos de forma especial por nuestra Constitución deben tener garantizada 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 calificadas dentro de estos colectivos como una estrategia de beneficiarse 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 y rigurosa, a la vez que inclusiva y garantista. No es tarea fácil, pero con una regulación clara y precisa, y un seguimiento celoso del

⁴¹ *Ibid.*, p. 8.

cumplimiento de la misma, se puede mejorar de manera sustancial los indicadores de inserción socioeconómica de estos colectivos 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 cómo se encuentran susceptibles de pactos colusorios de repartición de mercado y 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 puntuaciones que concedan 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, los controles para calificar se iniciarán con el Registro de Proveedor y continuarán 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 de 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 de 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 colectivos que hemos mencionado. Es una alternativa digna a la política puramente asistencial de los grupos constitucionalmente protegidos⁴².

Es importante incluir en la reforma de 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.

3.2. *Participación competitiva de oferentes*

La reforma de 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.

⁴² *Ibid.*

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, de manera que se requiere una estricta regulación para garantizar que las ofertas surjan de procesos de competencia efectiva para evitar distorsiones en el mercado que perjudiquen 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 la 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 TICs 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 Públicas (art. 17). 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 autoindexados sin necesidad de intervención legislativa⁴³. Debe mantenerse por igual la publicación anual por parte de la Dirección General de 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, o 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.

⁴³ Es importante recordar que durante los trabajos preparatorios de la Ley de Contrataciones Públicas en el Congreso Nacional, de los cuales formamos parte como consultora externa de la USAID, se examinaron distintas posibilidades de determinación autoindexada de los umbrales para cada modalidad de procedimiento de contratación. Se consultó tanto al sector público como a 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 autoindexar 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 de la Ley de Contrataciones Públicas.

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*», «asociación publico-privada» o «fideicomiso».

La reforma debe contemplar el establecimiento por ley de 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.

En una reforma de 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.
- Contratación directa.

Recomendamos que la licitación pública sea de aplicación obligatoria utilizando 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 tiende a reducir de forma importante los incentivos para subvaluación y fraccionamiento de contratos.

La reforma de 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 de 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 de la Ley de Contrataciones Públicas. Esta figura, considerada por la OCDE, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial como una de las mejores prácticas implantadas para contratación pública, está vigente en Chile y 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 o 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 *Compras Dominicana* 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 existir la coordinación correspondiente con tesorería para que los pagos puedan ser efectuados igualmente por vía electrónica utilizando los recursos TICs 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 TICs a fin de mejorar sustancialmente los procedimientos de contratación, agregando valor en lo que respecta a la transparencia, seguridad en la transacción y, obviamente, garantizando una mayor competencia efectiva.

El procedimiento de subasta electrónica es otro mecanismo que se califica como *eProcurement*. Se realizaría vía el portal transaccional, que deberá estar en pleno funcionamiento, tal y como describimos más 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 desvirtúe la figura de excepción y de emergencia para eludir la participación competitiva en un proceso de contratación. Por tanto, 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.

Igualmente, 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 en 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 incidan 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 (como, por ejemplo, las operaciones de crédito público, los contratos entre entidades del sector público, etc.). 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 a 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 o en los contratos de crédito público *stricto sensu*).

- b) En 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 se aplica en especies de servicios, tales como los servicios médicos o legales.
- c) En 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 núm. 0411/18⁴⁴, 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 las que consideramos pertinentes a este artículo, a saber, art. 39 (derecho a la igualdad), art. 50 (libertad de empresa), arts. 218 y 219 (fomento del Estado a la iniciativa privada) y art. 221 (igualdad de tratamiento entre empresa pública y empresa privada).

El escenario para que el Tribunal Constitucional elaborara y profundizara sobre aspectos de la importancia de preservar la libre y efectiva competencia en el mercado de las contrataciones públicas fue lamentablemente desperdiciado cuando el tribunal optó por una tesis más administrativista, pero simple, que no contribuía 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 núm. 247-12, sobre Administración Pública.

Oportunidad perdida de delinear al menos 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 de 2014 lo establecen expresamente.

⁴⁴ <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc041118/>.

Esta decisión justifica aún más la imperiosa necesidad de someter a una reforma total 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 en 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 los estado de emergencia o de excepción que vienen definidos por la Constitución.

