



**Inteligencia Artificial y Contratación
Pública en América Latina y el Caribe:
un diálogo regional
para fortalecer la Competencia**



**Inteligencia Artificial y Contratación
Pública en América Latina y el Caribe:
un diálogo regional
para fortalecer la Competencia**

**Inteligencia Artificial y Contratación Pública en América Latina y el Caribe:
un diálogo regional para fortalecer la Competencia**

Autor:

Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA)

Director Editorial:

Clarems Endara, Secretario Permanente del SELA

Coordinación de Publicaciones:

Yeimy Ramirez Ávila. Jefe de Gabinete

Supervisión Editorial:

Klibis Marín. Oficial de Comunicaciones

Ricardo Michel. Asesor del Secretario Permanente del SELA

Maquetación y Diseño de portada:

Mauricio Gaitán

Impreso en:

MACRO SRL. La Paz - Bolivia

IISBN - Impreso: 978-980-6458-38-3

ISBN - Digital: 978-980-6458-39-0

Depósito Legal - Impreso: DC2025001191

Depósito Legal - Digital: DC2025001190

Copyright © SELA, Julio de 2025. www.sela.org

© Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), 2025 Torre Europa, pisos 4 y 5 Avenida Francisco de Miranda, Urbanización Campo Alegre Caracas, 1060, República Bolivariana de Venezuela Apartado 17035, Caracas 1010-A.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. No se permite la reproducción total o parcial de este documento, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del SELA.

ÍNDICE

Los países de América Latina y el Caribe deben empezar a construir su propia política de competencia Fausto E. Alvarado	7
Presentación de ofertas conjuntas a una licitación pública desde el punto de vista del derecho europeo de la competencia Fernando Cachafeiro	12
La colusión como parte de un sistema de corrupción en América Latina Ricardo Michel	17
Libre competencia económica en el marco de los procesos de contratación pública en Colombia: La analítica de datos como herramienta y sus retos Ingrid Ortiz	22
Contratación pública en la era digital: IA y desafíos de propiedad intelectual Luis Henríquez	30
La política de competencia en la contratación pública: la lucha contra las prácticas colusorias (bid rigging) Carmen Campo Fanlo	39
Estrategias para fomentar la competencia justa en la adopción de IA mediante Compras Públicas Francisco Javier Vázquez Matilla	45

El secreto profesional en las investigaciones de las autoridades de libre competencia: un breve análisis comparado Felipe Serrano Pinilla	50
Transparencia y buena administración en la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías Pablo Schiavi	58
Los programas de delación en Latinoamérica Alfonso Miranda Londoño	64
Experiencia SC en la aplicación de las buenas prácticas internacionales para la promoción y salvaguarda de la competencia en las compras públicas Gerardo Henríquez	74
Experiencias y reflexiones sobre la prevención y combate de la colusión en las contrataciones públicas en el Modelo de Defensa de la Competencia de la República Dominicana María Elena Vásquez Taveras	81
Poderes públicos y competencia: en busca del efecto útil del derecho de competencia María Pilar Canedo Arrillaga	96
La Inteligencia Artificial en la política de defensa de la competencia: perspectivas del CADE Carlos Eduardo Veras Neves, Tanise Brandão Bussman y Rubem Accioly Pires	137
Regulación de la IA y competencia en la contratación pública Alexandre Ditzel Faraco	145

PRÓLOGO

La contratación pública representa uno de los pilares fundamentales del funcionamiento del Estado. A través de ella, se canalizan grandes volúmenes de recursos destinados a atender necesidades sociales esenciales, impulsar el desarrollo económico y garantizar el acceso equitativo a bienes y servicios. Sin embargo, por su escala e impacto, también se convierte en un espacio vulnerable a prácticas que distorsionan la competencia, como la colusión entre oferentes, el reparto artificial de mercados y otras formas de competencia desleal que minan la eficiencia del gasto público y socavan la confianza ciudadana en las instituciones.

El presente libro surge como una contribución oportuna y necesaria. A través de una cuidadosa recopilación de artículos elaborados por académicos, especialistas en derecho económico, especialistas en derecho de la competencia, profesionales de la contratación pública, expertos en tecnologías emergentes y autoridades en materia de competencia, la presente obra aborda la intersección entre los desafíos estructurales de la contratación estatal y las oportunidades que ofrece la inteligencia artificial (IA) para enfrentarlos.

Los textos aquí reunidos, comparten una visión común: la lucha contra la colusión y la competencia desleal en los procesos de contratación, que no pueden depender únicamente de instrumentos tradicionales de control. Se requiere un enfoque renovado, que incorpore tecnologías inteligentes, analítica de datos, aprendizaje automático y modelos predictivos capaces de detectar patrones anómalos y señales tempranas de riesgo. La IA no es, por sí sola, una solución mágica, pero bien diseñada y aplicada bajo principios éticos, puede convertirse en una herramienta poderosa de prevención, fiscalización y transparencia.

Esta obra también abre un debate más profundo: ¿Cómo garantizar que el uso de IA en la contratación pública respete los derechos fundamentales, la privacidad de los datos y los principios del debido proceso?, ¿Cómo diseñar algoritmos que no reproduzcan sesgos estructurales ni generen nuevas formas de discriminación?, ¿Cuál debe ser el rol de las

autoridades de competencia, los órganos de control y las agencias de contratación en este nuevo ecosistema digital?

Los autores analizan experiencias internacionales, presentan estudios de casos, proponen marcos normativos y metodológicos y reflexionan sobre los límites, posibilidades y riesgos del uso de IA en este campo. En conjunto, esta obra ofrece una mirada multidisciplinaria y práctica sobre cómo construir sistemas de contratación pública más justos, abiertos y resilientes, capaces de detectar y desalentar las prácticas anticompetitivas que tanto daño causan a nuestras economías y sociedades.

El presente texto, no sólo está dirigido a especialistas, también interpela a quienes diseñan políticas públicas, a quienes gestionan procesos de compra, a aquellos que fiscalizan y promueven la competencia y a todas las personas comprometidas con la integridad del gasto público.

Porque en un mundo en constante transformación, donde los desafíos son complejos pero las herramientas también lo son, es nuestra responsabilidad colectiva usar la tecnología para fortalecer la justicia económica, la equidad en el acceso y la transparencia institucional.

Este libro es un aporte del SELA para la región, y es también una invitación a pensar, a debatir y a tomar acciones.

Dr. Clarems Endara

Embajador

Secretario Permanente

Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA)

Sin política de defensa de la competencia, la aplicación de la ley es ineficiente y muchas veces inocua los países de America Latina y el Caribe deben empezar a construir su propia política de competencia

Fausto E. Alvarado¹

Doctor (Magister) en Derecho, con mención en Derecho de Mercado por la Universidad Andina Simón Bolívar, Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca. Miembro del Directorio del Competition & Innovation Law de la Escuela de Políticas Públicas de la Universidad George Washington (GWU); Gerente Senior de Desarrollo de Proyectos y Director Académico en competencia, protección al consumidor y regulación del Kozolchyk National Law Center de la Universidad de Arizona; Presidente del Instituto Ecuatoriano de Derecho de la Competencia (IEDC).

I. Introducción:

Una de las grandes interrogantes que nos hacemos quienes participamos o estudiamos las normas de competencia es, si esta puede tener, por si sola un impacto significativo en la economía y el mercado dentro de un determinado territorio (país o región), en donde la correspondiente norma se aplica, pero en donde nada se dice acerca de la política, pues ésta se “presume” existente, a tal punto, que todos hablan de la “política de competencia” cuando la realidad es completamente diferente.

¹ Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Cuenca, Magister Derecho Económico mención en Derecho del Mercado por la Universidad Andina Simón Bolívar. Especialista en Derecho de la Competencia Europeo y Español, por el Instituto de Estudios Bursátiles y la Universidad Complutense de Madrid; Diplomado en Competencia Económica por la Universidad Panamericana de México. Cursos de especialización en Derecho de la Competencia en: España, USA, Chile. Profesor pre y posgrado de Derecho de la Competencia. Primera autoridad ecuatoriana de competencia y actualmente presidente del Instituto Ecuatoriano de Derecho de la Competencia (IEDC); y, miembro del Advisory Board del Competition & Innovation Lab de la Universidad George Washington (CI GWU).

II. La implementación de las normas de Competencia

Los países de América Latina y El Caribe, han sido testigos y partícipes desde hace más de 30 años, de un proceso casi obligatorio en cuanto a la supuesta necesidad (ventajas y beneficios) de la implementación en sus sistemas legales e institucionales de las llamadas normas de competencia; esta corriente podemos decir que surge en nuestro continente a partir de los años 80's y 90's, tiene su génesis en los procesos de reformas estructurales y liberalización económica que fueron impulsados por organismos internacionales, así como por ciertas economías y que fueron acogidas en distintos momentos de estos últimos años por los gobiernos nacionales de América Latina y El Caribe.

Es así, como podemos construir una línea de tiempo que nos permita visualizar la implementación de esta normativa, empezando por las décadas de 1930-1970², en donde la principal característica la vemos en la construcción y puesta en marcha de los modelos de industrialización por sustitución de importaciones, (ISI) en donde tenemos estructuras económicas altamente protegidas por el Estado y la casi nula existencia de regulación en materia de libre competencia.

Pasamos a la década de los 80's, época en la que tenemos como principales características la crisis de la deuda, aquí se llevan adelante ciertas reformas estructurales y empezamos a escuchar las primeras voces que hablan de la regulación y normas del mercado, es decir, se empieza a presionar debido a la necesidad de controlar y regular los mercados y el proceso competitivo.

Ya en la década de los 90's³, se tuvo que lidiar con los procesos de apertura comercial, en algunos países con las privatizaciones de empresas estatales y se inició la implementación de las llamadas leyes antimonopolio, que luego mutaron a las denominadas leyes de competencia⁴.

A partir del año 2000⁵ y hasta la presente fecha⁶, vemos el surgimiento de la totalidad de autoridades de competencia y sus respectivos marcos normativos, así como la consolidación de la mayoría de las agencias de competencia, siendo la constante en todos y cada

2 Chile incorporó su normativa de competencia en 1973, fortalecida en la década 2000 para alinearse con estándares OCDE.

3 Colombia la promulgó en 1992 para así promover una economía social de mercado, alineada con su Constitución de 1991.

4 México primera ley - 1992 tras firmar TLCAN; Brasil modernizó su sistema en 1994

5 Jamaica (2001) Fair Competition Act; Barbados (2002) Fair Competition Act; El Salvador (2004) Ley de Competencia; Honduras (2006) Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia; Nicaragua (2006); Ley de Promoción de la Competencia; Uruguay (2007) Ley de Promoción y Defensa de la Competencia; Ecuador (2011) Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

6 Guatemala (2024) Ley de Competencia.

uno de los países de la Región, el tratar de llevar adelante procesos de reformas con miras al fortalecimiento⁷ en lo que tiene que ver con las normas de competencia y su autoridad.

Sin embargo, desde las primeras normas de competencia de América Latina y El Caribe, podemos ver que nada se dice, o se ha dicho muy poco del tema de las “políticas de competencia”, lo más preocupante, es que prácticamente nada se ha desarrollado y construido en ese sentido, atreviéndome a decir, que *“no existen verdaderas políticas de competencia en nuestra Región”*.

En este punto es justo reconocer que países como México y Perú, han llevado adelante grandes esfuerzos en este sentido, aquí destaca Perú, que está llevando a cabo un fuerte proceso. Pero, en los demás países las “políticas de competencia” son inexistentes y en muchos casos, tanto las políticas económicas y/o de mercado, así como las políticas industriales, poco o nada tienen que ver con normas de competencia de cada jurisdicción, en la mayoría de los casos lo que es mucho más complejo y preocupante es que estas “políticas” son completamente contrarias a normas de competencia, situación que hace prácticamente muy difícil su aplicación o la vuelven ineficiente.

III. **Sin una adecuada Política de Competencia es imposible que haya Competencia efectiva⁸**

La institucionalidad de un país se sustenta en una estructura adecuada entre políticas, normas, reglamentos y autoridades, que por su naturaleza y el impacto que tienen en la sociedad, economía, el mercado y bienestar general, tienen que guardar una estrecha relación, actuando en concordancia y coherencia, caso contrario los efectos pueden ser negativos y perniciosos para la sociedad, situación, de la cual no puede escapar lo relacionado con la institución llamada “mercado”, pues su naturaleza la vuelve sensible a los efectos que se desprenden de la falta de correlación y conexión entre la realidad de la economía (mercado), las políticas públicas y la normativa respectiva, es decir, con las leyes de competencia.

Nos preguntamos: ¿Qué país ha desarrollado e implementado su política de competencia de la misma manera que ha aprobado y hasta ha reformado y fortalecido sus marcos normativos e institucionales en materia de competencia? la respuesta es desalentadora, *ningún país*,

⁷ México (2006) Reforma la Ley Federal de Competencia Económica; Brasil (2011) Reforma la Ley de Defensa de la Competencia; Chile (2003-2009) Reforma la Ley de Defensa de la Libre Competencia y fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE); Argentina (2000, 2007) Modificaciones a la Ley de Defensa de la Competencia; Perú (2021) Incorporación del control de concentraciones económicas.

⁸ La competencia efectiva o practicable es definida por la Comisión Europea como: *“una competencia eficaz, es decir, cuando las empresas no limitan de forma excesiva o artificial la venta o la producción o cuando aquéllas responden satisfactoriamente a la demanda y cuando hacen participar equitativamente a los consumidores en los beneficios que se derivan del progreso técnico y económico”* Memorándum sobre Concentraciones de 1996. Pascual y Vicente (2002).

salvo honrosas excepciones como México y Perú, que si bien son dignas de resaltar también quedan debiendo, dado su corto y particular alcance.

Si entendemos que las políticas públicas son el conjunto de acciones dirigidas *“a alcanzar objetivos determinados, formulados por actores gubernamentales en respuesta a problemas de interés público.”* (Dunn. 2003), entonces podemos decir que las políticas de competencia son aquellas *“medidas gubernamentales para controlar prácticas restrictivas del mercado y fomentar la competencia justa”*. (Frederic M. Scherer. 1980). Tomando como base estas definiciones, podemos decir que las políticas de competencia sirven para *“mantener y desarrollar una competencia eficaz en el mercado”* (Monti. 2000), siendo este proceder público una necesaria intervención en cuanto al actuar (conducta) de los operadores económicos, así como en su organización.

Esta intervención del Estado a través de la política pública, y particularmente de la política de competencia, tiene como objetivo principal favorecer la calidad y la variedad de los bienes/servicios, así mismo fomenta la innovación tecnológica permitiendo que se generen mercados eficientes en favor de los consumidores.

Como conclusión previa podemos decir que el diseño e implementación de una adecuada *política de competencia es el mejor camino -y por ahora el único- para que dentro de las llamadas economías de mercado se pueda garantizar el derecho constitucional de libertad económica o de empresa dentro de un adecuado y congruente marco normativo (leyes de competencia), que permitan el desarrollo integral de la sociedad;* el impacto de las políticas de competencia no solo afectan el entorno económico y de mercado, sino que su huella permea ya sea de manera positiva o negativa en toda la organización social e institucional de la que se compone un país, una región o como en la actualidad, a nivel mundial gracias a la expansión de los mercados globales.

Esta idea tiene que ver con el efecto positivo que tienen las políticas de competencia en la sociedad en su conjunto, resaltando su impacto en la economía y de manera particular en la competencia dentro de los mercados, no es difícil concluir que carecer de ellas, genera o estaría generando un impacto altamente negativo a nivel de los programas económicos, industriales, comerciales y de aplicación normativa, pues en muchos casos las intervenciones de los órganos públicos como, ministerios, secretarías técnicas, operadores económicos desarrollan políticas que están en absoluta contradicción con las normas de competencia y con los objetivos que persiguen.

Este divorcio estructural no ha sido corregido por quienes son los llamados a mejorar las condiciones de competitividad en las economías de nuestros países, por esta razón los tomadores de decisiones en cuanto a la generación de políticas públicas (ministerios, se-

cretarías técnicas, etc.), así como organismos internacionales que trabajan programas de implementación y fortalecimiento de las normas de competencia y la academia están en absoluta deuda con la sociedad, pues solo se han enfocado en la implementación y fortalecimiento de las normas y las autoridades de competencia, dejando las políticas públicas de competencia, en una absoluta orfandad.

Es así como en este punto cabe preguntarse: ¿Cuán efectiva ha sido la aplicación de las normas de competencia en nuestros países?, ¿Hay alguna gran diferencia en cuanto a eficiencia y beneficios para los consumidores a partir de la implementación y aplicación de normas de competencia?. Lamentablemente o hemos trabajado a la par la construcción del elemento fundamental: la política de competencia, ya sea de cada país, e incluso de ciertas regiones como la Comunidad Andina, Comunidad del Caribe (CARICOM), Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Sistema de Integración Centroamericano (SICA), Asociación de Estados del Caribe (AEC), Alianza del Pacífico, entre otros de la Región.

Para concluir, estamos en un momento crucial de nuestra historia y si queremos que efectivamente las normas de competencia cumplan sus objetivos, y sean lo que tanto pregonamos, debemos dar los siguientes pasos:

- a. Llevar adelante un estudio regional para ver cuál ha sido el impacto de la aplicación de las normas de competencia, en cada uno de nuestros países y una vez que tengamos los resultados tomar los correctivos adecuado, pues, si no tenemos resultados positivos, es porque no estamos haciendo bien las cosas o lo hicimos a medias (faltó la política de competencia).
- b. Empezar a construir y diseñar nuestras propias políticas de competencia, pues cometemos el error de trasladar normas o instituciones de otras realidades y las aplicamos en nuestros países y los resultados usualmente no son los adecuados.
- c. Los foros y organismos internacionales deben empezar a colaborar en temas propios de nuestra región, como ayudarnos a construir una política marco de competencia, que sirva de base para la elaboración por parte de cada país y región de su propia política, la misma que debe estar en concordancia y en coherencia con su realidad, su normativa, su institucionalidad y su particular estructura e idiosincrasia económica y de mercado.

Insisto: Sin una adecuada política de competencia, no puede haber competencia efectiva.

Presentación de Ofertas Conjuntas a una Licitación Pública desde el punto de Vista del Derecho Europeo de la Competencia

Fernando Cachafeiro¹

Profesor Titular de Derecho Mercantil y Doctor por la Universidad de A Coruña (España). LL.M. en la Universidad de Fordham, Nueva York. Dirige un proyecto de investigación de la Agencia Estatal de Investigación española sobre “Big data, competencia y protección de datos”. Es vocal de la junta directiva de la Red Académica de Defensa de la Competencia.

Dos o más empresas pueden decidir colaborar a la hora de presentarse a una licitación de tal manera que presenten una “oferta conjunta” en lugar de concurrir por separado. Las dos formas más comunes de llevar a cabo esta colaboración es a través de un “consorcio de licitadores” o recurriendo a la “subcontratación”. Los “consorcios de licitadores” se caracterizan por la participación de todos los socios de la agrupación en la de licitación, generalmente a través de una entidad jurídica establecida específicamente a efectos de dicho procedimiento². Mientras que en la “subcontratación” el licitador oficial acuerda que, si se le adjudica el contrato, subcontratará parte de la actividad a otra u otras empresas³. Desde el punto de vista de la contratación pública, subcontratación y consorcio se diferencian en que, en el primer caso, el contratista principal puede que no tenga que revelar inmediatamente los nombres de sus subcontratistas mientras que, en el consorcio, la identidad de sus miembros se comunica necesariamente a la autoridad adjudicadora. Desde la perspectiva

1 Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación “Big Data, competencia y protección de datos” (PID2021-127172NB-I00), del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, cofinanciado por la Unión Europea y el Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación.

2 La licitación conjunta a través de un consorcio licitador se refiere a una situación en la que dos o más partes cooperan para presentar una oferta combinada en un proceso de contratación pública o privada. Si la oferta resulta ganadora, la ejecución del contrato se dividirá entre los miembros del consorcio. En España, los consorcios se denominan «Uniones Temporales de Empresas» y están regulados en la *Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional*.

3 La subcontratación puede acordarse antes o después de ganar la licitación pública; en el segundo caso, no estamos ante un caso de ofertas conjuntas.

del Derecho de la competencia, sin embargo, tanto la subcontratación como el consorcio constituyen una forma de presentar en común una oferta de contrato.

La presentación de ofertas conjuntas puede ampliar el rango de empresas que concurren a una licitación, al permitirles compartir recursos para optar a licitaciones a las que por separado no podrían llegar. También puede mejorar las condiciones con las que se presentan, como sucede si la oferta conjunta genera eficiencias entre las empresas participantes que se traducen en precios más bajos o productos y servicios de mejor calidad. Sin embargo, no es menos cierto que la presentación de ofertas comunes también puede reducir o incluso eliminar las ofertas competidoras, privando al procedimiento de licitación de su verdadera razón de ser: elegir entre las propuestas más competitivas. Como consecuencia de su carácter ambivalente, el enjuiciamiento de las ofertas conjuntas desde el punto de vista del Derecho de la competencia ha sido tradicionalmente una cuestión no exenta de polémica.

En 2023, la Comisión Europea publicó una nueva versión de sus Directrices sobre acuerdos de cooperación entre competidores (“Directrices horizontales”) que, por primera vez, incorporan una sección sobre “ofertas conjuntas” en la que se consagra una visión más favorable de la colaboración entre licitadores centrada en el análisis de los efectos económicos de la conducta⁴. Las nuevas directrices parten de la base de que muchos acuerdos de licitación conjunta pueden cumplir las normas de competencia, en unos casos porque las partes del acuerdo no son competidoras en relación con el contrato en cuestión y, en otros, porque los beneficios de la cooperación para los clientes superan los efectos negativos para la competencia.

Consortios entre empresas no competidoras

Cuando las empresas que forman el consorcio no podrían presentarse a la licitación por separado, se considera que las mismas no son competidoras y, consiguientemente, el acuerdo no tiene un objeto o efecto restrictivo de la competencia. Así las cosas, el acuerdo no infringe el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁵.

En ocasiones las empresas no pueden presentar ofertas individuales porque son incapaces de ejecutar el objeto del contrato por sí mismas, debido al tamaño del proyecto o su complejidad técnica. Lo mismo sucede cuando las empresas no están en el mismo

⁴ Apdo.5.4 «Consortios de licitadores» de las *Directrices (2023/C 259/01) sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*.

⁵ Las Directrices horizontales enmarcan los consorcios de licitadores en la categoría de «acuerdos de comercialización» que son aquellos que implican una cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos sustitutivos, de ahí que no deba extrañar que los primeros se sometan al mismo test de legalidad que los segundos. Si los acuerdos de comercialización no plantean problemas de competencia cuando son objetivamente necesarios para que una de las empresas acceda a un mercado en el que no podría haber entrado individualmente (por ejemplo, debido a los costes que implica), los consorcios son compatibles con las normas de competencia si «permiten a las empresas implicadas participar en licitaciones que no podrían emprender individualmente».

mercado, pero suministran productos o servicios que son complementarios y cuya reunión en una única oferta les permite cumplir con las condiciones para optar a la licitación. En ambos casos, las partes en el consorcio no son ni competidores reales ni potenciales para la ejecución del proyecto.

Determinar si las partes son capaces de presentarse individualmente a un procedimiento de licitación es una cuestión compleja que va a depender de los requisitos incluidos en el pliego de condiciones técnicas de la licitación⁶, pero también de la propia capacidad de las empresas para ejecutar el contrato por sí solas, teniendo en cuenta circunstancias como el tamaño y las capacidades de la empresa, el nivel de riesgo financiero inducido por el proyecto o el volumen de las inversiones necesarias para acometerlo.

Consortios entre empresas competidoras

Si las empresas tienen la capacidad de presentarse por separado a la licitación, son competidores reales o potenciales y, por consiguiente, el consorcio es susceptible de tener un objeto o efecto restrictivo de la competencia. La conducta, por lo tanto, podría infringir el artículo 101.1 TFUE sin perjuicio de que, como veremos más adelante, el acuerdo llegue a considerarse exento en aplicación del artículo 101.3 TFUE.

Respecto del artículo 101.1 TFUE, el consorcio puede ser una restricción “por objeto” o “por efecto”. Nos situaremos en la primera categoría cuando, entre otras circunstancias, el acuerdo no suponga una integración de los recursos y actividades de las partes, sino un mero instrumento para concurrir con un precio único a una licitación. Por el contrario, cuando el consorcio entrañe una colaboración real en la ejecución del contrato por parte de las empresas participantes, se evaluará como una restricción “por efecto”⁷.

En cualquier caso, como indicamos anteriormente, el hecho de que al consorcio licitador se le aplique el apartado 1 del artículo 101, no impide que pueda beneficiarse de una exención por cumplir las condiciones de su apartado 3. Así sucede cuando la actuación conjunta permite a las empresas presentar una oferta más competitiva que las ofertas que podrían haber presentado por separado (en términos de precio o calidad) y los beneficios compensen las

⁶ Para facilitar que más empresas puedan presentarse a una licitación pública de manera individual, el poder adjudicador puede optar por dividir el contrato en lotes que resulten ejecutables individualmente por empresas de menor tamaño. Si, a pesar de la posibilidad de optar a los lotes, las empresas deciden formar un consorcio para concurrir a la totalidad del contrato, dichas empresas se consideran competidoras y, por tanto, el convenio es susceptible de infringir el art. 101.1 TFUE.

⁷ En el Derecho europeo de la competencia se distingue entre restricciones «por objeto» que son aquellas que pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento de la competencia y, de otro, restricciones «por efecto» en las que es necesario examinar sus efectos reales o potenciales en el mercado. El hecho de que un acuerdo se enmarque en una u otra categoría tiene consecuencias prácticas pues, en el primer caso, los efectos anticompetitivos de la conducta se presumen mientras que, en el segundo, la autoridad de la competencia tendrá que acreditar que el pacto es susceptible de perjudicar, de manera real o potencial, la competencia en el mercado. Sin perjuicio de que, posteriormente, las partes puedan alegar razones de eficiencia en sede del artículo 101.3 TFUE, tanto respecto de las restricciones «por objeto» como de las «por efecto».

restricciones de la competencia. Es preciso, además, que las eficiencias se repercutan en los consumidores y no únicamente en las empresas que participan en el consorcio de licitadores.

Las Directrices horizontales ilustran con un ejemplo cómo se han de evaluar los consorcios entre licitadores. Supongamos el caso de dos empresas (A y B) que son proveedores de medicamentos especializados para hospitales y deciden formar un consorcio para concurrir a una serie de licitaciones organizadas por el sistema nacional de salud de un Estado miembro. Las dos empresas A y B pueden competir individualmente en las licitaciones y, de hecho, lo hicieron en el pasado, pero no obtuvieron el contrato que fue adjudicado a un tercero que ofreció mejor precio y calidad, especialmente porque ofrecía una gama más amplia de productos opcionales. Dado que las empresas A y B podrían competir individualmente en las ofertas, su participación conjunta puede restringir la competencia y se aplica el artículo 101, apartado 1. Sin embargo, en la medida en que el consorcio les permite presentar una oferta conjunta más competitiva que sus ofertas individuales, en particular respecto de los productos opcionales que son especialmente importantes para la autoridad licitadora, dicho acuerdo podría cumplir las condiciones para beneficiarse de una exención en aplicación del apartado 3 del artículo 101.

“Ofertas conjuntas” y “colusión en las contrataciones”

La presentación de ofertas conjuntas no debe confundirse con la “colusión en las licitaciones” (“bid rigging”) que es una forma de cartel consistente en la manipulación de un procedimiento de licitación para dar la impresión de que el mismo se desenvuelve en un escenario competitivo cuando, en realidad, todo se ha previsto para que un licitador predeterminado obtenga el contrato⁸. La colusión en la licitación puede adoptar diversas formas como, por ejemplo, fijar previamente el contenido de las ofertas de cada participante y, muy particularmente, el precio que se ofrece para ganar la licitación; abstenerse de presentar ofertas competidoras; repartir las licitaciones basándose en la ubicación geográfica, el poder adjudicador o el objeto del contrato; o establecer sistemas de rotación para una serie de contratos de manera que resulten adjudicatarias unas empresas determinadas⁹.

En la colusión en las licitaciones, el acuerdo permanece oculto para dar la impresión de que los miembros del cartel compiten entre ellos por el contrato, cuando en realidad el resultado de la licitación se encuentra amañado de antemano. Lo cual permite diferenciarla de las ofertas conjuntas en las que todos los oferentes se presentan a la licitación y no existe voluntad de engañar al órgano de licitación. Sin embargo, en ocasiones, esta diferenciación

⁸ Vid. Comunicación (2021/C 91/01) relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo: «el concepto de colusión en la contratación pública (también denominado «licitación colusoria») hace referencia a los acuerdos ilegales entre operadores económicos destinados a falsear la competencia en los procedimientos de adjudicación» (apartado 1.1).

⁹ Vid. *Fighting bid rigging in public procurement: helping governments to obtain best value for money*, OCDE, 2009, pág. 2.

no es tan sencilla, como sucede en los casos de subcontratación en los que el licitador puede haber acordado previamente (en secreto) la subcontratación de algunas partes del contrato con terceros, a cambio de que estos no se presenten a la licitación o bien presenten ofertas manipuladas. La dificultad, en estos casos, reside en desenmascarar el pacto secreto para trocear el contrato entre los licitadores, sin que en ningún caso pueda presumirse sin más que la subcontratación equivale a una colusión de licitadores¹⁰.

Valoración

Las Directrices horizontales han aportado una aclaración positiva sobre los consorcios de licitación para las empresas que deseen poner en común sus respectivas capacidades. Se parte de la idea de que los consorcios pueden mejorar la economía de la UE fomentando alianzas de empresas de distinto tamaño o capacidades, siempre que se ajusten a las condiciones de exención establecidas para cualquier forma de colaboración entre competidores.

La nueva política de la Comisión Europea ha dejado atrás la idea de que los consorcios de licitación entre miembros capaces de licitar en solitario son normalmente anticompetitivos. En efecto, cuando la pérdida de competencia que supone la actuación conjunta se vea compensada por los beneficios generados por la oferta combinada, en forma de precios más bajos, una mejor gama de productos o una mayor calidad de la solución presentada, etc. las empresas han de poder formar un consorcio, aunque estén capacitadas para presentarse a la licitación por separado.

Aunque las orientaciones van a fomentar que se recurra con más frecuencia a los consorcios de licitación en el futuro, las empresas que estén contemplando esta posibilidad deben ser prudentes. Habida cuenta de la limitada aplicación de las Directrices horizontales hasta el momento, no puede predecirse con certeza cómo se llevará a la práctica la nueva política de la Comisión Europea. Por lo tanto, los miembros del consorcio deben evaluar cuidadosamente su papel en el proceso de licitación y los riesgos potenciales de que se restrinja la competencia.

¹⁰ Párrafo 349 de las Directrices horizontales.

La colusión como parte de un sistema de corrupción en América Latina

Ricardo Michel

Economista especializado en Relaciones Económicas Internacionales, Máster en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica y en Economía Industrial de la Universidad Carlos III de Madrid, España.

La importancia de la regulación para prevenir la colusión en las políticas de competencia en América Latina es fundamental en el sentido de generar un mercado eficiente y competitivo, pero además de luchar contra la corrupción, fomentar la transparencia y el adecuado funcionamiento de los procesos de contratación pública.

Recordemos que, la colusión es una forma de corrupción en la que un grupo de empresas, que deberían competir entre ellas para ofrecer el mejor precio y servicio, coordinan sus ofertas en los procesos de contratación para manipular el resultado a su favor. Esta práctica anticompetitiva socava la competencia justa en el mercado, lo que genera precios inflados, reducción de la calidad e ineficiencias en las contrataciones públicas y privadas. En otras palabras, perjudica de manera directa a los consumidores.

Cuando las empresas coluden en licitaciones, carecen de incentivos para mejorar la eficiencia, reducir costos o innovar. Es esencial en ese sentido, una política de competencia sólida, así como medidas preventivas a estas prácticas, lo que incentiva a las empresas a mejorar sus productos y servicios en beneficio del consumidor final.

En licitaciones públicas las colusiones siguen siendo un grave problema en América Latina y el Caribe (ALC), en muchos casos por la aplicación deficiente de la ley o incluso por la ausencia de esta, lo cual, como hemos dicho, genera corrupción y falta de transparencia en las contrataciones públicas. Sin embargo, algunos países han avanzado mediante la contratación digital, con la aplicación de medidas normativas más eficientes, medidas de

prevención y apoyo en la cooperación internacional. La continuidad de las reformas, el fortalecimiento de las instituciones y una mayor supervisión pública son esenciales para reducir la colusión en licitaciones públicas y garantizar una competencia justa en la región.

Muchas autoridades de competencia en América Latina y el Caribe carecen de los recursos, la experiencia o la independencia necesarios para detectar y procesar eficazmente la colusión en licitaciones públicas. Si bien algunos países cuentan con leyes de competencia, tienen dificultades para aplicarlas debido a la interferencia política. En ese sentido, es imperante que las autoridades regulatorias tengan la independencia necesaria no solo para poder aplicar la normativa existente, sino también para promover nuevas normativas que se ajusten a las necesidades y realidades de cada país, especialmente considerando que la mayoría de las normativas son copias o adaptaciones de otras que no corresponden a la realidad de nuestra región.

En ese sentido, si hablamos de la región, debemos entender que los países que la conforman son sumamente heterogéneos en lo que se refiere a las normas de competencia y en ese sentido, a la misma aplicación de dicha normativa. Existen países con normativas robustas y de igual manera, cuentan con medidas preventivas que muestran un enorme avance en el tema de competencia, sin embargo, otros países de la región se ven mucho más retrasados en materia de normativa, regulación y de medidas prevención, incluso otros países no cuentan una normativa en competencia, en absoluto, como Bolivia o Nicaragua que recién acaba de adoptarla.

Algunos países han fortalecido las leyes de competencia para tipificar explícitamente la colusión en licitaciones y aumentar las multas. Argentina y Perú, por ejemplo, han implementado programas de clemencia para incentivar a los denunciantes a exponer prácticas colusorias. Estas medidas tienen como efecto la disminución de acciones de colusión, pero todavía ha pasado muy poco tiempo como para medir el impacto de estas medidas.

La colusión en licitaciones suele estar vinculada, también, a la corrupción, ya que no sólo puede darse colusión entre empresas, sino también entre una empresa y los funcionarios encargados del proceso de licitación, en ese caso esta acción ya no se llama colusión sino corrupción. Los funcionarios pueden acordar con las empresas los resultados del proceso manipulando la licitación.

La colusión en licitaciones públicas es un problema persistente en América Latina y el Caribe, debido a que, dadas las condiciones y necesidades que se tienen en el desarrollo de infraestructura, los mayores contratos se concentran especialmente en la contratación pública. Considerando la alta concentración de la región de los contratos gubernamentales para

proyectos de infraestructura, salud y energía, la colusión ha sido una fuente importante de corrupción, ineficiencia económica y mala asignación de recursos públicos.

Entre algunos ejemplos claros que tenemos en la región es el famoso caso Odebrecht que demostró cómo la colusión en licitaciones de proyectos de infraestructura se facilitó mediante sobornos en múltiples países. Asimismo, el cártel Farmacéutico en Colombia en el cual compañías farmacéuticas manipulaban licitaciones para inflar los precios de medicamentos en contratos gubernamentales. O también, el cártel de Obras Públicas en Argentina, donde empresas constructoras se coludieron para manipular licitaciones en contratos de obras públicas, inflando los costos para los contribuyentes.

Estos ejemplos nos muestran que muchos procesos de contratación en nuestra región aún se ven afectados en la toma de decisiones, en muchos casos arbitraria y sesgada, en parte debido a ciertos favoritismos y la escasa supervisión pública independiente.

En lo que corresponde esta nueva era de la digitalización, los actores económicos usan como herramienta la inteligencia artificial, la cual es fundamental, por el alcance y el potencial de aprendizaje que tiene. El uso de plataformas digitales de contratación, de igual manera, puede facilitar la trazabilidad y la transparencia en la contratación pública, así como, en la detección de actos de colusión o de corrupción. En cambio, su uso limitado puede promover y facilitar la competencia desleal y la corrupción.

Podemos ver que países como Chile y Colombia (SECOP) han implementado sistemas de licitación electrónica para aumentar la transparencia y reducir los riesgos de colusión. Asimismo, se están explorando iniciativas de contratación abierta, así como herramientas de detección de fraude basadas en IA para identificar patrones de licitación sospechosos.

En lo que se refiere a la colusión, es importante desarrollar normativa y regulación que proteja la competencia en el mercado, dado que la colusión elimina la competencia genuina permitiendo que las empresas decidan premeditadamente el resultado de un contrato. Por el contrario, tener una regulación eficiente puede, tal vez no garantizar, pero incrementar la posibilidad de competencia en igualdad de condiciones donde todas las empresas lidian de forma justa en función del precio, la calidad y la innovación.

Las regulaciones pueden contribuir con mecanismos estrictos de aplicación, a contribuir y disuadir a los actores económicos a la realización de actividades fraudulentas y mejorar la transparencia en las contrataciones. De igual manera, las medidas regulatorias fomentan la confianza en los sistemas de contratación, dado que un entorno de contratación bien regulado fomenta la confianza entre las empresas y el público. Es más probable que las empresas participen en licitaciones cuando confían en que el proceso, en el cual van a participar, es

justo, esto genera mayor competencia y mejores resultados de mercado, beneficiando al usuario o consumidor final con precios más bajos y mejor calidad de productos o servicios.

Por otro lado, las medidas regulatorias garantizan el cumplimiento de las normas comerciales internacionales, ya que numerosos acuerdos comerciales internacionales y marcos de competencia (por ejemplo, las directrices de la OMC y la OCDE) enfatizan la libre competencia en las contrataciones. Las medidas regulatorias contra la colusión en licitaciones ayudan a los países a cumplir con las mejores prácticas globales, evitando disputas comerciales y fomentando la inversión.

Las leyes de competencia se constituyen en una herramienta fundamental para la reducción de la corrupción y en la búsqueda de un mejor funcionamiento del mercado, en lo relacionado a las licitaciones y compras públicas. Las leyes estrictas de competencia que prohíben explícitamente la colusión y la manipulación de licitaciones y que establecen mecanismos de supervisión y cumplimiento más eficaces, tienen un efecto disuasivo y de prevención y facilita a las autoridades de competencia que deben investigar activamente patrones de licitación sospechosos, detectar posibles colusiones o acciones desleales a la competencia.

Asimismo, existen acciones que permiten disminuir en cierta medida la colusión y en el mismo sentido, la corrupción, como son las orientadas a la delación que es básicamente la protección de denunciantes para animar a las personas con información privilegiada a denunciar la colusión mediante programas de clemencia; imponer sanciones severas y multas elevadas, excluyendo a los participantes de futuros contratos y responsabilidad penal para los infractores con el fin de disuadir conductas ilegales; garantizar la transparencia en la contratación a través de procesos de licitación abiertos con criterios de selección claros para reducir las oportunidades de manipulación. Sin embargo, cabe destacar que este tipo de medidas son preventivas, pero no lo suficientemente robustas para impedir el hecho.

En muchos casos se debe considerar que las autoridades que han impuesto leyes anticolusión y que trabajan con la utilización de herramientas digitales para la detección de este tipo de conductas anticompetitivas, como son: Brasil (CADE), México (COFECE), Chile (FNE) y la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, tienen una ventaja en el manejo de datos para detectar procesos manipulados, estos países lideran en la región, el uso de herramientas digitales y en especial que empiezan la utilización de la inteligencia artificial para garantizar la transparencia en las contrataciones públicas y por ende, el buen funcionamiento del mercado, para garantizar mejores precios y mejor calidad.

Por otro lado, es importante hacer notar, que pese a los esfuerzos que las diferentes agencias ponen en la prevención de este tipo de acciones desleales a la competencia, como el

uso de softwares, u otras herramientas informáticas y la posible utilización de herramientas guiadas por la inteligencia artificial; existen diversos factores que están impidiendo que haya mayores avances. Países como Brasil, Colombia o México que tienen diferentes herramientas desarrolladas con análisis de datos muy avanzados, sin embargo, chocan con obstáculos muy simples como la encriptación de estos datos. Los diferentes formatos y criterios utilizados en la encriptación dificultan que las herramientas informáticas, incluida la inteligencia artificial, puedan ser de mayor utilidad para la detección de patrones en las compras públicas que puedan determinar acciones de competencia desleal o incluso de actos de corrupción. Es entonces importante resaltar que el criterio de cada funcionario puede variar en lo que se refiere a la encriptación de datos o incluso en los formatos, formularios y respaldos que se solicitan, que al interior de un país pueden variar de una entidad a otra.