3.3. *Investigar el mercado*

Ello incluye investigar los mercados de bienes y servicios, desarrollar inteligencia de mercado y 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 todavía⁴⁵ 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 conocer el poder real de mercado del agente o los agentes supuestamente incursos en colusión en una licitación pública.

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

⁴⁵ 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*, núm. 10458.

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. Normalmente 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 ¿cuánta competencia podrá haber en ese mercado relevante? Supongamos que se efectúa el examen del 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 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 estos supuestos, evidentemente 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 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 licitaciones ⁴⁶.

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

⁴⁶ Procompetencia, *Guía de prevención y detección de colusión en las compras públicas de Procompetencia*, República Dominicana, p. 9, disponible en <http://procompetencia.gob.do/Docs/Publicaciones/Guia%20Prevencion%20y%20Deteccion%20de%20Colusion%20Compras%20Publicas-version%20final%202022....pdf>.

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»⁴⁷.

Otra manera de abordar la investigación e inteligencia de mercado es que la misma se haga desde la Dirección General de 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.

3.4. *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, promoverá una participación más competitiva entre posibles oferentes, redundando en mayores eficiencias en los resultados de las contrataciones públicas.

La Comisión Federal de Competencia Económica (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»⁴⁸.

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.

Aconseja la COFECE que los mismos deben ser preparados de manera tal 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 tra-

⁴⁷ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (COFECE), *Agenda de competencia para un ejercicio íntegro de las contrataciones públicas*, julio de 2018, pp. 17 y 18, disponible en <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/07/CPC-ContratacionesPublicas.pdf>.

⁴⁸ COFECE, *Agenda de competencia para un ejercicio íntegro de las contrataciones públicas*, op. cit., p. 19.

tando 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 de que contara con el sistema Android 5.0 o indicar que para participar en la licitación de la construcción de un corredor vial deberían estar domiciliados en la Ciudad de México⁴⁹.

Recomendamos que el órgano rector regule estrictamente el diseño de las contrataciones públicas, desde su planificación, 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.

3.5. *Sistematizar y analizar las ofertas conjuntas, «joint ventures» y subcontrataciones, quiénes son los actores y el comportamiento de los mismos 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 o durante la ejecución del contrato).

Pongamos el caso, por ejemplo, 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 según su acuerdo, ya 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, considerar la inclusión en los pliegos de condiciones y en los contratos de obligaciones esenciales relativas a las reglas generales sobre conductas anticompetitivas o que existiera una guía o manual de competencia en contrataciones públicas al cual remitirse.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 20.

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 contractualmente⁵⁰.

Esta técnica contractual se utiliza ya en la República Dominicana en materia medioambiental, laboral o regulatoria, entre otras. Lo novedoso en el país sería incluir normas que impliquen responsabilidad contractual de los adjudicatarios de una contratación pública en caso de que incurran 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 r 504/01, caso *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 com-

⁵⁰ A. LÓPEZ MINO y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Insuficiencia del Derecho español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública», 19 de diciembre de 2012, p. 9, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2191797.

petidores 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 generalizada a todas la áreas a unos precios muy ventajosos”, si todos los concursantes ofrecieron la máxima reducción de precios compatible con las bases del concurso»⁵¹.

Puede existir un pacto colusorio anticompetitivo, incluso, por ejemplo, en ofertas conjuntas entre la oferente que se ha decidido 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, desde la perspectiva de la competencia, que los objetivos a la hora de evaluar estos pactos no coincidan con los de contrataciones públicas, pues bien pudieran justificarse fines bien disímiles a los de las contrataciones. Un ejemplo clásico podría ser posibilitar el acceso de pequeñas y medianas empresas a las contrataciones públicas, que típicamente quedan fuera por razones de solvencia e imposibilidad de ofertar precios bajos por razones de economías de escala, entre otras.

Recomendamos, en consonancia con las mejores prácticas en la materia, cautela extrema de la entidad contratante, así como de la Dirección General de Contrataciones Públicas y 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 del 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.

⁵¹ Tribunal de Defensa de la Competencia de España, Resolución r 504/01, caso *Terapias Respiratorias Domiciliarias*, p. 8, disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/74065_6.pdf.

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 de que se trate.