En ese sentido, el rol de la cooperación internacional puede jugar un rol importante, organizaciones como la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) colaboran activamente con los gobiernos de América Latina y el Caribe para mejorar las políticas de competencia y prevenir la colusión en licitaciones. En muchos casos el apoyo en la gestión de manuales de procedimiento para la encriptación de datos puede ser un importante aporte para los países en la lucha contra la corrupción y contra la competencia desleal, la estandarización de los protocolos para el llenado de bases de datos, esto puede ser el inicio para establecer un entorno más amigable para el análisis de datos. Al final acciones simples pueden ser sumamente importantes para el desarrollo de mercados más eficientes.

Libre competencia económica en el marco de los procesos de contratación pública en Colombia: La Analítica de datos como herramienta y sus retos

Ingrid Ortiz

Abogada y PHD en Derecho Mercantil. Superintendente Delegada para la Protección de la Competencia en Colombia. Maestría en Responsabilidad contractual. Doctorado en Derecho y Doctorado en Estudios avanzados, por la Universidad Autónoma de Madrid.

I. Los bienes jurídicos protegidos por la libre competencia económica en los procesos de contratación pública

En general, las disposiciones que protegen la libre competencia económica en Colombia pretenden salvaguardar tres bienes jurídicos esenciales, a saber: (i) la libre participación de las empresas en el mercado, (ii) el bienestar de los consumidores, y (iii) la eficiencia económica (Ley 1340, 2009, art.3). En particular, en los procesos de selección pública, estos bienes jurídicos están orientados e íntimamente ligados hacia la protección de los principios del régimen de contratación pública que se fundamentan en consideraciones de libre competencia¹.

En ese sentido, las normas que rigen la contratación pública y las que protegen la libre competencia económica en Colombia comparten tres principios fundamentales que contribuyen a perseguir los fines estatales: igualdad de oportunidades, transparencia y selección objetiva.

El principio de igualdad de oportunidades ha sido considerado como un elemento fundamental de los procesos de selección pública, en tanto a partir de su aplicación se

¹ Const., Sent. C-722, sept. 12/ 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. La Corte Constitucional ha reconocido que estos principios también son aplicables para aquellos procesos de contratación que se adelantan para áreas específicas a través de sociedades que adoptan otras formas jurídicas como las sociedades de economía mixta.

garantiza la identidad de oportunidades que tienen los interesados en contratar con el Estado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sent. 12037, 2001). El principio de transparencia se refiere a la selección de contratistas con el establecimiento previo de criterios objetivos, neutrales y claros para la presentación de interés u ofertas; la publicidad de las actuaciones; y la garantía del derecho de contradicción de los proponentes (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sent. 17767, 2011). Finalmente, el principio de selección objetiva está relacionado con el de libre concurrencia de los interesados en participar en los procesos de selección, que, a su vez, se refiere a la posibilidad de acceder e intervenir en el proceso, y la restricción para la administración de establecer injustificadamente algún mecanismo o disposición que conlleven a la exclusión de proponentes. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sent. 18118, 2011). De esta forma si no se garantiza el principio de libre concurrencia se transgrede el principio de selección objetiva, porque la exclusión de potenciales oferentes crea un escenario restringido de propuestas en el que, no necesariamente se encuentre la más favorable para la administración en términos de calidad y eficiencia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sent. 49847, 2016).

Estos principios -aplicables a todas las modalidades de contratación pública- permiten y facilitan a las entidades contratantes seleccionar objetivamente a los futuros contratistas y/o adjudicatarios y aseguran la igualdad de oportunidades de participación por parte de los interesados. En este orden de ideas resulta que estos principios se satisfacen en la medida que los procesos de selección pública sean escenarios competitivos en cualquiera de sus etapas, razón por la que también se consideran anticompetitivos aquellos comportamientos que impidan su materialización². En consecuencia, lo que se desprende del desconocimiento de estos principios es la negación misma de los fundamentos de la libre competencia en la contratación estatal (Superintendencia de Industria y Comercio, Res. 57366 de 2021).

II. Conductas contrarias a la libre competencia económica que se desarrollan en los procesos de contratación pública

Los procesos de contratación pública en Colombia se han visto afectados por prácticas anticompetitivas que distorsionan la elección que realiza el Estado para adquirir bienes y servicios. Estos comportamientos son investigados por la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, "SIC") bajo la conducta de acuerdos colusorios así como también bajo la norma que contiene la prohibición general de ejecutar prácticas restrictivas

² La Superintendencia ha indicado que cuando la libre competencia se afecta en procesos de contratación con el Estado también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 73079 de 2019).

II.1. Los acuerdos colusorios

Esta conducta está proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Se trata de comportamientos que –independientemente de la forma que adopten– son adelantados por dos o más personas que, teniendo el deber de competir en un proceso de contratación pública, suprimen la rivalidad entre ellas y/o buscan alterar cualquiera de las condiciones de competencia en el proceso de selección, con el propósito de reducir las presiones competitivas y aumentar su probabilidad de éxito en la adjudicación del contrato (Gastelbondo Chiriví & Melo Rodríguez, 2019). Algunos de los comportamientos que han sido investigados por la SIC bajo la mencionada disposición son los siguientes:

Intercambio de información sensible³: Esta conducta tiene lugar cuando los oferentes que participan en un mismo proceso de selección comparten información sensible entre ellos (propuestas, ofertas económicas, entre otros), para coordinar su comportamiento y aumentar, ilegítimamente, las probabilidades de resultar adjudicatarios o ser seleccionados para seguir adelante con el proceso de contratación⁴.

Distribución de mercado⁵: En este caso los agentes del mercado se reparten contratos, zonas u objetos a contratar en los procesos de selección con la finalidad de suprimir rivalidad y competencia alguna entre ellos. Lo anterior, incluso, presentando propuestas económicas con valores cercanos al presupuesto oficial y/o máximo ofrecido por la Entidad contratante, obteniendo de forma ilegítima el mayor beneficio posible.

Supresión de ofertas⁶: Bajo esta figura en los procesos de selección como las subastas inversas, los oferentes en la audiencia de subasta acuerdan con sus competidores la supresión de ofertas para que resulte adjudicatario alguno de ellos como miembros del acuerdo, sin presiones competitivas y con valores cercanos al presupuesto oficial.

II.2. La prohibición general

Está contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en dicha norma se establece: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por

3 Como ejemplos de este comportamiento, se encuentran las siguientes resoluciones sancionatorias: (i) Resolución No. 42216 del 3 de octubre de 2019 (Caso: COSEQUÍN Y SAN MARTÍN); (ii) Resolución No. 69003 del 12 de noviembre de 2023 (Caso: INVÍAS – CORREDOR VIAL); y (iii) Resolución No. 11458 del 18 de marzo de 2024 (Caso: TRANSPORTE ESPECIAL).

4 Como es el caso del sorteo de consolidación de oferentes en los procesos de contratación de selección abreviada de menor cuantía.

5 Como ejemplos de este comportamiento, se encuentran las siguientes resoluciones sancionatorias: (i) Resolución No. 71584 del 9 de diciembre de 2019 (Caso: PAE FRUTAS); (ii) Resolución No. 35069 del 6 de junio de 2022 (Caso: PAE PREB); y (iii) Resolución No. 64389 del 19 de septiembre de 2022 (Caso: CARDIQUE). También se encuentra la apertura de investigación contenida en la Resolución No. 79636 del 13 de diciembre de 2024 (Caso: UNP).

6 Como ejemplo de este comportamiento se puede consultar la Resolución de sanción No. 12992 del 10 de mayo de 2019 (Caso: SUMINISTROS FISCALÍA).

objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia económica y; (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos (Corte Constitucional, 2017).

Conforme la segunda prohibición indicada, la SIC ha investigado una serie de conductas que, no encontrándose bajo los supuestos que configuran un acuerdo colusorio, se han desplegado en procesos de selección con el objeto o efecto de distorsionar la competencia en el mercado de las compras públicas. Algunos de los comportamientos que han sido investigados por la SIC son:

Direccionamiento en contratación pública⁷: Se trata de la conducta desplegada por personas que, estando vinculadas con la entidad contratante, estructuran los requisitos de participación en el proceso de selección y adjudicación de este “a la medida” de los intereses y capacidades de un futuro oferente específico, con el propósito de beneficiarlo con respecto de los demás posibles competidores, vulnerando los principios de la contratación estatal.

Otorgamiento de ventajas anticompetitivas⁸: Conducta consistente en que personal vinculado a la Entidad contratante comparte información sensible con alguno de los oferentes, con la finalidad de permitirle prepararse para cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones antes de la publicación del proceso de contratación, en desmedro de los demás oferentes.

Control competitivo⁹: Ocurre cuando dos o más oferentes, encontrándose sometidos al mismo control competitivo de otro agente del mercado¹⁰, se presentan en el proceso de selección como aparentes competidores para aumentar sus probabilidades de éxito.

Limitación de oferentes por imposición de barreras de entrada artificiales¹¹: La SIC ha evidenciado que en los pliegos de condiciones o en los manuales de contratación de entidades

7 Como ejemplos de este comportamiento, se encuentran las siguientes resoluciones sancionatorias: (i) Resolución No. 54472 del 11 de septiembre de 2023 (Caso: OTI); y (ii) Resolución No. 11458 del 18 de marzo de 2024 (Caso: TRANSPORTE ESPECIAL). También se encuentra la apertura de investigación contenida en la Resolución No. 20888 del 16 de abril de 2024 (Caso: PAE FUSAGASUGÁ).

8 Como ejemplos de este comportamiento, se encuentran las siguientes resoluciones sancionatorias: (i) Resolución No. 73079 del 12 de diciembre de 2019 (Caso: MATERIALES PEDAGÓGICOS); (ii) Resolución No. 37344 de 15 de junio de 2022 (Caso: CISA) y; (iii) Resolución No. 11458 de 18 de marzo de 2024 (Caso: TRANSPORTE ESPECIAL).

9 Como ejemplos de este comportamiento, se encuentran las siguientes resoluciones sancionatorias: (i) Resolución No. 28995 del 4 de junio de 2024 (Caso: ANI 1); (ii) Resolución No. 30473 del 12 de junio de 2024 (Caso: ANI 2); y (iii) Resolución No. 30765 del 13 de junio de 2024 (Caso: SECRETARÍA).

10 Control competitivo, no control societario. Esto, en los términos del numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

11 Un ejemplo de este tipo de comportamiento se encuentra en la Resolución de apertura No. 72167 de 17 de noviembre de 2023 (Caso: ELECTROHUILA).

públicas o aquellas que, en general, manejan recursos públicos, se han impuesto barreras de entrada que limitan la pluralidad de oferentes en los procesos de selección.

III. **SHERLOCK: El uso de la analítica de datos para identificar prácticas anticompetitivas en los procesos de compras públicas en Colombia**

Sherlock es una herramienta desarrollada por la SIC que tiene como propósito apoyar a los equipos de trabajo en la analítica de datos, para la generación de alertas de detección sobre presuntas prácticas restrictivas de la competencia en los procesos de compras públicas, a través del monitoreo de distintos procesos de contratación pública en Colombia.

Para la función propuesta, Sherlock recauda información de las bases de datos públicas y/o portales web de contratación pública en Colombia¹². Una vez identificados los procesos de contratación y recaudada la información, la herramienta realiza la validación de los datos y unifica los datos sobre los cuales aplica filtros que han sido determinados por la SIC y que tienen como propósito permitir que el sistema pueda generar unas alertas sobre ciertos procesos que, por sus características, merecen de una especial observación o vigilancia por parte de la autoridad

Como muestra de la utilidad de Sherlock se tiene que, entre abril y julio de 2024, la SIC encontró 490 procesos de selección que cumplían con al menos 1 de las 3 alertas previamente establecidas. Debido al número de procesos identificados por la herramienta y como un filtro adicional, se definió que fueran estudiados aquellos en los que concurren las 3 alertas, esto es: 23 procesos de selección. De este análisis resultó que en 11 procesos se presentaron indicios y/o elementos de juicio sobre la existencia de una presunta práctica restrictiva de la competencia.

La SIC evidenció que Sherlock resulta útil para identificar procesos de selección en lugares en los cuales no se suele denunciar por motivos de seguridad o por desconocimiento de la regulación de libre competencia económica, así como procesos de selección adelantados en regiones periféricas o en lugares de difícil acceso a la información. Con ello, se fortalecen las facultades oficiosas de esta SIC en materia investigación y sanción de prácticas restrictivas de la libre competencia económica, especialmente en los procesos de contratación estatal.

Conclusiones

La analítica de datos es hoy una herramienta fundamental para las autoridades de competencia que tienen a su cargo el monitoreo de mercados y las facultades de investigar las conductas restrictivas de la libre competencia. Estas herramientas están siendo

¹² Datos Abiertos Colombia, SECOP I y SECOP II.

especialmente útiles para identificar prácticas restrictivas en el marco de los procesos de contratación estatal en tanto su uso permite el análisis masivo y rápido de trámites, la identificación de puntos comunes entre ellos y la creación de alertas dentro de los procesos de selección, lo que a la postre reduce el número de casos que exige un estudio más preciso y puntual y agiliza la acción de la autoridad. Estas herramientas se irán perfeccionando hasta que los modelos de inteligencia artificial garanticen un monitoreo más efectivo y una acción más pronta y contundente con el fin de garantizar no solo la libre competencia sino los principios de la contratación pública.

Referencias

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2009). Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. [Ley 1340 de 2009]. DO: 47.420.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (19 de julio de 2001). Sentencia 12037 [M.P: Hernández, A.].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (31 de enero de 2011). Sentencia 17767 [M.P: Valle, O.].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (24 de marzo de 2011). Sentencia 18118 [M.P: Satofimio, J.].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (27 de enero de 2016). Sentencia 49847 [M.P: Satofimio, J.].

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia C-032 de 2017. <https://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2017/C-032-17.htm>

Gastelbondo Chiriví, M & Melo Rodríguez, F. (2019). La colusión: entre las fórmulas verbales y la realidad dinámica. En A. M. García Pabón, A. M. Pérez Herrán y I. Beltrán Prado (eds.), Competencia económica: reflexiones sobre los diez años de la Ley 1340 de 2009. (pp. 141-179). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/638602ac-44dc-4f8b-a2f3-c4bd21191f77>

Superintendencia de Industria y Comercio. (6 de septiembre de 2021). Resolución 57366/2021. Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2021/Resoluci%C3%B3n%20de%20Apertura%20>

No_2057366%20de%202021%20%5B17-150510%5D%20-%20Versi%C3%B3n%20P%C3%BAblica%20firmada%20JPHS.pdf

Superintendencia de Industria y Comercio. (3 de octubre de 2019). Resolución 42216/2019. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la Competencia. https://normograma.info/sic/docs/r_siyc_42216_2019.htm

Superintendencia de Industria y Comercio. (18 de marzo de 2024). Resolución 11458/2024. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica. http://normograma.info/sic/docs/r_siyc_11458_2024.htm

Superintendencia de Industria y Comercio. (10 de mayo de 2019). Resolución 12992/2019. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones. https://normograma.info/sic/docs/r_siyc_12992_2019.htm

Superintendencia de Industria y Comercio. (11 de septiembre de 2023). Resolución 54472/2023. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia. https://normograma.info/sic/docs/r_siyc_54472_2023.htm

Superintendencia de Industria y Comercio. (15 de junio de 2022). Resolución 37344/2022. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia. https://normograma.info/sic/docs/r_siyc_37344_2022.htm

Superintendencia de Industria y Comercio. (17 de noviembre de 2023). Resolución 72167/2023. Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos. https://normograma.info/sic/docs/r_siyc_72167_2023.htm

Superintendencia de Industria y Comercio. (13 de junio de 2024). Resolución 30765/2024. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia. https://normograma.info/sic/docs/r_siyc_30765_2024.htm

Superintendencia de Industria y Comercio. (4 de junio de 2024). Resolución No. 28995/2024. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/documentos/072024/RESOLUCI%C3%93N%2028995%20DEL%2004-06-2024%20-%20IMPONE%20SANCICI%C3%93N%20-%20ANI%201.pdf>

Superintendencia de Industria y Comercio. (12 de junio de 2024). Resolución 30473/2024. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/documentos/082024/RESOLUCI%>

Contratación Pública en la Era Digital: IA y desafíos de Propiedad Intelectual

Luis Henríquez

Abogado especializado en propiedad Intelectual, con especialización en marcas, patentes, tecnología y asuntos regulatorios. Presidente de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI) desde 2012.

Introducción

La inteligencia artificial (IA) promete optimizar la eficiencia, aumentar la transparencia y mejorar la precisión de los procesos administrativos. Sin embargo, su implementación plantea desafíos significativos¹, especialmente en lo relacionado con la protección de la propiedad intelectual. Hablamos de la titularidad de las innovaciones, la protección del software y el uso de datos protegidos. Este texto analizará estos desafíos y propondrá soluciones para equilibrar los beneficios de la IA con la protección adecuada de los derechos de propiedad intelectual.

I. Aplicaciones de la IA en la contratación pública

Los sistemas informáticos que imitan procesos de inteligencia humana, conocidos como IA, poseen capacidades como el aprendizaje (la adquisición y el uso eficiente de información y reglas), el razonamiento (utilización de reglas para llegar a conclusiones) y la autocorrección (mejora continua del desempeño mediante retroalimentación). Estas capacidades se basan en algoritmos de aprendizaje automático (*machine learning*), tecnologías de redes

¹ Para más desarrollo consultar la “Orden Ejecutiva sobre el desarrollo y uso seguro y confiable de la Inteligencia Artificial” que publicó la Casa Blanca de Estados Unidos en octubre de 2023 (<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/>). Recuperado 1 de julio de 2024. Allí se explica que el uso irresponsable de la IA puede facilitar el fraude, el sesgo no intencionado, la discriminación, las infracciones a la privacidad y otros daños derivados de la IA. En este texto nos vamos a enfocar en los desafíos relacionados con la PI.

neuronales y procesamiento del lenguaje natural (NLP)², aplicándose en diversas áreas jurídicas, incluida la contratación estatal.

En la contratación estatal, la IA puede desempeñar un papel crucial en la evaluación y selección de proveedores. Mediante algoritmos de aprendizaje automático, los sistemas de IA analizan grandes conjuntos de datos históricos y actuales sobre el desempeño de los proveedores, sus antecedentes financieros, el cumplimiento normativo y otros factores críticos. Esta capacidad de análisis permite identificar patrones y predecir comportamientos futuros de los proveedores, facilitando una selección más informada y objetiva.

Por otro lado la IA puede automatizar y optimizar los procesos de licitación, reduciendo significativamente el tiempo y los costos asociados. Los sistemas de IA pueden analizar rápidamente las propuestas recibidas, comparar ofertas y evaluar su conformidad con los requisitos establecidos. Además, pueden identificar discrepancias o inconsistencias en las propuestas, asegurando un proceso de licitación más eficiente y transparente³.

La IA también está en capacidad de desempeñar un papel crucial en la detección y prevención del fraude y la corrupción toda vez que mediante el análisis de patrones de comportamiento y transacciones, los sistemas de IA pueden identificar actividades sospechosas y alertar a los responsables de la supervisión⁴. Por ejemplo, pueden detectar colusión entre proveedores o identificar sobornos mediante el análisis de datos financieros y transaccionales.

La gestión de contratos es otra área donde la IA puede aportar beneficios significativos. Los sistemas de IA pueden monitorear el cumplimiento de los términos contractuales, alertando sobre posibles incumplimientos o desviaciones.

Finalmente la automatización de procesos mediante IA puede conducir a una mayor eficiencia y reducción de costos puesto que al eliminar tareas manuales y repetitivas se disminuyen los errores humanos y se acelera el ciclo de contratación.

2 Boden, M. A. (2018). *Artificial Intelligence: A very short introduction*. Oxford University Press.

3 Valero Torrijos, J. (2019). Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración. *Revista Catalana de Dret Public*, (58), 83-96.

4 Capdeferro Villagrasa, O. (2019). Las herramientas inteligentes anticorrupción: entre la aventura tecnológica y el orden jurídico. *Revista General de Derecho Administrativo*, (50).

El cuadro siguiente resume algunas de las ventajas que puede significar la IA para los procesos de contratación pública:



Fuente: Elaboración propia

Pero no todo son oportunidades. La aplicación de la IA a la contratación pública implica varios retos, entre los que podemos mencionar los siguientes⁵:

- La implementación de sistemas de IA en la contratación pública requiere una comprensión técnica avanzada para garantizar su adopción efectiva. Esto plantea un desafío significativo, ya que las entidades públicas pueden carecer de personal capacitado en estas áreas⁶.
- El uso de IA en la contratación pública implica el manejo de grandes volúmenes de datos, incluidos datos sensibles y confidenciales. Esto plantea riesgos significativos en términos de privacidad y seguridad⁷.

⁵ Un Memorandum emitido por la Casa Blanca el 28 de marzo de 2024 insta a fomentar el avance responsable de la IA en el marco de las agencias federales. Advierte que cada agencia gubernamental estadounidense será responsable de identificar y eliminar las barreras para el uso responsable de la IA. Esto incluye mejorar la infraestructura de TI para poder manejar el entrenamiento e inferencia de IA; desarrollar una infraestructura y capacidad adecuadas para compartir, curar y gestionar los datos de la agencia para su uso en el modelado de IA; actualizar la ciberseguridad; e integrar los posibles usos beneficiosos de la IA generativa en sus misiones. Executive Office of the President Office of Management and Budget. Washington, D.C. March 28, 2024 Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies. From: Shalanda D. Young Subject: Advancing Governance, Innovation, And Risk Management For Agency Use Of Artificial Intelligence. [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2024/03/M-24-10-Advancing-Governance-Innovation-and-Risk-Management-for-Agency-Use-of-Artificial-Intelligence.pdf](https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2024/03/M-24-10-Advancing-Governance-Innovation-and-Risk-Management-for-Agency-Use-of-Artificial-Intelligence.pdf). Recuperado el 1 de julio de 2024.

⁶ *Ibíd.* El Memorandum OMBAI estadounidense instruye a las agencias a priorizar el reclutamiento, la contratación, el desarrollo y la retención de talento en roles de IA y habilitadores de IA. Esto debería incluir la designación de un líder de Talento en IA y proporcionar recursos a los empleados para la capacitación y el desarrollo del talento en IA.

⁷ *Ibíd.* El Memorandum OMBAI citado arriba ordena mejorar la gestión de riesgos de IA en las agencias gubernamentales, centrándose en los usos de IA que afectan la seguridad y los derechos. Para el efecto les ordena implementar prácticas de gestión de riesgos y terminar con los usos no conformes de IA para el 1 de diciembre de 2024.

- Los sistemas de IA pueden perpetuar o incluso amplificar sesgos existentes si no se diseñan y gestionan adecuadamente. Los sesgos algorítmicos son particularmente críticos en la contratación pública, donde las decisiones deben ser justas e imparciales⁸.
- La creciente dependencia de la tecnología y la IA en la contratación pública puede llevar a una falta de resiliencia en caso de fallos técnicos o ciberataques.
- Los sistemas de IA a menudo se basan en algoritmos complejos y grandes volúmenes de datos, cuya titularidad y derechos de uso pueden ser difíciles de determinar. Además, la creación de software y modelos de IA plantea preguntas sobre quién posee los derechos de autor y cómo se deben gestionar estos derechos en un entorno colaborativo y global. Estos problemas de PI pueden generar conflictos sobre la titularidad de las innovaciones, la protección de algoritmos y el uso de datos protegidos, lo que requiere un marco regulatorio sólido que equilibre la promoción de la innovación con la protección de los derechos de los creadores y propietarios de tecnología.

II. IA, PI y contratación estatal

La PI es el conjunto de derechos legales que protege las creaciones de la mente humana. Estos derechos permiten a los creadores o inventores controlar el uso y la explotación comercial de sus invenciones, obras literarias, artísticas, diseños industriales, marcas y otros tipos de expresiones creativas. La PI y la contratación estatal están conectadas de muchas formas:

- Adquisición de tecnología: Las agencias gubernamentales compran software y sistemas de IA que pueden estar protegidos están protegidos por PI. Esto implica que deben negociar y establecer acuerdos de licenciamiento para utilizar estas tecnologías dentro del marco legal.
- Desarrollo y personalización de soluciones: A menudo, el software y los sistemas adquiridos necesitan ser personalizados o desarrollados adicionalmente para satisfacer las necesidades específicas del gobierno. Esta personalización puede generar nuevas obras protegidas por derechos de autor o patentes, cuya titularidad debe ser clara.
- Protección de datos y seguridad: Los sistemas tecnológicos adquiridos suelen contener datos sensibles y confidenciales. La PI relacionada con la seguridad de la información y la protección de datos es crucial para garantizar que estos sistemas cumplan con las normativas y estándares de seguridad.
- Innovación y competencia: La adquisición de tecnologías avanzadas por parte del gobierno puede fomentar la innovación, pero también puede generar problemas de competencia si no se manejan adecuadamente los derechos de PI.

⁸ Ibid.

- Mantenimiento y actualización: Los acuerdos de PI también incluyen la necesidad de mantenimiento y actualización del software y sistemas de IA.
- Interoperabilidad: La PI juega un papel en asegurar que las tecnologías adquiridas puedan integrarse y funcionar con otros sistemas existentes. Esto requiere que las soluciones tecnológicas cumplan con ciertos estándares y normas de interoperabilidad⁹.
- Negociación de los contratos de transferencia de conocimiento y *know how*. Es indispensable revisar en los contratos asuntos como la dependencia de proveedores (si la transferencia de conocimiento no se gestiona adecuadamente, las agencias gubernamentales pueden volverse dependientes de los proveedores para el mantenimiento continuo de la tecnología adquirida), claridad en los costos (la capacitación puede implicar costos adicionales que no siempre están contemplados inicialmente en los presupuestos de adquisición), el riesgo de obsolescencia (si no se realiza una adecuada transferencia de conocimiento, existe el riesgo de que el personal gubernamental no esté preparado para adaptarse a futuras actualizaciones de la tecnología adquirida) y seguridad y protección de la información sensible y estratégica.

Al margen de lo anterior, la PI y la IA tienen sus propios problemas. El primero de ellos tiene que ver con la determinación sobre si los algoritmos y el software se deben proteger mediante derecho de autor o patente¹⁰. Autores como Ricardo Antequera, entienden que “el lenguaje de programación, (...) tiene una semántica y una sintaxis perfectamente pre-establecidas, al igual que los idiomas naturales”¹¹, y por ello debe ser considerado como una obra literaria protegida mediante el derecho de autor. Esta es la tesis que se sigue en la Comunidad Andina¹².

⁹ *Ibíd.* El Memorandum mencionado insta a las agencias gubernamentales estadounidenses a concretar un “Plan para interoperabilidad y multi-nube” acorde con la política y la ley federal de adquisiciones.

Requerir que una solución de IA funcione en múltiples entornos de nube.

¹⁰ Sarmiento, C. (n.d.). *La protección del software desde la Propiedad Intelectual en Colombia: Conveniencia de la creación de una normativa especial que garantice los derechos de los desarrolladores*. Universidad Externado de Colombia, Departamento de propiedad intelectual. Retrieved June 26, 2024, from <https://propintel.uexternado.edu.co/en/la-proteccion-del-software-desde-la-propiedad-intelectual-en-colombia-conveniencia-de-la-creacion-de-una-normativa-especial-que-garantice-los-derechos-de-los-desarrolladores/>

¹¹ Antequera, R., & Gómez, G. (1999). *Legislación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. Citado en Hernández, G., & Pérez, Ó. (2015). *Software Propietario y software libre: Una cuestión de equilibrio*. Recuperado el 26 de noviembre de 2015, de <http://www.bibliociencias.cu/gsd/collect/eventos/index/assoc/HASH3162.dir/doc.pdf>

¹² El Artículo 4° de la Decisión Andina 351 de 1993 establece que “La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes: [...] l) Los programas de ordenador...”. Igualmente, el artículo 23 de la misma decisión indica que “los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto”.

Otros opinan que el software debe ser protegido mediante patentes. Es así como en el año 2012 la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, por ejemplo, expidió la “Guía para examen de solicitudes de patente de invención y modelo de utilidad” y en el capítulo VI trató “Invenciones Implementadas por Ordenador (ICC)” que facilitan el patentamiento del software cuando este se puede aplicar a un producto (máquina, manufactura, composición de la materia) o proceso real que tenga una aplicación práctica¹³. La Oficina Europea de Patentes y Marcas (OEPM) y la European Patent Office (EPO) disponen algo similar pues señalan que si bien los algoritmos y métodos matemáticos en sí mismos no son patentables, las invenciones que aplican estos algoritmos para resolver un problema técnico específico pueden ser patentables¹⁴.

Existe un interrogante adicional relacionado con el manejo de las bases de datos. Algunos estiman que ellas se deben proteger bajo el régimen de los derechos de autor –si son originales- pero otros opinan que deben aplicarse a ellas derechos *sui generis*. En cualquiera de los casos, esta regulación es determinante para saber la situación de los datos que utilizan los modelos de aprendizaje automático (*data mining*) sin que exista una infracción de PI.

También se discute la posibilidad de emplear la figura de los secretos empresariales en la contratación estatal para proteger la confidencialidad de procesos industriales, fórmulas, diseños, patrones, métodos de trabajo, estrategias de negocio, listas de clientes, y otros conocimientos o datos que no son de dominio público. La particularidad de los secretos es que se protegen, no mediante registros formales como las patentes, sino a través de políticas de seguridad robustas¹⁵ como el Blockchain¹⁶ y el uso de técnicas de anonimización de datos, cifrado y acceso controlado, auditorías de seguridad regulares y formación continua del personal¹⁷.

Tal vez el tema más discutido ha sido el de la titularidad de las creaciones generadas por sistemas de IA. La pregunta es si deben considerarse como resultado de la intervención humana o como producto autónomo de la máquina cuando ella desarrolla soluciones, diseños o invenciones que no son directamente derivados de instrucciones humanas específicas. Inclusive, si dejamos de lado la discusión sobre la participación las máquinas,

13 Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. (2012). *Guía para examen de solicitudes de patente de invención y modelo de utilidad*.

14 Gürkaynak, G., Yilmaz, İ., & Haksever, G. (2016). Stifling Artificial Intelligence: Human Perils. *Computer Law & Security Review*, 32(5), 749-758.

15 Halligan, R. M. (2021). Automated Trade Secret Asset Management: SFP Classification, EONA Proofs, Blockchaining, and DTSA Civil Seizure Orders. *UIC Review of Intellectual Property Law*, 20, 145-152. Retrieved June 26, 2024, from <https://repository.law.uic.edu/ripl/vol20/iss2/3/>

16 Yaga, D., Mell, P., Roby, N., & Scarfone, K. (2019). Blockchain Technology Overview. National Institute of Standards and Technology. El Blockchain también presenta dificultades como la corrección de posibles errores debido a su naturaleza inmutable y la necesidad de coordinar siempre el trabajo entre múltiples partes interesadas.

17 Para mayor desarrollo de estas advertencias ver: Davis Polk. (2023, noviembre 29). Three steps for safeguarding trade secrets in the world of generative AI. Retrieved June 26, 2024, from <https://www.davispolk.com/insights/client-update/three-steps-safeguarding-trade-secrets-world-generative-ai>

otro de los factores que dificultan la determinación de la titularidad de la PI en la IA es la naturaleza colaborativa de los proyectos donde operan múltiples investigadores, empresas o instituciones.

Desde la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI) hemos propuesto varias acciones para enfrentar estos desafíos: la expedición de normativas de PI flexibles y adaptables a la rápida evolución de la IA¹⁸, el fomento del uso de licencias no exclusivas y acuerdos de colaboración que permitan compartir tecnologías bajo términos específicos que promuevan la investigación y el desarrollo conjunto¹⁹, la redacción adecuada de contratos donde se protejan de forma equilibrada los derechos de todos²⁰ y, dado que la IA y la PI son cuestiones globales, abogamos por incentivar la cooperación internacional: los gobiernos deben trabajar juntos para armonizar sus leyes de PI y trabajar en la madurez de la IA²¹.

En este contexto, iniciativas como la XII Reunión del Grupo de Trabajo sobre Comercio y Competencia (GTCC), el I Foro académico sobre Competencia de América Latina y el Caribe, la Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (CDPC) de Honduras son siempre bienvenidas y desde la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI) estamos dispuestos a trabajar en conjunto.

18 Por ejemplo el Memorandum OMBAI antes mencionado enfatiza que los datos son un activo crítico para las agencias federales por lo que se les ordena que, al negociar con empresas de tecnología, exijan que éstas concedan al gobierno derechos suficientes sobre los datos y sus mejoras, “incluidos los derechos para hacer que cierto código personalizado y datos para entrenamiento estén disponibles públicamente”. También se les encomienda que protejan la información federal utilizada por las empresas en el desarrollo y operación de IA para el gobierno federal de manera que “no pueda ser posteriormente utilizada para entrenar o mejorar la funcionalidad del proveedor”. Executive Office of the President Office of Management and Budget. Washington, D.C. March 28, 2024 Memorandum for the Heads Of Executive Departments And Agencies. From: Shalanda D. Young Subject: Advancing Governance, Innovation, And Risk Management For Agency Use Of Artificial Intelligence. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2024/03/M-24-10-Advancing-Governance-Innovation-and-Risk-Management-for-Agency-Use-of-Artificial-Intelligence.pdf. Recuperado el 1 de julio de 2024.

19 *Ibíd.* El Memorandum OMBAI ordenó a todas las agencias gubernamentales de ese país a crear una Junta de Gobierno de IA y presentar un plan de acción que incluya las siguientes prácticas mínimas: “Probar la IA para evaluar su rendimiento en un contexto del mundo real, evaluar la IA de manera independiente, realizar un monitoreo continuo durante el uso de la IA, evaluar regularmente los riesgos derivados del uso de la IA, mitigar los riesgos emergentes para los derechos y la seguridad, asegurar una capacitación y evaluación humana adecuadas, proporcionar supervisión adicional humana, intervención y responsabilidad como parte de decisiones o acciones que puedan tener un impacto significativo en los derechos o la seguridad y proporcionar aviso público y documentación en lenguaje claro”.

20 Las reglas que rigen los derechos del gobierno en la propiedad intelectual de los contratistas varían según el tipo de PI en cuestión, como invenciones, software y datos técnicos. Además también influye el tipo de acuerdo, ya sea contrato, subvención, acuerdos de cooperación, premios de investigación e innovación para pequeñas empresas, y otros acuerdos de transacción. Bloomberg Law, May 10, 2023. Privacy & Data Security Law. “How Tech Firms Can Protect IP Rights on Federal Agency Contracts”. By John Prairie, Scott Felder, and Lisa Rechden. <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/how-tech-firms-can-protect-ip-rights-on-federal-agency-contracts>. Recuperado el 1 de julio de 2024.

21 *Ibíd.* El Memorandum se refiere a la “madurez de la IA” y la define así: “La capacidad de una organización del gobierno federal para adoptar de manera exitosa y responsable la IA en sus operaciones y toma de decisiones en toda la organización, gestionar sus riesgos y cumplir con las leyes, regulaciones y políticas federales relevantes sobre IA”.

Conclusión

La inteligencia artificial tiene el potencial de transformar la contratación estatal, mejorando la eficiencia, transparencia y equidad en todos sus procesos. Sin embargo, para aprovechar al máximo estas oportunidades, es fundamental abordar las cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual y es allí donde nos encontramos con que la legislación actual puede no estar completamente preparada para abordar los desafíos específicos. El trabajo conjunto de expertos de diversas naciones como el que propicia este encuentro, sirve para que todos trabajemos buscando que nuestros sistemas legales evolucionen y ofrezcan normativas claras que equilibren la protección de la innovación con el acceso justo y equitativo a los avances tecnológicos.

Bibliografía

Antequera, R., & Gómez, G. (1999). *Legislación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. Citado en Hernández, G., & Pérez, Ó. (2015). *Software Propietario y software libre: Una cuestión de equilibrio*. Recuperado el 26 de noviembre de 2015, de <http://www.bibliociencias.cu/gsd/collect/eventos/index/assoc/HASH3162.dir/doc.pdf>

Boden, M. A. (2018). *Artificial Intelligence: A very short introduction*. Oxford University Press.

Capdeferro Villagrasa, O. (2019). Las herramientas inteligentes anticorrupción: entre la aventura tecnológica y el orden jurídico. *Revista General de Derecho Administrativo*, (50).

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. (2012). *Guía para examen de solicitudes de patente de invención y modelo de utilidad*.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. (2021). *Guía de examinación de invenciones implementadas por computador*.

Cotino Hueso, L. (2019). Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial robótica y big data confiables y su utilidad desde el Derecho. *Revista Catalana de Dret Public*, (58), 30-48.

Davis Polk. (2023, noviembre 29). Three steps for safeguarding trade secrets in the world of generative AI. Retrieved June 26, 2024, from <https://www.davispolk.com/insights/client-update/three-steps-safeguarding-trade-secrets-world-generative-ai>

Gürkaynak, G., Yilmaz, İ., & Haksever, G. (2016). Stifling Artificial Intelligence: Human Perils. *Computer Law & Security Review*, 32(5), 749-758.

Halligan, R. M. (2021). Automated Trade Secret Asset Management: SFP Classification, EONA Proofs, Blockchaining, and DTSA Civil Seizure Orders. *UIC Review of Intellectual Property Law*, 20, 145-152. Retrieved June 26, 2024, from <https://repository.law.uic.edu/ripl/vol20/iss2/3/>

Sarmiento, C. (n.d.). *La protección del software desde la Propiedad Intelectual en Colombia: Conveniencia de la creación de una normativa especial que garantice los derechos de los desarrolladores*. Universidad Externado de Colombia, Departamento de propiedad intelectual. Retrieved June 26, 2024, from <https://propintel.uexternado.edu.co/en/la-proteccion-del-software-desde-la-propiedad-intelectual-en-colombia-conveniencia-de-la-creacion-de-una-normativa-especial-que-garantice-los-derechos-de-los-desarrolladores/>

Valero Torrijos, J. (2019). Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración. *Revista Catalana de Dret Public*, (58), 83-96.

Yaga, D., Mell, P., Roby, N., & Scarfone, K. (2019). Blockchain Technology Overview. National Institute of Standards and Technology.

United States. White House. Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence. Briefing Room. Presidential Actions. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/>

United States. White House. Executive Office of the President Office of Management and Budget Washington, D.C. March 28, 2024. Memorandum for the Heads Of Executive Departments And Agencies. From: Shalanda D. Young Subject: Advancing Governance, Innovation, And Risk Management For Agency Use Of Artificial Intelligence. <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2024/03/M-24-10-Advancing-Governance-Innovation-and-Risk-Management-for-Agency-Use-of-Artificial-Intelligence.pdf>.

La Política de Competencia en la contratación pública: la lucha contra las prácticas colusorias (Bid Rigging)

Carmen Campo Fanlo

*Responsable de instrucción de expedientes en la Dirección General de la Autoritat Catalana de la Competència (ACCO).¹ Licenciatura en Derecho (Universidad de Zaragoza).
Máster en Política y Estudios Europeos (Colegio de Europa, Brujas).*

Introducción

La contratación pública constituye un ámbito esencial en la economía de un país, representando una parte significativa del gasto público y del Producto Interior Bruto (PIB). Según datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) correspondientes al año 2019, la contratación pública representa aproximadamente el 12% del Producto Interno Bruto (PIB) de los países miembros de la OCDE, y el 29% de su gasto público². Igualmente, según datos facilitados por el Parlamento europeo, el volumen de transacciones en la Unión europea derivadas de procesos de contratación pública supera los 2.400 millones de euros al año³.

Pero no sólo por su relevancia económica es significativa, la contratación pública es también un pilar clave de la implementación de las políticas públicas y muestra de las prioridades gubernamentales. De igual manera, una eficiente asignación de estos recursos públicos es imprescindible para garantizar prestaciones adecuadas y de calidad a los ciudadanos. A causa del volumen de gasto, los gobiernos tienen la responsabilidad fundamental de llevar a cabo la contratación pública de manera eficiente para garantizar una alta calidad en la prestación de servicios públicos y salvaguardar el interés general.

1 Las opiniones de la autora vertidas en el artículo son personales y no vinculan a la institución en la que presta servicios.

2 Documento de la OECD “*Reforming Public Procurement: Progress in implementing the 2015 OECD Recommendation*”, disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://web.archive.oecd.org/2019-10-21/533539-public-procurement-progress-report-highlights.pdf>

3 <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/34/los-contratos-publicos>.

La contratación pública se realiza a través de procesos de licitación que tienen que permitir el cumplimiento de unos principios básicos:

- Libertad de acceso a las licitaciones
- Publicidad y transparencia de los procedimientos
- No discriminación e igualdad de trato entre los licitadores
- Asegurar una utilización eficiente de los recursos públicos
- La salvaguardia de la libre competencia

Estos principios velan para que la selección del adjudicatario sea resultado de un análisis objetivo de las ofertas, libre tanto de posibles restricciones a la competencia introducidas en los pliegos que rigen la licitación, como de posibles acuerdos anticompetitivos entre empresas, con la finalidad última de que la oferta escogida sea la más beneficiosa para la satisfacción del interés general y conlleve un uso eficiente de los recursos públicos.

Y es que, en el marco de la contratación pública, la competencia entre las empresas para proporcionar productos y servicios de calidad a las Administraciones Públicas, la llamada competencia “por el mercado”, promueve la eficiencia (entendida como mejor relación calidad-precio)⁴, ayudando a generar innovación y calidad a precios más competitivos, siendo por lo tanto un factor clave para fomentar la productividad y el crecimiento económico.

Por otra parte, este sector es particularmente vulnerable a prácticas colusorias, como el bid rigging, o a casos de corrupción, lo que conlleva un grave impacto negativo tanto económico para la Administración y para la ciudadanía en general, como social, ya que lastra la confianza de los ciudadanos en los poderes públicos y en el funcionamiento de la Administración en general.

Por todo lo anterior, garantizar la competencia en la compra pública es una de las principales preocupaciones de cualquier autoridad de competencia. Analizando este artículo, desde una perspectiva jurídica, los retos y diversos mecanismos implementados por las autoridades de competencia, en especial por la Autoritat Catalana de la Competència (ACCO) para garantizar la competencia en los procesos de compra pública.

En este sentido, se considera que son tres los pilares fundamentales para poder contar con unas condiciones adecuadas de competencia en la compra pública:

1. Prevención
2. Detección
3. Persecución

⁴ Informe Especial 28/2023 “Contratación pública en la UE”. Tribunal de Cuentas europeo.

El primero de ellos, la prevención, es el pilar centrado en promover el diseño procompetitivo de las licitaciones, que se realiza habitualmente en la vertiente del trabajo de promoción de la competencia realizado por las Autoridades de competencia, y cuyo análisis en detalle excede el propósito de este artículo.

Por lo que nos centraremos a continuación en los dos pilares siguientes, detección y persecución, cuyo objetivo es luchar contra la colusión en la compra pública una vez ésta ya se ha producido.

Detección

En relación con la detección, ¿cómo puede saber una autoridad de competencia de la existencia de posibles acuerdos colusorios?

Esta información, que normalmente serán posibles indicios de la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre licitadores, puede llegar por varias vías, pudiendo distinguirse entre la información que la Autoridad reciba de fuentes externas y la que, internamente, pueda detectar.

Entre las primeras obviamente está la tradicional denuncia formal ante la Autoridad, pero también canales más novedosos, como el canal de comunicación implantado recientemente por la ACCO⁵. Canal telemático que, mediante el envío de mensajes encriptados, permite a cualquier ciudadano informar sobre todo hecho que considere puede ser contrario a la normativa de competencia. Con la particularidad de que este canal permite mantener una comunicación bilateral entre la persona informadora y la ACCO, con garantía técnica de preservación total del anonimato de las personas informantes si éstas así lo desean. Desde su implantación, este canal de comunicación se ha revelado muy eficaz, dado su carácter *user friendly*, y que la persona que facilita información a la ACCO se siente protegida al poder garantizársele el anonimato.

Por otra parte, otra vía muy valiosa de entrada de información a las Autoridades de competencia sigue siendo el programa de clemencia, aunque, como está sucediendo en numerosas jurisdicciones, el número de solicitudes de clemencia se está reduciendo a causa, sobre todo, del riesgo que prevén los posibles solicitantes de tener que enfrentarse en el futuro a cuantiosas reclamaciones de daños por el ilícito en el que se incriminan. Y ello a pesar de las salvaguardas incluidas en las diferentes legislaciones, para limitar la responsabilidad de las empresas solicitantes de clemencia frente a posibles reclamaciones de daños⁶.

⁵ <https://acco.gencat.cat/ca/detall/article/canal-de-comunicacio>.

⁶ Ver por ejemplo el artículo 73.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Para terminar las posibles vías externas de entrada de información, cabe subrayar la información que la Autoridad recibe de los propios órganos licitadores. Órganos que están llevando a cabo los procesos de compra pública y que, por lo tanto, son los que primero pueden tener indicios y sospechas de una posible práctica anticompetitiva. Desde la ACCO se considera de vital importancia que los órganos de contratación cuenten con conocimientos y herramientas que les permitan detectar posibles casos de bid rigging y saber cómo reaccionar ante ellos, por lo que ha elaborado diversas Guías para ayudar en la detección y comunicación de indicios por parte de los órganos de licitación⁷, así como impartido seminarios y charlas para trasladarles este conocimiento. Favoreciendo asimismo el contacto directo con su personal, lo que facilita en gran manera que éstos conozcan la ACCO y puedan ponerse en contacto fácilmente con ella en caso de detectar una posible práctica colusoria.

Entrando ahora en las fuentes internas que la Autoridad, y concretamente la ACCO, tiene para poder detectar posibles comportamientos anticompetitivos en el marco de licitaciones públicas, cabe destacar el uso que la ACCO está haciendo de una herramienta que utiliza la inteligencia artificial. Esta herramienta es “ERICCA”, herramienta de detección inteligente de colusión en la compra pública, que aplica la inteligencia artificial para la detección y persecución de cárteles en la compra pública.

El desarrollo de esta herramienta ha sido complicado, sobre todo debido a las dificultades para acceder a datos fiables y homogéneos sobre contratación pública y a la necesaria integración de información de distintas bases de datos. Una vez se han ido superando estos problemas, actualmente ERICCA trabaja con información de unos 900 órganos licitadores de Cataluña, que incluye información de 2010 en adelante, de más de 210.000 contratos y de unas 42.500 empresa licitadoras y 35.000 adjudicatarias. Siendo obviamente este *dataset* actualizado periódicamente.

Y ¿cómo funciona ERICCA? ERICCA realiza una detección proactiva de posibles comportamientos colusorios mediante la utilización de un algoritmo que efectúa un *screening* conductual, analizando cómo se han comportado los licitadores en procesos de compra pública. También identifica *clusters* de empresas que han concurrido a diferentes licitaciones, aunque la supervisión humana posterior es necesaria para descartar los que puedan no tener sentido. ERICCA permite por ejemplo buscar qué empresas han licitado a un contrato en concreto, incluyendo tanto la empresa ganadora como el resto de empresas participantes y las ofertas presentadas por cada una de ellas. Asimismo, permite buscar a qué licitaciones se ha presentado una empresa en concreto, qué descuentos ha ofrecido, y con qué empresas ha coincidido en estas licitaciones (incluyendo el número de veces con cada una de ellas). Pudiendo también realizar búsquedas por licitaciones

⁷ Documentos disponibles en la página web de la ACCO: Guía para la detección de la colusión en la contratación pública y Comunicación de indicios de colusión en la contratación pública.

en que hayan coincidido las mismas empresas, incluyendo las empresas participantes y ganadora, y los descuentos ofrecidos. Contribuyendo todo ello a una mejora significativa en el tiempo de análisis y los recursos utilizados.

Mencionar por otra parte que en la ACCO se utiliza ERICCA tanto para la detección de oficio de posibles comportamientos colusorios en procesos de compra pública, como para agilizar la instrucción de casos detectados por otras vías. Lo cual enlaza con el siguiente y último punto de este artículo, centrado en la persecución de las conductas anticompetitivas.

Persecución

La Autoridad de competencia, una vez detectada una posible práctica anticompetitiva, debe analizar las pruebas con las que cuenta, instruir el correspondiente expediente sancionador en el seno del cual las empresas podrán presentar alegaciones y pruebas en su defensa, y, en caso de acreditar la infracción cometida, terminar sancionando a los responsables. Sanción que debe en todo caso respetar el principio de proporcionalidad, así como los de eficacia y disuasión.

En todo caso, en relación con las consecuencias para los infractores que pueden derivarse de una conducta anticompetitiva, además de las consabidas multas -tanto para la empresa como para los directivos que hayan participado en la conducta infractora- y las ahora en gran auge reclamaciones de daños y perjuicios, querría detenerme un momento en la posibilidad prevista en la legislación española (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) de imponer, a las personas que hayan sido sancionadas por una infracción grave o muy grave de la normativa de defensa de la competencia (entre las que se encuentran los casos de bid rigging), una prohibición de contratar con las Administraciones Públicas por un tiempo determinado (máximo de 3 años).

La ACCO decidió ya en el año 2019 hacer uso de esta posibilidad, siendo la primera Autoridad de Competencia en España en determinar, en sus Resoluciones sancionadoras, además de la multa correspondiente, el alcance y duración de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas aplicable a las empresas sancionadas.

Por ejemplo, en la Resolución de fecha 21 de julio de 2020, expediente 100/2019 – Aerobús⁸, la ACCO consideró que había quedado acreditada la existencia de un acuerdo (presentación de oferta de cobertura) entre varias empresas competidoras para alterar la competencia en el marco de una licitación de 90 millones de euros relativa al transporte público en autobús desde el aeropuerto de Barcelona al centro de la ciudad. Además de la multa a las empresas y directivo correspondiente, la ACCO impuso a las empresas sancionadas una prohibición de

⁸ <https://acco.gencat.cat/ca/detall/article/20200804-Resolucio-100-00001.18-Aerobus>

contratar con la administración convocante de la licitación afectada, en relación a licitaciones relativas al servicio de transporte de viajeros por carretera, con una duración de 18 meses.

Finalmente, en relación con otras posibles consecuencias que podrían derivarse de la realización de conductas anticompetitivas en el marco de concursos públicos, -y sin entrar a valorar la posibilidad, prevista en el Código penal español pero eminentemente teórica por el momento, de imponer penas privativas de libertad por la participación en determinados casos de acuerdos anticompetitivos⁹-, cabe apuntar la posibilidad de que se introdujera en la legislación un nuevo tipo de medida punitiva aplicable a directivos que participasen en este tipo de prácticas, la inhabilitación para actuar como directivo (*disqualification*) durante un periodo concreto. Posibilidad ya prevista y aplicada en otras jurisdicciones como, por ejemplo, Reino Unido¹⁰ y cuyo efecto disuasorio podría ser relevante. Todo ello con el objetivo de evitar que las empresas participasen en este tipo de conductas, claramente dañinas tanto para la Administración Pública como para la ciudadanía en general.

9 Artículos 262 relativo a la alteración de precios en concursos y subastas públicas, 281 que pena la sustracción de materias primas o productos de primera necesidad con la intención de alterar los precios y 284 sobre la alteración de precios mediante violencia, amenaza o engaño del Código penal español.

10 Por ejemplo, en los recientes casos de varios directores de compañías activas en el sector de la demolición que habían participado en una práctica de bid rigging: <https://www.gov.uk/government/news/demolition-company-director-disqualified-for-7-years-for-bid-rigging-and-compensation-payments>

Estrategias para Fomentar la Competencia Justa en la Adopción de IA mediante Compras Públicas

Francisco Javier Vázquez Mantilla

Doctor en Derecho y abogado director de su firma especializada en contratación pública¹. Ha colaborado en la redacción de normativa y cuenta con más de 100 publicaciones y 400 conferencias. Es mentor en programas universitarios y regionales en España.

1. Contexto actual de las Compras Públicas: retos y oportunidades ante la incorporación de IA

La contratación pública es una herramienta clave para maximizar el valor público, pero su potencial como motor de innovación se ve limitado por la burocracia, la complejidad normativa y la falta de recursos.

La contratación de tecnologías avanzadas, como la inteligencia artificial (IA), representa una necesidad creciente². Es más que una moda, es una revolución y está al alcance de cualquier persona. La democratización global de su uso ha generado un interés superlativo en el sector público que no quiere quedarse atrás. Estas herramientas ofrecen soluciones innovadoras para desafíos previamente irresolubles o abordados con métodos tradicionales.

La IA presenta en relación con la compra pública una doble perspectiva: cómo adquirir software que incluya IA, y en segundo lugar, como la IA puede ayudar a mejorar las compras públicas. Este trabajo se centra en analizar esta primera perspectiva, sin dejar de mencionar el papel que está desempeñando en la contratación pública, al reducir las cargas administrativas y agilizar los procesos de adjudicación y como herramienta eficaz para detectar y combatir el fraude y la corrupción.

¹ El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno. Este trabajo se enmarca en el Proyecto “Biometría, Derecho Administrativo y Datos - BIODATA”, PID2021-125170NB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa.

² Gimeno, García-Álvarez y Tejedor (2022): han profundizado en las claves de la compra pública de tecnología analizando las deficiencias en el sistema y proponiendo soluciones. Resaltan las medidas propuestas para permitir un acceso competitivo y equitativo a nuevos proveedores de nube, evitando prácticas anticompetitivas promovidas por proveedores tradicionales.

La aplicación de la IA en la contratación pública en Europa se está centrando, fundamentalmente, en la automatización y simplificación de tareas administrativas complejas. Una de sus principales utilidades es la asistencia en la elaboración de documentos de contratación. Además, está aportando valor en la fase de planificación y presupuestación de. Junto con estos avances, la IA está enfocándose en mejorar la transparencia y prevenir el fraude en los procedimientos de contratación pública. Estas herramientas son capaces de analizar grandes volúmenes de datos y patrones históricos para identificar posibles irregularidades.

El movimiento GovTech ha introducido un cambio de paradigma en la interacción entre el sector público y la innovación tecnológica para el desarrollo de soluciones innovadoras que no solo respondan a necesidades administrativas definidas, sino que aborden los retos específicos planteados por las entidades públicas de manera efectiva³.

Todo ello se ve limitado por la rigidez normativa y burocrática genera procedimientos que dificultan la participación de *startups* y *scale-ups* tecnológicas, limitando la diversidad de proveedores. No beneficia la falta de profesionalización, con contratos mal diseñados, influidos por proveedores preferentes, y demostrando una falta de capacidad para evaluar adecuadamente propuestas tecnológicas complejas.

El riesgo de limitación de la competencia por el abuso de contratos de adjudicación directa, sin publicidad, con contratos a medida de un solo proveedor suponen una reducción de transparencia y restringen la igualdad de oportunidades. A ello hay que sumar, retos internos, como la existencia de dependencia o cautividad tecnológica, la falta de interoperabilidad y la falta de métricas de rendimiento claras que rompan con la tradicional idea de que lo relevante es la adjudicación del contrato y no su ejecución.

Es esencial implementar procesos de contratación más ágiles y accesibles, adaptados a las características del mercado tecnológico. Deben reducirse las barreras burocráticas, fomentarse la creación de sandboxes regulatorios⁴ y establecerse modalidades de pago basadas en resultados, orientadas a recompensar soluciones eficaces y sostenibles.

³ En Vázquez (2023) se propone romper el paradigma de compra tradicional para pasar a una compra en valor que defina retos y abone el precio en función del resultado.

⁴ García (2024:321-322) analiza la implementación de entornos controlados de pruebas o “sandboxes” como parte de la Ley de Inteligencia Artificial (LIA) en la Unión Europea. Estos entornos permiten a los Estados miembros probar y validar innovaciones en inteligencia artificial en un entorno seguro antes de su despliegue comercial. Enfatiza en que los sandboxes están diseñados para fomentar la innovación, especialmente entre las pymes, proporcionando un espacio para el desarrollo y ensayo de sistemas de IA en condiciones reales y bajo supervisión. Además, se promueve un acceso prioritario para las pymes y se ofrecen servicios de apoyo, como orientación en cumplimiento normativo y ayuda en la creación de documentos de certificación. Destaca la necesidad de protección de datos personales recibe especial atención en estos entornos de prueba, permitiéndose su tratamiento en áreas de interés público, pero bajo condiciones de seguridad.

2. Riesgos y medidas para mitigar la implementación de IA en la Contratación Pública

La compra de soluciones innovadora genera desafíos en términos de eficiencia, transparencia y cumplimiento normativo. Uno de los principales riesgos asociados a la implementación de soluciones de IA en la contratación pública radica en la limitación de la competencia, que aparece de forma intensa cuando se incluyen en los pliegos de contratación requisitos técnicos altamente específicos, que restringen significativamente el número de proveedores capaces de cumplir con las prescripciones funcionales. Este enfoque concentra el mercado en un reducido número de grandes operadores especializados, excluyendo a pymes y otros actores potencialmente competitivos. Para mitigar este riesgo, es necesario definir estándares y requisitos abiertos que amplíen la participación. Para ello resultan esenciales las consultas preliminares al mercado: para que la Administración comprenda las funcionalidades y retos que pueden ser abordados e identifiquen diferencias clave entre proveedores, favoreciendo una mayor diversidad de propuestas. También será clave una definición correcta del reto, que se base en el problema o necesidad a satisfacer y no en una concreta solución tecnológica y sus funcionalidades.

Otro riesgo proviene del uso excesivo de los procedimientos de adjudicación directa (negociados sin publicidad en Europa), diseñados para situaciones excepcionales donde no hay competencia por razones técnicas. Se deben establecer límites claros y justificaciones obligatorias para el uso de estos procedimientos, asegurando que solo se apliquen en casos extraordinarios, en los que se demuestre objetivamente la ausencia de alternativa o de soluciones sustitutivas que puedan atender los retos planteados por la contratación. Además, debe justificarse que los requisitos mínimos establecidos en los pliegos no generan restricciones artificiales que reduzcan injustamente la competencia.

Otro riesgo para la competencia es la cautividad tecnológica (“contratos cautivos”). Este problema puede surgir incluso en contextos donde las licitaciones iniciales se realizan mediante procedimientos abiertos y competitivos, pues aunque la implementación inicial puede ser competitiva y relativamente económica, los contratos subsiguientes (especialmente de mantenimiento/actualización/escalado) tienden a ser más costosos y menos competitivos. Ello por las barreras de entrada creadas por procesos de implantación prolongados y complejos, que disuaden a las Administraciones de cambiar de proveedor. Por ello se recomienda implementar políticas de transparencia de costos totales, que evalúen el impacto económico de la solución durante toda su vida útil. Además puede ser relevante priorizar implementaciones rápidas y menos costosas en términos de adaptación inicial que permitan la transición competitiva a otros proveedores. También es necesario contemplar cláusulas de interoperabilidad, transferencia de conocimiento y devolución del servicio para permitir la implantación futura de otros operadores.

Asimismo, deben controlarse los costos ocultos asociados a licencias adicionales, hardware específico u otras modificaciones derivadas del contrato. Es conveniente realizar un análisis previo del mercado que permita identificar todas las implicaciones económicas de la implementación, además de exigir a los proveedores un desglose detallado de todos los costos asociados. Asimismo, es imprescindible incluir cláusulas contractuales que limiten los costos adicionales no especificados inicialmente.

Otro riesgo adicional se encuentra en la exigencia de experiencia previa y capacidades técnicas desproporcionadas como parte de los criterios de selección o solvencia técnica. Para contrarrestarlo, es necesario ajustar los criterios de selección, asegurando que sean proporcionales, razonables y no discriminatorios, permitiendo así la participación de un mayor número de competidores viables. Fruto de esta preocupación el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial establece una serie de medidas para facilitar la participación de las pymes incluidas las startups, en el ámbito de la inteligencia artificial y especialmente pretendiendo la convergencia de las mejores prácticas en los procedimientos de contratación pública en relación con los sistemas de IA (Considerando 132 Reglamento (UE) 2024/1689).

Respecto al pago, se recomienda plazos de pago atractivos y la definición de hitos y métricas claras desde el inicio del proyecto, complementadas con modelos de pago por resultados. Este enfoque debería basarse en indicadores objetivos que permitan evaluar la utilidad y eficacia de la solución en relación con el problema o reto para el que fue concebida. Dichos acuerdos deben incluir la posibilidad de bonificar o penalizar al proveedor en función de su desempeño, asegurando que los pagos estén alineados con los resultados obtenidos.

Es importante también fomentar la compra de pilotos y el uso de *sandboxes* regulatorios, que permitan a las administraciones públicas probar las soluciones en un entorno controlado. Esto no solo facilita la identificación de métricas de evaluación apropiadas, sino que también ayuda a comprender el verdadero alcance y utilidad de las soluciones antes de una implementación a mayor escala.

Por otra parte, en la ejecución de estas soluciones, la transparencia algorítmica se vuelve un elemento crítico. Es fundamental que los proveedores proporcionen información completa y clara sobre el funcionamiento de los algoritmos, asegurando el cumplimiento de la normativa en materia de inteligencia artificial y facilitando el monitoreo por parte de los responsables del despliegue.

Finalmente, para fomentar la competencia es interesante que la propiedad intelectual de las soluciones no siempre sea pública, pero se contemple la posibilidad de compensar a las entidades públicas mediante acuerdos que incluyan *royalties* o beneficios compartidos. Esto permitiría que las soluciones desarrolladas puedan replicarse o adaptarse para

otras entidades públicas. Además, se recomienda incluir cláusulas de interoperabilidad y devolución del servicio, de modo que el proveedor esté obligado a garantizar la explotación eficiente de la solución. En caso de incumplimiento, se podrían activar cláusulas de *callback*, devolviendo el control de la solución a la administración y permitiendo su uso por terceros.

3. Conclusiones

La contratación pública estratégica debe ir más allá del cumplimiento normativo, priorizando la resolución efectiva de retos públicos e impulsando soluciones innovadoras. Persisten retos como la rigidez normativa, la falta de profesionalización y barreras para startups y pymes, que limitan la competencia y favorecen prácticas poco transparentes como la adjudicación directa.

Es clave establecer estándares abiertos, consultas al mercado y cláusulas contractuales que garanticen interoperabilidad, transferencia de conocimiento y transición a otros proveedores. Solo un modelo ágil, competitivo y enfocado en resultados permitirá que la IA transforme la contratación pública, preservando los principios de competencia justa y transparencia.

4. Bibliografía

García Mexía, P.L. (2024): “La innovación en la Ley Europea de Inteligencia artificial”, *Revista de privacidad y derecho digital*, Vol. 9, Nº. 34, pp. 316-330.

Gimeno Feliu, J.M., García-Álvarez G., Tejedor Bielsa, J. (2022): *La compra pública de tecnología en la nube en España: deficiencias y sugerencias de mejora*, EDITORIAL ARANZADI.

Vázquez Matilla, F.J., (2023): “La necesaria apuesta por la compra pública basada en valor en salud”, *Revista de Contrataciones Públicas*, Julio 2023, Editores – fondo editorial, (Argentina).

El secreto profesional en las investigaciones de las autoridades de libre competencia: un breve análisis comparado

Felipe Serrano Pinilla¹

Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Javeriana, Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado, Máster en Leyes y Derecho de la Competencia de la Universidad de Nueva York (NYU Law School) y Máster en Políticas Públicas de la Universidad de Oxford. Socio fundador de Serrano Martinez CMA. Experto en Litigios, Derecho de la Competencia y Regulatorio. Fue Jefe de Asesores del Superintendente de Industria y Comercio y Superintendente de Industria y Comercio en Colombia. Este artículo es un documento elaborado para discusión en la II Reunión del Grupo de Trabajo sobre Comercio y Competencia (GTCC)

El secreto profesional, entendido como la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre un abogado y su cliente, es reconocido constitucional y legalmente en múltiples jurisdicciones, pero con distintos alcances. Este artículo pretende presentar una corta revisión del tratamiento general que dan los Estados Unidos de América, la Unión Europea y Colombia al secreto profesional de abogado, en el marco de las investigaciones de protección de la libre competencia.

Una vez hecha la exposición sobre el tratamiento del secreto profesional en las investigaciones de libre competencia en las jurisdicciones mencionadas, se presentará una propuesta de

¹ El autor es experto en derecho de la competencia, litigio comercial y regulatorio, compliance y privacidad. Entre 2012 y 2015 fue Jefe de Asesores del Superintendente de Industria y Comercio (Autoridad de Competencia, Privacidad, Propiedad Industrial y Protección al Consumidor) y Superintendente de Industria y Comercio (e). Está admitido como abogado en Colombia y el Estado de Nueva York. Es abogado y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Javeriana, Especialista en Derecho Contencioso de la Universidad Externado, LL.M en Derecho de la Competencia y Regulación de NYU Law School, y Magister en Políticas Públicas de la Universidad de Oxford. Es Profesor en las Universidades Javeriana, Andes y Externado, y Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia. Actualmente es socio de la firma Serrano Martinez CMA.

para el caso colombiano, que balancee de mejor manera la protección de los derechos constitucionales, con la necesidad de la autoridad de contar con herramientas efectivas para la detección de prácticas contrarias a la libre competencia.

Independientemente de la ubicación geográfica, el secreto profesional del abogado, también conocido como “*Attorney-Client Privilege*”, o “*Legal Professional Privilege*”, es definido de forma general como “*la posibilidad que tiene el cliente de negarse a presentar, durante un proceso ante una corte o una investigación, documentos que contengan consejo legal que hayan sido recibidos de un abogado*”². Dicha posibilidad de negarse a presentar un documento que contenga un consejo legal cubre, por regla generalísima, tanto a quien recibe el consejo legal como a quien lo emite.

La protección de las comunicaciones entre un abogado y su cliente surge precisamente de la confianza que debe existir en el desarrollo de dicha relación, pues sin ella no es posible proteger y garantizar otros derechos, incluyendo el derecho a la intimidad y el derecho de defensa técnica de las personas³. En este mismo sentido se han expresado tanto la Corte Suprema de los Estados Unidos como la Corte Europea de Derechos Humanos, quienes han destacado la importancia del secreto profesional para el efectivo derecho de defensa:

*“[El propósito del Privilegio Cliente-Abogado] es propiciar la comunicación franca y completa entre los abogados y sus clientes y así promover intereses públicos más amplios en observancia de la ley y la administración de justicia (...) [el Privilegio Cliente-Abogado] se fundamenta en la necesidad de que el defensor y consejero sepa todo aquello relacionado con las razones del cliente para buscar representación, si es que se va a cumplir la misión profesional.”*⁴

“[El secreto profesional] está justificado por el hecho de que se asigna a los abogados un papel fundamental en una sociedad democrática, cual es el de asegurar la defensa de las partes en un litigio. No obstante, los abogados no pueden desempeñar esta tarea esencial si son incapaces de garantizar a aquellos a los que están defendiendo que sus intercambios se mantendrán confidenciales. Es la relación de confianza entre ambos, esencial para el logro de la misión, lo que está en juego. Indirectamente pero necesariamente derivado de lo anterior, está el derecho de toda

² Diccionario de Concurrences <https://www.concurrences.com/en/dictionary/legal-privilege>

³ C-538 de 1997

⁴ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981). Citado por *Attorney-Client Privilege in Global Antitrust Enforcement* ROGER ALFORD Deputy Assistant Attorney General Antitrust Division U.S. Department of Justice

*persona a un juicio justo, incluyendo el derecho de las personas acusadas a no declarar contra sí mismas”.*⁵

Aunque la existencia del secreto profesional no se discute en el ámbito internacional, la cuestión sobre su alcance no ha sido pacífica, y las diferencias se evidencian con más facilidad cuando se trata de la aplicación de la confidencialidad de la información en el marco de la aplicación de la ley de protección de libre competencia por parte de la autoridad de libre competencia local.

1. **Estados Unidos de América**

En el contexto de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, las autoridades y agencias regulatorias de Estados Unidos cuentan con amplias facultades para la solicitud de información que pueda resultar relevante para la construcción de su teoría del caso. Una de esas facultades es la solicitud de documentos.

Como es natural, ante una solicitud documental por parte de las autoridades de competencia, las empresas deberán dar cumplimiento a dichas órdenes a efectos de no obstruir la investigación y ser sujetos a las sanciones correspondientes. No obstante, la jurisprudencia estadounidense ha aclarado que las empresas tienen la posibilidad de retener o no entregar los documentos que estén protegidos por secreto profesional.

Como es sabido, la jurisprudencia estadounidense puede variar según el distrito judicial y según cada caso particular, por lo que han existido distintos pronunciamientos a resaltar. En el caso *United States v. American Telephone & Telegraph Co.*, 86 F.R.D. 603 (D.D.C. 1979), la corte del Distrito de Columbia estableció ciertos requisitos para que el secreto profesional pudiera ser invocado como un mecanismo para oponerse a la entrega de información privilegiada. La corte exaltó, entre otros, que la comunicación a proteger debía haber sido remitida con la finalidad de obtener asesoría legal, con una convicción razonable por parte del cliente de que la información entregada era necesaria para la asesoría legal y que estaba protegida por la confidencialidad. Es de advertir que el secreto profesional no protege comunicaciones que pretendan un fraude o delito.

Dentro de los criterios establecidos en el precedente mencionado, se realizaron ciertas aclaraciones respecto del alcance de la protección del secreto profesional, advirtiendo que las posibles limitaciones deberían ser analizadas de manera particular. Una de las aclaraciones más relevantes que realizó la corte del Distrito de Columbia fue respecto de los empleados de la empresa investigada que pueden estar cobijados por este privilegio.

⁵ Judgment of 6 December 2012, *Michaud v. France*, CE:ECHR:2012:1206JUD001232311, para. 118.

Según la corte, la figura del *control group*, o el personal directivo de la compañía, serían los únicos funcionarios cobijados por esta protección, salvo en eventos en los que los funcionarios de menor rango requieran conocer o tratar la información privilegiada en virtud de sus funciones. Así, la corte consideró que incluso empleados de cargos intermedios, que no tendrían la facultad de representar o comprometer a la compañía, podrían verse cobijados por la protección del secreto profesional cuando se comuniquen con los abogados o con otros funcionarios de la compañía con el fin de elaborar las comunicaciones que luego serían remitidas a los abogados en búsqueda de una asesoría legal.

No obstante lo anterior, no ha sido pacífico en la jurisprudencia estadounidense si las comunicaciones de los abogados internos de la compañía están protegidos por el secreto profesional y, en consecuencia, puedan ser excluidos de una investigación. Mientras que algunas decisiones como *Upjohn Co. v. United States*⁶ han avalado la protección de las comunicaciones sostenidas entre los abogados internos y los empleados de la compañía⁷, otros pronunciamientos han restringido la protección a eventos en los cuales los abogados internos realizan actividades de asesoría legal exhaustiva y de complejidad, similar a la asesoría que sería prestada por una firma independiente. Para la corte del Distrito de Columbia, una asesoría interna en materia de patentes podría no estar cobijada por el secreto profesional, mientras que una comunicación que incluya aspectos técnicos desde el punto de vista jurídico sí podría ser protegida.

2. Unión Europea

En cuanto a la protección de las comunicaciones entre cliente y abogado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha reconocido este privilegio como una expresión del derecho de la defensa de las empresas. Sin embargo, el tratamiento a las comunicaciones entre cliente y abogado ha sido distinto al alcance dado por la jurisprudencia estadounidense.

En el caso *AM & S Europe v. Comisión* (1982), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea introdujo las condiciones bajo las cuales se podría negar la entrega de comunicaciones sostenidas entre clientes y abogados a las autoridades de competencia de los Estados miembros. Además de exigirse que la comunicación esté dirigida a efectos de ser utilizada para la defensa del cliente, la comunicación debe ser dirigida a un abogado independiente que esté autorizado para ejercer en cualquier estado miembro de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en el caso *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd v. Comisión* (2010), profundizó en el requisito de independencia del abogado respecto del cliente que asesora. De acuerdo con el tribunal comunitario, un abogado interno

6 *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981).

7 Ver: *Natta v. Hogan*, 392 F.2d 686 (10th Cir. 1968); *FTC v. Lukens Steel Co.*, 444 F.Supp. 803 (D.D.C.1977).

está sometido a una dependencia respecto de su empleador que le impide apartarse de las estrategias comerciales perseguidas por su empresa y pone en entredicho su capacidad para actuar con independencia profesional.

Para sustentar su posición, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea mencionó que un abogado interno podría verse constreñido a manifestar conflictos de interés surgidos entre la política empresarial de la empresa sobre las cuales puede haber tenido injerencia y sus obligaciones y consideraciones profesionales. Sin embargo, autoridades locales han establecido que las comunicaciones de los abogados internos sí son sujetos de protección, tal y como lo dispuso el Tribunal de Comercio de Lisboa en 2007 en el caso Unilever Jeronimo Martins.⁸

En una reciente decisión (caso *Orde van Vlaamse Balies*, 2022) el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea modificó su interpretación sobre el alcance de la protección del secreto profesional de limitarlo a la preparación de la defensa de un caso particular, a cobijar cualquier asesoría legal, y no solo la relacionada con la defensa en un caso específico.

En esta decisión, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea consideró que el derecho a la intimidad debía ser interpretado de tal manera que se protegiera la confidencialidad de la consulta legal, tanto en su contenido como en su propia existencia y, por lo tanto, las compañías deberían esperar que las comunicaciones con sus abogados se mantengan privadas y confidenciales.

Sin embargo, las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea han dejado abierta la posibilidad para las empresas investigadas de cuestionar la legalidad del recaudo de la información que pueda estar sujeta a secreto profesional. Así, las empresas podrán activar los procedimientos judiciales correspondientes para determinar si una comunicación debe o no ser entregada, aunque esa actuación podría llegar a ser sancionable en caso de que se determine que ese procedimiento tuvo como finalidad obstruir la investigación.

Las diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea son notables, ya que Estados Unidos concede el secreto profesional de forma más amplia, incluyendo a los abogados internos y las comunicaciones con terceros si son necesarias para el asesoramiento jurídico, mientras que la Unión Europea limita el secreto profesional a las comunicaciones con abogados externos y solo, por regla general, en relación con el ejercicio de los derechos de defensa en procedimientos específicos (situación que habría cambiado con la reciente decisión citada, caso *Orde van Vlaamse Balies*, 2022). La Unión Europea no ha reconocido el secreto profesional para los abogados internos, mientras que Estados Unidos sí.

⁸ Tribunal de Comercio de Lisboa. Caso 572/07.9TYLSB. 16 de enero de 2008.

3. Colombia

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (“SIC”), como autoridad nacional de competencia, realiza visitas de inspección sorpresa como parte de los procesos investigativos por la posible comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia. En transcurso de esas visitas, la SIC puede acceder a computadores, correos y celulares de los directivos de las empresas y cualquier otro funcionario, donde reposan documentos y comunicaciones intercambiadas con cualquier persona, incluso con los abogados internos y externos.

La SIC ha considerado que la exclusión de la información solo puede ser viable si se afectan uno de dos derechos (i) el derecho a la intimidad (es decir, que sea información reservada y confidencial); o (ii) el derecho de defensa.⁹ Para la autoridad colombiana, la afectación del derecho de defensa se debe verificar caso a caso y bajo las particularidades de los hechos materia de investigación. No obstante, en la práctica la SIC, al retirar en el curso de una visita administrativa la información de los computadores y dispositivos móviles de los empleados de una empresa, no realiza ninguna exclusión, sino, por el contrario, extrae toda la información que en ellos repose, sin distingo alguno.

Al momento de utilizar esa información, según la SIC, resultan aplicables los dos principios citados anteriormente. No obstante, resulta inoponible el secreto profesional en los eventos en los que la comunicación gira en torno a información comercial de la investigada, como el libro de registro de accionistas, contabilidad, contratos de arrendamiento, o, en general, al giro ordinario de sus negocios.¹⁰ Debido a lo anterior, la SIC ha tomado una postura casuística en la que exige la entrega de toda la información para luego ser filtrada previo estudio de su contenido.¹¹

En cuanto al alcance de la protección de las comunicaciones con los abogados internos, la SIC ha establecido una postura que, si bien no desconoce el carácter sensible de la información, no le otorga una protección pétrea. En algunos casos la SIC ha dicho que las recomendaciones de los abogados internos de una compañía no están protegidas por el secreto profesional de abogado, puesto que se trata de simples recomendaciones o instrucciones administrativas al interior de la empresa, por lo cual no podrían ser excluidas de una investigación.¹²

La SIC, en una posición asimilable a la del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, estableció que si el abogado interno es además un representante legal de la compañía, su

9 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 1731 de 2020.

10 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 10081 de 2014.

11 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 1731 de 2020.

12 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 7676 de 2017.

condición deja de ser la de un simple profesional en derecho y se convierte en un administrador que determina o influye en las políticas empresariales de la compañía.¹³

La autoridad colombiana ha admitido, de manera similar a la corte del Distrito de Columbia, que las conversaciones internas que tengan como finalidad la construcción de la estrategia de defensa de la compañía están protegidos por el privilegio. No obstante, la SIC ha establecido que este beneficio termina en el momento en el que se establezca que se pretende obstruir la investigación por medio de la destrucción u ocultamiento de información relevante.¹⁴

La práctica actual de las visitas de la autoridad de competencia en Colombia implica que se recauda toda la información que se encuentre física y en todos los computadores de empleados, y posteriormente se depura la información para excluir aquella protegida por el secreto profesional. Esta situación puede ser objeto de crítica, porque la misma autoridad que investiga y sanciona es la encargada posteriormente de depurar la información que está protegida por el secreto profesional. De este modo, el solo hecho de conocer el contenido de las comunicaciones intercambiadas con el abogado tiene la potencialidad de sesgar la parcialidad de la autoridad. Sobre este punto, la autoridad de competencia ha dicho que para hacer la depuración es necesario leer el contenido de las comunicaciones.¹⁵

Una propuesta para proteger el secreto profesional del abogado en Colombia consistiría en que los investigados puedan solicitar a un juez la eliminación de los documentos que deberían estar protegidos por el secreto profesional después de la extracción de documentos que ha hecho la autoridad de libre competencia en sus redadas. En este caso, las partes interesadas le envían al juez los documentos que ellos consideran que deberían ser eliminados por la autoridad de competencia. Este mecanismo implicaría que la autoridad de competencia no podría revisar la información hasta tanto el juez no se pronuncie sobre cuáles documentos deben excluirse del recaudo probatorio hecho por la autoridad. Igualmente, un mecanismo de esta naturaleza podría garantizar que los documentos protegidos por el secreto profesional sean excluidos del proceso antes de que la autoridad de competencia los conozca.

Esta misma política podría aplicarse a través de un funcionario administrativo de la propia SIC ajeno al Despacho que conoce de la investigación, para que la depuración de la información no implique necesariamente acudir ante un juez, lo que podría retrasar la investigación de la autoridad.

La misma autoridad de competencia se beneficiaría con este mecanismo, pues, además de que se imprime mayor legitimidad a la actuación de la autoridad, también les traslada a los investigados la carga de determinar cuáles son esos documentos que consideran deben ser

13 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 7676 de 2017.

14 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 1412 de 2022.

15 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 1731 de 2020.

excluidos por estar protegidos por el secreto profesional de abogado. De igual forma, dicha garantía no estaría en contra de los poderes y efectividad de la SIC para realizar investigaciones, en la medida en que podría seguir asegurando la información de manera sorpresiva, sin perjuicio de que la misma posteriormente sea depurada.

Tal alternativa no implicaría necesariamente un cambio de legislación, sino que podría ser aplicada por la autoridad de forma inmediata, con la modificación de sus procedimientos internos.

Transparencia y buena administración en la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías

Pablo Schiavi¹

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por Universidad de la República (Uruguay). Ph.D. en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de La Coruña (España). Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo. Profesor de Datos Personales en Salud en el Máster en Dirección de Empresas de Salud del IEEM, Escuela de Negocios de la Universidad de Montevideo, Uruguay.

I) El nuevo paradigma administrativo en la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías

La incidencia de las *nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el ser y quehacer de la Administración Pública* han impactado de lleno en las relaciones entre las personas – ciudadanos- y la Administración Pública con una rapidez, un vértigo y una velocidad nunca antes vista, que nos enfrentan como “*ciudadanos del mundo*” a una “*nueva normalidad*”, que sin lugar a dudas, significa un antes y un después, potenciadas, a nivel global, con la pandemia de la COVID-19.

Hace más de diez años, Jaime Rodríguez-Arana (2011) afirmaba que en este contexto de la sociedad del conocimiento, de la información y de las nuevas tecnologías, de la crisis de las ideologías cerradas, también nos encontramos con la llamada crisis de la

¹ **PhD. Doctor por la Universidad de A Coruña** (Mención *Cum Laude*). Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (UM). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Profesor Adjunto Grado 3 (I) de Derecho Público II y III en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor Adjunto Grado 2 (I) de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de “Información Pública y Datos Personales” en la Universidad de Montevideo (UM). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA). Director del Centro Iberoamericano de Estudios de Derecho Público y Tecnología. <https://www.linkedin.com/in/pabloschiavi/>; pablo.schiavi@schivi.com.uy.

governabilidad, gobernanza o gobernación de las instituciones públicas y privadas como consecuencia del exceso de organización².