III. BIBLIOGRAFÍA

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

BONIFACIO, J. A.: «La función pública en el buen gobierno», documento presentado en el XIII Foro de la Función Pública del Istmo Centroamericano, Panamá y República Dominicana *Globalización, buen gobierno y función pública*, disponible en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan026097.htm>.

AMAYA RODRÍGUEZ, C. F.; HERNÁNDEZ, L. C., y MÉNDEZ PRADA, Z.: «La corrupción en la contratación estatal: ¿entre la etiqueta y la acción social?», *Revista Derecho Público*, núm. 86 (2017), pp. 7-31.

COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA (PRO-COMPETENCIA): *Guía de prevención y detección de colusión en la contratación pública de Procompetencia*, República Dominicana, 2018, disponible en <http://procompetencia.gob.do/Docs/Publicaciones/Guia%20Prevencion%20y%20Deteccion%20de%20Colusion%20Compras%20Publicas-version%20final%202.pdf>.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA DE MÉXICO (COFECE): *Agenda de competencia para un ejercicio íntegro de las contrataciones públicas*, julio de 2018, disponible en <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/07/CPC-ContratacionesPublicas.pdf>.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA DE ESPAÑA: *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos Sector Público*, 16 de julio de 2015, disponible en https://www.cnmec.es/sites/default/files/709299_6.pdf.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO: *Nota de la Secretaría de la UNCTAD sobre la política de competencia y las adquisiciones del sector público*, Ginebra, 27 de abril de 2012, disponible en https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciclpd14_sp.pdf.

Constitución Española de 1978.

Constitución Política de Perú de 1993.

Constitución de la República Dominicana de 2015.

- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: Sentencia C-865-04, 7 de septiembre de 2004, magistrado ponente Rodrigo Escobar-Gil, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm> [referencia tomada de D. GALVIS-QUINTERO: «La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas», *Vniversitas*, vol. 132 (2016), pp. 133-196].
- Decreto Presidencial de la República Dominicana núm. 15-17.
- European Parliament Directive 2014/24/EU of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC [2014] OJ L 94/65.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA DE CHILE: *Compras públicas y libre competencia*, abril de 2011, disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf>.
- KINSEY, M. A.: «Transparency in Government. Procurement an International Consensus?», *Public Contract Law Journal*, vol. 34, núm. 1 (2004), pp. 155-173, disponible en www.jstor.org/stable/25755307.
- Ley de Defensa de la Competencia núm. 42-08.
- Ley núm. 340-06 sobre compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones, con modificaciones de Ley 449-06.
- LÓPEZ MINO, A., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: «Insuficiencia del Derecho español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública», 19 de diciembre de 2012, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2191797.
- OCDE (Dirección de Gobernanza Pública): *Recomendaciones del Consejo de Contratación Pública*, disponible en <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-Es.pdf>.
- *Recomendación del Consejo 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], disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>.
- *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement* [DAF/COMP(2009)1/FINAL, 2009], disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/cartelsandanticompetitiveagreements/42851044.pdf>.
- OHASHI, H.: *Effects of Transparency in Procurement Practices on Government Expenditure: A Case Study of Municipal Public Works*, julio de 2006, disponible en <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.567.3348&rep=rep1&type=pdf>.
- RESICO, M. F.: *¿Qué es economía social de mercado?*, Bonn, Fundación Konrad Adenauer, p. 107, disponible en https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=5b2734a1-79fe-bba5-e0d6-3dfd307374f8&groupId=252038.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A.: «Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law», en

- C. BOVIS (ed.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Bristol, University of Bristol, 2016, p. 2, disponible en https://research-information.bristol.ac.uk/files/47837444/Public_Procurement_and_Compensation_revised_AUG_2015_.pdf.
- «The Principle of Competition Embedded in EC Public Procurement Directives», Working Paper, Universidad de Nottingham, 2009, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1928724>.
- STOCKER, G.: «El “buen gobierno como teoría”: cinco propuestas», *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 1998, disponible en https://www.researchgate.net/publication/255631184_El_buen_Gobierno_como_teor%C3%ADa_cinco_propuestas.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA: Sentencia TC/0411/18, disponible en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc041118/>.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ESPAÑA: Resolución r 504/01, caso *Terapias Respiratorias Domiciliarias*, disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/74065_6.pdf.