Ni el Derecho en general, ni el Derecho Administrativo en particular, ni la gobernanza de las instituciones públicas ni en consecuencia sus institutos clásicos, sus pilares fundamentales, como el procedimiento administrativo tanto general como especial, los actos administrativos, la función pública, la contratación pública, así como los principios generales de nuestra disciplina ni los demás institutos clásicos de nuestra materia, son inmunes ni pueden escapar a esta “*nueva normalidad*” que, en forma vertiginosa y sin pedir permiso, golpea las puertas de las distintas Administraciones Públicas en su dimensión global al influjo de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones.

El mundo ha cambiado. La sociedad ha cambiado. La ciudadanía ha cambiado.

El Derecho Administrativo no puede estar ajeno a estos nuevos fenómenos, ya que, de lo contrario, perderá con el paso de los años, su razón de ser más intrínseca, *en tanto instrumento y construcción humana al servicio de la sociedad*.

Y esta sociedad hiperconectada e hiperinformada y mucho más participativa, con *ciudadanos “digitales”*, exige a la Administración Pública nuevas soluciones en tiempos y en condiciones inesperadas e insospechadas, hasta hace muy poco tiempo.

La introducción de la inteligencia artificial, la gestión por datos, el impulso de sistemas de gestión común que facilite la interoperabilidad o la universalización de la inteligencia artificial son algunas propuestas³³.

Es, en este contexto actual y en esta dimensión actual de la llamada sociedad del conocimiento, de la información y de las nuevas tecnologías, con un nuevo paradigma administrativo, que resulta imprescindible repasar de caracteres sustantivos tales como lo son *la transparencia* y su nueva dimensión electrónica y *la buena administración*, con su nueva caracterización: *la buena administración electrónica*.

II) Hacia la cultura de gobernanza

La sociedad del conocimiento nos facilita saber más para pensar mejor.

2 Jaime Rodríguez Arana- Muñoz. – «La sociedad del conocimiento y la administración pública», Revista de Derecho Universidad de Montevideo, [Recurso en línea], 10(19), 85-91. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Rodriguez-Arana-La-sociedad-del-conocimiento-y-la-Administracion-Publica.pdf>. Fecha de consulta: 8/3/2021

3 Óscar Cortés Abab. – «La Administración tras el Coronabreak (...)», loc. cit...

De acuerdo a la definición recogida en la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Gobierno Abierto de 14/12/2017, el Gobierno Abierto es una cultura de gobernanza que promueve los principios de transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo⁴.

Sin embargo, han sido los avances en las tecnologías de la información a fines del siglo pasado los que permiten a los estados imaginar relaciones más ricas y bidireccionales con los ciudadanos, ejerciendo sus derechos de forma más directa y sencilla, al tiempo que se mejoran la transparencia y rendición de cuentas.

Pueden existir variantes en la definición de Gobierno Abierto y los temas centrales que éste debe abarcar según la situación particular, prioridades o aspiraciones de desarrollo de cada país.

III) La buena administración electrónica: caracterización y ejes fundamentales

La buena administración significa *elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad; significa asimismo que los servicios públicos funcionen correctamente acorde a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías*⁵.

La conceptualización clásica de la buena administración, como no podía de ser de otra manera, adquiere también, al influjo de las nuevas tecnologías de la Información y de las comunicaciones, una nueva dimensión, ajustada y funcional a las nuevas necesidades de la Administración Pública, *de una nueva Administración Pública, más transparente, más abierta, más participativa y más cercana a una nueva ciudadanía digital, con nuevas preocupaciones y exigencias.*

Apuntamos a una nueva dimensión y configuración de la Administración Pública, reflejo de una nueva sociedad en la cual vivimos, de un nuevo Derecho Administrativo, y de una nueva ciudadanía digital, que exige una Administración abierta, con las notas típicas de transparencia, ética pública, colaboración y participación marcada por la impronta de las nuevas tecnologías y comunicaciones, re-dimensionando las estructuras e institutos clásicos de un Estado de Derecho del siglo XXI.

⁴ Disponible en el Portal de la Transparencia, Administración General del Estado, Gobierno de España: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/que-es_organizacion.html, Fecha de consulta: 15/1/2022.

⁵ **Augusto Durán Martínez.** - Motivación del acto administrativo y buena administración. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 18-32, janeiro/junho de 2013.

El Derecho Administrativo debe hacer frente a estas nuevas demandas de una sociedad digital que reclama nuevas prestaciones y nuevos servicios brindados a través de nuevas plataformas digitales y mayor participación ciudadana, que poco a poco, irán sustituyendo, hasta reemplazar por completo los trámites, los procedimientos y las gestiones habituales o tradicionales que brindaba la Administración Pública, *en pleno cambio de paradigma de una presencialidad casi absoluta como denominador común de las relaciones entre Administración y ciudadanía, a una virtualidad y digitalización impregnada por las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones.*

La buena administración de las instituciones pública es y será siempre un derecho ciudadano. Y así lo ha sido hasta ahora.

La buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano, de naturaleza fundamental.

La nueva ciudadanía digital aspira a ser protagonista y a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada y virtual que caracteriza nuestros días.

De esa conjunción surge la idea de la necesaria materialización de un nuevo derecho, pues, por una parte, la buena administración se configura como prerrogativa de los ciudadanos y, por la otra, la sociedad de la información ha impuesto existe un mandato para las administraciones: la utilización de medios electrónicos por parte de estas como instrumento de transformación⁶.

Desde este presupuesto, *la buena e-Administración es una administración abierta, y ello significa que es transparente, colaborativa, participativa y respetuosa de la ley.*

IV) Transparencia en tiempos de Administración Electrónica: Redes Sociales oficiales como canales de una gestión transparente

La transparencia, en tanto nota típica e irrenunciable de un Estado de Derecho, juega un papel clave en la democratización y el acceso de los ciudadanos a información relevante en poder de la Administración Pública, en el marco de la llamada rendición de cuentas ciudadana.

Un Estado es o no es transparente, y esto forma parte de la forma en cómo se posiciona tanto frente a sus ciudadanos como frente a la comunidad internacional.

⁶ Marco Sánchez Acevedo.- Derecho a la buena administración electrónica. Universitat de Valencia. Disponible en la web: <http://roderic.uv.es/handle/10550/50882>; fecha de consulta: 25/01/2022

La transparencia electrónica se convierte en uno de los elementos del núcleo del derecho a la buena E-Administración⁷.

La transparencia constituye uno de los principales retos de las Administraciones Públicas en la sociedad de la información, si se tiene en cuenta que uno de los elementos esenciales es el acceso a la información pública; en consecuencia, podría decirse que en la era de la información la difusión de información pública será, necesariamente, a través de medios electrónicos.

La relación entre Administración y transparencia se fundamenta en lo que se ha denominado web 2.0, que hoy ha trascendido a la web 3.0.

La publicación de información pública en portales web oficiales no alcanza hoy para satisfacer las necesidades actuales de una ciudadanía digital, que seguramente accederá a tal información, a través de redes sociales, lo cual es sumamente positivo, porque cuantos más canales oficiales de comunicación, mayor transparencia.

Ya estamos, quizás en una cuarta generación de reformas, porque el crecimiento exponencial de las redes sociales, ha superado largamente las expectativas de una tercera generación de reformas, y hoy, con los riesgos que ello implica, vivimos *en un cambio de paradigma comunicacional con impactos en el Derecho y en las exigencias de transparencia, ya que los ciudadanos sólo van a satisfacer sus necesidades de información, si la misma es proporcionada por la Administración, al instante y en tiempo real, en su ecosistema digital.*

Siendo así, es evidente que las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones posibilitan una **gestión transparente**⁸.

Las redes sociales, y su masivo uso por parte de las Administraciones Públicas, supone un cambio de paradigma comunicacional de los gobiernos con sus ciudadanos, y hoy, resulta inconcebible, que los aparatos de comunicación públicos carezcan de redes sociales, especialmente Twitter, para comunicarse en forma directa, en tiempo real y sin intermediarios con la ciudadanía.

V) Reflexiones finales

En este contexto actual y en esta dimensión actual de la llamada sociedad del conocimiento, de la información y de las nuevas tecnologías, hemos analizado los principales caracteres de la llamada *cultura de gobernanza para el siglo XXI*, y su

7 **Marco Sánchez Acevedo**.- Derecho a la buena administración electrónica. Universitat de Valencia. Disponible en la web: <http://roderic.uv.es/handle/10550/50882>; fecha de consulta: 25/01/2022.

8 **Carlos Delpiazzo**.- El derecho administrativo 50 años después:.... pp. 87-107.

necesaria correspondencia con la transparencia y la buena administración, en su dimensión y su caracterización como “*electrónicas*”.

Cuánto más digitalizada la Administración Pública y más fuerte sus distintos canales electrónicos de interacción y agenda digital en su relación con la ciudadanía, mucho más rápido, efectivo, eficaz y transparente ha sido el proceso de vacunación y de suministro de vacunas contra la covid-19.

Toda iniciativa pública hacia la institucionalidad en gobierno abierto es bienvenida y positiva, y significa dar un paso hacia adelante, y esto supone superar los ya tradicionales y clásicos esquemas de organización administrativa interna de cada país, con órganos y organismos públicos obsoletos y de otra época para transformarla en *una nueva gobernanza pública que contemple las necesidades y requerimientos de una nueva sociedad y de una nueva ciudadanía digital*.

Los programas de delación en Latinoamérica

Análisis comparativo

Alfonso Miranda Londoño¹

Abogado y socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Doctor, PhD de Salamanca. Profesor de Derecho de la Competencia, en pregrado y posgrado, de la Universidades Javeriana, Externado y otras

Introducción

El presente documento es un resumen ejecutivo de la tesis doctoral titulada “*Los programas de amnistía, clemencia o delación en el derecho de la competencia latinoamericano. Retos y soluciones a partir de una perspectiva de derecho comparado*”, la cual fue elaborada por el autor dentro del Programa de Doctorado de la Universidad de Salamanca, bajo la dirección del doctor Fernando Carbajo Cascón (decano y profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca). La tesis se defendió en la ciudad de Salamanca el día 9 de noviembre de 2022. Los jurados de la tesis fueron la Dra. Mercedes Curto Polo (presidenta, profesora de la U. N. E. D Madrid), el Dr. Jerónimo Mailló González-Oris (vocal, Universidad CEU San Pablo Madrid) y el Dr. Fernando Cachafeiro García (secretario, Universidad de la Coruña). El tribunal le otorgó a la tesis la calificación de Sobresaliente Cum Laude y un puntaje de calificación a efectos de Premio Extraordinario de 29/30.

El día 23 de junio 2023 se reunió el jurado de la sexta edición del premio a la excelencia académica José Manuel Gómez Pérez que otorga la Asociación de Antiguos Alumnos y Amigos de la Universidad de Salamanca (Alumni-USAL) y decidió otorgarles el premio a la mejor tesis doctoral a las tesis presentadas por Roberto Martín López, por su trabajo titulado “La

¹ Abogado y Especialista en Ciencias Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes, Magister en Derecho (LLM) de la Universidad de Cornell y Ph.D. en Derecho de la Universidad de Salamanca. Fundador y Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC). Fundador de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia.

protección del consumidor adquirente de contenidos y servicios digitales al amparo de la Directiva (UE) 2019/770”, y Alfonso Miranda Londoño, por su trabajo titulado “Los programas de amnistía, clemencia o declaración en el derecho de la competencia latinoamericano. Retos y soluciones a partir de una perspectiva de derecho comparado”.

La tesis fue publicada por el Grupo Editorial Tirant Lo Blanch en el año 2023, bajo el título “Los programas de delación en Latinoamérica. Análisis comparativo”.

El día 25 de noviembre de 2024, la Corporación Excelencia en la Justicia le otorgó el autor el Premio Excelencia en la Justicia a la Mejor Investigación Académica en Calidad de Profesor, por el trabajo “Los programas de delación en Latinoamérica. Análisis comparativo”.

El presente resumen ejecutivo fue preparado por el autor, con base en la tesis doctoral mencionada, con el fin de presentar una ponencia en el Primer Foro sobre Competencia de América Latina y el Caribe, organizado por el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe – SELA, que se llevó a cabo en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, entre el 7 y el 9 de agosto de 2024.

I. LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN

1. Elementos Conceptuales

Las prácticas restrictivas de la competencia y en especial los carteles son conductas que les permiten a los infractores incrementar los precios de sus productos en el mercado, con lo cual vulneran los derechos de los consumidores, de los competidores y de la sociedad en general.

En Colombia, el artículo 333 de la Constitución Política consagra del Derecho de la Competencia como un Derecho de Todos que supone responsabilidades; y establece que el Estado debe intervenir con el fin de impedir que se restrinja la libertad económica y que personas o empresas abusen de su posición de dominio en el mercado nacional.

La ley colombiana dice que los objetivos del Derecho de la Competencia son la libre participación de las empresas en el mercado, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. Se trata de que los consumidores puedan acceder a una mayor variedad y cantidad de bienes y servicios de mejor calidad y a un mejor precio.

En este contexto, los programas de delación son una herramienta que el análisis económico del derecho ha puesto al servicio del Derecho de la Competencia, con el fin de generar un

incentivo económico lo suficientemente potente para que los infractores renuncien a su presunción de inocencia y confiesen la realización de conductas anticompetitivas, lo cual les permite exonerarse de las multas o lograr la disminución de su monto.

El incentivo económico de la delación será suficientemente potente si existe un riesgo alto de que el infractor sea descubierto, si las multas son importantes y si existe la posibilidad de que otro infractor se le anticipe y obtenga el estatus de primer delator, con lo cual tendría grandes posibilidades de resultar sancionado.

El éxito del programa NO se basa en el arrepentimiento de los infractores o en su deseo de obrar correctamente, en una forma ajustada a la ética y la moral (lo cual puede ocurrir o no ocurrir). Se basa en la racionalidad económica del infractor, que después de analizar la situación concluye que obtendrá una mayor ganancia económica si traiciona a los demás miembros del cártel y se acoge a la delación, en lugar de continuar con el cartel.

La delación no se considera como un perdón, ya que, de hecho, los delatores también son investigados y en la decisión final se les señala también como infractores y pueden ser demandados para que respondan por los perjuicios ocasionados por las prácticas anticompetitivas.

Para desarrollar el concepto de la delación el libro aborda la etimología de las palabras “Amnistía”, “Clemencia” y “Delación” y se analiza la problemática que presentan los programas desde el punto de vista de:

- **El Delator:** Que debe renunciar a su presunción de inocencia y confesar.
- **El Estado:** Que debe darle beneficios a un infractor para buscar el bien de toda la sociedad por el desmantelamiento del cartel.
- **Los demás infractores:** Que se enfrentan a la posición de un delator protegido por el Estado y se ven ante la disyuntiva de colaborar con la autoridad o defenderse y negar la conducta.
- **Del mercado o de la sociedad:** Que renuncia a castigar a un infractor a cambio del beneficio de eliminar el cartel.
- **La racionalidad económica:** Que indica que la decisión de delatar depende del incentivo económico para hacerlo, en lugar de seguir en el cartel.

A nivel mundial se considera que la delación es “el instrumento más eficaz en la lucha contra los cárteles empresariales.”

2. Orígenes y evolución de los Programas de Delación

Los programas de delación aparecieron por primera vez en los Estados Unidos en 1978, como un desarrollo de la política de *plea bargain* en el Derecho Penal norteamericano; y de allí fueron tomados por los demás países. En Colombia el Programa de Delación se inició con la Ley 1340 de 2009. La evolución de los programas de Delación alrededor del mundo nos enseña lo siguiente:

II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS QUE CONTRIBUYEN A LA EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN

1. Principios de los Programas de Delación

- Efectividad de la autoridad.
- Multas sustanciales que se traducen en incentivos para aplicar al programa de delación.
- Transparencia, predictibilidad y buena fe.
- En caso de duda la autoridad debe favorecer al delator.
- Aplicación de la Regla de Oro de la delación.
- Confidencialidad.
- Cooperación internacional entre autoridades de competencia en casos multi jurisdiccionales.

2. Principales Beneficios de los Programas de Delación

Los beneficios se gradúan de acuerdo con el sistema de marcadores que es el que establece la posición de cada empresa en el programa, en orden de llegada y permite definir:

- Beneficios para el primer solicitante en calificar al Programa de Beneficios por Colaboración: Puede ser el 100% de inmunidad.
- Beneficios para los subsiguientes solicitantes: Puede ser una rebaja del 20% - 50% de la multa.
- Aplicación de “Otros Beneficios “- beneficio por “Amnesty Plus”.
- Extensión de los beneficios obtenidos por el Agente de Mercado al Facilitador.

III. PRINCIPALES RETOS DE LOS PROGRAMAS DE DELACIÓN EN LOS PAÍSES ANALIZADOS

1. Primer Reto: La Criminalización del Derecho de la Competencia

Unos mismos hechos pueden ser analizados a la luz del Derecho de la Competencia y del Derecho Penal. Lo anterior implica que para el análisis de esos hechos puede haber dos autoridades competentes (la autoridad de competencia y la que investiga los delitos), dos procesos (uno administrativo y otro penal), dos regímenes probatorios y dos tipos de sanciones.

Por lo anterior, es necesario compaginar de manera armónica el programa de delación, que, si bien tiene un fundamento importante en el principio de oportunidad del derecho penal, se trata de una figura propia del derecho de la competencia.

Al haber dos procesos distintos, la delación trae consigo múltiples interrogantes. El más delicado de ellos se refiere a la preservación de los incentivos para delatar, ya que, si el infractor no recibe inmunidad criminal, no va a querer delatar, porque no le sirve que le quiten la multa si va a ir a la cárcel.

Las dos cuestiones restantes que también se plantean son la multiplicidad de delatores, y el régimen probatorio de uno y otro proceso.

- **Colombia:** La SIC no puede dar inmunidad criminal al delator. En el caso de colusión en licitaciones públicas se ofrece una Reducción de la cárcel (1/3), de la multa (40%) y de la inhabilidad para contratar con el Estado para el delator (de 8 pasa a 5 años)
- **Perú:** Ausencia de reglas para la exoneración de la sanción penal.
- **Chile:** La FNE tiene la competencia exclusiva para iniciar la investigación penal en casos de competencia. Puede exonerar de la sanción penal al delator.
- **México:** La COFECE puede exonerar al delator de la sanción penal cuando es la COFECE la que inicia la acción penal. Pero puede haber acciones que no inicie la COFECE.

2. Segundo Reto: La Indemnización de Perjuicios de las personas afectadas por las prácticas restrictivas de la competencia

Las prácticas restrictivas de la competencia, además de ser una violación del orden público económico, ocasionan también perjuicios a personas naturales o jurídicas individuales.

En los E.U.A., las demandas de los particulares o *Private Enforcement* representan la gran mayoría de las acciones de competencia. Los particulares tienen el incentivo de los

treble damages que son los daños demostrados por triplicado. El Juez tiene la facultad de indemnizar los perjuicios que han sufrido las víctimas.

En Europa y en muchos países de Latinoamérica, el sistema es de *Public Enforcement*, es decir, que la autoridad de competencia es administrativa y se pronuncia sobre la infracción de la ley e impone una multa, pero no puede indemnizar los perjuicios de las víctimas de las prácticas restrictivas.

En nuestro sistema, la indemnización de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas se puede lograr por medio de demandas civiles, procesos de competencia desleal o acciones de clase o grupo.

En Latinoamérica hasta ahora están empezando las primeras acciones de reparación de perjuicios y no existe suficiente experiencia en este tipo de procesos. Sin embargo, en su conjunto las sanciones administrativas y las acciones judiciales por perjuicios, deberían resultar disuasivas para los potenciales infractores.

El objetivo del ordenamiento jurídico debe ser el de luchar contra los cárteles empresariales, para lo cual la delación es la herramienta más eficaz, pero también brindar la oportunidad de que las víctimas de los cárteles empresariales puedan buscar la indemnización de sus perjuicios siempre y cuando dichos perjuicios se encuentren probados, en primer lugar, porque es importante hacer justicia; pero también porque el cobro de esas indemnizaciones también se constituye en un elemento de disuasión de las conductas anticompetitivas.

En ese sentido, las buenas prácticas de los programas de delación en Latinoamérica y el mundo deben consistir en un balance o equilibrio entre los incentivos prometidos al delator y la limitación de la responsabilidad civil que obtendrá el solicitante, con el fin de salvaguardar la eficiencia y confianza en el programa de Delación. Todo lo anterior, sin dejar de lado la búsqueda de la indemnización de los perjuicios sufridos por las víctimas.

En relación con esta situación se propone que los países Latinoamericanos adopten una solución similar a la establecida por la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por medio de la cual se reglamentó el tema de las acciones de daños por infracción de las normas de competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

Con el fin de proteger el programa de delación se deben garantizar la confidencialidad de la identidad del delator y del expediente de delación mientras que dura la investigación, para que no sean los únicos demandados por perjuicios. También se debe establecer que el delator no responde de manera solidaria por los perjuicios ocasionados por el cartel sino solamente por los que él directamente causó.

3. Tercer Reto: Naturaleza y cuantía de las sanciones aplicables

En los países en los cuales prevalece la aplicación pública del Derecho de la Competencia, como es el caso de los países de Europa y Latinoamérica, las infracciones al Derecho de la Competencia por regla general son sancionadas mediante la imposición de multas y medidas correctivas para prohibir la conducta anticompetitiva y restaurar la libre competencia.

Sin embargo, en los últimos tiempos han crecido de manera importante las sanciones de carácter criminal y otros tipos de sanciones tales como la restricción para contratar con el Estado, la inhabilidad para ejercer el comercio, etc., lo cual tiende a incrementar la efectividad en la lucha contra las prácticas anticompetitivas, pero puede generar un desincentivo para la delación, si no se le brinda también al delator, inmunidad respecto de las demás sanciones que se pueden imponer en adición a la multa.

Desde el punto de vista económico, la sanción debe ser de tal entidad que elimine la rentabilidad de la conducta anticompetitiva, de tal manera que el potencial infractor perciba que en el evento de ser descubierta la conducta, la sanción eliminaría la ganancia obtenida a través de la misma.

Es aquí donde el programa de delación se convierte en un complemento importante del régimen de competencia, porque pone en riesgo la opción más lógica que tienen los participantes en un acuerdo anticompetitivo desde el punto de vista de la teoría de juegos, que es la de guardar silencio y obtener las ventajas de la conducta ilegal, con la esperanza de que las autoridades de competencia no la descubrirán.

Solamente la aplicación consistente de sanciones disuasorias permitirá el funcionamiento efectivo de los programas de delación, los cuales serán atractivos para los infractores siempre que exista una alternativa con alto grado de probabilidad de ocurrencia y menos apetecible, que es la de la aplicación de sanciones ejemplarizantes.

4. Cuarto Reto: Efectos de la aplicación de la normativa subregional andina sobre los programas de delación de los países latinoamericanos

La aplicación del régimen de competencia supranacional de la CAN, puede llegar a afectar el funcionamiento y la efectividad de los Programas de Delación de los Países Miembros y de otros países cuyas empresas pueden resultar involucradas en algún caso en el cual se discuta la aplicación de la Decisión 608 de 2005 de la CAN.

4.1 Reglas de coordinación entre la SGCAN y las autoridades nacionales de los Países Miembros para iniciar investigaciones de competencia

Existe discusión sobre la definición de los casos que deben ser atendidos por las autoridades nacionales de competencia de los Países Miembros; y aquellos en los cuales debe considerarse que la conducta investigada tiene una dimensión comunitaria y por lo tanto debe ser analizada por la SGCAN.

Más allá de las precisiones sobre el efecto real de la conducta, que ya ha adelantado el TJCA en el caso de Angelcom, tanto la normativa Andina como la de los Países Miembros, deben contar con reglas que eviten la iniciación de investigaciones paralelas o consecutivas por las autoridades nacionales de los Países Miembros y por la SGCAN.

Se recomienda que a nivel de la normativa andina y del derecho de los países miembros se incluyan disposiciones que logren lo siguiente:

- Cuando las autoridades nacionales de competencia se dispongan a iniciar investigaciones por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia, que involucren o puedan llegar a involucrar a más de un país miembro de la CAN, deberán proceder a informarle de dicha situación a la SGCAN, con el fin de que evalúe si la conducta en cuestión debe ser investigada por esa autoridad.
- Así mismo, cuando la SGCAN vaya a iniciar una investigación, debe poner en conocimiento de esta situación, de manera previa a las autoridades nacionales de competencia de los Países Miembros, con el fin de que analicen su propia competencia frente al caso y se establezca un diálogo cuyo objeto es el de armonizar las actividades de las diferentes autoridades.
- No se deben adelantar procedimientos paralelos o sucesivos de la SGCAN y las autoridades nacionales de los Países Miembros, respecto de unos mismos hechos.
- En caso de que una o más autoridades nacionales ya lleven adelantado el procedimiento, sin que la SGCAN haya manifestado tener competencia para realizar una investigación andina de libre competencia, la SGCAN se debe abstener de interferir con la aplicación de la legislación local.
- La SGCAN y las autoridades de competencia de los Países Miembros deben colaborar armónicamente con el fin de coordinar sus actividades y tener mayor efectividad en la aplicación de sus respectivas normativas.

4.2 Creación del programa de Clemencia o Delación en la CAN y armonización del programa con las legislaciones nacionales

Los programas de delación pueden resultar afectados por la aplicación de normas supranacionales como es el caso de la decisión 608 de 2005 de la Comunidad Andina – CAN, sistema de competencia que no tiene programa de delación, lo cual puede llegar a interferir con el desarrollo de los programas de este tipo en los países Andinos.

En efecto, en el evento de que una empresa aplique al programa de delación en un país Andino y obtenga inmunidad de las conductas delatadas, pero después la Secretaría de la CAN decida investigar esta misma conducta por considerar que tiene dimensión comunitaria, la empresa investigada puede ver afectada la inmunidad concedida por la aplicación de un régimen legal que no cuenta con una herramienta tan vital para el derecho de la competencia, como es el programa de delación.

La propuesta entonces es la de crear un programa de delación a nivel de la comunidad Andina, así como una serie de reglas tendientes a coordinar de manera armónica este programa con el que tienen los Países Miembros, de tal manera que la delación realizada ante el organismo comunitario ampare a los solicitantes en las legislaciones de los Países Miembros; y que la aplicación ante cualquiera de las autoridades de los Países Miembros sea valorada y admitida por la SGCAN.

5. Quinto Reto: Otras trabas y desincentivos al programa de delación

- **La figura del instigador o promotor de la conducta y la prohibición de que acceda a los beneficios del programa.** Aunque la regla según la cual el instigador o promotor de la conducta no puede recibir los beneficios del programa de delación tiene una tradición importante en el derecho de la competencia, lo cierto es que esta regla genera un enorme desincentivo para delatar y debe ser eliminada o limitada en su alcance, como se hizo en Colombia.
- **Manejo de la información frente al retiro de la solicitud de admisión al programa de delación.** La autoridad de competencia debe ser confiable, debe actuar de buena fe, debe tener credibilidad, seriedad e imparcialidad.
- Los potenciales solicitantes deben tener la garantía en el sentido de que en el evento de que no logren un acuerdo con la autoridad, podrán retirar la información que han presentado y proceder a defenderse, sin que el hecho de haber intentado aplicar al programa de delación sea usado en su contra.
- **Aplicación al delator de sanciones diferentes a las de las multas.** La imposición de sanciones disuasorias es indispensable para el éxito de los programas de delación, pero

es importante que las sanciones no pecuniarias como es el caso de las prohibiciones para contratar con el Estado o las restricciones a los directores y ejecutivos para participar en empresas que contraten con el Estado, no signifiquen su salida definitiva del mercado y que estas empresas y personas se puedan redimir, al menos ante el ordenamiento jurídico mediante el programa de delación y la aplicación de programas de cumplimiento.

Estas sanciones no pecuniarias pueden convertirse en un obstáculo infranqueable para el uso del programa de delación, a no ser que se establezcan unas excepciones y posibilidades de redención para los delatores.

- **Daño a la reputación del delator derivado de la participación en el programa de Delación.** Para que las sanciones resulten disuasorias, es imprescindible que sean conocidas por la sociedad, por lo cual la autoridad las debe informar adecuadamente.

Sin embargo, la exposición mediática excesiva de las investigaciones genera un daño innecesario a la reputación de las empresas, sobre todo aquella que se despliega junto con la apertura de la investigación, cuando las empresas imputadas aún no conocen el expediente y no han tenido la oportunidad de defenderse.

Es importante que se adopten medidas para proteger la identidad del delator, con el fin de que no sufra un daño a la reputación más grave que el que sufren las empresas que no colaboran con la autoridad.

- **Limitación de los beneficios de la delación a la conducta de cártel.** Aunque en la mayoría de los países el programa de delación está restringido a las conductas de cártel, consideramos que hay muchos casos en los cuales sería útil poder extender el programa a otras conductas, tales como las de abuso de posición dominante, o infracción al régimen de concentraciones empresariales, al menos para los facilitadores, que podrían beneficiarse del programa y a la vez ayudar a la autoridad.

Experiencia SC en la aplicación de las buenas prácticas internacionales para la promoción y salvaguarda de la competencia en las compras públicas

Gerardo Henríquez

Abogado con más de 25 años de experiencia en el ámbito legal y la administración pública, centrándose en la defensa de la legalidad y la constitucionalidad, que incluyen una trayectoria de 16 años en la Superintendencia de Competencia de El Salvador, institución que lidera desde el 2019, como Superintendente de Competencia.

El presente artículo ofrece, sin exhaustividad y con fundamento bibliográfico, una mirada a los asuntos normativos, experiencias y datos ilustrativos presentados por el titular de la Superintendencia de Competencia (SC) de El Salvador durante la sesión seis del XII Grupo de Trabajo sobre Comercio y Competencia (GTCC)¹, denominada “Casos prácticos aportados por los Estados miembros, aplicación con éxito de la política de competencia en la contratación pública”.

Alrededor del mundo las compras públicas consumen una elevada proporción del gasto pues resultan esenciales para la provisión eficiente de servicios gubernamentales, a partir de la oferta más ventajosa (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2024a), que puede lograrse en condiciones de competencia que posibilitan elegir entre una oferta diferenciada de bienes y servicios, en cuanto a alternativas, precio y calidad, cuando la naturaleza y la complejidad de la contratación permiten procesos competitivos. Las recomendaciones de la OCDE alientan a permitir la mayor participación de varios agentes económicos en los procesos de compras (OCDE, 2023), especialmente en aquellos bienes o servicios donde el sector público se convierte en comprador único, igualmente la Red internacional de competencia económica (ICN) destaca la importancia de incentivar la competencia para salvaguardar la eficiencia en calidad y costos de la contratación, al obtener bienes o servicios de mejor calidad al precio más favorable (ICN, 2015).

¹ XII GTCC – ALC “Inteligencia Artificial y Contratación Pública en ALC, un diálogo regional para fortalecer la Competencia”, Tegucigalpa, Honduras; 7 y 8 de agosto de 2024

Considerando que la abogacía de la competencia tiene un impacto significativo en estas compras (Banco Mundial, 2024a), la SC vela por que se interiorice el valor de la competencia sana, mediante esfuerzos como recomendaciones reglamentarias a favor de la competencia o convenios (OCDE/Banco Interamericano de Desarrollo [BID], 2020), y fomento de las buenas prácticas y experiencias internacionales. Aplicar principios de competencia en las compras públicas salvaguarda la eficiencia económica y favorece la obtención de mejores ofertas para satisfacer la necesidad de la entidad contratante, a la vez que, indirectamente, desde un punto de vista de buena gobernanza aporta a la integridad en el proceso (Arrowsmith, S. y Anderson, R, 2011). Un proceso justo, abierto, no discriminatorio y con un grado deseable de transparencia permite una compra eficiente (OCDE, 2024b) y mantiene la confianza de los oferentes en los procesos y del ciudadano en el manejo de los recursos que aportan los contribuyentes.

A la fecha que se recabaron los datos para el XII GTCC-ALC la experiencia SC incluía proyectos de cribado orientados a fomentar los principios de la competencia en las adquisiciones y contrataciones públicas (OCDE y BID, 2020), con base en las mejores prácticas internacionales promovidas en iniciativas de OCDE en México (OCDE, 2016)(OCDE, 2018a) (OCDE, 2018b), y retomando esas fuentes y los hallazgos de esos proyectos interinstitucionales se publicó un manual para elaborar procesos de contratación bajo principios de competencia. Adicionalmente, el 30% de las 251 opiniones emitidas por la SC, a esa fecha, correspondían a procedimientos de contratación y adquisición.

En 2023 se aprobó en El Salvador una nueva Ley de Compras Públicas con la que se regula su ciclo completo, se reducen barreras burocráticas y se promueven nuevos métodos de contratación ágiles y modernos, como las compras en línea y la compra innovadora, aplicando, entre otros principios, la vigencia tecnológica y la libre competencia. La Guía para formular programas de cumplimiento voluntario en materia de competencia, de la SC, que favorece la identificación voluntaria de riesgos en materia de competencia, puede ser de utilidad tanto para los agentes económicos como para los oficiales de cumplimiento, una figura novedosa incorporada en la Ley de Compras Públicas, quienes con base en su matriz de riesgos pueden diseñar medidas de mitigación que les eviten una transgresión de la Ley de Competencia.

La ley de adquisiciones y contrataciones de la administración pública, derogada, contemplaba el principio de competencia y la inhabilitación por un año para los agentes económicos sancionados por colusión por la SC. Sin embargo, una diferencia importante es que la ley de compras vigente mantiene la inhabilitación por un año, pero además incorpora un capítulo sobre prácticas anticompetitivas y certificación antisobornos, que, en su artículo 26, contiene una prohibición expresa de acuerdos entre proveedores, oferentes, adjudicatarios y contratistas, pudiéndose incluso rechazar una oferta, revocar

la adjudicación o caducar la orden de compra o contrato, si la SC determina la comisión de práctica anticompetitiva en el proceso.

Existe numerosa experiencia internacional que demuestra el perjuicio de un cartel en términos de incremento artificial del precio que se paga a lo largo de la cadena de valor, hasta llegar al ciudadano. En 2021, un análisis de más de 300 carteles detectados en América Latina entre 1980 y 2020, mostró que los precios al consumidor se incrementaron entre 5 al 25% y en el 4% de esos casos se duplicaron los precios al consumidor (Banco Mundial, 2024b). La colusión en compras públicas ocasiona sobrepuestos en los bienes o servicios que adquieren las instituciones, de por lo menos 20 al 25% (Banco Mundial, 2021).

En este escenario, la aplicación de la Ley de Competencia se vuelve crucial no solo para la prevención sino también para la detección de la colusión en las compras públicas (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], 2014). Los datos de la base de datos internacional sobre carteles del Banco Mundial sugieren que la colusión en compras públicas representa un 50% del total de carteles comprobados (Banco Mundial, 2024a). A la fecha que se recabaron los datos para el XII GTCC-ALC, el 75% de las sanciones impuestas por la SC por prácticas anticompetitivas correspondía a carteles comprobados.

La Ley de Competencia, en su artículo 25, prohíbe las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores que, entre otras, adopten las modalidades listadas a continuación, y el Reglamento de la Ley de Competencia lista los criterios para la valoración de la existencia de acuerdos anticompetitivos entre competidores.

- a) Establecer acuerdos para fijar precios u otras condiciones de compra o venta;
- b) Fijación o limitación de cantidades de producción;
- c) Fijación o limitación de precios en subastas o en cualquier otra forma de licitación pública o privada, nacional o internacional, a excepción de la oferta presentada conjuntamente por agentes económicos que claramente sea identificada como tal en el documento presentado por los oferentes; y
- d) División del mercado, ya sea por territorio, por volumen de ventas o compras, por tipo de productos vendidos, por clientes o vendedores, o por cualquier otro medio.

La experiencia institucional sugiere que las prácticas antes listadas son susceptibles de ocurrir, y por tanto de investigarse y, de comprobarse, sancionarse, en el contexto de las compras públicas, como ilustra, por ejemplo, la sanción de un acuerdo para fijar precios, en el caso SC-037-O/PI/NR-2021, disponible en la página web de la SC.

A la fecha que se recabaron los datos para el XII GTCC-ALC, más del 59% de las sanciones impuestas por acuerdos entre competidores se habían impugnado en sede judicial, pero la

SC ha demostrado un nivel elevado de éxito en la defensa en sede judicial, según el estándar internacional (Brook, O. y Rodger, B. James, 2024) pues de las impugnaciones por casos sancionados conforme con el art. 25 de la LC, 89% de las sentencias han sido resueltas a favor. Igual de valioso resulta que en diversos procesos a lo largo de los años, en sede judicial se han confirmado importantes criterios del Consejo Directivo de la SC, vinculados con el efecto perjudicial de los carteles, que es una conducta sancionada per se, que son conductas de difícil comprobación, que no requiere que se entre a examinar los propósitos o efectos de la conducta sino únicamente su realización objetiva, el análisis conjunto y sistemático de la prueba indirecta, y la sana crítica, por mencionar algunos ejemplos.

Internacionalmente se califica a los acuerdos entre competidores como de difícil detección, como también se ha reconocido en los tribunales salvadoreños. Normalmente el pacto es secreto, por lo que las mejores prácticas internacionales reconocen cuando una autoridad de competencia goza de potestades y herramientas investigativas que ayudan a esta detección. En el Examen Inter pares sobre Derecho y Política de Competencia de OCDE (OCDE/BID, 2020) se recomendó a la SC enfatizar en el combate a cárteles y hacer mayor uso de los registros con prevención de allanamiento, que en los últimos años se han convertido en las herramientas con importante retorno por inversión, junto con las herramientas proactivas y el laboratorio de investigación forense digital.

Internacionalmente los allanamientos se consideran la segunda herramienta más efectiva para obtener evidencia para la comprobación de un cartel, por ello las autoridades de competencia los utilizan entre un 85 a 90% de investigaciones de carteles (Banco Mundial, 2024b). A la fecha que se recabaron los datos para el XII GTCC-ALC, la puesta en marcha de un laboratorio de investigación forense digital, solo en los últimos tres años había permitido a la SC adquirir experiencia recolectando, procesando y analizando evidencia digital fundamental para comprobar la práctica anticompetitiva en dos carteles sancionados (referencias SC-037-O/PI/NR-2021 y SC-032-O/PI/R-2022) y en una investigación por supuesto acuerdo entre competidores en licitaciones públicas vinculadas con servicios de seguridad privada, que a esa fecha se encontraba en trámite.

La integración entre competencia y compras públicas es crucial para garantizar la eficiencia en el uso de los recursos del Estado y las municipalidades, complementar la transparencia y promover un entorno de mercado saludable. Típicamente, la tutela de objetivos de política pública es compatible con promover la competencia en las contrataciones institucionales, con el diseño de los respectivos instrumentos y el resguardo de la competencia en el proceso al evitar e identificar la colusión, la clave está en lograr un balance prudente. Internacionalmente se reconoce que el combate a la colusión en las compras públicas contribuye a mejorar la competitividad de un país y su crecimiento económico a largo plazo, y que al

umentar la efectividad de las compras públicas se benefician los usuarios de los servicios que pueden prestarse con un gasto más eficiente (con menores recursos y/o mayor calidad).

Bibliografía

Arrowsmith, S. y Anderson, R. (2011). *The WTO Regime on Government Procurement Challenge and Reform*, pp. 681 - 718. Cambridge University Press. Recuperado el 11 de diciembre de 2024 de <https://doi.org/10.1017/CBO9780511977015.026>

Banco Mundial. (2021), *Fixing Markets, Not Prices. Corporate Governance Assessment*. Recuperado el 29 de junio de 2024 de <https://documents1.worldbank.org/curated/en/148021625810668365/pdf/Fixing-Markets-Not-Prices-Policy-Options-to-Tackle-Economic-Cartels-in-Latin-America-and-the-Caribbean.pdf>

Banco Mundial, (2024a). *Competition Advocacy Contest 2025*. Recuperado el 11 de diciembre de 2024 de <https://www.worldbank.org/en/events/2024/12/06/competition-advocacy-contest-2025#:~:text=Public%20procurement%20is%20a%20key,the%20WBG%20Global%20Cartels%20Database.>

Banco Mundial. (2024b). *Competencia: ¿el ingrediente que falta para crecer? Informe Económico América Latina y el Caribe*. DOI: 10.1596/978-1-4648-2112-7. Recuperado el 29 de junio de 2024 de

<https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/3d754af9-2d15-4353-9ab7-2bf8bceb899d/content>

International Competition Network (ICN). (2015). *Anti-Cartel Enforcement Manual*. Chapter on Relationships between Competition Agencies and Public Procurement Bodies. Abril 2015. Recuperado el 29 de junio de 2024 de https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMPUBLICProcurement.pdf

Ley de Competencia [Ley]. Decreto Legislativo No. 528, del 26 de noviembre de 2004, publicado en el Diario Oficial No. 240, Tomo No. 365, del 23 de diciembre de 2004. Recuperado el 29 de junio de 2024 de https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/ley-de-competencia-reglamento-y-glosario/

Ley de Compras Públicas [Ley]. Decreto Legislativo No.652, del 25 de enero de 2023, publicado en el Diario Oficial No.43, Tomo No.438, del 2 de marzo de 2023. Recuperado el 13 de diciembre de 2024 de <https://dinac.gob.sv/download/ley-de-compras-publicas/>

OCDE (2016), *Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública*. OECD Publishing, Paris. Recuperado el 29 de junio de 2024 de <https://doi.org/10.1787/9789264250055-es>

OCDE (2018a), *Combate a la colusión en las compras públicas del IMSS: impacto de las recomendaciones de la OCDE*. OECD Publishing, Paris. Recuperado el 29 de junio de 2024 de <https://doi.org/10.1787/057f4576-es>

OCDE (2018b), *Segundo Estudio de la OCDE sobre Contratación Pública en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS): Rediseñando las Estrategias para Mejorar el Cuidado de la Salud*. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. OECD Publishing, Paris. Recuperado el 29 de junio de 2024 de <https://doi.org/10.1787/9789264288300-es>

OCDE (2023), *Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, OECD/LEGAL/0396 Recuperado el 11 de diciembre de 2024 de <https://legalinstruments.oecd.org/api/download/?uri=/public/941fdca8-ba56-4ebe-b5d6-8b56f92e0125.pdf>

OCDE, (2024a). *Improving competitive practices in Hungary's public procurement*. The role of competition in efficient public procurement systems. Recuperado el 29 de junio de 2024 de https://www.oecd-ilibrary.org/the-role-of-competition-in-efficient-public-procurement-systems_42b98e7c-en.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fcomponent%2F42b98e7c-en&mimeType=pdf

OCDE, (2024b). *Competitive Neutrality Toolkit: Promoting a Level Playing Field*. OECD Publishing, Paris. Recuperado el 11 de diciembre de 2024 de <https://doi.org/10.1787/3247ba44-en>.

OCDE/BID (2020). *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: El Salvador 2020*. Éditions OCDE, Paris. Recuperado el 29 de julio de 2024 de <https://doi.org/10.1787/eaf5e2b4-es>

Brook, O. y Rodger, B. James. (2024) *Comparative report: National judicial review of competition law enforcement in the EU and the UK*. Rodger and Brook et al (eds.), *Judicial Review of Competition Law Enforcement in the EU Member States and the UK* (Kluwer 2024), Recuperado el 14 de julio de 2024 de <https://ssrn.com/abstract=4869308>

Superintendencia de Competencia (2020). *Manual para elaborar procesos de contratación bajo principios de competencia*. Recuperado el 11 de diciembre de 2024 de https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/manual-para-elaborar-procesos-de-contratacion-bajo-principio-de-competencia/

Superintendencia de Competencia. Caso SC-037-O/PI/NR-2021. Recuperado el 11 de diciembre de 2024 de <https://www.sc.gob.sv/index.php/project/investigacion-de-oficio-sobre-procesos-libre-gestion-relacionados-con-construccion-sc-037-o-pi-nr-2021/>

Superintendencia de Competencia. Caso SC-032-O/PI/R-2022. Recuperado el 11 de diciembre de 2024 de <https://www.sc.gob.sv/index.php/project/procedimiento-sancionador-de-oficio-por-practicas-anticompetitivas-de-la-sociedad-alfaro-palacios-y-enrique-rafael-angel-rosales-sc-032-o-pi-r-2022/>

Superintendencia de Competencia (2022). *Guía para formular programas de cumplimiento voluntario en materia de competencia*. Recuperado el 11 de diciembre de 2024 de https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/guia-compliance-superintendencia-de-competencia/

UNCTAD (2014). *The benefit of competition policy for consumers. Note by the UNCTAD secretariat TD/B/C.I/CLP/27*, 29 de abril de 2014. Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, Fourteenth session. Ginebra, del 8–10 de julio de 2014. Item 3 (a) of the provisional agenda Consultations and discussions regarding peer reviews on competition law and policy, review of the Model Law on Competition and studies related to the provisions of the Set of Principles and Rules. Recuperado el 11 de diciembre de 2024 de https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd27_en.pdf

Experiencias y reflexiones sobre la prevención y combate de la colusión en las Contrataciones Públicas en el modelo de defensa de la competencia de la República Dominicana

María Elena Vásquez Taveras

Presidenta del Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), de República Dominicana, desde el año 2021. Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU). Candidata a Doctora en Derecho Constitucional y Libertades Públicas en la Universidad de Castilla-La Mancha en España y maestrante en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires (UBA) en Argentina.

Consideraciones generales sobre la colusión

Es bien conocido que los procesos de compras públicas desempeñan un papel crucial en el funcionamiento de cualquier gobierno. En la República Dominicana, como en otros países, su importancia va más allá de los montos involucrados, pues representan el principal mecanismo a través del cual el Estado accede al mercado para adquirir bienes y servicios necesarios para satisfacer las demandas de la población. Estos procesos, fundamentales para el bienestar social, no solo aseguran el abastecimiento de recursos esenciales, sino que también tienen un impacto directo en la eficiencia administrativa y la transparencia gubernamental.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) formula una de las definiciones más reconocidas de “colusión”¹, la cual describe como una práctica en la que empresas competidoras en un mismo mercado acuerdan aumentar sus precios, reducir la producción, repartirse el mercado o bloquear el ingreso de nuevos competidores, con el fin de incrementar los beneficios de las empresas participantes.

¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (1993).

Asimismo, la colusión es una práctica en la que empresas que compiten en el mismo mercado acuerdan el aumento de precios, reducir la producción, repartirse el mercado o bloquear el ingreso de nuevos competidores, con el objetivo de incrementar los beneficios de las empresas participantes². Como se puede apreciar, un rasgo característico de la colusión consiste en que las empresas competidoras deciden colaborar o coordinar su comportamiento en el mercado.

De ahí que, en el ámbito del derecho de la competencia, se considere que esta conducta anticompetitiva engloba a aquellas *“prácticas empresariales mediante las cuales los agentes económicos independientes entre sí coordinan su actividad en el mercado, sustituyendo por tanto la libre y personal autonomía empresarial en la adopción de sus decisiones por alguna forma -más o menos explícita, más o menos global- de concertación”*³.

Es importante señalar que, existen dos tipos de prácticas o acuerdos colusorios: horizontales y verticales. Los primeros son adoptados entre agentes económicos que desarrollan sus actividades comerciales en el mismo eslabón de la cadena productiva, es decir, entre competidores directos, mientras que los segundos son aquellos que se producen entre agentes económicos que operan en diferentes eslabones de una misma cadena productiva⁴.

La prohibición de este tipo de prácticas está en el núcleo y origen de las legislaciones de competencia⁵. De hecho, conviene puntualizar que *“la colusión es una de las prácticas probablemente más antiguas observadas en los mercados y a la vez es una de las más perseguidas a partir del surgimiento de las leyes antimonopolios en el mundo hacia fines del siglo XIX”*⁶.

A partir de lo anterior, surge una cuestión esencial, ¿por qué las legislaciones de competencia han prestado tanta atención a esta conducta? Entre otras razones, porque la colusión perjudica el funcionamiento de la economía, pues, como ya se ha podido advertir, anula los beneficios de la rivalidad y competencia entre agentes económicos, que es el mecanismo que permite que los consumidores gocen de menores precios, mayor variedad y mejor calidad de los bienes y servicios que consumen⁷.

2 Khemani, R. S. (1993). Glossary of industrial organisation economics and competition law. Organisation for Economic Co-operation and Development; Washington, DC: OECD Publications and Information Centre [consultado en fecha 22 de julio de 2024]. Disponible en: <https://searchworks.stanford.edu/view/2737458>.

3 Díez Estella, Fernando y Antonio Guerra Fernández (2020). Conductas colusorias. Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. España: Thomson Reuters-Civitas.

4 Díez Estella, Fernando y Antonio Guerra Fernández (2020). Op. cit.

5 Ibídem.

6 González, Aldo (2011). Prácticas colusivas. La libre competencia en el Chile del Bicentenario. Chile: Tribunal de Defensa de la Competencia, p.143.

7 Ibídem, p.143.

Desde esa perspectiva, se puede apreciar que la prohibición de los acuerdos colusorios tiene fundamento económico. En efecto, una industria que opera bajo un esquema colusorio no solo tiene como efecto precios más altos para los consumidores, sino también una ineficiencia asignativa de los recursos que producen las empresas pertenecientes al cartel⁸.

Colusión en las contrataciones públicas

El fenómeno analizado también se produce en el ámbito de las contrataciones públicas. Cuando esa práctica anticompetitiva ocurre en un proceso de esa naturaleza, se denomina internacionalmente como “*bid rigging*”⁹. Esta práctica anticompetitiva en la que empresas, en lugar de competir independientes, se ponen de acuerdo para manipular el proceso de licitación en su beneficio y su impacto es negativo en diversos aspectos de la economía y la sociedad.

La colusión que se produce en ese contexto se caracteriza por un elemento fundamental: el acuerdo entre los competidores se articula en el ámbito de un proceso de contratación pública convocado por el Estado. En efecto, la libre competencia, en la República Dominicana, es un estándar esencial de los mercados establecido constitucionalmente, y la colusión representa

una violación directa de este principio, distorsionando el funcionamiento del mercado y afectando la transparencia y eficiencia en los procesos de adquisición pública.

En ese sentido, la colusión pública (*bid rigging*) puede ser entendida como una práctica anticompetitiva mediante la cual dos o más empresas, postoras u oferentes, arriban a un acuerdo entre sí para no competir en el marco de un procedimiento de contratación convocado por el Estado¹⁰.

Dicho, en otras palabras, la colusión pública se produce cuando dos o más oferentes se ponen de acuerdo para fijar precio, para repartirse el mercado o cualquier otra condición comercial, con el propósito de obtener mayores beneficios del proceso de contratación pública¹¹.

8 *Ibidem*, p.145.

9 Comisión Nacional de la Competencia y los Mercados (CNMC). (2011). Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia>. [consultado en fecha 25 de julio de 2024]

10 San Miguel-Giralt, Johannes (2017). Contrataciones públicas y colusión. Derecho de competencia frente al derecho administrativo. Vniversitas, Bogotá, julio-diciembre, p.380.

11 Comisión Nacional de la Competencia y los Mercados (CNMC). (2011). Guía sobre Contratación Pública y Competencia [consultado en fecha 25 de julio de 2024].

Existen múltiples tipos o formas de colusión¹²:

- 1) **Posturas encubiertas**, también conocidas como **ofertas de resguardo**. Aunque esa forma de colusión puede presentar diversas modalidades, el denominador común es la presentación de una oferta o varias ofertas simbólicas –*sin ninguna posibilidad de resultar ganadoras*– para brindar la apariencia de competencia y servir de complemento a la propuesta que busca resultar adjudicataria en el proceso de selección;
- 2) **Supresión de oferta**. Como su nombre lo indica, en esta modalidad de colusión los oferentes pactan lo siguiente: *i)* que uno o varios de ellos se abstendrán de presentar oferta, pese a cumplir con las condiciones requeridas; *ii)* que uno o varios de ellos retirarán la oferta con posterioridad a ser presentada, con la finalidad de favorecer a uno de los oferentes; o, *iii)* que se presente una oferta de forma conjunta, a pesar de que se pudiera presentar de manera separada;
- 3) **Rotación de ofertas**. Esta modalidad de colusión se caracteriza en que los oferentes sí presentan sus ofertas, pero se turnan para ser el oferente ganador;
- 4) **Acuerdos de precios**. En este caso, las empresas presentan sus ofertas bajo condiciones previamente definidas y conciertan los precios de sus ofertas, con la finalidad de obtener precios superiores a los que se derivarían de un proceso de selección competitivo; y,
- 5) **Acuerdos de reparto o asignación de mercado**. En este contexto, los agentes económicos arriban a un acuerdo respecto al oferente que presentará la oferta ganadora y se turnan de manera que cada uno de ellos gane cierta cantidad de contratos en un determinado mercado.

Esta práctica anticompetitiva se considera como la principal forma de corrupción en materia de contrataciones públicas. Su ocurrencia incide negativamente en el sector público, ya que incrementa los costos directos del valor del contrato administrativo¹³. Este tipo de acuerdos impactan de manera adversa tanto la competencia en los mercados de los bienes y servicios adjudicados como la gestión que las administraciones públicas realizan sobre los recursos del Estado. En ese contexto, los ciudadanos se ven doblemente perjudicados: como consumidores, al reducirse o eliminarse la competencia en el mercado, y como contribuyentes, al provocarse un mayor coste en la contratación pública¹⁴.

La colusión pública provoca, en sentido general, tres impactos dramáticamente negativos: *el primero y directo*, sobre el clima de libre competencia que debe primar entre los oferentes

12 Galvis-Quintero, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas. *Vniversitas*, 65(132), 133–196. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>.

13 San Miguel-Giralt, Johannes (2017). Op. Cit, p.380.

14 Comisión Nacional de la Competencia y los Mercados (CNMC). (2011). *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*.

que participan en los procesos de contrataciones públicas; *el segundo e indirecto*, es que generan oligopolios y monopolios de facto que conllevan un incremento de precios y costos para el Estado, en desmedro de las finanzas públicas; y, *el tercero y colateral*, un impacto negativo a la ética e integridad gubernamental.

Marco normativo e institucional de la colusión pública en República Dominicana

En República Dominicana, la libre competencia tiene una triple dimensión: es derecho, principio rector y obligación del Estado¹⁵. Como *derecho*, la Constitución lo asume como un “derecho-garantía” relacionado con el derecho fundamental a la libre empresa consagrado en el artículo 50 de nuestra Ley de Leyes, pues la libre y leal competencia es una de las libertades del comercio que debe garantizar todo Estado. Es una de las reglas de juego básicas de la economía capitalista.

En ese orden, otra de las dimensiones constitucionales de la Libre Competencia es la relativa a su condición de principio rector del régimen económico dominicano, consagrada en el artículo 217 de la Constitución.

Hay que destacar en este punto, que la libre competencia es un concepto de la ciencia económica que fue extrapolado al Derecho. En efecto, como bien señalara Sebastián Barreto, la libre competencia es un principio económico basado en la célebre ley económica de la oferta y la demanda como factores que han de regular por sí solos el mercado. Se puede decir que existe libertad de competencia cuando la iniciativa privada, en conjunción con esos indicativos económicos, determinan la situación de equilibrio en el mercado¹⁶.

La tercera dimensión constitucional de la libre competencia es su condición de obligación estatal de garantía. En ese sentido, el artículo 50.1 de la Constitución señala que: *“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”*.

Como consecuencia de esta obligación constitucional, el Estado debe favorecer y velar por la *“competencia libre y leal”*; y, además, adoptar las *“medidas que fueren necesarias”* para evitar una serie de conductas y prácticas anticompetitivas que señala la Constitución.

En consonancia con ese mandato constitucional, existe en República Dominicana una norma que tipifica la colusión pública. De manera concreta, el artículo 5, literal “b”, de la

15 Vásquez Taveras, María Elena (2023). La dimensión social del derecho de la competencia en la República Dominicana. Anuario de Libre Competencia 2023, Pro-Competencia, Santo Domingo, p. 99 [consultado en fecha 22 de julio de 2024]. Disponible en: <https://procompetencia.gob.do/anuario-procompetencia/>.

16 Barreto, Sebastián (2017). La Libre Competencia Económica en el Régimen Jurídico de los Servicios Públicos. Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 18, Bogotá, junio 2017, p. 225-252.

Ley núm. 42-08, General de Defensa de la Competencia, tipifica como práctica contraria a la libre competencia *“concertar o coordinar las ofertas o abstención en licitaciones, concursos y subastas públicas”*.

Debido a los efectos multifacéticos de la colusión pública, que implican afectación en diversas dimensiones estatales más allá del ámbito de la libre competencia, obliga a las diferentes agencias que intervienen en la contratación pública a colaborar con la agencia de defensa de la competencia.

En la medida que esta relación sea fluida y eficiente se garantiza una mejor política de prevención y persecución de la colusión, delimitando obviamente el ámbito de competencia de cada agencia.

La colusión pública es una práctica anticompetitiva que se produce en el ámbito de las contrataciones públicas, constituyendo un fenómeno que amerita ser abordado por las instituciones encargadas de regular y supervisar dichos procesos. En ese contexto, al menos dos entidades desempeñan un papel clave: la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), en su calidad de órgano rector de las contrataciones públicas¹⁷, y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), como agencia encargada de investigar y sancionar la colusión pública.

Sobre ese último aspecto, ya la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia ha establecido¹⁸ que Pro-Competencia es la autoridad competente para investigar los casos de colusión pública y determinar, si existen indicios razonables, el inicio de los procedimientos de investigación.

Por su parte, el Consejo Directivo de Pro-Competencia es el órgano encargado de imponer¹⁹ las sanciones correspondientes en aquellos casos en que se pueda acreditar que dos o más agentes económicos han incurrido en la práctica anticompetitiva tipificada en el artículo 5, literal “b”, de la Ley núm. 42-08 y recomendar, en consecuencia, a la DGCP la inhabilitación del Registro de Proveedor del Estado (RPE) por colusión a los oferentes una vez determinada y sancionada la conducta.

Mecanismos preventivos para mitigar la colusión pública

Los mecanismos de prevención, tradicionalmente vinculados al ámbito de la defensa de la competencia, requieren un proceso de ajuste y adaptación específico a las normativas que rigen la contratación pública. Es fundamental reconocer que muchos de estos mecanismos

17 Véase el artículo 35, numeral 1, de la Ley núm. 340-06, sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones.

18 Véase el párrafo 41 de la Resolución núm. DE-002-2023, dictada por la Dirección Ejecutiva de Pro-Competencia en fecha 01 de febrero de 2023.

19 Véase el artículo 31, literal “k”, de la Ley núm. 42-08, General de Defensa de la Competencia.

pueden pasar bajo el radar y no ser detectados por las agencias rectoras de la contratación públicas, aunque detectables por la agencia de competencia; estas estratagemas procuran simular un proceso competitivo que cumpla con el estándar de la leal y libre competencia, lo que resulta realmente una falacia, de ahí la importancia de la colaboración entre ambas agencias públicas para evitar y detectar este tipo de situaciones.

Por otra parte, la *prevención* de la colusión en las contrataciones públicas es crucial para asegurar la transparencia y la competencia justa. Existen múltiples estrategias que apuntan a fortalecer este objetivo.

En ese ámbito, se destaca el *rediseño del procedimiento de licitación*²⁰, que implica la revisión de los procedimientos de contratación pública para que fomenten la máxima participación de operadores económicos, reduciendo así el riesgo de colusión.

Otro mecanismo preventivo sería la *segmentación de las contrataciones públicas*, esto es, dividir los contratos grandes en partes más pequeñas para atraer a más licitadores y dificultar la colusión.

Una medida preventiva clave para minimizar el riesgo de colusión tiene que ver con el *diseño del proceso de contratación pública*: a medida que existan normas que dificulten la comunicación entre oferentes²¹, en esa misma proporción se torna más difícil que los agentes económicos competidores puedan coordinar sus ofertas.

Además de esas medidas, se considera que “*registrar de forma sistemática información de licitaciones públicas anteriores*”²² es una estrategia eficaz para mitigar el riesgo de colusión, ya que esa información permite el seguimiento y la identificación de patrones, tendencias e indicadores sospechosos.

Otro recurso que tiene su utilidad es apelar a los mecanismos de promoción de la cultura de la competencia, mediante la *capacitación y concientización*²³ de los empleados, tanto de la agencia de competencia, como de la institución pública responsable de realizar el proceso de la contratación, de modo que estos empleados estén adiestrados para detectar señales o “*alertas rojas*” de colusión y con dominio de las mejores prácticas para prevenirla. En esa

20 De conformidad con la Guía para la Prevención y Detección de la Colusión en la Contratación Pública de Pro-Competencia, se considera una medida preventiva para minimizar el riesgo de colusión pública “*diseñar el proceso de licitación para maximizar la participación potencial de oferentes que compiten genuinamente*”. Disponible en: https://procompetencia.gob.do/wpfd_file/guia-para-la-prevencion-y-deteccion-de-colusion-en-la-contratacion-publica/.

21 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia) (2020). Guía para la Prevención y Detección de la Colusión en la Contratación Pública [consultado en fecha 15 de agosto de 2024].

22 Comisión Nacional de la Competencia y los Mercados (CNMC). (2011). Guía sobre Contratación Pública y Competencia [consultado en fecha 22 de julio de 2024].

23 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia) (2020). Guía para la Prevención y Detección de la Colusión en la Contratación Pública [consultado en fecha 15 de agosto de 2024].

misma dirección, se entiende que la promoción de campañas de concientización dirigidas a la población en general podría contribuir a la prevención de la colusión.

En otro orden, la *cooperación interinstitucional* es de vital importancia en materia de prevención de la colusión pública. Y es que, en efecto, si las autoridades de competencia y las entidades de contratación pública coordinan acciones e intercambian información relevante acerca de los procesos de contratación pública, las probabilidades de detectar la colusión pública se incrementan.

Otro recurso preventivo de la colusión que no se puede desdeñar es el *uso de tecnologías* que permitan el análisis de datos, al utilizar herramientas tecnológicas que ayudan a identificar patrones inusuales en las ofertas que puedan indicar colusión.

Igualmente, y en el ámbito de la tecnología, *implementar plataformas electrónicas* para los procesos de contratación pública que aumenten la transparencia y reduzcan las oportunidades de colusión.

La creación de *software con inteligencia artificial*, porque esta es una eficiente y poderosa herramienta que permite la detección con rapidez de las evidencias probatorias que justifican las medidas cautelares y la prueba de los acuerdos o prácticas colusorias. Este aspecto no requiere de mucha argumentación, pues de todos es conocida la proverbial eficiencia de los softwares BRAVA de España y CEREBRO de Brasil.

De igual modo, la publicación de datos y archivos de datos estructurados por parte de la agencia responsable de la contratación pública que permita el acceso a todos los datos relativos a los procesos de contrataciones públicas y, sobre todo, que dichas informaciones estén estructuradas porque de ese modo los softwares de las agencias de defensa de la competencia pueden detectar con más rapidez y eficiencia las diferentes evidencias o “banderas rojas” que pongan al descubierto los esquemas colusorios de las empresas.

Estas medidas de carácter preventivo pueden ayudar a crear un entorno más competitivo y justo en las contrataciones públicas. Cabe destacar que, la agencia de defensa de competencia de la República Dominicana, Pro-Competencia, ha implementado algunas de estas medidas preventivas.

En ese orden de ideas, Pro-Competencia publicó en el año 2020 la *Guía para la Prevención y Detección de la Colusión en la Contratación Pública*. La referida guía es un instrumento de promoción de la competencia y de orientación para que los distintos entes de la administración pública puedan guiarse conforme a los estándares de la libre competencia y detectar cualquier indicio de acuerdo colusorio en los procesos de compras y contrataciones de bienes, obras, servicios y concesiones del Estado. Se trata de una herramienta

metodológica para la prevención y detección de indicios de conductas que puedan configurar prácticas colusorias en las contrataciones públicas.

Esta Guía, además de describir la normativa nacional que se aplica en los casos de prevención y persecución de la colusión en las contrataciones públicas, establece una serie de pautas para su detección y explica en qué consisten los elementos que configuran a la colusión como una práctica anticompetitiva y sancionable.

Otra de las medidas preventivas realizadas por Pro-Competencia fue la realización del Estudio Condiciones de Competencia en los procesos de compras y contrataciones pública en la República Dominicana en el año 2021. Y, las principales recomendaciones del estudio fueron²⁴:

- *Promover mecanismos de fiscalización y supervisión de las entidades contratantes en el rigor de la exactitud de la información y documentación publicada en el portal transaccional, para así disponer de datos certeros y rigurosos sobre los procesos de contratación pública en la República Dominicana, lo cual permitirá llevar un control tanto del gasto público como del nivel de competencia existente.*
- *Promover la participación de una mayor cantidad de oferentes en las Compras por Debajo del Umbral y los Procesos por Excepción y ampliación de plazos. Estas modalidades de selección por su propia naturaleza tienden a reducir y/o anular el nivel de competencia en las compras del Estado.*
- *Incentivar la utilización de las compras conjuntas por parte de las instituciones contratantes. En este punto es preciso indicar en el año 2023, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto núm. 470-23, con el propósito de establecer “que es deber del Estado establecer mecanismos que contribuyan a la eficiencia en el manejo y uso de los recursos públicos, lo cual incluye la implementación de estrategias efectivas de contratación pública para adquirir los bienes, servicios y obras que se requieran de manera eficiente y en condiciones más ventajosas, procurando de este modo la eficacia de la inversión y el gasto público”.*

En otra dirección, en fortalecimiento de la colaboración interinstitucional, Pro-Competencia suscribió un *acuerdo de cooperación* con la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) el 09 de diciembre de 2020, con la finalidad de mejorar y fortalecer la aplicación de sus respectivas normativas en el combate a las prácticas colusorias.

24 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia) (2021). Estudio de Condiciones de Competencia en los procesos de compras y contrataciones públicas en la República Dominicana. Disponible en: https://procompetencia.gob.do/wpfd_file/estudio-de-condiciones-de-competencia-en-los-procesos-de-compras-y-contrataciones-publicas-en-la-republica-dominicana/.

Producto de este acuerdo de cooperación interinstitucional, las instituciones mencionadas se reunieron en una mesa técnica de trabajo el 02 de febrero de 2022, para explorar estrategias conjuntas que coadyuven a fortalecer la investigación y la sanción de las prácticas colusorias en el sector público, así como múltiples jornadas de capacitación con representantes de la agencia rectora de las contrataciones públicas en mi país.

Otra modalidad que se asume desde 2022 en República Dominicana, para enfrentar oportunamente la colusión, es la realización periódica de *mesas técnicas de trabajo* entre Pro-Competencia y la agencia responsable de la rectoría de los procesos de contrataciones públicas, para pasar revista y balance a las líneas de acción que cada institución ha implementado, así como también fortalecer la investigación y la sanción de las prácticas colusorias en el sector público.

La celebración de programas de capacitación también ha sido una medida preventiva aplicada por Pro-Competencia para mitigar la colusión pública. Como prueba de ello, se han impartido talleres y jornadas de capacitación sobre técnicas de investigación de cárteles, como la realizada en 2022, por expertos del Departamento de Comercio y Justicia de los EEUU.

En 2023, se realizó el taller sobre detección, investigación y enjuiciamiento de la colusión, con especialistas del Departamento de Comercio y Justicia de los EEUU vía el Programa para el Desarrollo del Derecho Comercial (CLPD) y con el auspicio de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), dirigido a jueces, fiscales e investigadores. Y, en este año 2024, se realizaron sesiones técnicas sobre el combate de la conducta anticompetitiva en el sistema de contrataciones públicas y sobre la libre y leal competencia.

Igualmente, se han realizado talleres para la prevención de prácticas colusorias en los procesos de contrataciones públicas dirigido al personal de compras públicas de los ministerios de Estado de la República Dominicana, iniciando con el Ministerio de Interior y Policía.

Otra herramienta que ha usado Pro-Competencia para la prevención de la colusión pública son los *informes de abogacía* o recomendaciones a los poderes públicos.

En esas atenciones, Pro-Competencia formuló en fecha 23 de julio de 2024 un informe de abogacía al “*Proyecto de Ley General de Contrataciones Públicas*”²⁵. Entre las múltiples recomendaciones que constan en ese documento, se destacan algunas que van encaminadas a prevenir la colusión pública:

25 Informe público de recomendación sobre el Proyecto de Ley General de Contratación Pública, de fecha 23 de julio de 2024, dictado por Pro-Competencia [consultado en fecha 29 de julio de 2024] Disponible en: https://procompetencia.gob.do/wpfd_file/informe-publico-de-recomendacion-sobre-el-proyecto-de-ley-general-de-contrataciones-publicas/.

- Exigir a las entidades contratantes que, al momento de preparar los prepliegos de condiciones, prescindan de todo tipo de información que permita a los oferentes violar el principio de libre competencia;
- Procurar que las reuniones técnicas para aclaraciones respecto al pliego de condiciones se celebren de manera virtual, a través de mecanismos de acceso público, protegiendo en todo caso la identidad de los interesados con miras a asegurar la confidencialidad;
- Obligar a los oferentes a que presenten una declaración jurada o certificación de “oferta de libre colusión”, en el que se certifique que la oferta presentada en cada sobre es auténtica y que se encuentra exenta de cualquier conducta colusoria; y,

Como se puede apreciar, las recomendaciones formuladas por Pro-Competencia al “*Proyecto de Ley General de Contrataciones Públicas*” están encaminadas a prevenir la colusión pública, ya que buscan mitigar los factores que facilitan su ocurrencia, entre los cuales se destaca la comunicación entre oferentes y la disponibilidad de información que permita a las empresas coordinar sus ofertas.

Además, la recomendación de exigir a los oferentes una declaración jurada tiene un poderoso efecto disuasorio, ya que, de comprobarse luego la comisión de prácticas colusorias, no solo se estaría violando la Ley núm. 42-08, sino que también se incurriría en falsedad penal.

En el marco de sus atribuciones de abogacía, Pro-Competencia elaboró un informe respecto al “*Proyecto de Ley de Código Penal*”²⁶. El referido informe recomienda que la colusión se considere como un delito sancionado con pena de 1 a 5 años de prisión, así como inhabilitación, por el mismo tiempo, para ejercer el comercio o figurar como administrador, gerente o representante de sociedades comerciales, ya que el referido proyecto solo contemplaba sanciones contra los funcionarios públicos que favorecieran los esquemas de colusión en perjuicio del erario público, pero omitía establecer sanción penal alguna contra los empresarios responsables de la colusión pública.

Mecanismos reactivos para combatir la colusión pública

La política de competencia no solo contiene remedios preventivos que buscan fomentar la libre competencia en los mercados de bienes y servicios, sino también medidas coercitivas que se activan en aquellos escenarios en que los sujetos obligados incumplan la normativa.

²⁶ Informe público de recomendación sobre el Proyecto de Código Penal, de fecha 22 de julio de 2024, dictado por Pro-Competencia. [consultado en fecha 29 de julio de 2024] Disponible en: https://procompetencia.gob.do/wpfd_file/informe-publico-de-recomendacion-sobre-el-proyecto-de-ley-de-codigo-penal/.

En el contexto dominicano, el Consejo Directivo de Pro-Competencia dictó en fecha 14 de agosto de 2024 la Resolución núm. 009-2024²⁷, por medio de la cual sancionó a dos agentes económicos por haber incurrido en violación al artículo 5, literal “b”, de la Ley núm. 42-08; disposición normativa que tipifica la colusión en el ámbito de las contrataciones públicas.

La Resolución núm. 009-2024 desarrolló aspectos clave relacionados con la colusión, práctica anticompetitiva en los procedimientos de contratación pública. En primer lugar, define colusión como una conducta anticompetitiva en la que dos o más empresas, postores u oferentes, alcanzan un acuerdo para no competir dentro un procedimiento de contratación convocado por el Estado.

En ese orden de ideas, en el caso examinado en esta resolución, se configuran los tres elementos esenciales de la conducta anticompetitiva²⁸. Se concluye que los agentes económicos imputados incurrieron en una práctica concertada, basándose en una valoración individual y conjunta de los elementos probatorios presentados. Se destaca que no existe una explicación razonable para que las empresas competidoras, en el mismo proceso de contratación pública, hayan presentado ofertas técnicas y económicas casi idénticas, incluso formato/forma.

Asimismo, la resolución identifica comportamientos de coordinación indebida, tales como la comunicación con suplidores a través de las mismas personas para la ejecución de obligaciones contractuales, la solicitud de favores para que el gerente de una de las empresas firmara la factura en nombre de la otra, y la operación de ambas empresas en el mismo domicilio social, a pesar de que los registros públicos indiquen información diferente. Además, se constató que las mismas personas gestionaban áreas sensibles, como las finanzas o las compras, lo que implica la posible transferencia de secretos comerciales entre las empresas, lo cual es incompatible con una competencia legítima.

Ese acto administrativo constituye un mecanismo reactivo para combatir la colusión pública, ya que el remedio sancionador operó una vez los agentes económicos incurrieron en la práctica anticompetitiva.

27 Resolución núm. 009-2024, emitida por el Consejo Directivo de Pro-Competencia en fecha catorce (14) de agosto de 2024 [consultado en fecha 10 de septiembre de 2024] Disponible en: <https://procompetencia.gob.do/resoluciones/consejo-directivo/>.

28 Ibidem. En el párrafo 117 establece que: “*la práctica colusoria horizontal se va a configurar cuando se acrediten los siguientes elementos: 1) que la actuación coordinada tenga como objetivo concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones, concursos y subastas públicas, es decir, que la conducta se produzca en el marco de un proceso de contratación pública; 2) la existencia de un acuerdo de voluntades (acuerdo) o comportamiento de hecho (práctica concertada) entre dos o más agentes económicos competidores que coordinan sus actuaciones en el mercado; y, 3) que esa actuación coordinada de los agentes económicos tenga por objeto o que produzcan o puedan producir el efecto de imponer injustificadamente barreras en el mercado*”.

Dicho eso, se destaca que, en cuanto al *combate o persecución de la colusión pública*, son necesarias algunas estrategias claves. Al respecto, se indica que el fortalecimiento del marco legal en materia de libre competencia, específicamente en lo relativo al régimen sancionador, puede contribuir en ese sentido.

De conformidad con los hallazgos que arrojó el examen *inter-pares* realizado al Derecho y la Política de Competencia de la República Dominicana, se detectó que el marco normativo dominicano presenta una debilidad: las sanciones previstas en la Ley núm. 42-08 son bajas y basadas en salarios mínimos, por tanto, no tienen un efecto disuasorio elevado²⁹.

Por esa razón, los organismos internacionales recomendaron que los topes máximos de las multas deben basarse en elementos flexibles que permitan considerar las circunstancias específicas de los casos y los mercados afectados.

En otro orden, se considera que establecer regulaciones claras es una medida adecuada para combatir efectivamente la colusión pública. Si la regulación describe de forma precisa en qué consisten las conductas prohibidas, se facilita la labor de aplicación del derecho por parte de los órganos encargados para tales fines: la agencia de competencia y los tribunales.

Otro aspecto de vital importancia para combatir de forma eficaz la colusión pública tiene que ver con los desafíos probatorios de la conducta. Este fenómeno de la colusión pública se caracteriza por la dificultad de probar el acuerdo colusorio en el marco de un proceso administrativo sancionador, pues usualmente este se produce en círculos cerrados y ocultos, y salvo que algún allanamiento o colaboración de un tercero o de uno de los agentes colusorios, resulta bien difícil la captura de pruebas contundentes.

Asimismo, contar con un *sistema de denuncias públicas* es muy importante, porque permiten a las agencias de competencia activar las alarmas y emprender una labor de investigación de oficio sobre la situación denunciada a fin de verificar la existencia o no de acuerdos colusorios en los procesos de contrataciones públicas.

En todo caso, se debe destacar que la prevención y combate de la colusión pública es una tarea difícil, mas no imposible. La colaboración institucional de las agencias nacionales que gravitan sobre el proceso de contratación pública y el intercambio de experiencias entre las agencias homologas contribuye a una mayor comprensión sobre el tema y estimula a realizar los ajustes institucionales o fomentar las reformas legales que fortalezcan esta lucha en favor del clima de libre competencia que debe primar en los mercados, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

29 OECD/IBD (2024), Exámenes Inter-Pares sobre el Derecho y Política de Competencia: República Dominicana, OECD Publishing, p.63.

Referencias bibliográficas

Antela Garrido, R. (2024). La prevención de los cárteles en la contratación pública. En *Anuario Iberoamericano de Buen Gobierno y Calidad Democrática* (págs. 201-235). Vigo: Universidad Villanueva.

Barreto, S. (2017). La libre competencia económica en el régimen jurídico de los servicios públicos. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 225-252. doi:<https://doi.org/10.18601/21452946.n18.10>.

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia). (2020). *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública*. Santo Domingo: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia).

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, (-C. (2024). *Informe público de recomendación sobre el Proyecto de Ley General de Contrataciones Públicas*. Santo Domingo: Pro-Competencia. Obtenido de https://procompetencia.gob.do/wpfd_file/informe-publico-de-recomendacion-sobre-el-proyecto-de-ley-general-de-contrataciones-publicas/

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, (-C. (2024). *Informe público de recomendación sobre el Proyecto de Ley de Código Penal*. Santo Domingo. Obtenido de https://procompetencia.gob.do/wpfd_file/informe-publico-de-recomendacion-sobre-el-proyecto-de-ley-de-codigo-penal/

Comisión Nacional de la Competencia y los Mercados (CNMC). (2011). *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*. Madrid: Comisión Nacional de la Competencia y los Mercados (CNMC). Obtenido de <https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia>

Constitución de la República Dominicana. (2015). *Poder Ejecutivo*. Santo Domingo, República Dominicana: Gaceta Oficial núm. 10805.

Díez Estella, F., & Guerra Fernández, A. (2020). Conductas colusorias. En A. Encinas Rodríguez, *Comentario a la ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (págs. 123-250). España: Thomson Reuters-Civitas.

Fernández, F. D. (2020). Artículo 1. Conductas colusorias. En A. E. Rodríguez, *Comentario a la ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Madrid : Thomson Reuters-Civitas.

Galvis-Quintero, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas. *Vniversitas Bogotá*(65(132)), 133-196. doi:<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>

González, A. (2011). Prácticas colusivas. En Chile. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago de Chile: Thomson Reuters PuntoLex : Centro de Libre Competencia UC.

Khemani, R. (1993). *Glossary of industrial organisation economics and competition law*. Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). Paris, Francia: Washington, DC: OECD Publications and Information Centre. Obtenido de <https://searchworks.stanford.edu/view/2737458>

Ley núm. 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones. (2006). *Poder Ejecutivo*. Santo Domingo, República Dominicana: Gaceta Oficial núm. 10380.

Ley núm. 42-08, General de Defensa de la Competencia. (2008). *Poder Ejecutivo*. Santo Domingo, República Dominicana: Gaceta Oficial núm. 10458.

OECD. (2023). *Recomendación del Consejo sobre Combatir la Colusión en Procesos de Contratación Pública*. OECD/LEGAL/0396: OCDE.

OECD/IBD. (2024). *Exámenes Inter-Pares sobre el Derecho y Política de Competencia: República Dominicana*. Paris: OECD Publishing. doi:<https://doi.org/10.1787/82adc1ba-es>.

Resolución núm. 009-2024. (14 de agosto de 2024). *Consejo Directivo*. Santo Domingo: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia).

Resolución núm. DE-002-2023. (1 de febrero de 2023). *Dirección Ejecutiva*. Santo Domingo : Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia).

San Miguel Giralt, J. (2017). Contratación pública y colusión. Derecho de competencia frente al derecho administrativo. *Vniversitas Bogotá*, 377-420.

doi:<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj135.cpcd>

San Miguel Giralt, J. (2018). La colusión como práctica anticompetitiva en la contratación pública. Reciente tendencia a la participación accionaria horizontal en EE.UU. y América Latina. *Ius et Praxis*, 24(1). Recuperado el 21 de Agosto de 2024, de <https://www.redalyc.org/journal/197/19758807020/html/#fn1>

Vásquez Taveras, M. (2023). La dimensión social del derecho de la competencia en la República Dominicana. En *Anuario de Libre Competencia* (págs. 83-125). Santo Domingo: Pro-Competencia. Obtenido de <https://procompetencia.gob.do/anuario-procompetencia/>

Poderees Públlicos y Competencia. En busca del efecto útil del Derecho de Competencia

María Pilar Canedo Arrillaga

Experta Senior en Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y dirige el Centro Regional de Competencia GVH-OCDE para dar capacitación en materia de competencia a autoridades de Europa del Este y Asia Central. Cátedra de la Unión Europea en derecho Transnacional en la Universidad de Deusto, España. Consejera en la CNMC y ha sido profesora visitante en numerosas universidades de América, Europa y Asia.

I. Introducción

1. Los poderes públicos, en sentido amplio, cumplen funciones diversas en nuestro ordenamiento que, en numerosas ocasiones generan afectación y merecen por tanto atención desde una perspectiva de competencia.

Una de esas funciones está vinculada con la capacidad del Estado de crear las normas jurídicas que rigen el funcionamiento de nuestra sociedad, especialmente cuando tales normas se encargan de establecer o controlar la operativa de los mercados o de determinados sectores económicos¹. Por otra parte, las administraciones en sentido amplio tienen, especialmente en Estados Sociales y Democráticos y de Derecho como el nuestro, la relevante labor de prestar servicios a los ciudadanos para garantizar diversos derechos inherentes al mencionado Estado Social.

En ambos supuestos (generación de normas o toma de decisión administrativa) cabe la posibilidad de que se produzcan limitaciones a la competencia que en algunos casos están justificadas, pero en otros pueden no estarlo. El poder público realiza un análisis de diversos intereses en conflicto y puede, justificadamente, considerar que prevalecen

¹ J.DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, en <http://www.cerecom.org/publicaciones/LIBRO%20PRINCIPIOS%20REGULACION%20C3%93N%20CAP%201.pdf>.

valores superiores a la competencia. Tal decisión debe realizarse en todo caso partiendo del parámetro fundamental de protección del interés general y debe ser posible someterlo a control para determinar la adecuación de la decisión adoptada al objetivo pretendido.

La valoración de tales decisiones públicas desde una perspectiva de competencia ha variado a lo largo del tiempo.

2. Históricamente las posibles restricciones en la competencia generadas de cualquier modo por los poderes públicos se consideraban integradas dentro de las prerrogativas que les eran inherentes.

A los entes de carácter público se les presumía la capacidad para realizar la ponderación de todos los intereses en presencia en cada decisión a tomar. Del mismo modo se les suponía la discrecionalidad para decidir entre las diferentes opciones sin necesidad de realizar justificaciones profundas de las motivaciones que fundaban sus actos. Por ello estas conductas quedaban fuera de las labores de fiscalización de las autoridades de competencia, que se limitaban a la función de defensa de la competencia vinculada al análisis de infracciones generadas por operadores privados.

3. Sin embargo, pronto se mostró la evidencia de que la competencia no solo puede ser afectada, sino que a menudo lo es, por numerosas políticas públicas, por actuaciones institucionales y por intervenciones gubernamentales en los mercados. Por ello, en las primeras décadas de los años 90 se desarrolla una nueva rama de actuación de las autoridades de competencia que les exige incidir de manera más amplia en el análisis de las reglas que rigen la sociedad y los mercados y en la forma en que son aplicadas por las administraciones.

El objetivo de esta actuación es verificar si existen formas de mejorar el funcionamiento de la economía para promover más adecuadamente la protección del interés general por medio del análisis de las actuaciones de carácter público en sentido amplio.

Ese estudio constituye el objeto fundamental de las tareas de promoción de la competencia que, como veremos, emplean como herramienta, esencialmente, decisiones de las autoridades de competencia no vinculantes para los poderes públicos².

La evolución de las labores de fiscalización de la actuación pública ha puesto de manifiesto que la existencia de colaboración en forma de *soft law* puede no ser suficiente para conseguir los objetivos pretendidos y, en consecuencia, se plantea la posibilidad, no exenta

² M.GRACIA MONTANARI, "The ICA's advocacy activity: Proposals for the annual law on competition 2014", en *Italian Antitrust Review*, Vol. 1, N. 3, 2014, pp. 235 a 240.

de gran controversia, de incluir a los poderes públicos en procedimientos de defensa de la competencia³.

4. Se plantea igualmente la relación entre ambas vías de acción: la defensa y la promoción de la competencia. Esta cuestión ha cobrado especial relevancia debido a una jurisprudencia no unánime a este respecto y a las extraordinarias consecuencias prácticas que, como veremos, podría tener considerar que un poder público no puede ser declarado responsable de infracciones de defensa de la competencia en absoluto o que no puede serlo en los supuestos en que su actuación puede abordarse con herramientas de promoción.
5. La finalidad de este trabajo es hacer un análisis de los objetivos pretendidos por la normativa de promoción y defensa de la competencia en relación con los poderes públicos para justificar la doble conclusión que ya avanzamos. Las conclusiones se plantean ya en este momento para que el lector pueda vislumbrar desde el inicio la razón de ser de la argumentación que se plantean.

La primera hipótesis supone que la vía de la promoción es útil y eficaz para analizar las limitaciones a la competencia de los poderes públicos y puede considerarse imprescindible, pero que puede en algunos casos no ser suficiente para alcanzar los objetivos de protección del bienestar social pretendidos. En algunos casos la vía de defensa, que implica considerar a los poderes públicos responsables de la comisión de infracciones de competencia, es la más o incluso la única vía para conseguir la adecuada protección del interés general.

Esta primera premisa sirve de base a la que será la segunda: considerar que no cabe defensa de la competencia en los supuestos en que pueden realizarse impugnaciones puede resultar contrario al efecto útil del derecho de la competencia y por tanto ambas vías deben necesariamente considerarse herramientas complementarias y en ningún caso excluyentes.

II. La actuación de los poderes públicos desde la perspectiva de competencia

1. Promoción de la competencia

6. La promoción de la competencia plantea, entre otras cuestiones, diversas formas de relación entre las autoridades de competencia y los poderes públicos⁴. El objetivo es conseguir que se reduzcan barreras de entrada en los mercados, se promueva la liberalización de

3 Véase, por ejemplo, la Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, en <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc056515>.

4 OECD SECRETARIAT, *Strategies for Competition Advocacy: Background Paper*, DAF/COMP/LACF(2010)4 en <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2010LACF-Strategies-for-competition-advocacy.pdf>.

los servicios y el comercio y se minimicen las intervenciones innecesarias del Estado en la economía⁵.

Tal relación afecta, como veremos a continuación, a los poderes ejecutivo y legislativo y se basa en principios bien asentados en nuestro ordenamiento.

Los distintos niveles de interacción entre las autoridades de competencia y los poderes públicos

difieren en gran medida dependiendo de los objetivos pretendidos y de las situaciones analizadas.

A) Principios que inspiran la actuación de los poderes públicos

7. La intervención de la administración en la economía está amparada en nuestro ordenamiento jurídico por la propia Constitución Española.

La actuación administrativa se regula en el artículo 103.1 de la Constitución Española que consagra el principio de eficacia y pleno sometimiento de la administración a la Ley y al Derecho. Tal sometimiento se entiende, dentro de la Unión Europea, no solo al Derecho nacional sino a aquellos preceptos del Derecho de la Unión que le resultan de aplicación.

La exigida eficacia en la actuación de la Administración se contiene igualmente en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que recoge el derecho de los ciudadanos a una buena administración.

Dentro de tal sometimiento al Derecho y de la exigencia de eficiencia, el principio de garantía de la libre competencia juega un papel esencial.

8. El control de la actuación de los poderes públicos desde la perspectiva de competencia no se limita a los poderes ejecutivos sino que afecta igualmente a los legislativos.

Para analizar la actuación de los poderes públicos desde la perspectiva de competencia debe partirse de la aplicación de lo que ha venido en denominarse principios de buena regulación (*Better Regulation* en su denominación inglesa)⁶.

Los mismos, de origen anglosajón, implican que la intervención del Estado en la economía tan solo debe producirse en los supuestos en que la misma resulte necesaria para resolver un fallo de mercado o para proteger lo que la jurisprudencia europea ha dado en denominar

⁵ BANCO MUNDIAL, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, 1998, Capítulo 6.

⁶ C. GÓMEZ ASENSIO, *La mejora regulatoria (Better Regulation) Aplicaciones en materia de contratación pública*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

Razones de Imperioso Interés General (RIIG). En defecto de ambos, se entiende que el mercado regula de la manera más adecuada su funcionamiento y la intervención estatal puede interferir de manera disfuncional en la asignación adecuada de los recursos.

Sin embargo, cuando exista fallo de mercado o una RIGG, la ausencia de intervención pública genera una respuesta inadecuada del mercado que permite a algunos operadores (por ejemplo los monopolistas) una acumulación excesiva de rentas que resulta contraria al interés de la sociedad.

Estos principios de buena regulación se centran en la identificación del fallo de mercado o la RIGG y analizan la decisión pública (existente o propuesta) que incide negativamente en la competencia desde la perspectiva de verificar si resulta necesaria para proteger el interés general (principio de necesidad), si genera discriminación entre los posibles destinatarios y si, entre todas las medidas posibles de intervención se ha optado por la menos restrictiva (principio de proporcionalidad)⁷.

9. Tales principios fueron considerados por las autoridades de competencia durante años provenientes fundamentalmente de las reglas instauradas de los precedentes de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸. Son especialmente interesantes las recientes Conclusiones del Abogado General en el asunto *Cali Apartments* al contener referencia a varios precedentes y una descripción del modo de identificación de una razón imperiosa de interés general y al examen de la proporcionalidad⁹.

“Es jurisprudencia asentada que la protección conferida por el artículo 16 de la Carta implica la libertad para ejercer una actividad económica o mercantil¹⁰. La libertad de empresa no es una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad¹¹. Por lo tanto, la libertad de empresa puede estar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general. En principio, con arreglo al artículo 52, apartado 1, de la Carta, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades en ella reconocidos deberá ser

7 OECD, *Product Market Regulation OECD PMR Indicators*, 2018, en <http://www.oecd.org/economy/reform/indicators-of-product-market-regulation>.

8 Véase por ejemplo la Sentencia de 24 de marzo de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-400-08. Comisión contra España.

9 Conclusiones del Abogado General Michal Bobek de 2 de abril de 2020, As. C-724/18 y C-727/18, *Cali Apartments* contra Procureur général près la cour d’appel de Paris, Ville de Paris, de 2 de abril de 2020, ECLI:EU:C:2020:251

10 Sentencias de 22 de enero de 2013, *Sky Österreich* (C283/11, EU:C:2013:28), apartado 42; de 17 de octubre de 2013, *Schaible* (C101/12, EU:C:2013:661), apartado 25; y de 4 de mayo de 2016, *Pillbox 38* (C477/14, EU:C:2016:324), apartado 155.

11 Véanse las sentencias de 22 de enero de 2013, *Sky Österreich* (C283/11, EU:C:2013:28), apartado 45 y la jurisprudencia citada; de 17 de octubre de 2013, *Schaible* (C101/12, EU:C:2013:661), apartado 28; y de 21 de diciembre de 2016, *AGET Iraklis* (C201/15, EU:C:2016:972), apartado 85.

establecida por la ley, respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades, respetar el principio de proporcionalidad y responder efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás¹².

10. Recientemente estos principios han sido convertidos en norma jurídicamente vinculante para los poderes públicos españoles por medio de la entrada en vigor del artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo¹³. El citado precepto, bajo el título *Principios de buena regulación*, establece que tanto en la iniciativa legislativa como en la reglamentaria, las administraciones deben respetar los principios de “necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia”.

El legislador español determina no solo que deben respetarse los citados principios, sino que debe realizarse una adecuada motivación por parte del órgano proponente de tal concurrencia.

Tal exigencia de motivación resulta coherente con la posibilidad abierta a los ciudadanos afectados (o a la autoridad de competencia) de controlar que los poderes se ejercen dentro de los márgenes previstos en el ordenamiento (nacional y europeo). Es decir, no existe una potestad absoluta del poder público de definir las RIIG ni determinar los modos de protegerlas sino que recae sobre el órgano proponente una obligación de explicitarlas y acreditar de manera motivada que las limitaciones propuestas sirven a su consecución. De hecho, para conseguir este objetivo el precepto exige que las normas definan claramente sus objetivos y justificación.

La norma establece expresamente que “en virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución”. Además “en virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios”¹⁴. El precepto exige también una garantía adecuada del principio de seguridad jurídica y en consecuencia impone a las iniciativas normativas

12 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 22 de enero de 2013, *Sky Österreich* (C283/11, EU:C:2013:28), apartados 46 a 48, y de 20 de diciembre de 2017, *Polkomtel* (C277/16, EU:C:2017:989), apartado 51.

13 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015. BOE-A-2015-10565.

14 Las mismas exigencias se subrayan por la Comisión Europea en ejemplos como EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Assessment of the Regulatory Aspects Affecting the Collaborative Economy in the Tourism Accommodation Sector in the 28 Member States* (580/PP/GRO/IMA/15/15111J) en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c7a7b5bb-526d-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>.

que sean coherentes con el ordenamiento nacional y europeo de forma que se genere “un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas”. Además la norma exige que se posibilite el acceso “sencillo, universal y actualizado” a las normas en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración para respetar el principio de transparencia¹⁵.

En la misma línea de consecución de una adecuada protección del interés general, y yendo más allá de los principios expuestos, la norma establece que las iniciativas normativas deben evitar la “imposición de cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos” en aplicación del principio de eficiencia.

Por primera vez en el ordenamiento español se establece la exigencia de que cuando una norma afecte a “los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

11. Este precepto ha sido declarado parcialmente contrario al orden constitucional por considerar que invade competencias que las comunidades autónomas “tienen estatutariamente atribuidas en orden a organizarse y regular la elaboración de sus leyes”. Por ello determina el Tribunal Constitucional que el precepto no resulta aplicable a las iniciativas legislativas de las Comunidades Autónomas¹⁶.

Es decir, el Tribunal no cuestiona que los mismos principios deban ser respetados por el legislador autonómico, sino que tan solo determina que el legislador estatal no puede establecer tales imposiciones a los autonómicos.

B) Diferentes niveles en la promoción de la competencia

12. Las tareas de promoción de la competencia en relación con los poderes públicos comenzaron realizándose de modo informal por medio de contactos entre las entidades encargadas de las tomas de decisión y quienes deben velar por el respeto a los principios de competencia. Sin embargo, las exigencias de transparencia,

¹⁵ Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, BOE nº 81, de 4 de abril de 2007.

¹⁶ Véanse la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 3628-2016. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. Competencias sobre procedimiento administrativo: nulidad de diversos extremos de los preceptos relativos a los registros electrónicos de apoderamientos, los principios de buena regulación y que identifican los títulos competenciales habilitantes para

independencia y control de las autoridades de competencia pronto hicieron evidente que resulta necesario que las colaboraciones entre los poderes públicos y las autoridades de competencia se arbitren por cauces más formales¹⁷.

De este modo, las autoridades de competencia nacionales más avanzadas del mundo comienzan a crear direcciones de promoción de la competencia con el mismo nivel de relevancia y jerarquía que las direcciones de instrucción en materia de defensa¹⁸.

En España la Ley 15/2007 introduce por primera vez referencias a la promoción de la Competencia y la CNC crea una Dirección de promoción de la competencia adaptándose a las mencionadas corrientes internacionales¹⁹.

13. Las direcciones de promoción son encargadas del estudio general del funcionamiento de los mercados con el fin de poder realizar, basándose en datos técnicos e independientes, una evaluación de políticas públicas, de sectores económicos, de propuestas de normas o de acciones de las administraciones. Se trata de este modo de ofrecer a los poderes públicos análisis independientes de los ámbitos en los que sería beneficioso para la sociedad acometer cambios normativos, o de facilitar herramientas para la toma de decisión en procedimientos ya comenzados²⁰.

Del mismo modo, cabe que de tales análisis se derive la convicción de que existe una decisión del poder público ya adoptada que resulte contraria a la competencia en cuyo caso el mero asesoramiento no resulta suficiente y puede considerarse necesario otro tipo de intervención para remover los obstáculos y favorecer el bienestar social.

a) **Herramientas de promoción destinadas a ofrecer asesoramiento técnico a los poderes públicos**

14. Varias son las herramientas fundamentales de trabajo en la promoción de la competencia y tienen objetivos, metodologías y procedimientos de elaboración muy diferentes. De hecho, muchas veces se define la promoción de la competencia de

17 H. BOUTHINON-DUMAS/ V. DE BEAUDORT/ F. JENNY/ A.MASSON, *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*. Larcier. Bruxelles, 2013.

18 Véase ADVOCACY WORKING GROUP ICN *Advocacy and Competition Policy* Naples, Italy, 2002 en https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_AdvocacyReport2002.pdf.

19 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.

20 OCDE, "Key points of the Roundtables on Changes in Institutional Design" in *Draft Summary Record: Annex to the summary record of the 123rd meeting of the Competition Committee held on 15 - 19 June 2015. 29 January 2016*. DAF/COMP/M(2015)1/ANN9, en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M\(2015\)1/AN- N9&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2015)1/AN- N9&doclanguage=en)

manera negativa como todas aquellas medidas que fomentan la competencia y no pueden considerarse defensa²¹.

15. Los **estudios de mercado o informes sectoriales** suponen la realización de “un análisis económico y regulatorio exhaustivo que analiza en profundidad la dinámica de la competencia en un mercado o sector productivo, identificando las restricciones existentes en dicho mercado que dificultan o impiden una asignación eficiente de los recursos. El Estudio alcanza conclusiones y propone recomendaciones para paliar o eliminar dichas restricciones”²².

En los estudios, las autoridades de competencia toman la decisión independiente de analizar mercados en que pueden estar produciéndose problemas o disfunciones. Se trata de verificar si las normas que los regulan pueden estar contribuyendo a frenar esos problemas o paliarlos o, por el contrario, contribuyen a que se incrementen los efectos negativos en la sociedad generando barreras injustificadas de entrada o salida del mercado o de ejercicio para los operadores ya instalados.

El hecho de que los estudios supongan una decisión autónoma de la autoridad de competencia hace que no estén sometidos a plazos por lo que su nivel de profundidad puede ser mayor (y en consecuencia también su valor). Además la selección de temas el número de informes que se publiquen (junto evidentemente con el impacto que puedan tener) son una forma de evaluar a la autoridad que los realiza.

16. Las autoridades de competencia realizan **guías** de divulgación de la cultura de competencia y buena regulación entre poderes públicos, empresas, consumidores y otros entes interesados, indicando de manera adaptada a los destinatarios modos de conseguir una adecuada garantía del interés general por la vía de la inclusión de los principios de competencia en las diferentes tomas de decisión²³.

Del mismo modo, fundamentalmente dentro de la Unión Europea, realizan análisis de la actuación del Estado en materia de **ayudas públicas** y su incidencia en el mercado y la neutralidad competitiva²⁴.

21 OCDE, *Competition advocacy: challenges for developing countries*, en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/32033710.pdf>.

22 OCDE, *Competition advocacy: challenges for developing countries*, en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/32033710.pdf>.

23 Véase CNMC, *Guías*, en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/guias>.

24 Véase CNMC, *Ayudas Públicas*, en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/ayudas-publicas>; OECD, “Executive Summary of the Discussion of the Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Policy” in *Draft Summary Record: Annex to the summary record of the 123rd meeting of the Competition Committee held on 15 - 19 June 2015. 29 January 2016*. DAF/COMP/M(2015)1/ANN7, en <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M%282015%291/ANN7&doclanguage=en>, y COMISION EUROPEA, *Ayudas de Estado* https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases_es.

17. Los **informes de proyectos normativos** son análisis a petición de parte que tienen ordinariamente plazos cortos y exigen una respuesta ágil y en ocasiones puede que, en consecuencia, menos profunda. De ello no puede sin embargo deducirse que tengan necesariamente menor valor, dado que su inmediatez puede precisamente permitir ver su eficacia de manera más rápida.

El objetivo de la autoridad de competencia es ofrecer al poder público un análisis de los efectos que la norma propuesta puede tener en el mercado para enriquecer el análisis llevado a cabo por el órgano proponente. Se trata de incluir en la reflexión un estudio de los efectos que pueden tener las medidas propuestas. Muchas veces los efectos en el mercado de determinadas medidas resultan tangenciales de los objetivos realmente buscados y quien realiza la propuesta puede no ser consciente de las implicaciones negativas que pueden tener sus decisiones. En esos supuestos la colaboración de la autoridad de competencia podría ayudar a reconsiderar determinadas medidas por innecesarias.

Otras veces, cierta restricción es necesaria para alcanzar el objetivo pretendido por el legislador pero el mismo puede ser alcanzado por vías diferentes que tienen menos efectos negativos en el mercado. En algunos casos las medidas propuestas generan discriminación entre los afectados por la norma.

Todas estas cuestiones pueden ser puestas de manifiesto por la autoridad de competencia durante la tramitación de la norma jurídica lo que puede llevar al poder público a modificar el contenido de la propuesta de forma que se reconsideren sus objetivos o, sin hacerlo, se diseñen nuevas herramientas menos restrictivas para lograrlos.

18. Del mismo modo cabe que la autoridad de competencia analice, bajo los parámetros referidos, **normas ya existentes** (en los ordinariamente denominados informes de posición).

Este es el caso, no inhabitual, de normas que se crean en determinadas circunstancias socioeconómicas que son objeto de modificación por la evolución social sin que el ordenamiento jurídico experimente cambios equivalentes. Ello puede tener como consecuencia que restricciones que tuvieron su razón de ser en determinados momentos históricos dejen de tenerla y comiencen a crear distorsiones carentes de fundamento.

En estos supuestos las autoridades de competencia tienen la potestad de realizar informes dirigidos a los poderes públicos y a la sociedad lo que puede contribuir a cambios normativos que supongan la remoción de obstáculos innecesarios de manera que se potencie la protección del interés general.

19. En cualquier caso no podría concluirse que la eficacia de un análisis de los tipos anteriores se limite a su efecto directo e inmediato en una modificación de la actuación del órgano proponente²⁵.

Una de las labores de promoción de la competencia es, precisamente, contribuir al desarrollo de una conciencia social sobre las ventajas que la competencia genera en los más desfavorecidos de la sociedad. Tal ventaja se verifica fundamentalmente en forma de mejores precios que permiten acceder a más y mejores productos y servicios democratizando el acceso a ellos; puede observarse también en forma de mayores posibilidades de elección, de más innovación, de creación de empleo, de reducción de las ventajas no merecidas que han podido tener determinados operadores solo por ser los tradicionales o vinculados con el poder. Indirectamente, se generan ventajas de competitividad de la economía y en consecuencia de mejores condiciones de vida para la sociedad.

El hecho de que las autoridades de competencia realicen y publiquen sus informes basados en datos (que puedan rebatir los ofrecidos a menudo por los lobbies empresariales) ayuda a generar esa conciencia que puede producir efectos positivos en la conciencia social a medio plazo.

b) Las funciones de impugnación

20. Dentro de las tareas de promoción, la cooperación con los poderes públicos se complementa en algunos ordenamientos, como el español, por una labor de fiscalización por las autoridades de competencia de las actuaciones realizadas por los poderes públicos que va más allá de la mera colaboración. De esta forma, identificadas barreras o trabas injustificadas generadas por los poderes públicos, sea en el ámbito de la regulación o de la actuación administrativa, éstas pudieran suprimirse del ordenamiento por medio de su impugnación²⁶.

Esta función resulta crucial para evitar que se generen problemas en los mercados que resultan negativos para el interés de las empresas y los ciudadanos o en última instancia de la sociedad no solo por las limitaciones a la competencia a que se pone fin gracias a la actuación de los tribunales, sino incluso por las restricciones que no llegan a crearse por los poderes públicos, conscientes del riesgo de impugnación de

25 J.HILKE, *Improving relationships between competition policy and sectoral regulation*, 2006 en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38819635.pdf>.

26 J.GUILLÉN CARAMÉS, "La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia : en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al Derecho de la Competencia" en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia, capítulo VI La impugnación por las Autoridades de Competencia de la actuación de las Administraciones Públicas*. Ed. Civitas, D.L. 2013, pp. 369 a 399.

sus decisiones²⁷. Es decir, esta función no solo tiene implicaciones de reparación sino que incluso tiene un efecto de prevención.

21. en cumplimiento de sus funciones, “está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”²⁸.

Tal capacidad supone que, más allá de la cooperación, la autoridad de competencia puede solicitar del poder judicial que ponga fin a las restricciones a la competencia generadas por los poderes públicos en aras de conseguir un incremento en los estándares de protección del interés general.

22. La capacidad de impugnación, incluida en nuestro ordenamiento en el año 2007, se enfrentó a importantes dificultades de interpretación derivadas en parte del escaso desarrollo normativo y en parte del enfrentamiento que esta potestad supone a la tradicional autonomía de los poderes públicos para ejercer sus prerrogativas con un amplio margen de discrecionalidad para alcanzar los objetivos pretendidos por la vía que se considerara más adecuada y sin grandes exigencias de motivación.

La aprobación de normas como el artículo 129 de la LPA vienen a aclarar las exigencias de las administraciones y en consecuencia a facilitar la tarea de la autoridad de competencia no exenta, sin embargo, de dificultades de interpretación.

23. Nuestro legislador no ha reconocido a las autoridades de competencia legitimación activa para plantear la constitucionalidad de las normas jurídicas ante el TC.

Sin embargo el Derecho de la Unión Europea exige que se inapliquen las normas internas que no respetan sus principios esenciales²⁹.

Por ello, nada obstaría a que la autoridad de competencia impugnara las normas internas de cualquier rango contrarias a la competencia, siempre que contravengan el Derecho de la Unión. En caso de duda el tribunal interno podría solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia por medio de la presentación de una cuestión prejudicial.

27 A.TONAZZI/M.PACILLO, “Some thoughts on “Advocacy: a driver for change”, ICN Workshop, 12-13 December 2013, 28 Véase el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 134, de 5 de junio de 2013 y artículo 13.2 de la citada LDC para las autoridades autonómicas.

29 Véase el *leading case* Sentencia del TJUE de 22 de junio de 1989, Fratelli Constanzo, SpA, As. 103/88, ECLI:EU:C:1989:256 y sus muchas confirmaciones posteriores Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, As. C-628/15, The Trustees of the BT Pension Scheme y Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs, ECLI:EU:C:2017:687. Dentro del ordenamiento interno, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, de 20 de diciembre, BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019, ECLI:ES:TC:2018:140.

Por el contrario, en el caso de que se trate de normas con rango de Ley que no generen controversia con el derecho de la Unión, la labor de la autoridad de competencia se limita a la promoción *soft*. La misma tomaría la forma de mera colaboración por medio de la realización de informes (no vinculantes) que tratan de aportar al proponente de una norma nueva, o al responsable de una existente, razones que le lleven a modificar su posición. No sería posible la impugnación.

24. De cualquier modo, en el caso de normas con rango inferior a la Ley o de actos de la administración pública, la normativa española permite la impugnación siguiendo los tramites procesales correspondientes.

El artículo 44.1 de la Ley de la Jurisdicción establece que, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirle previamente para que derogue la disposición o anule o revoque el acto en cuestión³⁰.

El requerimiento deberá producirse en el plazo de **dos meses** contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto (párrafo 2) salvo lo dispuesto en la legislación de régimen local (párrafo 4) que establece el plazo de **un mes**³¹.

25. Estos plazos tan escasos desde que se adopta la norma o el acto administrativo suponen una extraordinaria limitación a la capacidad de impugnación de las autoridades de competencia.

La evidencia demuestra que en la mayoría de casos cuando se detectan las restricciones a la competencia que puede suponer la actuación pública tales plazos ya han transcurrido y por tanto, de no arbitrarse medios alternativos para reevaluar las medidas, los problemas de competencia pueden dilatarse en el tiempo de manera no acorde con la exigida protección del bienestar social.

c) **El caso específico de la contratación pública**

26. Uno de los ámbitos en que con más intensidad se han producido labores de promoción de la competencia en relación con los poderes públicos es la contratación administrativa³².

30 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, BOE nº 167, de 14 de julio de 1998.

31 Véase el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

32 S.ARROWSMITH/P. KUNZLIK (EDS), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions* Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

27. Sin entrar en disfunciones en la contratación que pueden resultar ajenas a la competencia (como pueden ser sin duda las que implican supuestos de corrupción) la contratación pública se desarrolló históricamente bajo parámetros en que no se tenían en cuenta, al menos de manera expresa, las ventajas que se derivan de la existencia de competencia entre oferentes en los contratos³³. De este modo, se primaba la seguridad con que la administración podía llevar a cabo los procesos de contratación, la rapidez o incluso la comodidad de los poderes adjudicadores, frente a la posibilidad de incrementar la calidad de los servicios recibidos, la innovación, la entrada de nuevos operadores o el precio³⁴.

La gravedad de esta cuestión y sus negativos efectos para el bienestar de la sociedad comenzó a ponerse de manifiesto por organizaciones internacionales³⁵. Especialmente importante es la contribución de la OCDE que subrayó que la existencia de conductas colusorias de las empresas relacionadas con la contratación pública podía suponer un grave quebranto para el interés general en las sociedades en que tales conductas se producían e hizo hincapié en el diseño de mecanismos para tratar de frenarlas³⁶.

De ahí que la mayoría de autoridades de competencia del mundo dedicaran gran parte de su capacidad de promoción a hacer conscientes a las administraciones de que tales conductas debían ser evitadas y a fomentar la colaboración entre autoridades de competencia y poderes adjudicadores para contribuir a tal fin³⁷.

28. La existencia de conductas de colusión entre operadores privados en relación con la contratación pública analizados desde la perspectiva clásica de la defensa de la competencia (o *bid rigging*) dejaba de lado las posibles responsabilidades de la administración en la conducta³⁸. Sin embargo pronto se pudo verificar que la administración podía jugar en las citadas prácticas diversos papeles (más o menos activos) pero dignos de atención.

33 C.CABANES/ B.NEVEU, *Droit de la concurrence dans les contrats publics. Pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, controls et sanctions*, Paris, Le Moniteur, 2008.

34 F.JIMÉNEZ LA TORRE/ J.CORONADO SALEH, "Análisis económico de la colusión en mercados de subastas: pujas fraudulentas (Bid rigging)", en S.MARTÍNEZ LAGE/ A.PETIBÓ JUAN, (Dir.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 213 a 242.

35 C.DE KONICK/ P.FLAMEY(Eds.), *European Public Procurement Law. Part II: Remedies. The European Public Procurement Directives and 15 years of Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities—Texts and Analysis*, The Hague, Kluwer Law International, 2009.

36 OCDE, *Lineamientos de la OCDE para combatir la colusión entre oferentes en contrataciones públicas*, París, 2009. [DAF/COMP(2009)1/FINAL]. Accesible en http://www.oecd.org/daf/competition/Recommendation_fighting-bid-rigging-2012-ES.pdf.

37 R.C.MARSHAL/L.M. MARX, *The economics of Collusion. Cartels and Bid rigging*, The MIT Press, Massachusetts, 2012.

38 M.P.CANEDO ARRILLAGA, "Algunas consideraciones jurídicas en torno a prácticas de «Bid Rigging»", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 36, 2013, pp. 9-19.

Resulta innegable que en muchos supuestos la administración contratante carece de posibilidad de conocer la existencia de un acuerdo entre las empresas que presentan ofertas. Sería el caso, por ejemplo, de acuerdos sofisticados de reparto de licitaciones de varias administraciones entre un grupo de empresas con prácticas de subcontrataciones entre ellas, compensaciones secretas o boicots, rotaciones, ofertas de cobertura.... Existen otros muchos casos, sin embargo, en que no puede llegarse a la misma conclusión y el poder adjudicador puede tener una responsabilidad por acción o por omisión³⁹.

Por ello las autoridades de competencia comenzaron, empleando herramientas de asesoramiento técnico, realizando guías de promoción de la competencia que ponían el foco en determinados indicios que podrían despertar en los órganos de contratación la intuición de que alguna conducta contraria a derecho podría estarse produciendo. En ese caso se animaba a las autoridades contratantes a realizar colaboraciones informales con las autoridades de competencia para que estas analizaran la solvencia de tales indicios⁴⁰.

Estos documentos -generales (guías) o referidos a pliegos concretos de contratación (informes concretos)- hacían hincapié en que la actuación de los poderes públicos que también puede generar problemas de competencia⁴¹. Por ejemplo, la selección de unos procedimientos de contratación frente a otros que genera clara incidencia en el resultado de la contratación. La existencia de procedimientos abiertos y transparentes abre la posibilidad de que todo operador capacitado pueda presentar sus ofertas. Ello genera la adecuada tensión competitiva que induce mejoras de calidad, innovación y precio que son inherentes a la incertidumbre en el resultado de la selección. Lo mismo sucede con la generación y tipo de lotes; el favorecimiento de entrada de PYMES; la publicidad de los contratos; los plazos de presentación de ofertas; las exigencias concretas incluidas en los pliegos de contratación; la adaptación de las exigencias a los objetivos del contrato y la desaparición de exigencias concretas obtenidas de la copia de otros pliegos o tendentes a dirigir la selección a los operadores incumbentes o a algunos preseleccionados por razones diferentes a las publicadas... Todo ello deviene fundamental en la reflexión de los poderes adjudicadores⁴².

39 F.MARCOS FERNÁNDEZ, "Las prohibiciones de prácticas anticompetitivas (TFUE y LDC) ¿es infractor quien facilita la comisión de las conductas prohibidas?" en *Anuario de la competencia*, Nº 1, 2016, pp.381-413.

40 A.SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2nd ed Oxford, Hart Publishing, 2012.

41 Véase por ejemplo IPN 068/11: Proyecto de Real Decreto por el que se modifica la letra d- de la cláusula 8 del pliego de cláusulas generales para la construcción conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión aprobado por el decreto 215/1973 de 25 de enero en <https://www.cnmc.es/expedientes/ipn-06811>.

42 F. MARCOS FERNÁNDEZ "¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN- e1698-739X, Nº. 1, 2018.

- 29 Se comienza igualmente a cuestionar la regulación de contratación pública desde la perspectiva de competencia para plantearse los problemas que genera, por ejemplo, la existencia de contratos de extraordinaria duración, de prórrogas, de modificaciones o de requisitos no proporcionales al objetivo pretendido o directamente no relacionados con el mismo. Todo ello sucede, en buena medida, de la mano de las exigencias de la UE⁴³.

Por su parte el artículo 132 de la LCSP establece los principios que deben regir los procesos de contratación y afirma que “los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”. Estos principios esenciales a la competencia se explicitan en la afirmación expresa de que no cabe limitar la participación en una contratación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los casos de contratos reservados para ciertas entidades⁴⁴.

El precepto realiza una afirmación de la máxima trascendencia consistente en que la contratación no puede ser concebida por el poder adjudicador “con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”.

Por otra parte se establece expresamente la obligación de los órganos de contratación de velar en todo el procedimiento por la salvaguarda de la libre competencia. Todos los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o los equivalentes autonómicos tienen la obligación de remitir a las autoridades de competencia los hechos de los que tengan conocimiento y que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia⁴⁵.

30. Las citadas normas, en relación con todas las anteriores, no dejan lugar a duda sobre la posibilidad que se abre a la autoridad de competencia para impugnar ante los tribunales las decisiones referidas a la contratación que generen problemas de competencia.

Las limitaciones a la competencia pueden producirse por inclusión en los pliegos de exigencias no relacionadas con el objeto del contrato, por generación de discriminación, cierre de mercado o cualquier otra limitación a la competencia carente de justificación desde la perspectiva de los principios de necesidad o proporcionalidad.

43 Véase EUROPEAN COMMISSION, *Public Procurement*, en https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en.

44 Lo que se refiere a las recogidas en la disposición adicional cuarta.

45 Véase igualmente el artículo 150, pendiente de desarrollo reglamentario, que establece que los órganos de contratación

Dentro del margen de apreciación de los poderes adjudicadores, lo mismo podría llegar a decirse de las decisiones de los poderes adjudicadores en favor de determinados tipos de contratación no favorables a la competencia (como es por antonomasia el procedimiento abierto) cuando la opción no encuentre justificación en la protección del interés general.

2. Defensa de la Competencia y poderes públicos

31. Como hemos reflejado, la promoción de la competencia abrió una primera vía para analizar las actuaciones de los poderes públicos desde una perspectiva de competencia. Sin embargo, pronto se puso de manifiesto que en algunos casos la labor de los poderes públicos genera una incidencia en el mercado en que las herramientas de promoción (incluso incluyendo la impugnación) pueden resultar insuficientes para restituir las condiciones de competencia en un mercado.

Por ello se plantea la posibilidad de fiscalizar ciertas actuaciones de los poderes públicos bajo el prisma estricto de la Ley de Defensa de la Competencia. Es decir, se trata de analizar en qué medida un poder público puede ser considerado responsable de una conducta de cártel, de abuso de posición de dominio o de competencia desleal con afectación al interés general (tipos contenidos en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC).

No cabe en este momento poner en duda que el ejercicio de una potestad pública no exime a la administración del cumplimiento de la legalidad y, en consecuencia, de la aplicación de las normas de defensa de la competencia⁴⁶. Se plantea sin embargo cuál es la posible y la más eficiente reacción ante posibles conductas que no respeten tal regulación.

32. Obviamente existe una clara diferencia entre la fiscalización de la capacidad legislativa y de la ejecutiva de los poderes públicos y las diferentes funciones jugadas por el poder público en cada supuesto analizado.

Para realizar el análisis debe considerarse que los poderes públicos operan en los mercados directamente en algunas ocasiones pero que en un muy elevado número de casos inciden en su funcionamiento sin operar en el mismo.

Procede por tanto comenzar analizando si un poder público puede ser sujeto de una infracción de competencia. Posteriormente debe analizarse si el hecho de que el poder público no opere en el mercado supone o no un límite a la aplicación de la normativa

46 E.NAVARRO VARONA/M.RAMBAL, "La aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas que no actúan como operadores económicos en el mercado" en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 31, 2013, pág. 23 a 34.

defensa de la competencia o si en este ámbito del derecho administrativo sancionador caben figuras diferentes de la autoría.

A) El concepto de operador económico

33. Las infracciones que constituyen la base de la normativa de defensa de la competencia se definen habitualmente en referencia a los operadores económicos que las llevan a cabo. Tanto la normativa nacional como la europea definen los tipos empleando el término “empresa” al referirse a los sujetos, lo cual parecería excluir a los poderes públicos de tal capacidad.

Bajo esta interpretación la defensa de la competencia quedaría limitada a los operadores privados y el control de las tareas de las administraciones u otros poderes públicos quedaría reducido a las herramientas de promoción.

34. Sin embargo, de cara a la aplicación de la normativa de defensa de la competencia la jurisprudencia ha ido perfilando un concepto autónomo de operador económico cuya definición es extraordinariamente amplia para no dejar fuera conductas nocivas para la sociedad. De este modo se entiende que es operador económico a efectos de aplicar la normativa de defensa de la competencia cualquier entidad que ejerza cualquier actividad de trascendencia económica con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifiesta, en su Sentencia *EasyPay and Finance Engineering* (ap. 37)⁴⁷:

“A este respecto procede señalar, en una primera fase, que, por un lado, a efectos de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, una empresa es cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Por otro lado, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (véase la sentencia *Compass-Datenbank*, C138/11, EU:C:2012:449, apartado 35)”⁴⁸.

47 Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015 Asunto C-185/14 (ECLI:EU:C:2015:716).

48 La misma sentencia establece que «para rechazar la calificación de actividad económica, la mencionada actividad debe formar parte indisociable, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta, del sistema nacional de pensiones de jubilación (véase, por analogía, la sentencia *Aéroports de Paris/Comisión*, C82/01 P, EU:C:2002:617, apartado 81)» indisolubilidad que no se verifica en el caso analizado.

Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2010, Asunto *Knauf Gips KG v Commission*, C-407/08 P, ECLI:EU:C:2010:389 o las sentencias del TJUE de 12 de julio de 2012, As. C-138/11 *Compass-Datenbank*, ECLI:EU:C:2012:449 y de 28 de febrero de 2013, As. C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, ECLI:EU:C:2013:127 y Sentencia del tribunal de justicia (Sala Segunda) de 14 de marzo de 2019, As. C-724/17, *Fenin C-205/03 P o Skanska* en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CC0724&from=ES>, ECLI:EU:C:2019:204.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que “en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado”⁴⁹.

35. Surge entonces la cuestión de si **los poderes públicos**, en la personificación correspondiente en cada caso, pueden o no considerarse operador económico.

Pocas dudas pueden surgir al respecto cuando, en cumplimiento de las funciones que le son propias, una administración abre un procedimiento de contratación pública que permite a operadores económicos que compiten en el mercado realizar ofertas para conseguir su selección con vistas a prestar el citado servicio. Parece indudable que la administración en ese caso puede considerarse una entidad que ejerce actividad económica y al determinar las condiciones en que tal contratación se desarrolla incide directamente en el mercado.

La competencia es, precisamente, uno de los principios que la Ley considera que debe inspirar el proceso de contratación y la administración tiene la obligación de ser garante de su respeto. No en vano, el artículo 1 de la Ley de contratos, que establece el objeto y finalidad de la Ley, mantiene que la misma debe garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores así como asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa⁵⁰.

La CNMC ha manifestado que “las intervenciones de las administraciones públicas en las actividades económicas deben responder a los principios (...) de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, sin que puedan introducir restricciones y barreras a la competencia que no estén justificadas en un fallo de mercado o en una razón imperiosa de interés general de las establecidas por el TJUE. Ello es igualmente aplicable al ámbito de la contratación pública”⁵¹. Recuerda igualmente este órgano administrativo la doctrina asentada en virtud de la cual la administración **debe**

49 Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015, Recurso 294/2013, relativa a la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009 (ECLI : ES:TS:2015:800) (Expediente 639/09, Colegio Farmacéuticos Castilla la Mancha accesible en <https://www.cnmc.es/expedientes/63908>).

50 Véase la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE-A-2017-12902.

51 Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2019 Expte. SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID, accesible en la url: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2377357_1.pdf.

actuar de manera conforme al interés general y **debe** evitar restricciones y barreras a la competencia que no estén justificadas por su vinculación con razones imperiosas de interés general. También declara que en el ámbito de la contratación pública los principios de competencia efectiva; transparencia y eficiencia en el gasto público; no discriminación e igualdad de trato entre los potenciales candidatos **son imperativos** para los poderes adjudicadores.

Esta línea de argumentación implica que son precisamente esos principios los que están en la esencia y el sentido originario de la normativa de contratación pública con fundamento “más allá de nuestras fronteras”, tal como reconoce el Preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público⁵².

Esta regulación, tiende, estableciendo procedimientos garantistas, a permitir a todos los operadores capacitados intervenir en los procesos de contratación en igualdad de condiciones para conseguir la máxima eficiencia en el gasto público y la máxima calidad en los productos y servicios contratados. No en vano, los objetivos que inspiran la Ley son “lograr una mayor transparencia en la contratación pública” para “conseguir una mejor relación calidad-precio”. Por ello la Ley de Contratos establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación esté diseñado para alcanzar los citados objetivos. Expresamente se establece que “el sistema legal de contratación pública que se establece en la Ley persigue que la contratación pública “se utilice como instrumento para implementar” una serie de políticas entre las que se encuentra la de competencia.

Cuando la Administración toma la decisión de prestar un servicio por medio de un contrato público, la Ley de contratos del Sector Público establece una serie de obligaciones procedimentales complejas que tienen el objetivo de garantizar los principios de transparencia para “conseguir una mejor relación calidad-precio” por ello debe ser objeto de la normativa de defensa de la competencia⁵³.

36. No existe duda de que, cuando la administración actúa como operador económico, está sometida al derecho de la competencia⁵⁴.

52 Véase el punto primero del citado Preámbulo cuando establece referencias a la «actividad normativa de instituciones de carácter internacional, como es el caso de la OCDE, de UNCITRAL –en el ámbito de la ONU–, o, especialmente, de la Unión Europea». Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE-A-2017-12902.

53 Resolución de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2122881_3.pdf y Resolución de 4 de diciembre de 2018, Expte. SAMAD/01/18, CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COMUNICACIONES MÓVILES, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2327928_0.pdf.

54 Véanse las sentencias del TJUE de 12 de julio de 2012, As. C-138/11 Compass-Datenbank, ECLI:EU:C:2012:449 y de 28 de febrero de 2013, As. C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, ECLI:EU:C:2013:127.

Por ello puede concluirse que cuando la actuación de un poder público puede subsumirse dentro del amplio concepto de operador económico, puede ser sujeto activo de una infracción de competencia si llega a acuerdos que cumplan los requisitos del artículo 1 de la LDC o abusa de su posición de dominio en los términos del artículo 2 o competencia desleal con afectación al interés público tal como se tipifica en el artículo 3⁵⁵.

B) La intervención en una infracción de una entidad que no interviene en el mercado. La figura del facilitador

37. En un número relevante de casos los poderes públicos inciden en los mercados sin participar directamente en ellos y por tanto debe plantearse si tal participación puede generar responsabilidad desde la perspectiva de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia⁵⁶.
38. La jurisprudencia ha asentado la posibilidad de establecer responsabilidad en materia de competencia a aquellas entidades que participen en una conducta en calidad de **facilitadores de una infracción de competencia**. En virtud de esta jurisprudencia, se considera que debe admitirse en el Derecho Administrativo sancionador la imputación de responsabilidad al margen de la condición de autor de una infracción.

A pesar de que la LDC no recoge expresamente (en contra de lo que sucede en otras legislaciones sectoriales) figuras de participación en una infracción diferentes a la autorizada que la del instigador contenida en el artículo 64.2.b) es una agravante que se aplica a los autores de las conductas.

Lo mismo sucede con el Derecho Europeo de Competencia que no recoge expresamente esta posibilidad.

39. A pesar de este silencio normativo, la jurisprudencia europea ha aclarado que existe la posibilidad de determinar responsabilidad en una infracción de competencia sin que exista título de autoría. La Sentencia *Treuhand I* del entonces Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea estableció que cualquier operador -persona física o jurídica- independientemente de que participe o no en el mercado afectado por la infracción debe ser considerado **facilitador** de la conducta y por tanto responsable de la misma en el caso de que **contribuya de manera decisiva y activa a la realización de la práctica anticompetitiva**⁵⁷.

55 En nuestro ordenamiento, ni los artículos 1, 2 o 3 ni el 61 de la LDC determinan que tan solo las empresas puedan desarrollar
56 E.LINDE PANIAGUA, "¿Libre competencia e interés general en la Ley de contratos del sector público?", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*. nº30. nº31. Reflexiones en torno a la competencia en la Unión Europea. Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos humanos, Ediciones Académicas S.A., Madrid, 2016, págs. 203 a 221.

57 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 asunto *Treuhand I*, T-99/04, (ECLI:EU:T:2008:256).

En un asunto similar -el denominado *Treuhand II*- se analiza si resulta exigible o no que el facilitador del cártel opere de manera activa como empresa, sea en el mercado afectado por la conducta o en otro conexo. En el citado supuesto se dictó una sentencia por el ahora Tribunal General en la que se dispone que no cabe establecer esta exigencia⁵⁸. Si bien esta sentencia fue recurrida en casación, el Tribunal de Justicia desestimó el recurso formulado por la empresa confirmando plenamente la anterior resolución⁵⁹.

40. La Sala Tercera del Tribunal Supremo español fue más allá en la citada construcción cuando confirmó no solo la posible aplicación de la figura del facilitador en el ordenamiento español, sino que la misma pudiera ser ejercida por una administración.

En su Sentencia de 18 de julio de 2016 el TS confirma la resolución de la CNC en que se consideró que la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía era responsable **como facilitadora** de un cártel llevado a cabo por un grupo de productores de vino de Jerez, conocido y auspiciado por la Junta.

La actuación administrativa se sanciona, teniendo en cuenta el papel activo de la Consejería en las reuniones, que iba más allá de sus funciones propias⁶⁰. De hecho, el Tribunal Supremo considera las conductas colusorias. El hecho de que el artículo 63 se refiera a los agentes económicos y empresas se debe a que el precepto determina la cuantía máxima de las sanciones referida a un porcentaje de su volumen de negocios, “criterio que, ciertamente, no resulta adecuado cuando la conducta se reprocha a una administración o entidad jurídico pública; lo que no excluye, sin embargo, que ésta pueda haber incurrido en una conducta prohibida de las definidas en el artículo 1 de la propia Ley” (STS de 2016).

Que la participación en la actividad económica y en la infracción del artículo 1 LDC no excluye las categorías tradicionales del derecho penal como son el instigador o inductor, el cooperador necesario, etc. El Tribunal Supremo afirmó que la administración debía reputarse responsable del cártel sancionado, a pesar de que no actuaba como operador económico, teniendo en cuenta que su papel fue activo y que el mismo iba más allá de sus funciones propias. Por lo tanto la mera aptitud de la conducta realizada para causar “un resultado económicamente dañoso o

58 Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, As T-27/10, (ECLI:EU:T:2014:59).

59 Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, As. C-194/14 P, (ECLI:EU:C:2015:717).

60 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, Recurso 2946/2013, (ECLI: ES:TS:2016:3525), dictada respecto de la Resolución de 6 de octubre de 2011 de la CNC en el expediente S/167/09 productores de uva y vino de Jerez accesible en <https://www.cnmcc.es/expedientes/s016709>.

restrictivo de la competencia en el mercado” resulta suficiente para considerar a la administración responsable de la infracción⁶¹.

Debe recordarse en este sentido, la doctrina apuntada en la citada Sentencia de referencia en virtud de la cual no puede pretenderse “sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquellas conductas a las que una Ley autorice con la específica finalidad, expresa o implícita de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones”.

41. Muy recientemente el Tribunal Supremo ha vuelto a manifestarse en la misma línea en el recurso planteado por TEXPOL contra la resolución AIO de la CNMC⁶².

La cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 1 y 61.1 de la LDC, en relación con el artículo 1 del TFUE y la jurisprudencia aplicable, a fin de determinar el grado de responsabilidad (o, en su caso, su exclusión) de aquellas empresas que tienen conocimiento de la dinámica de una práctica colusoria o la facilitan, pero no compiten en el mercado afectado.

El TS afirma que “constituye infracción en materia de competencia la conducta de una empresa que participa activamente en los actos de constitución de un cártel aunque dicha empresa no comercialice productos en el mercado principal de referencia pero si lo haga en un mercado conexo del de referencia, y cuya intervención activa en las prácticas colusorias debe ser corregida mediante la imposición de la correspondiente sanción, debiendo interpretarse en dicho sentido los artículos 1 y 61.1 LDC en relación con el artículo 101 TFUE”.

El TS llega a dicha conclusión al considerar que “no hay nada en la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en los acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos. La intervención de una empresa en los actos constitutivos de un cártel, aun cuando no comercialice productos en el mercado principal de referencia pero sí en un mercado vinculado o conectado al mismo puede

61 Resultan de especial interés por la aproximación ofrecida por la Autoridad Suiza de Competencia considerando la existencia de abuso de posición de dominio de los poderes adjudicadores cuando realizan inadecuadamente contratos públicos las resoluciones DPC 2007/4, p. 517, Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern durch armasuisse y DPC 2008/2, p. 356-357, Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen durch armasuisse.

62 Mediante Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) de 21 de mayo de 2020, se ESTIMA el recurso de casación número 7880/2018, interpuesto por la CNMC contra la SAN de 29 de mayo de 2018 (rec. 369/2016), que se anula y se DESESTIMA el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad Textil Planas Oliveras, S.A. (TEXPOL) contra la RCNMC de 26 de mayo de 2016 (expediente S/DC/0504/14 AIO), confirmando la infracción declarada por la CNMC y la multa impuesta.

considerarse una conducta típica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61.1 LDC en relación con el artículo 1 del mismo texto legal y con el artículo 101 TFUE (...) Lo contrario permitiría sentar un criterio de impunidad en relación con aquellas conductas colusorias de empresas vinculadas que, sin embargo, no comercializan productos en el mercado principal de referencia”.

Afirma el TS que “lo mismo cabe decir, no solo si el partícipe activo no forma parte del mercado de referencia, por su condición de partícipe en un mercado conexo como sucede en este caso, sino también, por su condición de Autoridad administrativa”.

42. Todo cuanto antecede permite concluir que la condición jurídica del infractor y el hecho de que actúe o no como operador económico no son factores determinantes para apreciar la existencia de una infracción.

Lo relevante es la incidencia real de la conducta de la entidad en el mercado o la aptitud de la acción pública para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta en la que participa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha confirmado la posibilidad de declarar la responsabilidad de una entidad como facilitador en una infracción de competencia, aunque no opere en el mercado afectado ni en mercados conexos, siempre que contribuya de manera decisiva y activa a la realización de una conducta anticompetitiva y que el Tribunal Supremo español ha precisado que nada obsta a que sea un poder público quien actúe en tal condición.

El hecho de que las citadas Sentencias se refieran a conductas multilaterales (artículo 1 LDC) en nada obsta para que la citada doctrina pueda aplicarse a conductas de la Administración tipificadas como abuso de posición de dominio (artículo 2 LDC) o competencia desleal con afectación al interés general (artículo 3 LDC) si se cumplen las exigencias citadas ya que la doctrina definida se refiere con carácter general a las **infracciones de competencia** y al **nivel de autoría** del sujeto activo sin que ninguna de las valoraciones impida la aplicación a cualquier tipo infractor.

C) **Un posible análisis de la potestad normativa desde la perspectiva de defensa de la competencia**

43. Desde una perspectiva de Defensa de la Competencia, la Ley española establece, en su artículo 4, que tan solo algunas conductas están exentas de fiscalización por parte de las autoridades de competencia y que tales exenciones deben estar recogidas en normas con rango de Ley.

El precepto establece expresamente que las prohibiciones contenidas en la LDC se aplican a restricciones que se deriven del ejercicio de “otras potestades administrativas o

sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”. El precepto identifica, de manera evidente, que tales afirmaciones se realizan “sin perjuicio de” las disposiciones de la Unión Europea.

Del mismo se deducen varias conclusiones.

44. En primer lugar que en el ordenamiento jurídico español las autoridades de competencia pueden evaluar bajo la perspectiva de la Defensa (que es la abordada en la Ley de Defensa de la Competencia) todas las actuaciones de los poderes públicos independientemente de su rango normativo, siempre que éstas puedan considerarse contrarias a la normativa de la Unión Europea, dados los principios de primacía y efecto directo que tienen las normas europeas⁶³.

38. “Tal como ha declarado el Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones, el mencionado deber de excluir la aplicación de una normativa nacional contraria al Derecho de la Unión no solamente incumbe a los jueces y tribunales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado —incluidas las autoridades administrativas— encargados de aplicar, en el marco de sus respectivas competencias, el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de junio de 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, apartado 31; de 9 de septiembre de 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, apartado 49; de 12 de enero de 2010, Petersen, C-341/08, EU:C:2010:4, apartado 80, y de 14 de septiembre de 2017, The Trustees of the BT Pension Scheme, C-628/15, EU:C:2017:687, apartado 54)”.

39. De lo anterior se deduce que el principio de primacía del Derecho de la Unión no impone la obligación de garantizar la plena eficacia de las normas de la Unión únicamente a los órganos judiciales, sino también a todos los demás órganos e instituciones del Estado miembro.

De cuanto antecede puede concluirse la obligación del poder público de respeto a la normativa de la UE en su toma de decisión. Del artículo 129 de la LPA la obligación de respetar los principios de buena regulación tal como los hemos desarrollado.

La doctrina del facilitador implica que no es necesario operar en el mercado para ser facilitador de una conducta contraria a la competencia y que puede serlo un poder público.

La confluencia de todos esos elementos nos lleva a no excluir la posibilidad de que un poder público fuera considerado responsable como facilitador de una conducta

⁶³ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2018 As. C378/17, Minister for Justice and Equality, Commissioner of An Garda Síochána y Workplace Relations Commission, ECLI:EU:C:2018:979.

contraria a la competencia cuando crea una norma que favorece una conducta contraria a la competencia en contravención de tales exigencias.

45. Dentro del ordenamiento jurídico español, siempre que no exista afectación a la normativa europea, el legislador ha decidido que corresponde a los parlamentos correspondientes la ponderación entre los diferentes intereses que pueden entrar en conflicto con el de competencia.

De este modo, en el caso de que el legislador considere que existe un valor superior a la competencia digno de protección, debe introducir las posibles barreras a la competencia en normas con rango de Ley.

Cuando esto suceda las autoridades de competencia carecerán de capacidad de analizar la situación desde una perspectiva de defensa de la competencia.

Sin embargo si existen normativas de rango inferior a la Ley contraria a la competencia y que facilite la existencia de barreras de entrada a ciertos operadores o discriminaciones no necesarias ni proporcionales a una RIGG también podrían analizarse desde la perspectiva de competencia dependiendo de los casos.

III. Sobre la relación entre la Defensa de la Competencia y otras reacciones posibles del ordenamiento

46. Hemos referido diversas posibilidades de reacción de las autoridades de competencia ante las restricciones a la competencia generadas por poderes públicos.

El análisis de su relación con otras posibles reacciones del ordenamiento jurídico y la existente entre las dos funciones entre sí parece procedente, dado que las autoridades de competencia están afectadas por el principio de eficacia de la actuación administrativa contenido en la Constitución. Además, en la medida en que las autoridades de competencia nacionales tienen la obligación de aplicar la normativa europea de competencia, debe garantizar su efecto útil lo que tiene una relevante trascendencia.

1. Relación entre el Derecho de la competencia y otras áreas del ordenamiento

47. Subyace en la actuación de algunas autoridades de competencia la concepción de que su capacidad de acción debería decaer si existen otras normativas que resulten de aplicación para valorar la legalidad de los actos llevados a cabo por las administraciones⁶⁴.

⁶⁴ Véanse las mencionadas Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2019 Expte. SAMAD/03/16, ESTACIONAMIEN- TO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2377357_1.pdf; Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, en <https://www.cnmc.es/>

Tal situación de confluencia puede darse cuando conductas que pueden subsumirse en tipos de la normativa de competencia están también abordados por otras normas como por ejemplo, la normativa penal, la de contratos del sector público, la de concesiones u otras vinculadas; la de protección de los consumidores; la de protección de los trabajadores; la fiscal; la penal, o las normativas sectoriales entre otras.

Esta valoración no puede considerarse al menos en todo caso correcta, tal como desarrollamos a continuación.

48. El hecho de que existan normativas (ordinariamente de Derecho Público) que sancionen, prohíban o al menos regulen de maneras alternativas los hechos que pueden ser enjuiciados por la autoridad de competencia no debe obstar a la actuación de ésta siempre que la conducta analizada sea subsumible en los tipos de la Ley de Defensa de la Competencia con las interpretaciones jurisprudenciales que la acompañan.

Esta afirmación es más clara en el caso del ordenamiento jurídico español, si existen denuncias, dado que la autoridad de competencia no tiene en este momento la posibilidad de priorizar asuntos y por tanto tiene la obligación de resolver las denuncias presentadas⁶⁵.

De otro modo, se estaría reconociendo una jerarquía de reacciones del ordenamiento que, en el caso de que exista diferencia de bienes jurídicos protegidos, tan solo encuentra su justificación en la prejudicialidad penal. La misma está regulada en la LDC (artículo 47) de una forma restrictiva ya que se establece que tan solo la existencia de una “cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para dictar la resolución o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda”. Tal situación no se verifica de manera ordinaria. De hecho podría decirse que resulta extraordinariamente infrecuente que no pueda prescindirse de la instrucción penal para dictar una resolución sancionadora en materia de competencia⁶⁶.

expedientes/sdc056515. Del mismo modo la resolución dictada en el Expte. SAMAD/08/18, UNIFORMES DE COLEGIO o Resolución del Consejo de la ADCA en el Expte. S/02/2010 - Distribución de Uniformes Escolares, de 23 de febrero de 2010.

65 La normativa española será modificada para introducir priorización de asuntos debido a la normativa europea con los riesgos y ventajas que tal posibilidad plantea. Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. DOUE 11/3 de 14 de enero de 2019.

66 Véanse, por ejemplo, asuntos como la Resolución del Consejo de la CNC de 26 de septiembre de 2013 Expte. S/314/10, Puerto de Valencia; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0293/10 - TRANSCONT. Puerto de Barcelona, de 10 de enero de 2013; STS 3631/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3631; las Sentencias del Tribunal Supremo referidas a la resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia sobre el transporte horizontal en el Puerto de Bilbao, de 10 de octubre de 2018 Nº de Recurso: 4387/2017; o las dictadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco a raíz de la resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia en el asunto Pinosolo STSJ de 15 de febrero de 2016, ECLI:ES:TSJPV:2016:255.

Existen muy escasos supuestos en que un expediente administrativo sancionador en materia de competencia se suspenda por prejudicialidad penal. De hecho, en algunos de ellos tal situación parece que podría estar justificada por una falta de voluntad de analizar las implicaciones de competencia cuando existen otras que pueden considerarse más graves y que por lo tanto, de ser sancionadas cubrirían las funciones de sanción y disuasión de manera suficiente.

Esta valoración desconoce sin embargo las enormes posibilidades de que la conducta no cumpla las exigencias de prueba o gravedad como para merecer sanción penal sin que tras el enjuiciamiento penal sea muy posiblemente reiniciar la tramitación del procedimiento administrativo por prescripción o falta de oportunidad. Ello supone que la conducta quede impune también desde la perspectiva de competencia.

Por ello la interpretación del artículo 47 de la LDC debería realizarse de manera literal y limitarse a los supuestos estrictamente recogidos en el mismo sin que se emplee una posible responsabilidad penal relacionada con los hechos analizados por la autoridad de competencia para archivar el procedimiento administrativo con riesgo de dejar impune una conducta tipificada.

49. Cuando la confluencia de posibles infracciones lo es con alguna otra rama del ordenamiento, ni siquiera la exigencia de prejudicialidad existe por lo que en caso de diferentes intereses jurídicamente protegidos no existe problema en la declaración de varias infracciones del ordenamiento y nada obsta, obviamente, a la sanción desde una perspectiva de competencia.

Incluso puede concluirse que en algunos casos, si se ha declarado la existencia de una infracción de otras normas jurídicas (sectoriales, de contratación, laborales, fiscales...) que genere competencia desleal con infracción del interés general, se facilitarían sensiblemente la incoación y consiguiente sanción por la autoridad de competencia ante una infracción del artículo 3 de la LDC.

50. Finalmente, en el caso de que existiese una confluencia de tipos infractores con identidad de intereses jurídicamente protegidos entre la normativa de competencia y otra rama del ordenamiento, podrían aplicarse de manera analógica las teorías del concurso del derecho penal y plantearse la posibilidad de declarar o no, dependiendo de los casos dos infracciones o imponer dos sanciones (siempre teniendo en cuenta la primera al decidir sobre la segunda).

En cualquier caso lo que no parece tener base jurídica ninguna es defender el archivo o no incoación de un expediente por esta razón, carente de base jurídica en el ordenamiento español.

2. La relación entre las vías de promoción y defensa de la competencia

51. Tal como hemos indicado previamente, existen definiciones negativas de la promoción de la competencia que la conceptúan por comparación con la defensa y consideran que constituye promoción toda aquella actividad de salvaguarda de la competencia que no se enmarca en los tipos infractores de la defensa.

De tal definición podría derivarse que existe una relación excluyente entre ambas funciones. Sin embargo tal conclusión resulta errónea porque promoción y defensa son interdependientes en muchos aspectos. Tales afirmaciones se recogen por los trabajos publicados por la OCDE⁶⁷. La misma organización subraya que las tareas de defensa y promoción no son ni pueden ser excluyentes dado que su interacción genera beneficios cruzados que no pueden ser desdeñados. La promoción de la competencia sirve sin duda a evitar conductas contrarias a la competencia y a detectarlas. La credibilidad de una autoridad de Competencia no puede medirse solo en conductas de promoción sino que requiere, obvia y especialmente, de la defensa⁶⁸. La interacción bidireccional se ha puesto de manifiesto por las más importantes autoridades de competencia del mundo por las ventajas para el interés general que pueden obtenerse del trabajo coordinado en general y en casos concretos⁶⁹.

A. La solución reciente de las autoridades de competencia en España

52. La CNMC ha realizado determinados archivos recientemente de los que podría deducirse que existe una relación excluyente entre las funciones de promoción y

67 DAF/COMP/LACF(2010)4, citado.

68 Transcribo, por su pertinencia en relación a la argumentación realizada las valoraciones de la OCDE “Such a definition suggests that advocacy and enforcement are mutually exclusive, but they are not. In many ways they are interdependent. Thus, as noted above, effective competition advocacy in the privatisation and regulatory reform processes can favourably impact enforcement by creating competitive markets, in which future abuses of dominance and collusion are less likely to occur. Success in building a competition culture has obvious benefits for enforcement: businesses will more readily comply voluntarily with the competition law; businesses and the public will more willingly co-operate with enforcement actions, by providing evidence and the like; and policy makers will more enthusiastically support the mission of the competition agency, in particular by giving more resources to it. Perhaps less well appreciated is how competition law enforcement can affect competition advocacy. Noted above is the importance of the agency’s credibility and reputation to successful competition advocacy efforts. Such credibility cannot be gained through advocacy alone; it must be enhanced by success in enforcing the competition law. It is imperative that the agency select and successfully prosecute cases that are widely viewed as beneficial to consumers, whether they involve destructive cartels, high profile, anticompetitive mergers or abusive conduct by notorious dominant firms. In the end, a competition agency’s reputation will be built largely upon its record in enforcing the competition law, and this reputation will significantly affect its influence as an advocate in other forums”.

69 La Office of Fair Trading (OFT) en el Reino Unido realizó en 2009 una acción en que vinculó defensa (imposición de una sanción a 103 empresas de construcción por un caso de bid rigging) OFT press release of 22 September 2009, Construction firms fined for illegal bid-rigging, en <http://www.oft.gov.uk/news-and-updates/press/2009/114-09>.

Simultáneamente realizó un informe dirigido a los poderes adjudicadores públicos y privados recomendando que no impusieran a las empresas responsables la prohibición de contratar y dando orientaciones para que se redactaran los pliegos de forma que pudieran evitarse en la medida de lo posible casos semejantes en el futuro. En http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/CE4327-04_Decision_public_1.pdf.

defensa de la competencia, al menos en lo tocante a la relación con las actuaciones de los poderes públicos⁷⁰.

53. Tomemos como ejemplo la resolución dictada en el caso EasyPark⁷¹. Los **hechos** de la resolución parten de la existencia de un contrato de concesión que “tiene por objeto la gestión, regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas y plazas de la vía pública” en una ciudad española para su adjudicación a través de un procedimiento abierto dividido en 4 lotes que se adjudican a sendas UTE.

El pliego de prescripciones técnicas del contrato indica que los parquímetros **tendrán** habilitados una serie de sistemas de pago del servicio por el usuario, sin perjuicio de que **puedan** ser ampliados a través de cualquier otro medio o dispositivo que en el futuro la tecnología permita. Entre ellos se encuentra el pago a través de dispositivos electrónicos móviles. El pliego **exige** a las entidades adjudicatarias la creación de una plataforma **integral** que permita los pagos mediante aplicaciones móviles en todo el territorio afectado por el contrato. Las adjudicatarias definieron que el pago se realizase por medio de tres sistemas de pago, propiedad de tres operadores vinculados con ellas mismas que se diseñaron como interoperables para ser compatibles entre sí permitiendo en pago en todo el territorio con cualquiera de ellas.

Sin embargo, cuando un operador diferente solicitó el acceso a la plataforma para permitir el pago con una aplicación diferente, la administración manifestó que el concesionario podía permitir el pago con las aplicaciones que considerara pertinente y además no facilitó el acceso alegando que el mismo se rige por el Pliego de Prescripciones técnicas.

Posteriormente, como resultado de una Terminación Convencional iniciada por el servicio de instrucción, el Ayuntamiento dictó unas instrucciones que establecían la obligación a las concesionarias de garantizar el acceso a la plataforma a cualquier empresa interesada en participar en el servicio, sin exigir expresamente estableciendo los cauces eficientes para garantizarlo un acceso no discriminatorio a la misma (tal como sería exigible por aplicación de la LDC tanto para el propio ayuntamiento como para las adjudicatarias).

70

71 Véanse nuevamente las mencionadas Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2019 Expte. SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2377357_1.pdf; Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, en <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc056515>. Del mismo modo la resolución dictada en el Expte. SAMAD/08/18, UNIFORMES DE COLEGIO o Resolución del Consejo de la ADCA en el Expte. S/02/2010 - Distribución de Uniformes Escolares, de 23 de febrero de 2010.

La CNMC manifiesta en su resolución que “el diseño de la propia concesión **debe** evitar la creación de barreras a la competencia innecesarias o desproporcionadas con los objetivos de la concesión, o la extensión de la posición dominante a actividades o mercados conexos que puedan funcionar en condiciones competitivas de mercado” y que “la inclusión del servicio de pago del estacionamiento regulado por medio de Apps como una de las prestaciones del Contrato **podría dar lugar a una restricción injustificada de la competencia si no se garantiza el acceso a operadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación**”.

Del mismo modo afirma la Sala que “en aquellas situaciones en las que un control público sobre la entrada al mercado se justifica con arreglo a razones de calidad o seguridad, **la elección de un mecanismo de cierre absoluto como la concesión a uno o varios operadores en exclusiva no resultaría congruente con el principio de mínima distorsión**, ya que tal régimen podría sustituirse por un sistema de autorización administrativa. **Tal sería el caso del mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App**, de modo que todas aquellas entidades capacitadas para ofrecer el servicio en condiciones que permitan la recepción de las tasas correspondientes por el Ayuntamiento, bajo determinados parámetros de seguridad, deberían poder entrar en el mercado, si así lo consideran, con el mero cumplimiento de determinados requisitos cuya imposición sólo corresponde a la Administración”.

A pesar de esas afirmaciones, la conclusión a que llega la Sala, de manera mayoritaria, es que el expediente debe ser archivado. Para ello se basa en los siguientes argumentos:

- que “las posibles barreras a la competencia derivadas del diseño y contenido del contrato de concesión de la gestión del servicio de estacionamiento regulado (posible reserva de un mercado conexo al de la concesión) **deben** abordarse desde otra aproximación”⁷².
- que el Ayuntamiento “es, en este caso, de acuerdo con la normativa vigente, **un “órgano de contratación” o “poder adjudicador”** de una concesión de ámbito local para la gestión del estacionamiento regulado” y **por tanto no actúa “como operador económico sino como administración**”. De este modo determina que “las concesiones objeto del expediente no pueden constituir una actuación anticompetitiva o abusiva, debiendo, en su caso, ser impugnadas conforme a otros criterios de legalidad cuyo examen corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.
- que “**al no participar** la administración en la prestación directa de estos servicios, ni de ningún otro relacionado o conexo, **no es posible poder apreciar una posición**

72 Véase la resolución SAMAD/03/16, citada.

de dominio del mismo en el mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App”.

Es decir, el expediente se archiva porque la administración no puede considerarse operador económico y por considerar que las limitaciones a la competencia denunciadas y acreditadas deberían haberse abordado desde la perspectiva de la promoción de la competencia y no desde la perspectiva de defensa.

54. Esta visión de la situación no es compartida por todas las autoridades de competencia españolas. Así lo han mantenido diversas resoluciones administrativas confirmadas en algunos casos por los tribunales⁷³.
55. Numerosas resoluciones de autoridades de competencia en España han considerado a diversas entidades públicas responsables de infracciones a la normativa de competencia empleando la defensa por considerarla más eficaz que la vía de la impugnación para garantizar un adecuado estándar de protección del interés general.

El Tribunal de Defensa de la Competencia declaró en el año 2000 al Ayuntamiento de Benasque responsable de una conducta de abuso de posición de dominio y competencia desleal. La administración actuaba, indudablemente, en calidad de operador económico⁷⁴.

En el mismo año la misma instancia sancionó un acuerdo para contingentar el número de licencias de taxi que podían trabajar a doble turno a doble turno en Barcelona. Se declaró responsables al *Institut Metropolitano del Taxi*, dependiente del Ayuntamiento de Barcelona como promotor y como firmantes a una serie de sindicatos de taxistas⁷⁵.

La Comisión Nacional de la Competencia declaró en el año 2008 al Ayuntamiento de Peralta responsable de una infracción por llevar a cabo un acuerdo con una asociación de feriantes que impedía la entrada en las fiestas de ciertas entidades. La resolución entiende que el convenio se suscribe para evitar la competencia entre las industrias feriales y similares durante las fiestas locales del municipio y durante

73 Véase la Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia, Expte. 07/2011, Contrato Telefónico Ayuntamiento de Bilbao, de 7 de septiembre de 2012, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera Recurso 940/2012 de 23 de mayo de 2017 y Resolución del Consejo de Defensa de la competencia de Andalucía S/01/2018, JOSÉ MANUEL PASCUAL PAS- CUAL de 2 de marzo de 2018, en http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Resoluci%C3%B3n%20S-01-2018_1.pdf

74 Véase la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000, Expte. R 393/98, Eléctrica de Eriste, en <https://www.cnmec.es/expedientes/r-33698>.

75 Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de marzo de 2000, Expte. 452/99, Taxis Barcelona, en <https://www.cnmec.es/expedientes/45299>.

los ejercicios 2005, 2006 y 2007⁷⁶. A la entidad firmante se le sanciona por abuso de posición de dominio.

En 2013 la CNC sancionó a un grupo de entidades junto con la administración autonómica y la autoridad portuaria por la realización de un acuerdo de cierre de mercado de transportistas en el puerto⁷⁷. En 2014 la Autoridad Vasca de la Competencia terminó convencionalmente un expediente contra tres Colegios de Farmacéuticos, las administraciones provinciales vascas y el Gobierno Vasco, por la suscripción de un acuerdo en virtud del cual determinadas oficinas de farmacia prestaban los medicamentos con un determinado descuento a las residencias de ancianos a cambio de que el Gobierno no realizara un desarrollo reglamentario que permitía la distribución de medicamentos a entidades diferentes de las oficinas de farmacia⁷⁸.

También en 2014 la autoridad andaluza de competencia sanciona al Ayuntamiento de Granada y a dos colegios profesionales por realizar un acuerdo en virtud del cual se cierra el mercado de las inspecciones técnicas de edificios a determinados profesionales⁷⁹.

La ACCO sancionó al Ayuntamiento de Hospitalet de Llobregat por realizar una recomendación referida al traslado de cadáveres⁸⁰.

La Resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia, en el Expediente *Institut Municipal de Parcs i Jardins* de Barcelona, impuso una sanción por abuso de posición de dominio al ente dependiente del Ayuntamiento de Barcelona por licitar una exclusiva de suministro de determinadas marcas de productos de helados que posteriormente eran impuestas a los chiringuitos adjudicatarios de las licencias de ocupación en las playas de Barcelona. En el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de exclusiva de marca de productos a distribuir en los quioscos de las playas de Barcelona se fija un canon mínimo anual de 425.000 euros. La resolución fue recurrida por la CNMC por considerar que la conducta no podía ser objeto de defensa de la competencia sino tan solo de actos de promoción pero fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁸¹.

76 Resolución de la CNC de 7 de mayo de 2008 Expte. 632/07, Feriantes Ayuntamiento de Peralta en https://www.cnm.es/sites/default/files/35443_7.pdf.

77 Resolución del Consejo de la CNC de 26 de septiembre de 2013 Expte. S/314/10, Puerto de Valencia.

78 Resolución de la AVC de 4 septiembre 2014, Expte. 10/2012, Servicios Farmacéuticos Residencias 2, en http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/Resoluci%C3%B3n%20Servicios%20Farmac%C3%A9uticos%20Residencias%202_web.pdf.

79 Resolución del Consejo de Andalucía 18 de junio de 2014S/12/2014 Inspección de edificios Granada en Resolución del Consejo de Andalucía 18 de junio de 2014S/12/2014 Inspección de edificios Granada, en <http://www.juntadeandalucia.es/de-fensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/S%2012%202014.pdf>.

80 Resolución de la ACCO de 25 de noviembre de 2014, Exp. n.º 40/2011, Servicios Funerarios del Llobregat en http://acco.gencat.cat/web/.content/80_accoco/documents/arxiu/actuacions/Resolucio-exp-40-2011-esp.pdf.

81 Resolución de la l'Autoritat Catalana de la Competència de 14 de julio de 2014 Expediente Institut Municipal de Parcs i Jardins de Barcelona recurrida por la CNMC y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia de 1 de junio de 2017 Recurso 462/2014.

La AVC llevó a cabo en 2015 un expediente contra una administración provincial y un grupo de ayuntamientos porque habían suscrito un acuerdo en virtud del cual el medio propio de la administración provincial prestaría servicios de diseño de proyectos a los ayuntamientos, cerrando el mercado al sector privado y en condiciones sensiblemente menos eficientes que las ofrecidas por éste⁸².

En 2017 la misma AVC resolvió un expediente de *bid rigging* en el sector del transporte por carretera de Gipuzkoa que se había incoado contra la administración, una empresa pública dependiente del Gobierno Vasco y el funcionario encargado de la contratación Transporte de Gipuzkoa. A pesar del contenido de la Propuesta de Resolución, el Consejo consideró no acreditada la infracción para todos los entes o personas vinculados al poder público⁸³.

El citado asunto resulta especialmente interesante ya que las adjudicaciones de las licitaciones cuya alteración se acreditó en el expediente de defensa fueron impugnadas al considerar la autoridad de competencia que el diseño de los pliegos y la valoración de las ofertas no era acorde a derecho y buscaba que las empresas incumbentes fueran las adjudicatarias de los nuevos concursos. Sin embargo, las impugnaciones fueron desestimadas al considerar los tribunales que se debían haber impugnado los pliegos en lugar de las adjudicaciones, cuestión que no fue posible, dado que la conducta se conoció transcurridos los plazos procesales para esta posibilidad⁸⁴.

La consecuencia de toda la situación es que las empresas infractoras siguen ejecutando los contratos cuyo reparto supuso la imposición de la infracción administrativa de competencia con claro perjuicio para el interés general.

En 2017 la Autoridad Catalana resolvió por terminación convencional un expediente en que se analiza una posible infracción de la LDC generada por “una normativa local destinada a regular la distribución de espacios en la Feria de Sant Ermengol (*Criterios a seguir para la distribución de espacios en la Feria de Sant Ermengol*), aprobada por el Ayuntamiento de la Seu d’Urgell. La ordenanza del Ayuntamiento contenía varios artículos que alteraban “injustificadamente las condiciones de competencia entre las

82 Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 11 de noviembre de 2015, Expte. 7/2013, OBRAS PÚBLICAS ÁLAVA (Arabako lanak), en https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci_adjuntos/RESOLUCION%20arabako%20lanak%20definitiva%20sin%20firmas.pdf.

83 Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 27 de diciembre de 2017, Transporte de viajeros de Gipuzkoa, Proyecto nº 130-SAN-2016, en https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci_adjuntos/130_RESOLUCION_TRANSPORTE_GIPUZKOA_web_es.pdf.

84 Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso de 6 de julio de 2016, Rec. 2285/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:2285; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso de 14 de diciembre de 2016, Rec. 4211/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:4211; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso de 20 de diciembre de 2016, Rec 444/2015, ECLI: ES:TSJPV:2016:4210; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso de 2 de marzo de 2017, Rec. 443/2015, ECLI: ES:TSJPV:2017:1191.

empresas” situando a algunas de ellas “en una posición más ventajosa” favoreciendo a las entidades “que radiquen en el municipio de la Seu d’Urgell y a los expositores que tienen una mayor antigüedad en la participación en la Feria de Sant Ermengol, sin que todo ello sea producto de sus méritos empresariales y, por lo tanto, falsea injustificadamente la competencia en perjuicio de los visitantes/consumidores del citado evento”⁸⁵.

En 2018 la Autoridad Catalana de Competencia (ACCO) dictó una Resolución, APARCAMIENTO SANT JOAN DESPÍ, que analiza unos hechos muy próximos a los previamente expuestos en el asunto de la CNMC y los finaliza por medio de una Terminación Convencional cuyo objeto es paralizar la conducta de manera rápida y eficiente⁸⁶.

En diciembre de 2019, la ACCO dictó una muy interesante resolución en el asunto Radares Meteorológicos⁸⁷. El asunto tiene relevancia, dado que en un asunto de *bid rigging* se declara responsable (junto con las empresas) al funcionario encargado de organizar el contrato en calidad de facilitador. Resulta peculiar, sin embargo, que no se considere incluida a la administración contratante (que al menos tendría responsabilidad in vigilando respecto del funcionario encargado).

56. De cuanto antecede se deduce que hay un nutrido cuerpo de resoluciones dictadas por numerosas autoridades de competencia españolas que se han mostrado favorables a considerar a los poderes públicos como sujetos activos de las infracciones de competencia no solo a título de autores sino también de facilitadores y no solo actuando como operadores económicos sino también ejerciendo potestades públicas. Es decir, sin limitar a la función de promoción la reacción posible de las autoridades de competencia en los casos en que ésta sea posible.

B. Una jurisprudencia no unánime

57. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en varias ocasiones. Ya en 2008 el se pronunció sobre la cuestión a raíz del Código Deontológico de la Abogacía que prohibía la *cuota litis*, lo que había sido calificado por el TDC como una decisión colectiva restrictiva de la competencia⁸⁸.

85 RESOLUCIÓN de la ACCO de 16 de febrero de 2017, Expediente n.º 63/2014, FERIA DE SANT ERMENGOL.

86 Resolución de la Autoritat Catalana de la Competencia de 19 de diciembre de 2018. Expediente 79/2016, APARCAMIENTO SANT JOAN DESPÍ

87 Resolución de la Autoridad Catalana de Competencia de 23 diciembre de 2019, Expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico en http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acc0/documents/arxiu/actuacions/20200121_Resolucio-exp-94.18-PUB.pdf.

88 Sentencia del TS núm. 6610/2008, de 4 de noviembre de 2008, Rec. núm. 5837/2005, relativa a la resolución del TDC de 26 de septiembre de 2002, en el Expte. 528/01, Consejo General de la Abogacía (*cuota litis*).

La alta instancia dijo entonces que:

“resulta claro que la función de ordenación de las profesiones colegiadas y su regulación deontológica, así como, en concreto, el establecimiento de criterios sobre remuneración, todo ello con carácter vinculante, constituye una potestad de innegable carácter público, sin la cual no podría ser obligatoria para los colegiados (...) la prohibición de la cuota litis en sentido estricto choca frontalmente con lo establecido en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios así como la de otras condiciones comerciales o de servicio. No cabe duda, en efecto, que la prohibición de la que se habla supone una fijación indirecta de precios mínimos que impide la libertad por parte del profesional de condicionar su remuneración a un determinado resultado positivo. Supone también y por ello mismo una limitación en cuanto a las condiciones en que se presta el servicio profesional. Por las mismas razones se incumple lo prevenido en la Ley de Colegios Profesionales al determinar que el ejercicio de las profesiones colegiadas se ha de realizar en régimen de libre competencia y sujeto “en cuanto a la oferta de servicios y la fijación de su remuneración” a las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia (artículo 2.1, segundo párrafo) y, que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica han de observar los límites del referido artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia”

58. En la mencionada Sentencia Vinos de Jerez, crucial también a estos efectos, el TS manifiesta que “sin duda habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, por los órganos de las Comunidades Autónomas con atribuciones en materia de defensa de la competencia será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso- Administrativa conforme a lo previsto en los artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007. Pero **la capacidad de reacción de las autoridades** de defensa de la competencia **no puede quedar reducida** a esa vía impugnatoria; **sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales** como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando⁸⁹.”

De las citadas afirmaciones debe deducirse que el Tribunal Supremo no plantea las vías de la impugnación y sanción como excluyentes entre sí. De la afirmación del

89 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, Recurso 2946/2013, (ECLI: ES:TS:2016:3525), dictada respecto de la Resolución de 6 de octubre de 2011 de la CNC en el expediente S/167/09 productores de uva y vino de Jerez accesible en <https://www.cnmec.es/expedientes/s016709>.

Tribunal se deduce, por el contrario, que será necesario realizar un análisis caso por caso (“**sin duda habrá supuestos en que**”) y también que la capacidad de reacción por la vía de la promoción de la competencia no excluye la vía de la defensa. No en vano el Tribunal mantiene que la capacidad de reacción “**no puede quedar reducida**” a la primera vía “**sobre todo**” cuando se trata de actuaciones como las allí analizadas.

59. Sin embargo, poco después, en su sentencia de 27 de julio de 2017, el Tribunal manifestó algo diferente al entender que, desde el momento en que la LDC atribuye a la autoridad de competencia la posibilidad de impugnación, desaparece la capacidad de estos organismos de “considerar ya por su propia autoridad disconformes a derecho los actos y disposiciones generales de rango inferior a la ley de las Administraciones Públicas”⁹⁰. Afirma el Tribunal que la capacidad de impugnación no solo genera una facultad para la autoridad de competencia sino que “**paradójicamente, (crea) una cierta carga** pues, de no impugnarlos, la Comisión Nacional de la Competencia no podrá desconocer por otras vías la presunción de validez de los actos administrativos de las diferentes Administraciones Públicas (ella misma es un órgano administrativo, no jurisdiccional) **ni considerar, por su propia autoridad, disconformes a derecho las disposiciones reglamentarias**”.

Todo ello no implica que las administraciones no puedan generar problemas de competencia sino que los mismos tan solo podrán ser abordados desde la perspectiva de defensa cuando la actuación de la Administración Pública se produce no en virtud de sus atribuciones de *imperium* sino en su calidad de operador económico que interviene en el mercado y presta sus servicios dentro de un marco de concurrencia con otros agentes.

El TS resolvía en contra de una resolución de la Autoridad Catalana de Competencia que sancionaba a un Colegio Profesional por los acuerdos contrarios al art. 1 LDC consistentes en la introducción en los Estatutos, Reglamento de Régimen Interno y Reglamento de turno de valoraciones, de restricciones de la competencia relativas al acceso y ejercicio de la profesión y a la fijación de honorarios mínimos. El Tribunal considera que es necesario hacer una distinción entre la adopción de decisiones manifestadas en acuerdos de los órganos de gobierno del Colegio trasladados a la normativa colegial y la recomendación colectiva concretada en la elaboración de una lista de honorarios. Las primeras (normas colegiales y las decisiones previas a su

90 Sentencia del TS núm. 3131/2017, de 27 de julio, Rec. núm. 965/2015, relativa a la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de 25 de julio de 2012, Expte. ACCO 25/2010, COAPI Barcelona. Esta sentencia también se ampara en otras anteriores, muy especialmente en la sentencia del TS núm. 3141/2013, de 14 de junio, Rec. núm. 3568/2010, relativa a la Resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009, Expte. 650/08, Funerarias Baleares, de forma que fija jurisprudencia en este sentido.

adopción) tendrían naturaleza pública y habrían sido adoptadas gracias a la atribución de competencias de los poderes públicos.

Sin embargo, la recomendación colectiva, debía ser considerada en sí misma (con independencia de que hubiera sido posteriormente incorporada a los estatutos), como una recomendación colectiva que no puede ampararse en las funciones de carácter público del Colegio. En este caso el Colegio estaría actuando como representante asociativo de unos profesionales y en defensa de sus intereses. Por ello estaría actuando como operador económico y por lo tanto su actuación puede constituir una infracción.

60. El análisis jurisprudencial no puede desconocer la visión ofrecida en este punto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En respuesta a una cuestión prejudicial, el Tribunal analiza un reglamento adoptado por un colegio profesional que imponía una serie de obligaciones relativas a la formación de los colegiados⁹¹. El TJUE concluyó que el Colegio creando estas normas se configuraba como un órgano regulador de una profesión y que la conducta podía ser calificada como una decisión colectiva tipificada en el artículo 101 del TFUE. En concreto:

44. Aun suponiendo que dicho Reglamento no tenga influencia directa en la actividad económica de los propios expertos contables, como parece sugerir el órgano jurisdiccional remitente en su tercera cuestión, esta circunstancia no podría por sí sola excluir del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE una decisión de una asociación de empresas.
45. Una decisión de este tipo puede, en efecto, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, no sólo en el mercado en que los miembros de un colegio profesional ejercen su actividad, sino también en aquel otro en el que el propio colegio desarrolla una actividad económica.
46. En segundo lugar, cuando adopta un reglamento como el aquí controvertido, un colegio profesional como la OTOC no ejerce prerrogativas del poder público, sino que se configura más bien como el órgano regulador de una profesión cuyo ejercicio constituye, por otro lado, una actividad económica.

91 Sentencia de 28 de febrero de 2013, en el asunto C-1/12, *OTOC*. Esta cuestión prejudicial tenía por finalidad analizar la compatibilidad con el artículo 101 TFUE del Reglamento da Formação de Créditos (Reglamento sobre la obtención de créditos) adoptado en mayo de 2007 por la Cámara del Colegio de expertos contables (OTOC), en el marco de un litigio de la autoridad portuguesa de competencia, que imponía a todos los expertos contables la obligación de obtener determinada formación dispensada por la OTOC o aprobada por ésta, y otorgaba la decisión a la OTOC sobre qué organismos de formación estaban autorizados para efectuar acciones de formación. No se trataba por tanto del propio estatuto colegial, sino de un reglamento adoptado en desarrollo de aquel.

C. Análisis de las posibles soluciones

61. Como se ha podido observar, la jurisprudencia no es unánime respecto de la relación que debería plantearse en los supuestos en que una conducta llevada a cabo por un poder público pudiera ser susceptible de impugnación y de infracción. Por ello, en aras de enriquecer la discusión, recogemos a continuación algunas visiones de los pros y contras de cada una de las posibles interpretaciones.
62. Como hemos visto, ante una conducta que puede constituir una limitación a la competencia y puede ser objeto de impugnación, la autoridad de competencia tendría **varias posibilidades de reacción**. Podría sin duda emplearse la vía de la promoción *ex ante*, realizando recomendaciones a las administraciones para que opten por soluciones que garanticen el acceso al mayor número posible de operadores y no generen discriminación ni otros problemas de competencia. De este modo se promovería la posibilidad de que los ciudadanos se beneficien de las ventajas que se derivan de la competencia entre los operadores (en precios, prestaciones o calidad del servicio recibido).

En segundo lugar, también existe la posibilidad (aún dentro de la vía de la promoción de la competencia, pero en este caso *ex post*) de impugnar las decisiones administrativas (incluyendo las normas con rango inferior a la Ley).

Sin embargo, esta posibilidad tiene en nuestro ordenamiento jurídico una limitación temporal acusada, dado que los plazos de impugnación son, en general, de dos meses. Transcurrido ese plazo, las posibilidades de impugnación quedan limitadas (siendo tan solo posible impugnar los posibles actos de ejecución).

Por esta razón limitar la vía de la defensa en estos supuestos por el hecho de que una impugnación hubiese sido posible, circunscribe sin base jurídica alguna las posibilidades de reacción de la Administración para actuar de manera eficaz ante restricciones de la competencia que generan un desvalor en el mercado (empresa denunciante) y que reducen el requerido estándar de protección del interés general (ciudadanos que se beneficiarían de la competencia entre los posibles operadores entrantes)⁹².

Además, si se optase por esta interpretación, en el caso de que una autoridad de competencia no tuviese conocimiento de las barreras de entrada en plazo para la impugnación, no existiría vía alguna para compeler a la Administración que ha establecido las barreras injustificadas a eliminarlas durante la vida del contrato. Ello situaría a los

92 A.FELS/ W.NG, "Rethinking Competition Advocacy in Developing Countries", en D.SOKOL/ T.CHENG/I.LIANOS, *Competition Law and Development*, Stanford University Press, England, 2013, pág. 182 a 198.

adjudicatarios en una posición de indebida ventaja durante un período que dependiendo de los supuestos puede ser prolongado y, lo que es más grave, privaría a los operadores entrantes y a los ciudadanos de derechos amparados por el ordenamiento.

63. La exigida eficacia en la actuación de la Administración, y en consecuencia todas las administraciones y entes públicos, así como de las autoridades de competencia, impide esta interpretación limitativa de las capacidades abiertas por la Ley a las autoridades de competencia.

La misma no podría considerarse conforme con el artículo 103.1 de la Constitución Española que consagra el principio de eficacia y pleno sometimiento a la Ley y al Derecho en la actuación administrativa ni tampoco con el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que recoge el derecho de los ciudadanos a una buena administración.

IV. Conclusión

Las ventajas que la competencia genera en la sociedad son profundas y por ello requieren de un sistema institucional fuerte e independiente de los poderes públicos y económicos que, con determinación y seguridad jurídica, garantice la aplicación de los principios inspiradores de este régimen jurídico. Cada una de las herramientas previstas en el ordenamiento para verificar las limitaciones a la competencia que se pueden generar por un poder público tiene ventajas que las hacen más o menos adecuadas dependiendo de los supuestos.

Sin embargo, la limitación de las funciones de defensa de la competencia cuando sea posible el recurso a la impugnación que se impondría si se asienta la jurisprudencia reciente mencionada carecería de un fundamento normativo claro e iría en contra del efecto útil del Derecho de la competencia y la requerida eficiencia en la aplicación de los principios de competencia. Esta interpretación vendría a cristalizar, por una mera limitación procedimental, restricciones que generan efectos negativos para el interés general.

Por ello podemos concluir que la vía de la promoción es útil y eficaz para analizar las limitaciones a la competencia de los poderes públicos y puede considerarse imprescindible, pero en algunos casos no resulta suficiente para alcanzar los objetivos de protección del bienestar social pretendidos. En esos supuestos la vía de la defensa de la competencia, que implica considerar a los poderes públicos responsables de la comisión de infracciones de competencia, es la más o incluso la única vía para conseguir la adecuada protección del interés general.

Considerar que no cabe defensa de la competencia en los supuestos en que pueden realizarse impugnaciones puede resultar contrario al efecto útil del derecho de la competencia. Por ello ambas vías de actuación deben necesariamente considerarse herramientas complementarias y en ningún caso excluyentes.

La Inteligencia Artificial en la Política de Defensa de la Competencia: Perspectivas del CADE¹

Carlos Eduardo Veras Neves, Tanise Brandão Bussman y Rubem Accioly Pires
Unidad de Inteligencia de la Superintendencia General del CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Brasil (Consejo Administrativo de Defensa Económica).
(Artículo presentado en inglés con traducción al español hecha por el SELA)

Introducción

En 2013, durante los debates de la OCDE sobre las investigaciones ex officio de cárteles, solo unas pocas jurisdicciones utilizaban herramientas informáticas para la detección de cárteles. Sin embargo, los avances tecnológicos y la creciente disponibilidad de datos han aumentado significativamente el interés por aprovechar la inteligencia artificial (IA) y el aprendizaje automático (ML, por sus siglas en inglés) para apoyar el trabajo de los organismos antimonopolio. Autoridades de todo el mundo han desarrollado herramientas para detectar cárteles de manipulación de licitaciones, mientras que la investigación académica sobre estos métodos sigue creciendo. Varias agencias han avanzado mediante la integración de herramientas de modelado a gran escala (LLM, por sus siglas en inglés) y aprendizaje automático en sus flujos de trabajo. Estas innovaciones se centran en analizar grandes volúmenes de datos de texto y mejorar la identificación proactiva de la colusión en los procesos de contratación.

El Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) ha adoptado estas tecnologías con el “Proyecto *Cérebro*”. Esta iniciativa se centra en la aplicación de la economía, la econometría, la ciencia de datos, el aprendizaje automático y las técnicas de IA para ayudar en las investigaciones antimonopolio, demostrando que las herramientas informáticas pueden desempeñar un papel decisivo en la detección de cárteles, la obtención de autorizaciones judiciales para buscar pruebas directas y el apoyo a otras medidas necesarias para prevenir las infracciones de las normas antimonopolio.

¹ Este documento ha sido redactado por Carlos Eduardo Veras Neves, Tanise Brandão Bussman y Rubem Accioly Pires, de la Unidad de Inteligencia de la Superintendencia General del CADE. La revisión es obra de las traductoras internas de la Unidad Internacional del CADE: Karine Neumann Gonçalves, Nathalia Oliveira Silva y Wictória Johanna Campos Pinheiro.

Aplicación de datos e IA para detectar cárteles de manipulación de licitaciones

En Brasil, las contrataciones públicas representan aproximadamente el 12% del Producto Interno Bruto (PIB)². Dada la relevancia económica del mercado de contratación pública, los organismos gubernamentales deben prestar especial atención a este sector para evitar y combatir las infracciones antimonopolio.

En virtud de las disposiciones de la ley brasileña de competencia (Brasil, 2011), el CADE tiene autoridad legal para prevenir y reprimir las infracciones del orden económico, incluida la manipulación de licitaciones. Las compañías que participan en un cártel están sujetas a multas administrativas impuestas por el Tribunal del CADE. Las multas pueden oscilar entre el 0,1% y el 20% de la facturación bruta de la empresa en el ámbito de actividad en el que se produjo la infracción, entre otras sanciones (CADE, 2014).

Según un estudio publicado por el Departamento de Estudios Económicos del CADE (DEE), las acciones de la autoridad antimonopolio brasileña tuvieron un impacto económico beneficioso de unos 16.300 millones de BRL en 2023. Además, el departamento estima que la media móvil de los beneficios derivados de sus actividades entre 2021 y 2023 fue de 12.200 millones de BRL (CADE, 2023). En 2023, el CADE tenía trece casos de cárteles. El tribunal dictó sentencia condenatoria en nueve de ellos, cuatro de los cuales eran casos de manipulación de licitaciones.

El DEE (CADE, 2023) también declaró que, además de las multas, los beneficios esperados de las acciones del CADE en casos de cárteles eran de aproximadamente 562,9 millones de BRL. Este importe tiene en cuenta los beneficios para los consumidores resultantes de una resolución específica e incluye algunas variables: el volumen de negocios de las empresas implicadas y el mercado afectado, el aumento de precios eliminado o evitado y la duración prevista del efecto sobre los precios. Por lo tanto, la represión de la manipulación de licitaciones también afecta a la eficacia de las políticas públicas, especialmente para las poblaciones vulnerables. En Brasil, la manipulación de licitaciones ocurre tanto en obras de infraestructura como en la adquisición de medicamentos de alto costo.

Además, según Oliveira (2023), la doctrina jurídica brasileña identifica una sinergia relevante entre la manipulación de licitaciones y la corrupción de agentes privados y públicos. También afecta directamente el desarrollo de obras y servicios públicos que pasan por contrataciones e indirectamente afecta el desarrollo de políticas públicas.

En este contexto, el CADE se ha esforzado por equiparse mejor para luchar contra las prácticas colusorias, cada vez más complejas y difíciles de detectar. En consecuencia, el

² Disponible en portugués en: <https://www.gov.br/gestao/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/principais-acoes-na-area-economica/acoes-2022/ministerio-da-economia-divulga-planejamento-das-contratacoes-publicas>. Consultado el 12/12/2024.

uso de herramientas tecnológicas basadas en datos tiene un papel esencial para mejorar la detección de cárteles y desarrollar inteligencia para construir investigaciones más sólidas.

Conceptos técnicos

McCarthy (2007) afirma que la IA es “la ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes”. El campo de la IA y el ML, uno de sus subcampos, se creó en 1956. En la actualidad, el campo moderno del ML se centra en dos temas: las computadoras que pueden aprender a partir de ejemplos y la investigación de las redes neuronales (NN, por sus siglas en inglés) (Kelleher, 2019).

El ML consiste en desarrollar y evaluar algoritmos que permitan a una computadora extraer (o aprender) funciones a partir de conjuntos de datos (que son conjuntos de ejemplos). En otras palabras, el ML consiste en programar computadoras para que aprendan de los datos (Gèron, 2021). Existen varias categorías de modelos de ML; sin embargo, para simplificar, aquí nos centraremos en dos de ellas: los modelos de aprendizaje supervisado (SL, por sus siglas en inglés) y los modelos de aprendizaje no supervisado (UL, por sus siglas en inglés):

- El aprendizaje supervisado requiere datos etiquetados para entrenar modelos. Algunos algoritmos, como la regresión lineal, los árboles de decisión, las NN y las máquinas de vectores de soporte, pueden entrenarse para identificar patrones que son indicadores de colusión, como precios de oferta idénticos o adjudicaciones repetidas de licitaciones a los mismos grupos de empresas. Aunque son eficaces, los SL dependen en gran medida de la disponibilidad de conjuntos de datos etiquetados, que pueden ser escasos en las aplicaciones antimonopolio.
- El aprendizaje no supervisado se utiliza para identificar agrupaciones y anomalías dentro de los conjuntos de datos. Algunas técnicas, como la agrupación K-Means y la agrupación jerárquica, se aplican para agrupar empresas basándose en comportamientos de contratación similares. Puede utilizarse para revelar patrones en los que determinadas empresas ganan licitaciones con frecuencia a tasas estadísticamente improbables.

Las NN son los bloques de construcción del subcampo de la IA conocido como aprendizaje profundo (DL), que se centra en la creación de grandes modelos de redes neuronales que puedan tomar decisiones precisas basadas en datos (Kelleher, 2019). Estos modelos especializados de DL procesan grandes volúmenes de datos textuales, numéricos e incluso visuales. Las arquitecturas basadas en transformadores, como BERT (*Bidirectional Encoder Representations from Transformers*) y los modernos transformadores preentrenados generativos (GPT, especializados en la generación autorregresiva de texto), son un tipo de

arquitectura de aprendizaje profundo especializada en la generación de texto. Estos modelos pueden ser útiles para descubrir relaciones complejas en los textos de contratación y útiles cuando la autoridad de competencia busca indicios de manipulación de licitaciones en datos no estructurados.

La experiencia del CADE

La Oficina del Superintendente General del CADE (SG) ha utilizado un enfoque basado en datos para mejorar sus resultados en las investigaciones sobre manipulación de licitaciones. La SG tiene acceso a una gran cantidad de datos de contratación pública federal, que es el factor clave detrás del uso de herramientas basadas en datos e IA para luchar contra los cárteles.

Sin embargo, la tecnología y los datos no bastan para llevar a cabo una investigación eficaz. Hay que utilizar sistemáticamente las herramientas disponibles para que sea coherente, reduciendo el riesgo de invalidar todo el proceso o la decisión.

Por ello, el Proyecto *Cérebro* ha participado activamente en las investigaciones. El trabajo en colaboración de investigadores experimentados permite considerar soluciones tecnológicas que respondan eficazmente a los problemas de la investigación. Así, la investigación y el desarrollo de herramientas se centran en el problema a resolver, dando como resultado una metodología (o sendero) con el uso de herramientas computacionales para las investigaciones de manipulación de licitaciones. En pocas palabras, la metodología pretende establecer una guía paso a paso, siempre referida a datos y herramientas que puedan utilizarse.

Por ejemplo, un buen punto de partida para una investigación sobre manipulación de licitaciones es intentar comprender las interacciones entre empresas en los contratos públicos.

Como demuestran Wachs y Kétesz (2019), los cárteles pueden identificarse utilizando métodos basados en redes (Figura 1), aprovechando la idea de que la red de interacción entre empresas puede revelar puntos prominentes en los que la cooperación se mantiene más fácilmente. Los grupos de empresas en estas posiciones prominentes (mayor centralidad) interactúan repetida y predominantemente entre sí -licitando por las mismas licitaciones- creando condiciones ideales para superar los problemas de coordinación y control internos, lo que les permite participar en comportamientos anticompetitivos. Basándose en métricas y técnicas de la Teoría de Grafos, algunos patrones pueden interpretarse como posibles canales de comunicación entre empresas, incluso sobre aquellas que probablemente participan en licitaciones para simular la competencia, por ejemplo, utilizando licitaciones encubiertas.

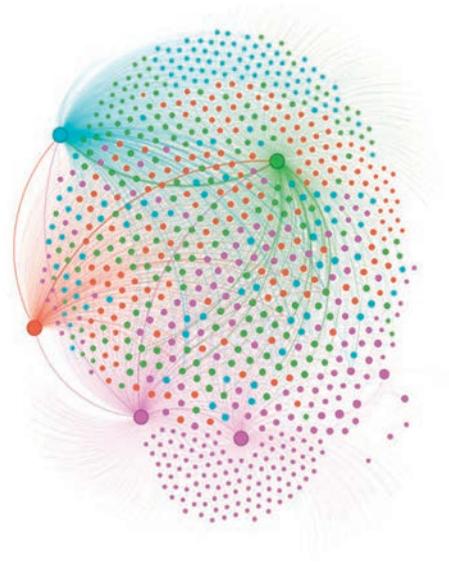


Figura 1. Ejemplo de red de licitación conjunta que puede analizarse utilizando métricas y técnicas de métodos basados en redes.

Una vez identificados los licitadores en las posiciones y comunidades más destacadas, el investigador puede utilizar otras herramientas para señalar las licitaciones sospechosas, incluidas la IA y las cribas estadísticas. Algunas cribas como la asimetría y el coeficiente de variación pueden utilizarse como variables de entrada para algoritmos de aprendizaje no supervisado, con el objetivo de identificar clústeres con patrones anómalos que puedan ayudar a distinguir a los licitadores sospechosos, incluso sin conocer su comportamiento esperado.

Dado que todas las herramientas basadas en datos e IA se utilizan para encontrar pruebas indirectas de colusión -lo que no basta para construir un caso en Brasil-, deben evaluarse mediante un enfoque holístico, teniendo en cuenta todas las piezas de información recopiladas durante la investigación.

En este punto, las técnicas de IA pueden ser aplicables en las investigaciones antimonopolio, tales como ML y LLMs. No sólo pueden ayudar a la autoridad a entender el conjunto de información disponible, sirviendo como facilitadores en la búsqueda masiva de información en datos estructurados y no estructurados del CADE, sino también ser utilizadas como herramientas de apoyo para interpretar los datos obtenidos.

Mejor experiencia de usuario e información contextual

La eficacia de las herramientas de IA no depende únicamente de su sofisticación técnica, sino también de su facilidad de uso. Los investigadores carecen a menudo de conocimientos técnicos para manejar sistemas complejos, por lo que es esencial que las interfaces sean fáciles de usar. La disciplina emergente del diseño de la experiencia del usuario (UX, por sus siglas en inglés) hace hincapié en la creación de herramientas digitales intuitivas, accesibles y eficaces.

Los crecientes esfuerzos del CADE por adoptar interfaces conversacionales, inspiradas en modelos como ChatGPT, ilustran este principio. Estas herramientas permiten a los investigadores interactuar con conjuntos de datos y resultados analíticos mediante consultas en lenguaje natural, lo que simplifica su flujo de trabajo. Por ejemplo, un investigador puede solicitar un resumen de pruebas clave o información sobre entidades concretas sin tener que navegar por intrincadas bases de datos.

Para mejorar la precisión contextual de las herramientas de IA, la agencia está explorando la posibilidad de utilizar la Generación Mejorada por Recuperación (RAG, por sus siglas en inglés). Esta técnica integra los LLM con sistemas de recuperación de información, lo que permite al modelo acceder a bases de conocimiento específicas de cada caso, como jurisprudencia, expedientes y manuales. Al incorporar datos estructurados (p. ej., hojas de cálculo) y no estructurados (p. ej., textos e imágenes), las herramientas impulsadas por RAG se utilizan para resumir pruebas, interpretar datos visuales y respaldar consultas específicas del contexto, entre otras cosas. Estos avances pretenden mejorar la eficiencia de los investigadores agilizando la interpretación de vastos conjuntos de datos y mejorando los procesos de toma de decisiones.

Conclusión

Desde 2013, la adopción de herramientas informáticas para detectar cárteles ha pasado de ser una rareza a una necesidad estratégica. Las inversiones del CADE en IA y ML, en particular a través del Proyecto *Cérebro*, transformaron el enfoque de la aplicación de la legislación antimonopolio. Al integrar la ciencia de datos con las prácticas de investigación, la autoridad brasileña ha mejorado su capacidad para detectar y perseguir eficazmente los cárteles de manipulación de licitaciones.

Uno de los principales logros del CADE consiste en integrar la ciencia de datos con las prácticas de investigación tradicionales. La colaboración entre los científicos de datos y los investigadores de los Proyectos *Cérebro* garantiza que las soluciones tecnológicas aborden los retos de aplicación de la ley en el mundo real. Esta alineación ha permitido a la agencia:

- **Desarrollar vías de investigación:** establecer metodologías para incorporar herramientas de IA en las distintas etapas de una investigación, desde la detección inicial hasta las solicitudes judiciales;
- **Validar los indicadores de colusión:** contextualizar las pruebas indirectas, como los análisis estadísticos, dentro de estrategias de investigación más amplias para construir casos convincentes;
- **Mejorar la eficiencia de la investigación:** proporcionar a los investigadores información procesable a través de cuadros de mando y resúmenes automatizados, reduciendo el tiempo de análisis manual.

Aunque la integración de la IA y el ML en la aplicación de la legislación antimonopolio ofrece un inmenso potencial, sigue habiendo retos:

- **Calidad y disponibilidad de los datos:** la eficacia de las herramientas de IA depende de la calidad y pertinencia de los conjuntos de datos. La mala calidad de los datos puede socavar el rendimiento del modelo y llevar a conclusiones inexactas;
- **Interpretabilidad de los modelos:** muchos modelos de ML, en particular las arquitecturas de aprendizaje profundo, funcionan como “cajas negras”, lo que dificulta la explicación de sus resultados. Mejorar la transparencia de los modelos es crucial para la aceptación judicial y regulatoria;
- **Equilibrio entre simplicidad y sofisticación:** lograr el equilibrio adecuado entre la complejidad y la facilidad de uso de las herramientas garantiza que los investigadores puedan aprovechar plenamente las capacidades de la IA sin necesidad de una formación exhaustiva.

La investigación en curso de CADE sobre diseño de UX e IA contextual refleja el compromiso de abordar estos retos. Al priorizar herramientas fáciles de usar y metodologías sólidas, la agencia pretende maximizar los beneficios de la IA al tiempo que mitiga sus limitaciones.

A medida que avanza la investigación, la autoridad antimonopolio brasileña está bien posicionada para implementar estrategias proactivas para la detección de cárteles, contribuyendo a una política antimonopolio más eficiente e impactante.

Referencias

Brasil. (2011). *Ley no. 12529 de 30 de noviembre de 2011*. Disponible en portugués en L12529 (planalto.gov.br). Consultado el 12/07/2024.

CADE - Consejo Administrativo de Defensa Económica (2014). *Guide for Fighting Cartels in Procurements*. Disponible en portugués en Guide for Fighting Cartels in Procurements (cade.gov.br). Consultado el 10/07/2024.

CADE - Consejo Administrativo de Defensa Económica (2023). *Mensuração dos benefícios esperados da atuação do Cade em 2023*. Disponible en portugués en DT_001-Beneficios-de-atuacao-do-Cade-em-2023.pdf. Consultado el 11/07/2024.

Geron, A. (2021). *Hands-On Machine Learning with Scikit-Learn, Keras & TensorFlow*. O'Reilly.

Kelleher, J. D. (2019). *Deep learning*. The MIT Press Essential Knowledge Series.

McCarthy, J. (2007). *What is Artificial Intelligence?* Universidad de Stanford. Disponible en: <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>.

Oliveira Júnior, F. A. A. A. (2023). *A necessária e complexa relação entre concorrência e corrupção: uma (re)análise dos cartéis em licitação condenados pelo CADE* (Doctoral dissertation). Universidad de Brasilia - UnB, Facultad de Derecho, Programa de Postgrado en Derecho. Disponible en portugués en Tese de doutorado (unb.br). Consultado el 11/07/2024.

Wachs, J. & Kertész, J. (2019). A network approach to cartel detection in public auction markets. *Scientific Reports*, 9(1), 10818. Disponible en: <https://arxiv.org/abs/1906.08667>. Consultado el 14/08/2024.

Regulación de la IA y competencia en la contratación pública

Alexandre Ditzel Faraco

Profesor de Derecho Antimonopolio y Derecho y Economía en la Universidad Federal de Paraná. Doctorado y certificado posdoctoral (Livre-Docência) de la Universidad de São Paulo. Profesor visitante en la Universidad de Yale. Socio de Levy & Salomão Advogados, Alexandre asesora a clientes en asuntos antimonopolio, regulatorios y de cumplimiento normativo presentados ante tribunales administrativos y judiciales en Brasil.

(Artículo presentado en inglés con traducción al español hecha por el SELA)

Se espera que la IA genere cambios de gran alcance en las actividades sociales y económicas en general, incluido el sector público. A medida que la tecnología evoluciona, el alcance de su impacto sigue sin estar claro. Aunque el uso de la IA está aumentando en el sector público, su adopción en la contratación pública sigue siendo limitada, al menos en el contexto de América Latina y el Caribe (ALC). Encuestas recientes en Brasil, la mayor economía de la región, ilustran este punto.

En 2020, *Transparência Brasil*, en colaboración con otras organizaciones de la sociedad civil y con el apoyo de organismos federales, incluida la *Controladoria-Geral da União* (Contraloría General de la Unión, CGU), intentó mapear todos los algoritmos de IA y sus usos actuales dentro de las políticas y programas promulgados por el poder ejecutivo federal brasileño. La encuesta identificó 44 herramientas de IA en uso por parte de los organismos del gobierno federal¹. Ninguna estaba diseñada específicamente para los procesos de contratación pública. Dos organismos de control -la CGU y el *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, la autoridad brasileña de defensa de la competencia (Cade)- utilizaban herramientas de IA para identificar posibles fraudes o comportamientos anticompetitivos en la contratación pública².

¹ Véase el informe *Governance Recommendations – Use of Artificial Intelligence by Public Authorities*; https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Governance_Recommendations.pdf; consultado el 24 de julio de 2024.

² El *Tribunal de Contas da União* (Tribunal de Cuentas de la Unión, TCU), con competencias para fiscalizar los organismos del Gobierno federal, incluidas sus actividades de contratación pública, tenía 7 herramientas de IA enumeradas en el informe, aunque ninguna era específica para supervisar la contratación pública.

Una encuesta posterior, realizada en 2021 por el *Tribunal de Contas da União* (Tribunal de Cuentas de la Unión, TCU)³, trazó un mapa del uso de la IA no sólo en el poder ejecutivo federal, sino también en los tribunales federales y en el poder legislativo. Sólo el 28% de los organismos que respondieron a la encuesta informaron del uso de herramientas que empleaban IA y, por lo general, para tareas muy limitadas y específicas. Un número significativo se está desplegando en los tribunales para organizar el procedimiento interno y clasificar los recursos.

En el ámbito de la contratación pública, la IA podría convertirse en una poderosa herramienta para automatizar las tareas basadas en la información que realizan los seres humanos. También podría *facilitar la aplicación de soluciones de análisis de macrodatos para extraer información que no está (fácilmente) al alcance de los analistas humanos y realizar predicciones para apoyar la toma de decisiones*⁴, tanto para definir normas y parámetros eficientes para un proceso de contratación específico como para prevenir, identificar y sancionar comportamientos corruptos y contrarios a la competencia.

Aunque podría aumentar significativamente la eficiencia y promover mejor los objetivos de la contratación pública, la IA no cambiará por completo el marco en el que se realiza la contratación pública. Siempre existe un cierto nivel de discrecionalidad por parte de los funcionarios públicos en el proceso de toma de decisiones de la contratación pública que es difícil de traducir en un conjunto de normas que puedan ser procesadas por una máquina. Además, el Derecho administrativo suele exigir a los funcionarios públicos que justifiquen sus decisiones, que no pueden remitirse simplemente a las decisiones tomadas por la IA cuando éstas se basan en algoritmos opacos.

En vista de que la IA es una herramienta para mejorar la contratación pública, su regulación debe reflejar el marco de normas y principios jurídicos que organiza este ámbito de gobierno. En general, los objetivos clave de la contratación pública son garantizar la eficiencia en el uso de los fondos públicos -es decir, asegurar una “buena relación calidad-precio”- y la responsabilidad de los funcionarios públicos que toman o participan en la decisión de cómo utilizar dichos fondos⁵. Las leyes que regulan la contratación pública crean procedimientos, limitaciones y requisitos para promover tales objetivos. Las herramientas de IA deben desarrollarse y utilizarse de acuerdo con estos parámetros legales.

³ Véase TC 006.662/2021-8; <https://portal.tcu.gov.br/inicio>; consultado el 24 de julio de 2024.

⁴ Albert Sanchez-Graells, *Competition Implications of Procurement Digitalisation and the Procurement of Digital Technologies by Central Purchasing Bodies*, 2023, p. 4; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4376037; consultado el 24 de julio de 2024.

⁵ Otros objetivos de política más amplios también podrían alcanzarse a través de la contratación pública, como el desarrollo de la industria nacional, la sostenibilidad y la reducción de las desigualdades. Es objeto de debate hasta qué punto la contratación pública puede ser una herramienta eficaz para fomentar otros objetivos de política más amplios en lugar de políticas más focalizadas.

Por lo tanto, la cuestión de cómo regular la IA en este contexto no se refiere necesariamente a cómo desarrollar un régimen normativo novedoso para una nueva tecnología, sino a cómo desplegar esta tecnología respetando las normas y principios jurídicos existentes que regulan la contratación pública y promueven sus objetivos.

El acceso abierto a la información y la transparencia son principios fundamentales que suelen encontrarse en las leyes de contratación pública y que deberían guiar el despliegue de la IA. Debe quedar claro para los ciudadanos y las partes privadas que interactúan con el gobierno que se está utilizando IA, con qué propósito y cómo está estructurada. Las decisiones basadas en los resultados del despliegue de la IA deben ser fáciles de explicar y ofrecer razones que puedan ser comprendidas y cuestionadas por las partes afectadas.

Esta transparencia es esencial para la rendición de cuentas de los funcionarios públicos que utilizan la IA y para evaluar sus efectos en la contratación pública. Por ejemplo, se espera que la IA facilite la identificación de estrategias fraudulentas y anticompetitivas utilizadas tradicionalmente en la contratación pública que obstaculizan los efectos esperados de la competencia. Sin embargo, podría dar lugar a nuevos tipos de estrategias más difíciles de detectar, especialmente si no se garantiza la transparencia en relación con la herramienta.

Los funcionarios públicos que controlan la aplicación de la tecnología podrían contaminar los datos o manipular los modelos para alterar los resultados y favorecer a determinados actores. A medida que aumente el despliegue de la IA, las prácticas corruptas y anticompetitivas que ponen en peligro las licitaciones públicas cambiarán y se adaptarán al hecho de que las estrategias tradicionales serán más detectables. Para hacer frente a estos nuevos riesgos, las propias herramientas de IA deberían ser objeto de un escrutinio y una investigación frecuentes por parte de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y la sociedad civil.

Los riesgos se limitan no solo a la manipulación de la herramienta, sino también a la generación de resultados deficientes debido a las limitaciones de las bases de datos utilizadas. La IA es una herramienta que requiere mucha información. La obtención de resultados eficientes y no sesgados depende de la disponibilidad de grandes bases de datos. Esta es una limitación a la que se enfrentarán muchos gobiernos de ALC. Las bases de datos relativas a la contratación pública pueden estar descentralizadas, no digitalizadas -o al menos no en un formato que pueda ser utilizado por la IA- o ser muy limitadas.

Esto supuso un reto en Brasil durante el desarrollo de la primera herramienta utilizada para examinar las licitaciones con el fin de identificar comportamientos anticompetitivos. Uno de los principales retos del *Projeto Cérebro* de Cade, que comenzó en 2013, fue el acceso a

las bases de datos de las administraciones locales y la adaptación de diversos formatos de datos al estándar elegido⁶.

En los últimos tres años, desde la promulgación de la ley de contratación pública en vigor (Ley 14.133/21), Brasil está organizando una base de datos y un portal centralizados con datos de contratación pública de todos los organismos y niveles de gobierno (*Portal Nacional de Contratações Públicas*, PNCP)⁷. Esto debería aumentar significativamente la disponibilidad y la calidad de los datos de contratación pública que pueden utilizar las herramientas de IA.

Debe garantizarse el acceso abierto a estas grandes bases de datos, en la medida de lo posible teniendo en cuenta los secretos comerciales y la información estratégica sujeta a confidencialidad, no sólo a los funcionarios públicos y a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, sino también a la sociedad civil. Esto ayudará a mejorar la rendición de cuentas de los funcionarios públicos y a identificar posibles limitaciones y sesgos derivados de la información utilizada por las herramientas de IA.

Esto debería incluir no solo el acceso a información individual y discreta, sino también a los datos a gran escala que son necesarios para permitir esta supervisión de la contratación pública y las herramientas de IA. Este es un problema al que se enfrenta actualmente el PNCP en Brasil. *Transparência Brasil* destacó recientemente las dificultades técnicas que obstaculizan el acceso a los datos del portal⁸.

Además, el acceso a estas grandes bases de datos de contratación pública puede permitir a los particulares desarrollar herramientas de IA que conduzcan a la colusión de algoritmos, un riesgo que también deberán tener en cuenta y vigilar las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la ley.

Los asuntos tratados hasta ahora se refieren al uso de la IA para mejorar la contratación pública. Sin embargo, para desplegar la IA los gobiernos tendrán que contratar a proveedores privados y organizar la contratación pública a tal efecto. Aunque los organismos públicos están desarrollando internamente varias soluciones, es probable que los sistemas más complejos y avanzados deban obtenerse de proveedores privados.

6 Véase *OECD Latin American and Caribbean Competition Forum session III: Promoting Effective Competition in Public Procurement – Contribution from Brazil*, DAF/COMP/LACF(2016)19; [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2016\)19/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2016)19/en/pdf); consultado el 26 de julio de 2024.

7 En virtud del artículo 174 de la Ley 14.133/21, los actos de contratación pública que deban hacerse públicos deben incluirse en la base de datos del PNCP y el portal también puede utilizarse para realizar el proceso de contratación pública. El artículo 12, VI, también establece que todos los actos relativos a la contratación pública deben ser preferentemente digitales, para ser registrados en formato electrónico.

8 Véase el informe *Recomendações e desafios técnicos PNCP: API & Acesso aos dados* publicado en junio de 2024; disponible en https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/portalnacionaldecontratacoespublicas_recomendacoesdesafios tecnicos.pdf; consultado el 26 de julio de 2024.

Los funcionarios encargados de la contratación pública y los contratos de herramientas de IA tienen el reto de incluir requisitos y disposiciones que puedan garantizar la transparencia, la transferencia de conocimientos y evitar el bloqueo técnico o la dependencia de proveedores específicos. Conseguirlo no será sencillo y puede requerir una coordinación intergubernamental, sobre todo teniendo en cuenta que los proveedores de soluciones de IA operan a menudo en mercados con una elevada concentración y una fuerte protección de los derechos de propiedad intelectual.



SISTEMA ECONÓMICO
LATINOAMERICANO
Y DEL CARIBE

Más y mejor Integración

ISBN: 978-980-6458-38-3



www.sela.org



@selainforma